

N° 16 - Mayo de 2024

Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

XXXIV JORNADAS ACADÉMICAS

de la Comisión de Abogacía Joven
del **COLPROBA**

Ponencias
de la
Abogacía Joven

COMISIONES

1. Derecho Civil y Comercial
2. Derecho Penal
3. Derecho Laboral
4. Género y Derecho de Familia
5. Derecho Ambiental y Constitucional
6. Derecho Administrativo y Tributario
7. Derecho Procesal
8. Inteligencia Artificial, Neurociencia y Derecho Informático
9. Colegiación e Incumbencias Profesionales

27 y 28
OCTUBRE
2023

COLEGIO DE ABOGADOS
ZÁRATE - CAMPANA



Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la
Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Dr. Jorge Oscar Rossi

www.cijuso.org.ar

Año VII - Nº 16 – Mayo de 2024

La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

~

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Marcelo Fioranelli (Zárate – Campana)

Secretario: Dr. Martín Rivas (La Matanza)

Tesorero: Dr. Alejo Luis Maiztegui (San Nicolás)

Prosecretaria: Dra. Adriana Cecilia Coliqueo (Avellaneda-Lanus)

Protesorero: Dr. Ricardo Eduardo Paso (Trenque Lauquen)

Vocales: Dr. Eduardo Sreider (Moreno – General Rodríguez) - Dr. Rafael Gentili (Bahía Blanca)

Contenido

Palabras preliminares XXXIV Jornadas Académicas	7
Palabras del curador de la obra	9
La necesidad de reforma del Código Penal.....	11
El requisito cuantitativo de escasa cantidad a luz del principio de legalidad.	23
Nuevas Tendencias y Regulaciones en materia de Cannabis.....	28
Implicancias de los medios de comunicación en los procesos penales mediáticos.....	39
Penas crueles, inhumanas y degradantes: Inconstitucionalidad de la prisión perpetua en Argentina	44
El sistema penitenciario y la violación a las Reglas Mandela: Políticas que interrumpen garantías constitucionales.....	48
¿Cómo notificar el traslado de la demanda post pandemia?	53
Actualización de los créditos laborales. La tutela del crédito del trabajador en el régimen de riesgos de trabajo	56
El trato deshumanizado al trabajador frente a una contingencia laboral	61
Actualización de créditos laborales en contexto inflacionario	66
Trabajo de mujeres: la nueva perspectiva de género	71
Intimidad, inteligencia Artificial y monitoreo de la actividad de Trabajadores	80
La eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur y su relevancia	83
Tokenización de granos, Smart contracts , su influencia en el sistema financiero.	88
Inteligencia artificial en la Práctica Jurídica. Implicaciones y perspectivas en la Provincia de Buenos Aires desde una mirada joven.	92
Las incumbencias de la Abogacía a la luz de la Inteligencia Artificial	98
La inteligencia artificial y el surgimiento de los sesgos algorítmicos de género	106
Desafíos de los Derechos de Propiedad Intelectual y la Inteligencia Artificial.....	113
Las familias multiespecie en el proceso sucesorio: heredero justo y legítimo.....	117
El silencio no es legislar. Embriones no implantados y su falta de regulación	121
La compensación económica en el derecho argentino: Análisis de aspectos no regulados..	126
Derecho al vínculo filial pluriparental, inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del Art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina	133
La efectividad del proceso de violencia familiar en la Provincia de Buenos Aires: análisis en clave de género	140
Apuntes de ley 26.485 para el inicio de un caso con perspectiva en derechos fundamentales de las mujeres	145

Dispositivos de buenas masculinidades – Una mirada en la enseñanza sociocultural y sus detalles a pulir.....	149
El servicio local para la protección de los NNYA: una herramienta necesaria pero incompleta	152
Los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en Argentina	156
Crueldad o ignorancia: por qué cualquier proyecto de ley que intente desligar a los padres de la responsabilidad parental sería inconstitucional	165
La naturaleza jurídica de los animales	172
Inoponibilidad del contrato de compraventa automotor en la quiebra posterior del vendedor.....	182
Marco normativo de los activos digitales/billeteras digitales y su modo de ejecución.....	189
El desequilibrio contractual y la revisión del contrato	192
El peso oro para la cuantificación del daño	197
Derecho al Vino: La Ley 24.240 y la industria vitivinícola argentina.	201
Crisis de los créditos uva. Una reforma necesaria	205
Derechos de tercera generación: un ambiente sano y equilibrado para las generaciones futuras. ¿qué generación gozará de este derecho?	207
El fin de la legislación del PE.....	216
Abstención electoral, control de constitucionalidad y virtud republicana	217
Reflexiones a 10 años del Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires: La posibilidad de una capacitación previa. La perspectiva de género como una deuda	224
Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento	232
Non bis in idem en la jurisprudencia del TFN	244
El Derecho a Compulsar expedientes del Art. 57, segundo párrafo de la ley 5177	250
Jaque a la reina. Vacantes en la justicia bonaerense	252
Carácter alimentario de honorarios ley 14967 vs. Artículo 8 del acuerdo 2579/1993 de la SCBA.	255
Los Abogados No trabajan	258
Resolviendo Disputas en la Era Digital: Arbitraje Especializado en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías	260
Lenguaje Claro en los Escritos y Resoluciones Judiciales: Acceso a la justicia y comunicación efectiva	265

Palabras preliminares XXXIV Jornadas Académicas

Cuando uno - joven - recibe la invitación a escribir, realmente se paraliza y hasta se desmerece. Muchas veces consideramos que por ser jóvenes o noveles nuestros pensamientos, nuestros conocimientos, nuestras ideas, resultan irrelevantes. Sin embargo, todo aquello queda a un lado, cuando la invitación viene acompañada de un equipo (o de varios equipos) que asesora, enseñan, colaboran y nos ayudan a sacar la mejor versión de lo que podemos dar.

Es así que los logros alcanzados por las Comisiones locales de Abogacía Joven, que convergen en la Comisión Provincial, son evidentes en cada una de las Jornadas Académicas de la Comisión de Abogacía Joven de la Provincia de Buenos Aires. El año 2023 no fue una excepción, ya que fuimos generosamente recibidos en las instalaciones del Colegio de Zárate Campana

Al escribir estas líneas no puede dejar de pasar el siguiente pasaje, el cual es más que certero para las palabras preliminares de esta obra *“Uno escribe a partir de una necesidad de comunicación y de comunión con los demás, para denunciar lo que duele y compartir lo que le da alegría. Uno escribe contra la propia soledad y la soledad de otros”*¹ Es tan así que uno toma la decisión o siente la necesidad de escribir, que la diversidad de temas y de discusiones dadas durante las Jornadas fue amplísima. Más de cincuenta y cinco ponencias de unos sesenta autores así lo demuestran. Esto demuestra que la comunidad de la Abogacía Joven Provincial escribe e investiga.

Escribimos sobre lo que hacemos, sobre lo que queremos hacer y sobre lo que no haríamos nunca. Escribimos lo que nos duele y nos preocupa, en miras de cambiarlo, y escribimos sobre lo que nos gusta, para ampliarlo y difundirlo. Escribimos sobre institutos e instituciones antiguas, pero sobre todo de aquello que resulta novedoso. Escribimos sobre lo que nos genera problemas a nosotros mismos y a nuestros clientes, que en definitiva también es problema nuestro.

Es tan nuestro lo que escribimos, como que al difundirlo lo hacemos de todos y todas, y esa es la nota particular que destaca en estas Jornadas. Pero esa es también la nota que destaca a la Juventud: todo lo compartimos.

Por ello, por el espacio, por las ganas, por la participación quiero agradecer en primer lugar a las y los jóvenes y noveles colegas que se animan siempre a escribir, Uds son quienes nutren y hacen mejores estas Jornadas. Agradecer al Colegio de Abogados de Zárate-Campana

¹ Eduardo Galeano, de Contraseña 2008

y a su Comisión, que nos han recibido de forma inigualable; al Dr. Fioranelli, anfitrión y director de la CIJUSO que hoy se toma el trabajo de realizar la publicación. Agradecer especialmente al Dr. Rodriguez Basalo y en su nombre al Consejo Directivo del COLPROBA, que promueven la participación joven, la sostienen y se ocupan de generar estos espacios académicos. A la Caja de la Abogacía al Dr Burke que sin su fidedigno apoyo y soporte estas Jornadas no serían lo mismo. Por último, pero no menos importante, al Dr. Juan Ignacio Cruz Matteri quien se ocupa de la edición y corrección de cada una de las ponencias, y hace posible este Cuaderno especial de la CIJUSO.

Abog Lucila Larsen

Presidente de la Abogacía Joven. COLPROBA.

Palabras del curador de la obra

El mundo contemporáneo demanda, más que nunca, que los profesionales del derecho abracen la investigación como una herramienta esencial para alcanzar la excelencia. La investigación en derecho no solo enriquece nuestro conocimiento, sino que también constituye el cimiento sobre el cual construimos argumentos sólidos y tomamos decisiones informadas. Es un vehículo que nos permite comprender la evolución de las leyes y su aplicación en contextos cambiantes y cada vez más complejos.

La innovación, por su parte, es el catalizador que transforma nuestra manera de ejercer la abogacía. En un mundo digital y globalizado, los abogados jóvenes tienen la oportunidad de aprovechar tecnologías emergentes para mejorar la eficiencia, la accesibilidad y la calidad de los servicios legales. Desde aplicaciones móviles que facilitan la comunicación con los clientes hasta plataformas de inteligencia artificial que agilizan el análisis jurídico, la innovación está remodelando el panorama legal.

En estas Jornadas, alentamos el espíritu investigativo y la capacidad de innovar de la abogacía joven provincial. La investigación constante nos permite entender las necesidades cambiantes de nuestros clientes y las demandas de una sociedad en evolución. Asimismo, la innovación nos brinda la oportunidad de no solo adaptarnos, sino de liderar la transformación de nuestro campo profesional.

Es fundamental que como abogados jóvenes reconozcamos que la investigación y la innovación son pilares estratégicos para nuestro crecimiento individual y para el desarrollo de la abogacía en su conjunto. Al cultivar una mentalidad investigativa y abierta a nuevas ideas, podemos forjar un futuro donde la justicia sea más accesible, eficiente y equitativa para todos.

En este compendio los invito a explorar, colaborar y compartir conocimientos y experiencias. Aprovechemos este espacio para inspirarnos mutuamente y para trazar juntos el camino hacia una abogacía más dinámica y comprometida con la sociedad que servimos.

¡Bienvenidos a las Jornadas académicas de la Abogacía Joven!

¡Éxito en sus investigaciones y que la fuerza de la innovación guíe su camino en el ejercicio del derecho!

Juan Ignacio Cruz Matteri

La necesidad de reforma del Código Penal²

Maria Sol Tajés³

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

Introducción

El 13 de febrero de 2014 la comisión reformadora del Código Penal⁴ presentó ante el poder ejecutivo el Anteproyecto de reforma.

Desde entonces escuchamos voces a favor y en contra, algunas con consistencia jurídica, otras con contenido político y, también, la de algunos ciudadanos no ligados a la política ni al derecho que formaron su opinión a raíz de lo que surge de los medios de comunicación.

El panorama de reforma es desolador, pues las voces jurídicas a favor son solapadas con un discurso simplista acerca de que “no es el momento político para realizar tal reforma”, sumado a la gran difusión de las voces políticas que resisten el cambio y la poca importancia que se asigna a las opiniones a favor.

Lamentablemente, quienes se oponen sin más al cambio no advierten que el sistema penal necesita —urgente— una modificación, una sustitución.

No solo en el derecho penal de fondo, sino en todos sus aspectos, es decir, es necesario también un cambio drástico e integral en el derecho procesal penal, al menos en el ámbito nacional, y en la ejecución de la pena. Sobre estos últimos dos aspectos no me detendré ya que excede el tema que nos convoca a debatir: el anteproyecto de reforma del Código Penal.

Es dable resaltar, que el presente trabajo está dirigido a la sociedad en su conjunto, al ciudadano común, que probablemente carezca de conocimientos jurídicos, por lo que me permitiré enunciar y explicar algunos conceptos básicos para que todo lector comprenda lo que se pretende con el texto, pues, el objetivo real de la ponencia, es que los ciudadanos, que no tienen mayor contacto con el mundo jurídico —más allá de lo que perciben de los medios de comunicación— pueda comprender la necesidad de reforma penal que reina en el país.

² Texto fue publicado en la *Revista Derecho Penal*, año iii, n° 8, Bs. as., infojus, 2014.

³ Abogada, Escribana.

⁴ Comisión creada por decreto 678/2012 e integrada por los Dres. e. Raúl Zaffaroni, León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, secretario Julián Álvarez y coordinador Roberto Manuel Carlés.

Desarrollo

El Código Penal vigente data de 1921, desde entonces sufrió una innumerable cantidad de modificaciones (alrededor de mil), circunstancia que produjo un galimatías total hasta el absurdo de que, dentro de una misma clase de delito, la figura imprudente o culposa —para que se entienda: sin intención de querer causar el resultado dañoso—, prevé una pena mayor que la figura dolosa, es decir, con la voluntad —intención— de que se produzca el resultado lesivo.⁵

también encontramos un caos jurídico en la desproporción de las escalas penales de distintos delitos. en ese punto, sin demasiada hesitación, creo que la doctrina, la jurisprudencia y la sociedad concuerdan en que los delitos más graves son aquellos que se dirigen contra la vida. Sin embargo, encontramos casos donde el autor de un hecho delictivo que tiene la intención de privar de la libertad a una persona que cumple determinada cualidad, afronta una escala penal de mayor gravedad que sí, desde el vamos, hubiese querido quitarles la vida.⁶

A su vez, si consultáramos a la sociedad entera, es decir, al ciudadano medio y a expertos en el tema —jueces y abogados dedicados al derecho penal—, acerca de cuántos y qué delitos existen, casi ninguno podría precisar la cantidad, dado que, además del cuerpo normativo,

⁵ Art. 89 CP (lesiones causadas intencionalmente): “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código” (la negrita me pertenece); art. 94 (lesiones sin intención de causarlas): “Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud...” (la negrita me pertenece). Como se ve, quien causa una lesión sin querer provocarla afronta una escala penal con un máximo ampliamente superior a quien lo hacer con intención de lesionar, además, se lo inhabilita para realizar la actividad mediante la cual originó la lesión. en síntesis, si atropella a alguien y le causa lesiones leves, confiese que dirigió el auto contra el damnificado, escala penal menor y no lo inhabilitan para conducir.

⁶ Art. 79 CP (homicidio, busca la muerte del otro): “Se aplicará reclusión o prisión de **ocho a veinticinco años**, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena” (la negrita no es del original); art. 142 bis CP (privación de la libertad): “... al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad.(...) la pena será de **diez (10) a veinticinco (25) años** de prisión o reclusión: 1) Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho años de edad; o un mayor de setenta años de edad...”

existen un sinnúmero de leyes especiales (aproximadamente 337) en las que se establecen conductas ilícitas. Incluso, muchas de aquellas leyes nada tienen que ver con la materia penal y, no obstante, a lo largo de la normativa aparece un artículo que establece un delito y, muchas veces, pasa inadvertido.⁷

Así, podría agotar el acotado espacio para desarrollar el tema de reforma enunciando falencias e incoherencias que posee nuestro Código Penal actual; sin embargo, la finalidad de los tres ejemplos es hacer notar la necesidad que tenemos como sociedad de que se lleve a cabo una reforma integral y unificadora (en un único cuerpo jurídico) del Código Penal y, en tal sentido, la suma importancia de que se trate en el ámbito legislativo el anteproyecto de reforma recientemente realizado.

Como adelanté, diversas son las críticas que se le hacen al anteproyecto de reforma, sin embargo, me limitaré a tratar los desacuerdos principales e intentaré demostrar cómo con frases genéricas y vacías de contenido jurídico se logra desacreditar, sin más, el esfuerzo de años y de prestigiosos juristas para realizar el anteproyecto cuestionado.

Uno de los cuestionamientos más fuertes y peyorativos, del que se hacen eco la mayoría de los opositores, es que el anteproyecto de reforma del Código Penal es garantista. Pues bien, para poder tildar de “garantista” a algo o alguien, más aún cuando se lo hace como descalificante, resulta necesario precisar de qué hablamos cuando hacemos referencia a ello.

En primer lugar, debo mencionar que nuestra Constitución Nacional, y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (incorporados con igual jerarquía a la carta magna mediante el art. 75, inc. 22, CN), establecen los derechos y las **garantías** que goza todo ciudadano argentino o habitante en nuestro país.

En materia penal, la gran mayoría de las garantías de las que resulta beneficiario todo ciudadano, y que lo protegen de cualquier injerencia indebida por parte del estado, se encuentran reguladas en los arts. 18, 19 y 75, inc.12, CN.

A modo de síntesis y para clarificar al lector, enunciaré algunos de los derechos y garantías que aquellos artículos prevén. el art. 18 CN contiene varias de las garantías y principios que deben regir en cualquier proceso penal y de los que nadie puede ser privado para así obtener un juicio justo. en ese sentido, debe existir una ley que establezca cuál es la conducta

⁷ Algunas de las leyes especiales que establecen delitos son: ley de propiedad intelectual (11.723), ley sobre incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (13.944), ley de protección de malos tratos y actos crueles contra los animales (14.346), ley de conservación de fauna (22.421), ley de impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes (24.270), ley de servicios de comunicaciones móviles (25.891), entre muchas otras.

prohibida con anterioridad a la comisión del hecho (**principio de legalidad**), además, en caso de corresponder, se debe condenar por el hecho cometido y no llegar a una condena por lo que la persona es — porque posee antecedentes penales y/o determinadas cualidades físicas (**derecho penal de acto**)— y la condena debe ser impuesta por un juez designado con anterioridad al hecho y de conformidad con el mecanismo legal establecido al efecto (**garantía de juez natural**). a su vez, nadie puede ser privado de la libertad, salvo en determinados casos previstos por ley y mediante una orden judicial fundada (**garantía de no sufrir detenciones arbitrarias o de inviolabilidad de la libertad ambulatoria**), situación análoga sucede con los papeles privados, la correspondencia y el domicilio (**garantía de inviolabilidad de la propiedad, la correspondencia y papeles privados**). también, toda persona sometida a un proceso penal es inocentes hasta tanto recaiga, en su contra, una sentencia condenatoria firme (**garantía de presunción de inocencia**), y durante todo el proceso el involucrado debe contar con una defensa técnica eficaz que vele por el respeto de sus derechos y garantías (**garantía de defensa en juicio**). los dos principios enunciados en primer lugar guardan estricto vínculo con el derecho penal de fondo —el tema que nos convoca— y los otros dos, con garantías que rigen en el procedimiento penal —el proceso que se debe atravesar para, en caso de corresponder, arribar a una condena justa—

El art. 19 CN prevé que el hombre es libre de actuar en sociedad, sin embargo, en algunos casos encontrará una limitación, es decir, cuando alguna conducta este prohibida, no deberá realizarla o estará obligado a actuar de una forma determinada en los casos que una ley fije, en líneas generales, cuándo y cómo actuar (**principio de reserva y, a su vez, complemento del principio de legalidad enunciado**). De igual modo, establece que todas las acciones realizadas a diario quedan exentas de la intervención estatal o de los jueces en la medida que no afecten (o que pongan peligro, real y cierto, de afectación) los derechos o las garantías de un tercero (**principios de lesividad y de mínima intervención penal**).⁸ Todos estos principios son inherentes al derecho de fondo.

Por su parte el art. 75, inc.12, CN prevé el último principio que rige al derecho penal: que haya una codificación penal, es decir, que un mismo cuerpo normativo contenga todas las leyes de índole penal. Con ello el constituyente pretende que haya seguridad jurídica, y que todo habitante en el territorio nacional pueda encontrar todo aquello que se encuentra prohibido o

⁸ CSJN, “Bazterrica, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo”, 1986, (Fallos: 308:1392) y “Arriola, Sebastián y otros s/ causa 9080”, 25/08/2009 (Fallos: 332:1963), entre muchos otros.

mandado a hacer en un único lugar y no desperdigado en todo el ordenamiento jurídico.⁹ Además, el constituyente, con la codificación, previó otra cuestión de suma importancia, la proporcionalidad que debe regir en el ordenamiento (**principio de proporcionalidad**).¹⁰

Así las cosas, cuando se rotula de garantista a alguien o algo (con el fin de descalificar o quitar fuerza a su opinión), no se hace más que negar todos los derechos que nos asistirían en caso de vernos sometidos a un proceso penal. Es decir, el garantismo lucha para que se cumplan, valga la redundancia, todas las garantías de un proceso y, luego de ello, de encontrarse culpable de un delito a una persona, se lo condene de forma justa y legal.

Pues, si impusiéramos condenas sin más, sin respetar las garantías, lejos de ser un país democrático, nos transformaríamos en un país autoritario, anárquico, inquisitivo e, incluso, reviviríamos una parte oscura de nuestra historia, la dictadura, dónde quien se arrogaba el poder imponía “condenas” —pena de muerte, sufrimientos, tormentos, desapariciones— por el simple hecho de detentar la autoridad, sin la necesidad de un juicio justo. Al respecto, Ferrajoli, antes de enunciar los diez axiomas penales y procesales del garantismo penal, es claro al referir que

*... los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminada a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación a la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad [y que los] axiomas garantistas (...) no expresan proposiciones aseverativas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que ocurre, sino que prescriben lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en adhesión a sus principios normativos internos y/o a parámetros de justificación externa.*¹¹

Por su parte, Gargarella, en una nota de opinión publicada unos meses atrás,¹² explica que el garantismo no intenta suprimir los derechos de las víctimas ni otorgar mayores derechos

⁹ CSJN, “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas -causa nº 1669/1687”, 08/06/2010 (Fallos: 333:866). allí se advirtió la descodificación penal a la que llegamos en función de las innumerables leyes especiales que se legislaron.

¹⁰ Martín, Adrián N. (dir.), Reformas penales y proporcionalidad de las penas, Bs. As., ediar, 2013, pp. 19/42. allí se trata el tema de la proporcionalidad y la codificación.

¹¹ Ferrajoli, Derecho y razón, P. a. Ibáñez, a. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés (trads.), Madrid, Trotta, 2009, pp. 34, 92 y 93.

¹² Gargarella, Roberto, “las razones del garantismo”, en La Nación, 27/02/2014, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1667627-las-razones-del-garantismo>

a los delincuentes, sino que, lejos de ello, únicamente busca que se respeten los derechos y garantías que la Constitución nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran a los autores de hechos ilícitos, como así también a quienes resultaron víctimas o damnificados de esos sucesos. Es decir, los derechos y garantías de unos no suprimen o cancelan los de otros, sino que cada uno debe ejercerlos plena y libremente.

En el sentido expuesto, rotular el anteproyecto de reforma del Código Penal como “garantista” no hace más que enaltecer la obra y no, como se intenta, desprestigiarla. es hora de obtener un Código Penal que cumpla con las garantías que derivan de la Constitución (incluidas aquellas que confieren los tratados internacionales), las que fueron expresamente consignadas en los primeros artículos del bosquejo.

Otra de las fuertes críticas que recibió es que el anteproyecto beneficiaría a los autores de hechos delictivos.

Primero y principal, no podemos perder de vista que las críticas acerca de supuestos beneficios provienen de terceros observadores, ajenos al sistema penal. Sin embargo, las circunstancias de la vida cambian y todos somos pasibles de cometer algún ilícito y vernos involucrados en un proceso penal. Si sirve de ejemplo, piénsese que a diario realizamos conductas riesgosas —como manejar vehículos, por ejemplo— y de ellas puede resultar un hecho delictivo (causar la muerte de alguien —homicidio culposo— u ocasionarle lesiones leves, graves o gravísimas —lesiones culposas—).

Además, no debe entenderse el respeto a las garantías como un beneficio a los delincuentes, ya que son dos cosas totalmente distintas, como vimos en el punto anterior. no obstante, y aquí lo medular, el anteproyecto de Código Penal es más conservador que la codificación vigente y, en términos netamente comparativos, si se quiere, más perjudicial para los delincuentes.

En el anteproyecto, todas las penas que se impongan deben cumplirse en su totalidad, ya que se eliminó la posibilidad de dejar en suspenso la ejecución de las penas menores o iguales de tres años (como prevé el art. 26 CP y ss.). no obstante, esa ejecución condicional estará supeditada al cumplimiento de determinadas reglas de conducta por el plazo que fije el juez —entre dos y cuatro años (art. 27 bis CP). Sin embargo, esas reglas son bastantes laxas y en la actualidad no encuentran debido control, lo que —a mí modo de ver— las torna ineficientes, aunque siempre son mejores que cumplir la pena en prisión, que es aún menos eficaz.

También se eliminó la posibilidad de acceder a una libertad anticipada a los dos tercios de la condena, debiendo cumplir determinadas reglas de conductas (de acuerdo a lo remarcado precedentemente) durante el tercio restante (libertad condicional, art. 13 CP).

en cambio, la comisión reformadora estableció, como adelanté, que todas las condenas deben cumplirse en su totalidad. Por tal motivo, clasificaron las penas según su gravedad (sanciones **leves**: menores a tres años; de **mediana gravedad**: entre 3 y 10 años; de **máxima gravedad**: entre 10 y 30 años) y, de acuerdo a esa gravedad, es el momento en que el cumplimiento de la pena podrá ser sustituido por diversos regímenes mucho más estrictos que las reglas de conductas previstas en la actualidad (a saber, las sanciones leves se pueden reemplazar desde el comienzo; las medianas desde la mitad de la condena; y las graves después de cumplido dos tercias partes de la sanción).

A fin de dimensionar la severidad del cambio de modalidad de ejecución de la pena, enunciaré algunos de los mecanismos de reemplazo, no excluyentes uno de otros, es decir, se podrían aplicar varias reglas en una misma condena:

1. detención domiciliaria,
2. detención fin de semana,
3. obligación de residir en un determinado lugar,
4. prohibición de residir o transitar determinados lugares,
5. trabajos comunitarios no remunerados,
6. cumplimiento de instrucciones judiciales (abarca algunos de los supuestos enunciados y, además, prevé: mantener contacto con la parte ofendida en caso de resultar aconsejable y siempre que esta no se oponga; otorgarle trabajo o que realice trabajos de utilidad social; realizar actividades de capacitación; realizar algún tipo de tratamiento; prohibición de concurrencia a determinados lugares o de contacto con determinadas personas; y prohibición de abuso de alcohol o drogas. a su vez, deberá contar con un auxiliar que lo ayude), y
7. multa reparatoria.

Asimismo, se prevé que, ante la comisión de un nuevo delito con pena de prisión, el reemplazo dispuesto cesará y cumplirá el faltante de la condena en una prisión.

De lo expuesto se advierte que, lejos de ser un bosquejo que beneficia a los delincuentes, es más estricto y conservador que la codificación actual. Por tanto, no se logra comprender cuál es el motivo real que origina tanta resistencia a que se discuta a nivel legislativo la propuesta de cambio o al cambio en sí.

También se criticaron cuestiones netamente procesales, que, si bien no hacen a la cuestión que nos convoca, deviene necesario dedicarle unas breves líneas a fin de clarificar algunos conceptos al lector.

En primer lugar, debo mencionar que en los únicos supuestos que se puede y debe mantener privada de su libertad a una persona —es decir, que se deniegue su excarcelación o

se le imponga una prisión preventiva— es cuando se verifique objetivamente que haya peligro de fuga —o sea, que el imputado no se someterá al proceso y lo eludirá—, o cuando haya serios riesgos de que entorpezca la investigación —dicho de otro modo y de manera coloquial, que pondrá palos en la rueda para que se dilate y frustre el proceso mediante, por ejemplo, la amenaza a testigos, o la destrucción o desaparición de pruebas de cargo—. además, ello debe estar acompañado de la imposibilidad de neutralizar esos dos riesgos mencionados mediante la imposición de determinadas reglas como la de presentarse periódicamente ante alguna sede judicial, la imposición de una caución “fianza”, mediante la proscripción de concurrir a determinado lugar o contactarse con determinadas personas, o la prohibición de salir del país. Solo en esos casos procede una prisión preventiva. el discurso de que “entran por una puerta y salen por la otra”, adjudicado a la escala penal de los delitos, nada tienen que ver, pues, la escala penal, como vimos, no es —o no debería ser— determinante para conceder o denegar una excarcelación, sino que únicamente es un parámetro a tener en cuenta al momento de valorar la posibilidad de riesgo de fuga o entorpecimiento de la investigación. ese es el criterio que sigue gran parte de la jurisprudencia local¹³ e internacional.¹⁴

No obstante ello la cuestión inherente a las excarcelaciones nada tienen que ver con el Código Penal, sino que es una materia netamente procesal, cuya competencia legislativa fue reservada por las provincias y, por ende, es ante cada Cámara legislativa que se debe reclamar, de así considerarlo, modificaciones en materia de excarcelaciones.

A su vez, se criticó fervorosamente la supresión de la reincidencia del Código Penal. Brevemente, la reincidencia implica que un sujeto que es condenado a una pena de prisión de efectivo cumplimiento mediante sentencia firme irrecurrible, y que, a raíz de ese fallo, haya

¹³ Tratado por la CFed. Cas. Penal, plenario 13, “Diaz Bessone, ramón Genaro s/recurso de inaplicabilidad de ley”, 30/10/2008 y por la CSJn, “loyo Fraire, Gabriel eduardo s/ p. s. a. estafa reiterada”, y “Merlini, ariel osvaldo” el 06/03/2014, entre muchos otros. además, al respecto, se han expedidos en diversas oportunidades los restantes organismos jurisdiccionales que, por razones de brevedad, no citaré ya que excede el marco del presente trabajo.

¹⁴ Sobre el tema se expidió la Corte IDH “ Caso Chaparro Álvarez y lapo Iñiguez vs. ecuador” (excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas), 21/11/2007, “Caso Bayarri vs. argentina” (excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas), 30/10/2008, entre otros. análogamente se expidió la CIDH, informe 86/09, “Jorge, José y Dante Peirano Basso república oriental del Uruguay”, 06/08/2009, entre otros.

cumplido efectivamente como condenado en un centro de detención, y mientras se encuentre atravesado las fases de resocialización comete un nuevo delito, es declarado reincidente.

En este punto, de manera preliminar, corresponde recordar qué se le cuestionaba desde un sector de la doctrina y la jurisprudencia al instituto de la reincidencia.

Uno de los argumentos, a mi modo de ver centrales, es que el instituto se contrapone al fin de la pena, la resocialización del individuo, conforme se desprende de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.¹⁵ también se infiere — aunque no lo diga expresamente— del art. 18 CN, que establece que las cárceles serán sanas y limpias para seguridad **y no para castigo**. A su vez, dicha finalidad fue receptada por la ley 24.660 (ley de ejecución penal) en su artículo primero.¹⁶

Retomando, la supresión de la resocialización, al declarar reincidente a una persona, se verifica al vedarle la posibilidad de acceder a la libertad condicional únicamente por dicha cualidad. Es decir, el legislador, desde el vamos, le impide obtener la libertad anticipada hasta, por lo menos, seis meses antes de agotar la totalidad de la condena. Ello, sin dudas, es un panorama desalentador para el delincuente, pues, sin importar la conducta y el concepto que merezca por las autoridades penitenciarias o qué actividades realice durante su detención, nunca va a obtener la libertad antes de la fecha señalada. Por tanto, esa situación se contrapone con el fin “resocializador” de la pena privativa de la libertad, ya que lejos de estimular el cambio y a adquirir nuevas herramientas para reinsertarse en la sociedad, lo desalienta a prosperar en su vida personal, pues no obtendrá recompensa por su esfuerzo por progresar.

Además, a lo mencionado, corresponde añadirle que la mala aplicación del instituto por parte de los jueces trae aparejada la violación al principio *ne bis in idem* —prohibición de doble juicio y condena por un mismo hecho—, pues en la práctica los operadores judiciales utilizan esa circunstancia —un hecho por el cual ya cumplió como condenado— como agravante al momento de graduar la sanción a imponer y, además, el legislador prevé que por esa misma

¹⁵ ONU, reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 56 y ss., Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10.3 y OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5°.6.

¹⁶ Buigo, Marcelo, “Derechos fundamentales y su relación con el instituto de la reincidencia regulado en el código penal argentino”, en *Urbe et ius*, primavera, 2015, pp. 18/28; y “la reincidencia y la imposibilidad de su vigencia en un estado constitucional de derecho”, en G. a. Bruzzone (coord.), *Cuestiones Penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, Bs. as., ad-Hoc, 2012, pp. 143/163. en un sentido similar, de luca, Javier agosto, “reincidencia, libertad condicional, reiteración delictiva y Constitución”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año iii, n° 3, Bs. as., la ley, 2013, pp. 49/74.

circunstancia no puede acceder a la libertad condicional, todo ello en franca violación al principio aludido.

Sin embargo y no obstante las críticas que se le efectúan al instituto de la reincidencia vigente en la codificación actual, corresponde precisar por qué deviene innecesario mantenerlo en el anteproyecto cuestionado.

Como señalé con anterioridad, la libertad condicional —egreso anticipado cumplidos los 2/3 de la condena— no se encuentra prevista en el nuevo ordenamiento ya que fue sustituida por el cumplimiento total de la condena, más allá que en determinados casos pueda variar la modalidad de agotamiento. Por ende, no resultaría necesario mantener la reincidencia, pues su única consecuencia sería privar de ese beneficio, que ya no existe, al reincidente. Por ende, resulta superflua dicha discusión, ya que carece- ría de relevancia que esté o no en el bosquejo, dado que no modificaría en nada, a favor o en contra de los delincuentes, su inclusión o erradicación.

Sin perjuicio de ello, y si con esto se reconforta el lector, el anteproyecto prevé una situación similar a la del reincidente —aunque distinta en la esencia, según la “exposición de motivos”—, al momento de fijar en qué casos y bajo qué requisitos procede el reemplazo de la pena de prisión. el art. 31 del anteproyecto prevé que:

La pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez, se podrá reemplazar después del cumplimiento de la mitad de su duración.

Se podrá reemplazar sólo después de cumplidos dos tercios de la pena [con relación al inciso anterior], si el agente hubiera sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho.

En este punto tampoco encuentro sustento para vedar la discusión del anteproyecto en el recinto parlamentario.

Por último, dedicaré unas breves líneas al cuestionamiento de las escalas penales. Debo aclarar, en primer lugar, que no me detendré y profundizaré sobre el punto ya que ello implicaría un análisis pormenorizado, minucioso y comparativo del actual Código Penal y el propuesto.

No obstante, creo que el monto de las escalas penales no debe ser una discusión central, por varios aspectos. entre ellos, porque de la discusión parlamentaria con facilidad, se pueden aumentar, o disminuir, los máximos, mínimos o ambos.

Además, la intención de la comisión fue dar un orden a las escalas penales de los delitos vigentes, es decir, por mandato constitucional las escalas penales deben ser proporcionales al bien jurídico que amparan, pues no es lógico ni coherente —como adelanté— que un delito contra la propiedad o la libertad tenga más pena (en su máximo, mínimo o en ambos) que el

homicidio, donde se le quita la vida alguien que, consecuentemente, no puede gozar de la propiedad, la libertad ni otro bien jurídico que se desprenda de la Constitución nacional o los tratados internacionales. Eso es lo que trató de hacer la Comisión reformadora, por eso, en algunos casos, se elevaron los mínimos, en otros disminuyeron, y lo propio pasó con los máximos. en varios casos, incluso, se crearon tipos penales que en la actualidad no están tipificados.

Aun cuando se pretenda elevar las escalas penales, nunca se debe perder de vista que, para uno de los delitos más graves y aberrantes que se puede encontrar tipificado —el genocidio—, la pena que prevé el estatuto de roma es de treinta años. Por ende, sería descabellado pensar que otras figuras legales que, lejos de afectar la vida, lesionan la propiedad, la libertad o la seguridad pública puedan tener una escala penal apenas inferior a la prevista para aquel delito señalado.

A su vez, tampoco debemos olvidarnos que el aumento de las penas no soluciona los conflictos. El delincuente no deja de robar, sea con armas —de fuego o de juguete— o bajo cualquier otra modalidad, pese a que a diario se modifican las escalas penales. lo propio sucede con el abuso sexual. Es claro que la pena no previene ni desalienta la comisión de delitos, sólo en muy pocos casos se verifica ello. La prevención de la delincuencia va por un carril distinto al del derecho penal, aunque a veces los rieles se unen. Para neutralizar la comisión de delitos hacen falta políticas de estado, no más pena.

Independientemente de lo señalado, considero que la esencia de la reforma no transita por las escalas penales que pueden ser fácilmente modificables en el recinto legislativo. Por ende, no resulta lógico evitar someter a discusión de los integrantes del Congreso toda una obra que abarca muchas otras cuestiones más importantes, por una tan banal. Corresponde aclarar, en este punto, que la banalidad no viene dada por la escala penal en sí, sino porque el monto de las escalas puede ser fácilmente modificable en el recinto legislativo, pues la Comisión redactora solo realiza un aporte y sugerencias sobre cuáles deberían ser esas escalas, lo que no implica que no puedan ser modificadas.

Conclusión

A lo largo del trabajo intenté desmitificar aquellos cuestionamientos que se le hacen al anteproyecto de reforma del Código Penal, tanto política como mediáticamente, cuyos discursos son repetidos por los integrantes de la sociedad sin oponer el menor análisis y que desprestigian una obra realizada con el mayor esfuerzo por parte de la comisión reformadora.

Ello no implica que comparto y concuerde en un todo con el anteproyecto de reforma del Código Penal, de hecho, discrepo con parte de su contenido, sino únicamente que dicho proyecto debe ser sometido a discusión parlamentaria.

Una vez en el recinto, debemos apelar a la honestidad y conciencia de los legisladores para que discutan arduamente lo sometido a debate y que realicen todas las mejoras que consideren oportunas.

Por último, dado que el bosquejo no es perfecto, más si perfeccionable, considero oportuno que el Ministerio de Justicia y los integrantes de la Comisión reformadora requieran la participación de diversos organismos (ONGS, Asociaciones, Universidades Privadas y Públicas, entre muchos otros) con la finalidad de recabar opiniones, críticas y sugerencias de expertos, como así también de diversos sectores de la sociedad, para obtener un Código Penal que se ajuste a la Constitución Nacional, a los tratados internacionales de Derechos Humanos y, sobre todo, que sea **democrático**.

El requisito cuantitativo de escasa cantidad a luz del principio de legalidad

Tema: Ley de Drogas. 23737.

Subtema: Principio de inocencia. Tenencia simple y tenencia para consumo.

Por Abog Federico Lamelo.

Colegio de Abogados de Trenque Lauquen

Sumario: i.- Lineamientos; ii.- La inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 23.737; iii.- El aporte Vega Gimenez; iv.- La escasa cantidad como criterio cuantitativo examinado desde el principio de máxima taxatividad legal; v.- Conclusiones.

Resumen:

Se realiza un cuestionamiento constitucional al artículo 14 de la Ley 23.737. En base a ello, se sugiere un criterio de interpretación en el que se da preeminencia a la figura de tenencia para consumo personal por sobre la de tenencia simple, con base en: la declaración de imputado y la presidencia al criterio subjetivo de escasa cantidad, siempre y cuando exista una situación de orfandad probatoria por parte del titular de la acción penal. Como solución de principios se apunta a la eliminación de la figura de tenencia simple en tanto delito de peligro abstracto.

El requisito cuantitativo de escasa cantidad a luz del principio de legalidad.

i.- Lineamientos

Se parte de la idea de que el art. 14 de la Ley 23.737 aduce serios defectos de constitucionalidad. A ello se lo pretende interpretar en concordancia con lo prescripto por la CSJN en el precedente *“Vega Gimenez Claudio Esteban s/ tenencia simple de estupefacientes”*.

Pues bien, otorgando la importancia que se le ha dado a la declaración de imputado en el precedente mencionado, se busca aquí ahondar en una postura de reinterpretación del segundo párrafo del art. 14 de la ley de estupefacientes en donde *“las demás circunstancias”*, requisito cualitativo de la figura típica que surgieren de la declaración de imputado puedan aportar datos de valor como para desplazar el requisito de *“escasa cantidad”* (criterio cuantitativo que no se comparte) en casos en los cuales se presenta claramente una situación de orfandad probatoria en cuanto a la finalidad de la tenencia.

En resumen, se pretende dar fundamentos para la consideración como *“tenencia para uso personal”* (14.2 de la ley 27.737) al supuesto hipotético en donde el imputado logre aportar en su declaración datos de valor respecto de la ultrafinalidad de *“consumo personal”* en casos en donde se excedan los límites que la jurisprudencia y doctrina han asignado al lamentable extremo de *“escasa cantidad”* que ha impuesto la normativa.

Dicha solución de interpretación se pretende para el supuesto en el cual, pese a haberse comprobado el elemento fáctico (secuestro de droga) existe una clara situación de debilidad probatoria en lo que refiere a finalidad de la tenencia, jugando aquí lo dispuesto en “Vega Gimenez” pero aplicándolo también a casos en los que claramente se estaría alejado del criterio judicial general de lo que se considera “escasa cantidad”.

No se pretende ni más ni menos que dar una solución basada en el “*in dubio pro reo*” y la regla penal interpretativa de máxima taxatividad legal, todo lo cual podría derivar en una acogida jurisprudencial que permita reducir la penalización de conductas de consumidores, desincriminando supuestos de consumo personal ante la consiguiente inconstitucionalidad de dicha figura.

ii.- La inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley 23.737

La inconstitucionalidad de la figura penal establecida en el art. 14, primer párrafo de la Ley 23.737 resulta indiscutible.

Basta con hacer mención a los conocidos fundamentos dados por Enrique S. PETRACCHI en autos: “*Bazterrica, Gustavo Mario s/ Tenencia de Estupefacientes*” - CSJN – 29/08/1986, los cuales han sido tomados y confirmados por la doctrina y jurisprudencia.

Más importante todavía, los mismos han sido dotados de evidencia empírica que permite avalar dicho razonamiento a casi 37 años de su publicación. La respuesta penal aparece a todas luces ineficaz para solucionar la temática central, el narcotráfico, y, negativa para los propios imputados quienes, en muchos casos, padecen problemas de salud y adicción.

En el ilustre voto se destacaron, entre otros, los alcances constitucionales de la cláusula de libertad establecida en el art. 19 de la Constitución Nacional, referido como la base misma de la libertad moderna, excluyendo de esta manera como de pasible sanción penal a aquellas conductas humanas en las cuales no se afectan bienes jurídicos privados o colectivos.

Se refirió al principio de lesividad, denominado hoy como: de publicidad (Magariños) u ofensividad (Matteu Carbonel), cual implica que las exteriorizaciones de voluntad referentes a las conductas a sancionar por el estado deben interferir en el ámbito de organización de los terceros. Ello se encuentra conectado directamente con el principio de daño (*harm principle* del derecho anglosajón) y con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, cuyas definiciones son dadas por RUSCONI en “ELEMENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL”, pág. 52/53, Ed. HAMMURABI, 2º EDICIÓN.

Del fallo mencionado se desprende que las invocadas como consecuencias concretas negativas para el bienestar y la seguridad general referentes a la tenencia simple de drogas no tienen apoyatura en constataciones fácticas demostrables, descartándose que la prevención penal de la tenencia de drogas sea un remedio eficaz para combatir un flagelo que afecta la salud pública.

Refiere negativamente al art. 6 de la Ley 20.771 (*mutatis mutandis* se aplica al art. 14 de la Ley 23.737) que castiga la mera creación hipotética de un riesgo basado en la mera alusión a perjuicios potenciales o abstractos y no a daños concretos a terceros y la comunidad, razón por la cual su inconstitucionalidad es palmaria y manifiesta.

A resumidas cuentas, el suscripto adhiere a la postura de que la tipificación de delitos de peligro abstracto asociados a la tenencia simple de estupefacientes posee una irrazonabilidad tal que la hace pasible de declaración de inconstitucionalidad en la generalidad de los casos en los que se pueda demostrar la ultrafinalidad de consumo personal, sin importar la cuantía.

Con fundamentos similares y continuadores de estos, luego del lamentable retroceso de “*Montalvo. Ernesto Alfredo p.s.a. inf. ley 20.771*”-CSJN, la CSJN vuelve a una posición de garantía de derechos en autos: “*Arriola, Sebastián y otros s/ RECURSO DE HECHO*” causa n° 9080 (año 2009).

Ahora bien, tal como señala GULLCO (Gullco, H. 2010. Diálogo sobre el caso Arriola, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 3, 439-444.) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido muy precisa (y en exceso moderada) al destacar en su último fallo ARRIOLA que se trata de una *“una pequeña cantidad de droga”*, motivo por el cual la interpretación aquí aparejada podría ser de utilidad a efectos de realizar planteos judiciales novedosos.

iii.- El aporte Vega Gimenez

El precedente *“Vega Gimenez”* (V, 1283 XL, N.º 660, 27/12/2006) resulta esclarecedor por cuanto durante mucho tiempo la jurisprudencia hizo una interpretación absolutamente equivocada y errónea respecto del art. 14 de la Ley 23.737 en lo que refiere al término *“inequívocamente”*. Así, los diferentes magistrados pretendían inaplicar el beneficio de la duda en tanto garantía fundamental cuando el titular de la acción penal no podía acreditar la ultrafinalidad de *“consumo personal”*. De esta forma, en casos de clara orfandad probatoria se aplicaba la figura de tenencia simple, más gravosa que la de *‘tenencia para consumo personal’*, la cual, vale aclarar, permite al magistrado imponer una pena de efectivo cumplimiento.

Con este fallo, la Corte invierte esa errónea y equivocada jurisprudencia haciendo aplicación del principio de *“in dubio pro reo”*. En el considerando 7º se manifiesta sobre la inadmisibilidad de la aplicación de la figura de *‘tenencia simple’* para los casos en que el sentenciante abrigue dudas sobre el destino de la droga. Párrafo siguiente afirma una solución contraria significaría vaciar de contenido al principio procesal constitucional de *“in dubio pro reo”* con base en una mera hipótesis de probabilidad que no logra destruir el principio de inocencia.

En el considerando 9º textual y explícitamente la Corte termina por resumir sus conclusiones refiriendo (textual):

“De allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza”.

iv.- La escasa cantidad como criterio cuantitativo examinado desde el principio de máxima taxatividad legal

Descartada con la aplicación de *“Vega Giménez”* la posibilidad de imputar residualmente la figura agravada de *‘tenencia simple’* (14.1) de la Ley de Estupefacientes cuando no se encuentra acreditada *“inequívocamente”* la finalidad de consumo personal, corresponde ahora circunscribir un segundo análisis pero del segundo párrafo a la luz del principio procesal de *“in dubio pro reo”* y del principio penal de *“máxima taxatividad legal”* como derivado del principio de legalidad estricta establecido en el art. 18 de la CN.

Así, a efectos de encuadrar una eventual conducta típica en el segundo párrafo del art. 14 de la 23.737 el legislador previó dos componentes, los cuales, de la literalidad de la norma aparecen como, el cuantitativo (la *‘escasa cantidad’*) y el cualitativo (las *‘demás circunstancias’*).

Vale aclarar, para la jurisprudencia tradicional, tema que ha sido tratado con extrema prudencia por la CSJN, parecería que ambos componentes son innescindibles y que, primero, deberá estar absolutamente clarificado que se trata de un caso de *‘escasa cantidad’*. Luego, se procederían a analizar las *‘demás circunstancias’*.

Pero bien, este concepto cuantitativo, se reitera: *‘la escasa cantidad’* ha recibido múltiples interpretaciones, las cuales históricamente, cuanto menos en la jurisprudencia de la máximas autoridades penales de nuestro país, tales son: Cámara de Federal de Casación Penal (conforme surge de: *‘UN MAPEO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL SOBRE LA TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL’* – 2018) y la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (conforme a señalada con agudeza GULLCO) han sido muy restrictivas, criterio que se no se comparte.

En líneas generales, han considerado como de tratamiento de ‘consumo personal’ (14.2, 23.737) a casos de escasos gramos de sustancias prohibidas, no existiendo precedentes que nos ilustren en lo aquí pretendido.

Por su parte la doctrina se encargó de definir qué significa ‘escasa cantidad’ como

la módica mínima, poco abundante” (Manigot, Régimen legal de los estupefacientes en la ley 27.737, JPBA, tomo 72, pág. 70); “*la expresión cuantía módica no debe dar lugar a discusiones e interpretaciones interminables. Así, escasa cantidad será aquella que sirve o vale para consumo personal; no sera escasa cantidad aquella que importe la posibilidad de ser consumida en más de una oportunidad*” (confr. Laje Anaya, “Narcotráfico y Derecho Penal Argentino”, Lerner, Córdoba, 1996, pag. 209); “*el concepto de modicidad o exigüidad, es el que guiará al juez para distinguir, en el consumidor habitual de droga, la cantidad que puede suponerse destinada al propio consumo y la que estará orientada a la difusión... por lo que el límite razonable y que prudencialmente puede estimarse destinado de forma exclusiva al consumo personal no debe situarse por lo general más allá de un reducido número de dosis...*” (confr., T.S., entre otras, sentencia del 21-XI-1996, vid Romeral Moraleda-García Blázquez “Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y medicoforenses”, Comares, Granada, 1993, pág. 54 y ss.).

De una simple lectura se observa que la doctrina mayoritaria, equivocadamente, ha definido un concepto cuantitativo en base a criterios subjetivos. Ha indicado la doctrina que ‘escasa cantidad’ significa “*pocas dosis*”, “*destinada a unos pocos consumos*”, todo lo cual resulta contrario a principios de interpretación propios del derecho penal.

Surgen así interrogantes tales como: ¿un consumidor habitual de una sustancia prohibida deja de serlo por tener algún tipo de aprovisionamiento? En el hipotético caso que el consumidor, por su seguridad, para no verse involucrado en una situación riesgosa, opte por recurrir escasamente a la compra y obtenga mayor cantidad, para la doctrina mayoritaria, de ser imputado, correspondería subsumir su conducta en una figura penal más gravosa, aún cuando no estuviere demostrada una ultrafinalidad asociada a la comercialización y exista orfandad probatoria respecto de que el destino de la misma es para consumo personal.

Dicho razonamiento es contrario a los principios constitucionales y legales propios de un derecho penal de acto y liberal.

Lo que se pretende no es ni más ni menos que la aplicación del principio que E.R. ZAFFARONI denomina como máxima taxatividad legal e interpretativa, derivado de la estricta legalidad. El referido jurista manifiesta que, ante dudas interpretativas dejadas por el legislador, el juez tiene dos posibilidades muy claras, la primera, declarar la inconstitucionalidad de la ley; la segunda, aplicar el principio mencionado en virtud del cual se deberá aplicar el texto en la forma más restrictiva del poder punitivo.

Continúa diciendo que, dada la excepcionalidad de la criminalización, desde lo procesal corresponde probar el hecho y en caso de duda absolver. Esto no es ni más ni menos que la mera aplicación den “*in dubio pro reo*” (tal y como resolvió la corte en “Vega Gimenez”).

Ahora, analizada la cuestión desde el ámbito estrictamente penal, la regla debe ser siempre la interpretación más restrictiva dentro de las admitidas por la ley, resultando intolerable, irracional y contrario a derecho que, por interpretaciones subjetivas del criterio de ‘escasa cantidad’, cual posee un defecto legislativo patente desde el punto de vista de la técnica legislativa, se amplíe el poder punitivo y se excluya de la figura penal normada en el 14.2 de la 23.737, ello aún cuando el titular de la acción pública se encuentre en una situación de orfandad probatoria que no le permita acreditar una ultrafinalidad asociada a la comercialización de sustancias prohibidas.

v.- Conclusiones

Se propugna la modificación del art. 14 de la ley 23.737 y modificatorias en base a las consideraciones que se pasan a exponer:

- Resulta contrario a la lógica que por razones cuantitativas (escasa cantidad) se defina el criterio subjetivo de consumo personal. Como solución intermedia, se sugiere su eliminación.

- Por aplicación del principio de máxima taxatividad legal, en el marco de la legislación actual, se deberá propugnar la aplicación de la figura de tenencia para consumo personal aún en casos en los que claramente no exista escasa cantidad, figura que adolece de defectos constitucionales evidentes.

- En el contexto antes expuesto, deberá otorgarse relevancia al acto defensivo de declaración de imputado, el cual, ante una situación de orfandad probatoria de parte del titular de la acción penal, será relevante en la resolución del caso aplicándose la figura menos gravosa, tal es, la de tenencia para consumo personal.

- Como solución de principios, por ser contrario a la ideología liberal de nuestra manda constitucional, se plantea la eliminación de la figura de tenencia simple de estupefacientes en tanto delito de peligro abstracto.

Nuevas Tendencias y Regulaciones en materia de Cannabis.

Temas y Subtemas: Derecho penal -Ley de Drogas - Ley de uso medicinal e Investigación Científica de Cannabis - Ley de Uso medicinal e industrial de Cannabis y el Cáñamo

Abog Rodrigo M. Dominguez
Colegio de Abogados de Quilmes

1- INTRODUCCIÓN

En el marco del XXXIV Jornadas Académicas de la Comisión de Abogacía Joven del COLPROBA, esta presentación tiene por objeto, brindar un panorama normativo sobre el Cannabis y el Cáñamo.

Metodológicamente, resulta conveniente efectuar un recorte histórico para una mejor comprensión. Nuestro punto de partida, se circunscribe a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, y la Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, que han establecido un marco normativo internacional, para controlar, fiscalizar, distribuir y regular el consumo de sustancias psicoactivas. Durante los años 60 hasta los 90, las políticas de drogas se enmarcan en una “cultura prohibicionista”, fijando los estándares internacionales en la materia.

Este marco global, fue receptado en el ámbito nacional, y es el que nos permite analizar la genealogía del cannabis en nuestro país, por ello resulta importante desandar los intrincados vaivenes que mostró la evolución jurisprudencial en sus máximos organismos.

En ese sentido como bien señala el Maestro Alberto Binder, “el derecho es, lo que los jueces dicen que es”, por lo tanto, el valor interpretativo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), reflejan en la legislación actual, nuevos paradigmas en del derecho penal y del derecho comercial.

En este contexto, la regulación del Cannabis ha evolucionado a lo largo del tiempo. Por lo tanto, el objeto de este trabajo es responder ¿Cómo impactan las leyes 27.350 y 27.669 en la ley 23.737?.

2- ORÍGENES HISTÓRICOS DEL PROHIBICIONISMO

El uso del cannabis y del cáñamo no es algo novedoso, datos históricos revelan el uso ancestral desde el siglo III A.C., alrededor de los años 2.700 y 2200 A.C. Por lo cual, estamos frente a una planta milenaria, que se utilizó tradicionalmente en antiguas culturas y civilizaciones. Su origen geográfico se circunscribe a Asia Oriental

Con el devenir de la historia en los años 1500, incluso los españoles, durante la época de la colonización, utilizaban efectivamente cáñamo y cannabis, en utensilios navales.

Ya en 1845, J. J. Moureau (de Tours) publicó en París, el primer estudio científico del cáñamo, incluyendo ensayos realizados en sí mismo y en residentes de Egipto.

Por su parte, en los Estados Unidos, el uso de la marihuana se asoció a los trabajadores mexicanos y a pequeños círculos de culturas afro descendientes hasta la década de 1950, cuando su uso entre los miembros del *movimiento beat* permitió el acceso de otras capas de la sociedad norteamericana. El uso del cáñamo pasó a ser una característica fundamental de la “era psicodélica” de los sesenta y, con la llegada de los años setenta, por lo menos 24 millones de estadounidenses habían probado la sustancia. Estadísticas del Instituto Nacional para el Abuso de Drogas (EE.UU.) realizada en 1988 determinó, como mínimo, en 12 millones el número de usuarios habituales entre la población estadounidense (de doce años de edad o mayores).

3- NORMATIVA INTERNACIONAL

Mediante el **Sistema Internacional de ONU**, se consagra la cultura del Prohibicionismo, se direcciona de ese modo, una política criminal de “Guerra contra las Drogas”.

En ese contexto de “Prohibicionismo Global”, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) crea **La Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes**, en donde se establece en un sistema de listas, así, distintas sustancias psicotrópicas, se diferencian según su potencialidad en abuso y efectos en el sistema nervioso central.

La lista de psicotrópicos de la ONU se divide en cuatro categorías:

Lista I: Sustancias sometidas a control estricto. Incluye sustancias como la heroína, la cocaína y el LSD. Lista II: Sustancias sujetas a control, pero con menos restricciones que las de la Lista I. Incluye sustancias como la morfina y la metadona. Lista III: Sustancias sujetas a control, pero con menos restricciones que las de la Lista II. Incluye sustancias como el tramadol y algunos barbitúricos. Lista IV: Sustancias sujetas a control, pero con menos restricciones que las de la Lista III. Incluye sustancias como algunos tranquilizantes y sedantes.

Resulta de interés saber que la planta de cannabis, nunca se dejó de considerar como estupefaciente, pero sí que, **desde el año 2020** se quitó de la Lista I, y actualmente se encuentra en esta Lista IV en cuanto a su denominación es “CANNABIS (PLANTA)” y se describe como: “*sumidades, floridas o con fruto, de la planta de cannabis (resina no extraída)*”.¹⁷

En resumidas cuentas, la CONVENCIÓN ÚNICA DE ESTUPEFACIENTES, afirma la menor potencialidad dañina, e incorpora al cannabis, como una sustancia de escasa potencialidad, advirtiendo el valor terapéutico.

En efecto se debe entender el concepto de Fiscalización de Cannabis del Art. 28, el cual hace una remisión al cultivo de adormidera, estableciendo ciertas disposiciones para su autorización, Art 23. Entre los datos que aquí nos interesan, cabe destacar que, se prevén pautas como, delimitación del espacio de cultivo, licencias para los cultivadores, y metodología a emplear por el Estado autorizante del cultivo.

También se habilita a la Fabricación (Art 29), dentro del marco de un sistema de licencias, el cual presenta correlato con las nociones de Comercio y Distribución (Art 30), requiriendo del mismo modo, un sistema de licencias autorizadas.

Todo ello resulta de gran valor, ya que las nuevas regulaciones argentinas, como veremos, se aggiornaron a este modelo histórico de licencias y autorizaciones de la década del 60.

4- ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO

En Argentina durante el año 1930 se sanciona la **Ley 11.331**, la cual modificó el artículo 204 del Código Penal introduciendo el párrafo tercero donde se criminaliza la posesión y tenencia de drogas “no justificadas en razón legítima”.

Este es, por así decirlo, el momento fundante de la legislación prohibicionista en nuestro país. Como señalan algunos autores¹⁸, se inaugura con ella una problemática que alcanza a nuestros días. La ambigüedad y/o falta de precisión de expresiones tales como: “justificadas en razón legítima”, fueron una constante en legislación de drogas y sus usuarios.

En 1968 la Ley 17.567 que deroga la reforma del Código Penal (Ley 11.331), introduce un párrafo en el artículo 204: definiendo que sólo serán penalizados aquellos ciudadanos que posean cantidades que “excedan” las que correspondiera a un “uso personal”. Este término de exceso, tradicionalmente **nunca fue delimitado objetivamente**, y siempre fue un elemento de valoración judicial en el caso concreto.

¹⁷ Listado Oficial de ONU disponible en Pagina Oficial: https://www.incb.org/documents/Narcotic-Drugs/Yellow_List/52nd_Edition/Yellow_List_52nd_edition_SP.pdf

¹⁸ “Marihuana en Argentina. Historia, rendimiento, usos industriales y terapéuticos de la cannabis sativa”.

1^o Edición: Enero 2014 Editor: Pablo Ascolani

Sin embargo esta ley, vinculaba la tenencia en dosis mínimas, al mero consumo individual, introduciendo dicha conducta en la esfera de reserva, consagradas en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Bajo este contexto, se desarrollan las políticas en relación al consumo de drogas, caracterizadas por un fuerte **sesgo estigmatizador** plasmadas en la sanción de la ley 20.771 de 1974, que penaliza la tenencia para uso personal.

Esta ley se mantuvo vigente por más de una década, ya que respetaba perfectamente la coyuntura de “La Guerra contra las Drogas”, que incluso hoy en día, vemos que se replica en campañas electorales y discursos políticos.

La Ley de Estupefacientes en el año 1989, modificó y derogó parcialmente a la ley 20.771, siendo la que actualmente rige en nuestro país. Los bienes jurídicamente tutelados son la “Salud Pública” y la “Seguridad Pública”.

Sin adentrarnos en el análisis exegético de la norma, los principales problemas que históricamente se cuestionan respecto al cannabis, fue la “supuesta” afectación del bien jurídico Salud Pública, en relación a los tipos previstos de la ley 23.737; ya que no presentan idéntico disvalor de injusto, ni tampoco análoga lesividad, la tenencia simple (artículo 14), la tenencia con fines de comercialización (artículo 5 inc. “c”) y el comercio de sustancias estupefacientes (artículo 5).

Por esto, la tenencia, consumo, distribución, suministro, y tráfico, presentan un anticipo de punición sobre delitos de peligro en abstracto, es decir, se encuentran subyacentes los conceptos de afectación de terceros y ámbito de reserva amparados por la Constitución Nacional y los TIDH.

5 - JURISPRUDENCIA.

Descripto el plexo normativo nacional e internacional, resulta necesario ahora, analizar las nuevas regulaciones en materia de cannabis, y cuales resultaron ser los lineamientos otorgados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Como punto de origen nos remitimos a la interpretación de la ley 20.771, en la causa **Colavini de 1978**, (surgida por la tenencia de dos cigarrillos de marihuana) donde la Corte Suprema durante dictadura civico-militar, resolvió que la tenencia para uso personal era punible.

Posteriormente en el año **1986** en las causas **Bazterrica y Capalbo** se cambió de postura, desincriminando la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Este fallo, ocurre luego de finalizada la dictadura militar, cuando el clima social y político prioriza la vigencia de las libertades democrática. Allí, la CSJN, consideró el consumo como una acción privada (Art. 19 de la Constitución).

A partir de la sanción de la ley 23.737, en el año 1989, los vaivenes judiciales pueden ejemplificarse con algunos casos testigos:

En el año **1990**, la Corte Suprema, ya ampliada por el gobierno de Carlos Menem, en la causa **Montalvo** (2,7 gramos de marihuana) se volvió a la postura de la Corte Suprema de 1978. Imponiendo la penalización para la tenencia para uso personal.

Durante el año **1994**, la Cámara Federal reabrió la polémica: absolvió a una persona que había sido encontrada con 4 gramos de cocaína y un cigarrillo de marihuana. Sin embargo, en octubre de 1995, la Corte Suprema ratificó su fallo de 1990. La votación del máximo tribunal fue muy reñida. La mayoría fue alcanzada con el número justo, cinco de los nueve ministros revocaron el fallo de la Cámara Federal, fiel reflejo de la controversia histórica.

La última línea de interpretación de la corte la encontramos en **Arriola de 2009**, en la cual nos detenemos al solo efecto de realizar ciertas aclaraciones que nos parecen importante en relación al cannabis.

Respecto a los **hechos** se sostuvo que: “... de distintas actuaciones sumariales labradas por infracción a la ley 23.737 surgía que todos los detenidos habían tenido

contacto en forma esporádica con una finca (individualizada), donde se habían observado los movimientos típicos de la venta de estupefacientes...”

En virtud de ello, se dispone un **allanamiento y el avance del proceso penal**, llegan a etapa de debate, durante el Juicio Oral el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de Rosario, Provincia de Santa Fe, con fecha 30 de agosto de 2007, rechazó las nulidades interpuestas por las defensas y el planteo de inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, y **condenó a:**

“I) Sebastián Eduardo Arriola, como autor penalmente responsable del delito de tráfico de estupefacientes en la modalidad de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización —dos hechos, en concurso real— (artículos 55 del Código Penal y 5°, inc. c, de la ley 23.737), a la pena de seis años de prisión.

II) Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena, como autores del delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) a la pena de un mes de prisión de ejecución condicional (artículo 26 del Código Penal), imponiéndose por el término de dos años reglas de conducta (artículo 27 bis del Código Penal).”

Sobre la vía recursiva, la defensa interpone Recurso de Casación el cual es rechazado, y la defensoría oficial deduce Recurso de Hecho. Arriola desiste la impugnación y la cuestión sometida a estudio de ese Tribunal quedó circunscripta a los hechos vinculados a Fares, Acedo, Villarreal, Medina y Cortejarena, en la queja.

Una pregunta importante a tener en cuenta es, ¿que tipos de estupefacientes y cantidades poseían?, todos ellos tenían según las actuaciones entre 1 a 3 cigarrillos de Marihuana o envoltorios de menos de 30 grms entre sus prendas.

La defensa en ese contexto, planteó que atento a la nueva composición de la Corte Suprema, y de los argumentos que habían conformado el fallo dictado por dicho Tribunal en el caso "Bazterrica" (Cambio de N° de Ministros) corresponde realizar un nuevo análisis por parte del Tribunal Superior.

En cuanto al derecho federal invocado, sustenta el planteo en que, la sentencia apelada era violatoria del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Alegó que la escasa cantidad de droga encontrada no permitía inferir de manera alguna la potencialidad de la sustancia para generar dependencia física o psíquica en el consumidor, y menos aún podía afectar la pretendida salud pública

Analizada la Jurisprudencia de 1978 Colavini: Fallo con un criterio restrictivo hacia la criminalización; 1986 Bazterrica y Capalbo: Que se apartó de ese criterio; 1990 y Montalvo: Se retoma la decisión restrictiva. **Cambia nuevamente el criterio de la CSJN** y advierte que la cuestión federal estaba bien señalada, por ser una ley federal, violatoria de una cláusula constitucional.

La Corte, con sustento en "Bazterrica" **declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional**, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros..

Se justifica jurídicamente el fallo en la nueva composición, reforma constitucional del 94, se reafirma el principio de dignidad del hombre como un fin y no como un medio (como había establecido en Montalvo sobre los procesos de compradores previos). Otros elementos que invitamos a su lectura por resultar de gran valor son, los conceptos de Peligrosidad - Orden Público - Principio Pro Homine.

Es importante señalar que la DECISIÓN NO IMPLICA LEGALIZAR LA DROGA, sino que brinda un ámbito de protección a la esfera privada y reservada de las personas, donde de no haber afectación de terceros, no corresponde expandir el ámbito punitivo estatal.

Como una primera aproximación, afirmamos que ***la conducta no punible, es aquella que no daña a terceros en circunstancias específicas.***

Por lo expuesto, queda por demás claro que **la ley 23.737 continúa vigente en su totalidad**, más allá de que se han presentado proyectos legislativos que reducen las escalas penales¹⁹, pero no han prosperado.

En el fuero penal, en el ejercicio diario de la profesión, todas las semanas se conocen nuevos casos de cultivadores, que lejos de ser narco criminales, intentan, mediante economías autogestivas, asociativas, y pequeños proyectos, introducirse en la nueva ley de industria que el Estado se encuentra regulado actualmente.

6- NUEVAS REGULACIONES EN MATERIA DE CANNABIS

A) Ley 27.350:

Bajo el andamiaje que venimos introduciendo y habiendo resuelto la CSJN .la despenalización de la tenencia, **en el año 2017** el Congreso de la Nación sanciona y publica en el Boletín Oficial la **Ley 27.350**, dando una primera ley referida a la Investigación Médica y Científica del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis y sus Derivados.

Ésta ley tiene por objeto establecer un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud (Art. 1 de la Ley 27.350).

Se crea el “Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y tratamientos no convencionales”, en la órbita del Ministerio de Salud (Art. 2 Ley 27.350),

En efecto, los principales objetivos del programa son, garantizar el derecho y el acceso a la salud, promover medidas de concientización, garantizar el acceso gratuito al cannabis (Aceites y derivados), desarrollar evidencia científica, investigar los fines terapéuticos, producir estadística sobre resultados, propiciar registros de pacientes voluntarios, y capacitar continuamente a los profesionales de la salud, entre los puntos mas destacados (Art. 3).

Los Arts. 4, 5, 6 y 7 se refieren a la creación del órgano de aplicación de la presente ley, su rol con la provincias, y su interacción interestatal.

Uno de los Artículos más importantes es el 8, ya que crea un registro nacional voluntario: **“a los fines de autorizar en virtud de lo dispuesto por el artículo 5° de la ley 23.737 la inscripción de los pacientes y familiares de pacientes que, presentando las patologías incluidas en la reglamentación y/o prescriptas por médicos de hospitales públicos, sean usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis, con el resguardo de protección de confidencialidad de datos personales”**

Crea el Consejo Consultivo Federal, que desarrolló un rol central para la reglamentación y operatividad del sistema, integrado por instituciones, asociaciones, organizaciones no gubernamentales y profesionales del sector público y privado que tienen por finalidad intervenir y articular acciones en el marco de la presente ley (Art. 9).

Por último, señala la incorporación del Programa a las partidas presupuestarias, e invita a las provincias a adherir al presente programa y celebrar convenios junto a la autoridad de aplicación.

Retomando el Art. 8 se creó en el marco de este registro, diferentes perfiles de pacientes y/o autocultivadores, cultivador responsable y profesionales médicos (Para aquellos profesionales de la Salud que puedan prescribir cannabis medicinal).

En efecto, con la **Resolución 782/2022**, el Ministerio de salud reglamenta el REPROCANN y establece **límites de cultivo para asociaciones civiles y para terceros.** por lo cual

¹⁹ Proyecto legislativo de la Diputada Carolina Gailliard disponible en: <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/90013-proyecto-modificacion-ley-23737>

hoy una persona puede llevar adelante un cultivo asociativo integrado con un límite de hasta 150 pacientes, de 1 a 9 plantas por persona representada, (podría llegar a ser cultivos extensivos de hasta las 1.350 plantas).

Si el cultivo es en exterior el límite superficial es de 15 metros cuadrados o en interior de 6 metros cuadrados se multiplicará por cada paciente registrado.

Ahora bien, retomando el análisis jurídico penal, este fenómeno que introduce el Art. 8 de la Ley 27.350, **¿excluye, lisa y llanamente el ámbito de punición de la ley penal?**

A nuestro entender la creación del registro en virtud del art 5 de la Ley 23.737 para pacientes y familiares de pacientes usuarios de aceite de cáñamo y otros derivados de la planta de cannabis, crea un **ámbito de excepción en donde se autoriza la tenencia para consumo propio** y los proyectos de investigación.

Se corrige el reclamo histórico de los supuestos de tenencia simple, ya que con ello, el cultivo, tenencia, uso, almacenamiento y transporte, se autoriza a través del permiso en cuestión.

Por su parte, se recortan elementos normativos del del Art 5, se deja asentado que los términos “sin autorización” o con “destino ilegítimo”, se anulan o recortan con una autorización (Reprocann) emitida por el mismo Estado, y contiene el aval médico que acredite efectivamente el destino medicinal o terapéutico como fin legítimo.

En cuanto a doctrina: *“...se exige aquí que la acción sea ilegal, lo que constituye un elemento normativo, esto es, aquél mediante el cual el tipo acude a valoraciones jurídicas o éticas. Es tradicional la afirmación de que los elementos normativos deben ser distinguidos de la referencia de antijuridicidad que eventualmente formula la ley, con expresiones tales como ilícitamente, indebidamente, ilegalmente, etc. como es en este caso; se trata de elementos normativos del tipo cuando sirven para individualizar conductas o pragmas, y son referencias a la antijuridicidad (que no pertenecen al tipo) cuando implican un desvalor definitivo de las acciones. Siguiendo la misma doctrina puede decirse que el aquí tratado ilegalidad es uno de los llamados elementos normativos de recorte, cuya naturaleza (referente a la antinormatividad) y función los distingue de las referencias a la antijuridicidad, en tanto sirven para completar una definición que conceptualmente requiere una **precisa referencia a la antinormatividad**. En este caso se trataría de un elemento expreso...”²⁰*

Por su parte, la SCBA, en la Causa N° 104.636, caratulada “González, Luis Alberto s/ recurso de queja interpuesto por el Fiscal General (art. 433 CPP), también se expidió sobre los alcances de la ley 27.350.

En esa dirección Gonzalez planteó y se hizo lugar a la devolución en calidad de víctima del hurto de las cuatro plantas de marihuana que tenía en su propiedad para obtener el aceite necesario para proporcionarse los cuidados paliativos que exige su diagnóstico de cáncer nasofaríngeo de grado IV con metástasis pulmonar, diagnóstico que ni los magistrados ni el Fiscal han negado o cuestionado.

En lo referente al alcance de la ley 27.350 el máximo tribunal de la Provincia dijo: *“...la ley 27.350 dispone en su artículo 1° que el objeto de la ley es establecer el marco regulatorio de la investigación “médica y científica”; el artículo 8° crea el “Registro” para la inscripción de pacientes que presenten las patologías requeridas y que sean usuarios de aceite de cannabis, en virtud del artículo 5° de la ley 23737”, es decir, a los fines de eximirse de responsabilidad penal en el delito de tenencia o comercio ilegítimo de estupefacientes.*

No puedo dejar de observar aquí, principio de legalidad mediante, que si la inscripción viene requerida a efectos de evitar la incriminación por el delito de comercio de

²⁰ D’Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A., Código Penal. Comentado y anotado, La Ley, 2° edición, Buenos Aires, 2011, tomo III, págs. 1218/1219, con cita de la obra de Zaffaroni, Alagia y Slokar, tanto de su “Manual de Derecho Penal”, como del respectivo “Tratado”.

estupefacientes (artículo 5 de la ley 23737), y en este caso no se ha imputado a González ese delito, y más aún, nadie ha discutido que la eventual tenencia era para uso personal (médico), entonces el silogismo, en sí mismo considerado, llevaría a concluir que no mediando un caso de comercio de estupefacientes, González no estaba obligado a inscribirse en el registro.”

Por lo expuesto en el marco de esta ley, queda en claro que **existe un registro, que elimina el ámbito de punición**, se regula, mediante un sistema de autorizaciones, al cultivo controlado de cannabis. Por su parte, incluso cuando la persona, ostente un fin legítimo, la falta de inscripción, no es per se, constitutiva de una acción delictiva de la ley 23.737. En efecto, esta fue la línea interpretativa de la SCBA en el Fallo Gonzalez.

B- Marco Normativo del Instituto Nacional de Semillas.

La Ley Nº 27.350 faculta al INASE a regular las condiciones de producción, difusión, manejo y acondicionamiento de los órganos de propagación de esta especie que permitan la trazabilidad de los productos vegetales.

A través de la Resolución Conjunta Nº 5/2021 del Ministerio de Salud, INASE habilita la inscripción de germoplasma nacional y extranjero en los Registros Nacionales de Cultivares y de Propiedad de Cultivares.

Con la Resolución Nº 140/2021 del Ministerio de Agricultura, se encomienda al INASE a identificar, caracterizar y registrar en caso de corresponder el germoplasma nacional de Cannabis sativa L.

Mediante la Resolución INASE Nº 413/2021 que Reglamenta la Resolución antes mencionada, establece las condiciones para el cultivo controlado de Cannabis.

Por último, con la Resolución INASE Nº 260/2022 finalmente se reglamenta la comercialización de los órganos de propagación vegetal de Cannabis sativa L., bajo clase identificada con la obligación de mencionar el cultivar en el rótulo²¹.

C- Nacimiento de una nueva Industria: Ley 27.669.

Presentado el cuadro que abre a la “normalización” del cannabis²², no podemos dejar de mencionar un segundo hito en temática del cannabis, que lo constituye la **Ley 27.669²³ del año 2022**, referida al desarrollo de la Industria del Cannabis medicinal y el cáñamo industrial.

El objetivo de esta ley es establecer el **marco regulatorio de la cadena de producción y comercialización nacional** y/o con fines de exportación de la planta de cannabis, sus semillas y sus productos derivados afectados al uso medicinal, incluyendo la investigación científica, y al uso industrial; promoviendo así el desarrollo nacional de la cadena productiva sectorial.

El Art 3 de esta ley señala que de conformidad con la Convención Única de 1961, **quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley 23.737 y sus modificatorias**, cáñamo, el cáñamo industrial y/u hortícola y sus productos y/o derivados.”, lo cual genera un impacto directo en la ley de drogas, habilitando nuevos planteos sobre los procesos penales.

²¹ Material Oficial de INASE, disponible en: https://argentina.gob.ar/sites/default/files/instructivo_cannabis_insc_y_venta.pdf

²² PROPUESTA DE MODELO LEGAL PARA EL CANNABIS EN EL ESTADO ESPAÑOL. Martín BARRIUSO. EGUZKILORE Número 19. San Sebastián Diciembre 2005 151 - 167. Disponible en: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174561/11Barriuso.pdf>

²³ Material del Boletín Oficial Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/263212/20220526>

Podemos afirmar así que los cultivos autorizados dentro del marco regulatorio habilitado, siempre que cuenten con la debida autorización estatal previa, **no se considerarán estupefacientes a los fines de la ley penal.** (Alimentos, Cosmética, Aceites, Ungüentos, Tinturas, Etc.), esta es una herramienta importante para utilizarlo en casos de infracción a las leyes penales (Codigo Penal Art 77, 204; Ley 23.737 de Estupefacientes, y Código Aduanero Arts.862 y Ctes.).

Se crea como autoridad aplicación a la “**Agencia Regulatoria de la Industria del Cáñamo y del Cannabis Medicinal (ARICCAME)**”, facultada para gestionar **autorizaciones administrativas** que permitan el registro e inscripción de actividades económicas que integren la cadena productiva del cannabis, sus semillas y sus derivados. Esta agencia es un organismo descentralizado que funciona en el ámbito de la Secretaría de Desarrollo Productivo, del Ministerio de Economía. Ejerce el control y seguimiento relativos al otorgamiento de licencias y/o autorizaciones.

Por ello, **las autorizaciones administrativas** están destinadas a permitir la importación, exportación, cultivo, producción industrial, fabricación, comercialización y adquisición. Por su parte, la reglamentación establece un **programa especial de adecuación** destinado a los emprendimientos de las organizaciones de la sociedad civil, con fines de bien común, que han desarrollado especiales saberes, conocimientos y tecnologías acerca de los diversos usos medicinales, terapéuticos y paliativos de la planta de cannabis en el marco de las autorizaciones INASE, INAES, Convenios celebrados con el Estado en el marco de ley 27.350 (Rectificando la exclusión y otorgando un régimen especial a los procesos de investigación y asociaciones civiles).

La Ley 27.669 tiene en su espíritu, promover la inserción de pequeños productores y productoras en la cadena de valor de la planta de cannabis, **para los usos legalmente autorizados** con trámites especiales, tasas sociales para el acceso, apoyos técnicos entre otras formas de acompañamientos.

Entonces la nueva ley de Industria permite aggiornar esa primera etapa de investigación científica, en proyectos que ya pueden tener formas jurídicas de carácter comercial e industrial. Dicha norma también incorpora un régimen de sanciones, fiscalización e inspecciones sobre los cultivos. Por su parte y a tales efectos, se crea una **ventanilla única** para toda la industria cannabica, de esta manera lo que se busca es simplificar, facilitar y acercar a la ciudadanía la posibilidad de realizar estos trámites, pudiendo hacerse en forma presencial o virtual a través del TAD (Trámites a Distancia). Entre sus objetivos, está el proveer una mayor eficiencia en las gestiones, unificar procesos, normas y trámites, simplificar, agilizar y optimizar, integrar, homogeneizar y sistematizar, facilitar el acceso y difusión, prestar plena colaboración y observar.

Respecto de las licencias y las autorizaciones son intransferibles, las autorizaciones tendrán un plazo mínimo de 5 años. Si tenemos en cuenta la propuesta de estas regulaciones, estamos hablando de proyectos de inversión industriales importantes, entonces se requiere cierta previsibilidad y estabilidad para el desarrollo del negocio.

Con relación a las autorizaciones se refiere establece un régimen simplificado para la realización de actividades específicamente vinculadas al cáñamo, entonces los trámites se van a poder realizar a través de un régimen simplificado pidiendo únicamente autorizaciones, para el procesamiento del cáñamo, autorización de servicio logístico, transporte, distribución, almacenamiento, preservación, envasado, disposición final y demás servicios logísticos que integran la cadena productiva de cáñamo industrial y hortícola y autorización para comercio exterior de la semilla de planta de cáñamo industrial.

7- CONCLUSIONES

Al principio de esta exposición, nos interesaba analizar ¿Cómo impactan las leyes 27.350 y 27.669 en la ley 23.737?

El actual abordaje y las prácticas estatales en materia de seguridad y narcomenudeo nos debe llevar a un debate serio respecto a cómo pensamos las intervenciones y operativos de las fuerzas de seguridad. Dejamos en claro que nuestra propuesta radica en derogar o al menos, modificar la ley de estupefacientes 23737 en lo que refiere a las figuras de tenencia.

A 14 años del Fallo "Arriola" y a 37 del fallo "Bazterrica", resulta indispensable, fijar un horizonte entorno a qué se persigue penalmente, cómo se lo hace, cuáles son las metas a alcanzar en política de drogas y tener en cuenta las actuales normativas en materia de Cannabis Sativa L, con una perspectiva respetuosa de los Derechos Humanos, máxime a 40 años del retorno de la Democracia.

La cultura y el movimiento cannábico argentino, ha sabido contemplar y atender la realidad social en materia de cannabis, a pesar de la persecución penal. Desde allí, se ha intentado evitar y frenar estas prácticas que vienen estigmatizando, persiguiendo, procesando e imputando como conductas asociadas al consumo, tenencia, autocultivo, cultivo solidario o en red con penas que colocaron y colocan a las personas usuarias -prácticamente- en la misma escala penal que delitos violentos.

Además, el incumplimiento del fallo "Arriola" generó consecuencias graves en el sistema carcelario, por ejemplo, en el aumento de la población por presuntas infracciones a la Ley de Drogas. Sobre todo, dicha selectividad del sistema penal recae en su mayoría sobre colectivos vulnerados como las mujeres y las personas LGBTIQ+. Uno de los últimos datos oficiales marcan que el 48% de las detenidas en Argentina, estaban tras las rejas por "tenencia de estupefacientes con fines de comercialización" en pequeñas cantidades (expuso el procurador adjunto interino de la Penitenciaría de la Nación, Ariel Cejas Meliare, en los 10 años de "Arriola" en el Congreso de la Nación).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió en los precedentes "Bazterrica" (Fallos: 308:1392) el 29 de agosto de 1987 y "Arriola" (Fallos: 332:1963), el 25 de agosto de 2009, en los que declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, puesto que conculca el art. 19 de la CN, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

El 29 de marzo de 2017, la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, aprobó por unanimidad -58 votos positivos y cero negativos- la Ley Nacional N° 27.350 que establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor de la planta de cannabis y sus derivados, garantizando y promoviendo el cuidado integral de la salud. Que en su decreto reglamentario 883/2020, y en las Resoluciones 800/21 y 782/22, autoriza la tenencia, el transporte y cultivo del cannabis.

De la misma manera, en diciembre de 2020, la Comisión de Estupefacientes de Naciones Unidas (CND) sólo aprobó la recomendación 5.1 de retirar el cannabis y la resina del cannabis de la Lista IV de la Convención de 1961.

Además, Argentina desde mayo de 2022 sancionó la ley 27.669, que tiene por objeto establecer el marco regulatorio de la cadena de producción y comercialización nacional y/o con fines de exportación de la planta de cannabis, sus semillas y sus productos derivados afectados al uso medicinal, incluyendo la investigación científica, y al uso industrial; promoviendo así el desarrollo nacional de la cadena productiva sectorial.

A pesar del dictado de la ley 27.669 y su reglamentación mediante el decreto 405/2023- APN-PTE, el cannabis se mantiene en la ilegalidad y a sus usuarios/as en un riesgo cierto de criminalización, persecución y en caso de uso con fines terapéuticos, en un agravamiento de la situación de salud.

En efecto, el sistema persecutorio que impera sobre la planta de cannabis y sus usuarios/as se sigue sosteniendo, incluso pese a contar en la actualidad con normativas como la ley 27.350 y la ley 27.669.

Entendemos que, si se cumplieran las normativas vigentes, la tenencia y producción de cannabis con fines medicinales e industriales, o aquellas que quedan abarcadas por los fallos “Arriola” y “Bazterrica”, debe quedar por fuera de la persecución penal para ser abordados desde la mirada de la salud pública, ya que no conculca ese derecho, sino todo lo contrario. **Resulta indispensable quitar al cannabis, el autocultivo, su utilización con carácter terapéutico, la divulgación y difusión, el guardado, la siembra y la producción de semillas de cannabis Sativa L y a las personas usuarias y cannabicultoras, del abordaje criminal.**

El Ministerio de Salud de la Nación, los organismos gubernamentales como INTA, INASE, SENASA, INAES, INTI, los defensores públicos y privados, las más de 300 asociaciones civiles cannábicas, las universidades públicas de todas las provincias del país, profesionales, microemprendedores/as, usuarios/as, más de 250.000 inscritos en el programa Reprocann, productores/as de semillas inscriptos en INASE, los medios independientes especializados en la materia, las familias de los/as pacientes que han encontrado en el cannabis y sus derivados una mejor calidad de vida, venimos trabajando desde hace tiempo en la defensa de los derechos de personas que son perseguidas penalmente.

Por ello, ante esta situación, entendemos que debemos seguir trabajando en este sentido para **lograr un modelo que no persiga, estigmatice y penalice a usuarios/as** de sustancias consideradas drogas, cannabicultores/as, productores/as de semillas, flores, aceites o derivados con fines terapéuticos, quienes asisten a personas en situación de vulnerabilidad y/o a quienes no pueden cultivar para sí mismo, que ponen en común sus conocimientos y saberes a través de conferencias, entrevistas, presentaciones científicas, consultorías, análisis, eventos públicos y privados, trabajos de jardinería, redes sociales, educación, asociativismo y cooperativismo.

Desde hace ya mucho tiempo, el movimiento cannábico argentino invita a reflexionar con profundidad, el alcance del derecho a la salud y la dignidad humana, premisas centrales en la vida de toda persona, por eso debemos seguir trabajando en fomentar políticas públicas que eviten la criminalización de “tenencia” de sustancias psicoactivas y, en particular, de quienes utilizan cannabis para mejorar su calidad de vida.

8- PROPUESTAS:

Por lo expuesto, proponemos a través del presente trabajo:

A) Que se libere de manera inmediata a todas las personas presas por usar, cultivar Cannabis ,y/o producir derivados, cuando sean las mismas cantidades que hoy están permitidas por la ley 27350 o las Resoluciones del INASE, mediante la figura del **Indulto**, regulado en el artículo 99, inciso 5 de la Constitución Nacional, que establece que “el Presidente de la Nación puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal”.

En la actualidad existen normativas y resoluciones que permiten estas conductas, por lo tanto en esta vulneración de los derechos adquiridos, encuentra apoyatura constitucional en diferentes garantías a saber: Principio de Legalidad, Pro homine, Ley penal más benigna, e igualdad ante la ley.

B) Que se derogue la ley de drogas 23.737. La vigencia del discurso de la “guerra contra las drogas” no logró resolver ninguno de los problemas que se proponía solucionar. Por el contrario, incrementó todos los daños que no son propios de las drogas sino de la prohibición; produjo corrupción política, judicial y de las fuerzas de seguridad, persiguió y encarceló a vastos sectores sociales, produjo guerras territoriales entre bandas y derrochó infinidad de recursos económicos que deberían utilizarse para fortalecer el sistema sociosanitario. Por ello, es necesario una nueva ley de drogas que se adecue a las realidades sociales, económicas y culturales de este siglo.

C) Que en el abordaje estatal en materia de seguridad y narcomenudeo se consideren las actuales normativas de la ley 27.350, las resoluciones del INASE y la ley 27669 como límites al ejercicio punitivo del estado, mediante el principio de ultima ratio del derecho penal.

D) Que se aplique el artículo 16 de la Constitución Nacional que refiere que todos/as sus habitantes “son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

E) Que se actualicen, promuevan y fomenten en todo el territorio argentino, las capacitaciones a las fuerzas de seguridad y Poder Judicial, Federales y Provinciales, en materia de la ley 27.350 de Cannabis Medicinal y su programa Reprocann y la ley 27.669 de Cannabis Medicinal y Cáñamo Industrial.

F) Que se incorpore a los programas de capacitaciones del COLPROBA, y en las comisiones correspondientes, programas de capacitación y formación en materia de Cannabis, ya que no es algo circunscrito exclusivamente al Derecho Penal, y permite analizar nuevas incumbencias en el derecho comercial y societario.

Implicancias de los medios de comunicación en los procesos penales mediáticos.

Abog Ezequiel Elías Segovia.

“No puede castigarse a un ciudadano solo porque ello responda al interés o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político –del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública– puede suplantar la falta de prueba en una hipótesis acusatoria” Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón - teoría del garantismo penal.

- **Abstract:**

En la sociedad moderna, la comunicación toma un papel crucial en el mundo y se erige como el factor central para saber qué es lo que sucede a nuestro alrededor. En este contexto de transición de una comunicación tradicional a una virtual, a través de diversos medios y sin limitaciones espacio-temporales, se presentan desafíos vertiginosos e inéditos para el mundo. De la mano con lo anterior dicho, hoy asistimos a la desaparición de barreras éticas y de instrumentos de control que antes quizá funcionaban como límites para el abuso y el mal uso de la comunicación masiva.

Para evitar ser objetos de manipulación, es imperativo aprender a discernir entre la verdad y la mentira en un entorno donde a menudo prevalece un "ruido" que contamina y dificulta la claridad en la interpretación de los hechos. Esta transformación en la forma en que recibimos información y nos comunicamos nos lleva a plantearnos: ¿Puede el sistema judicial mantenerse al margen de los grandes cambios de nuestra era, marcada por la comunicación digital y la información masiva?

Frente a la creciente demanda de información de nuestra sociedad y la persistencia de la noción de que "los jueces solo hablan a través de sus sentencias", los medios de comunicación han asumido un rol cada vez más predominante en la difusión de las decisiones judiciales. Esto ha llenado el vacío que la administración de justicia no pudo satisfacer, llevando al sistema judicial a un claro distanciamiento de la sociedad en general.

Cuando la administración de justicia optó por no asumir el papel de "divulgador" o "traductor", dejó la posta a quienes estuvieran dispuestos a hacerlo, siendo los periodistas y los medios de comunicación los principales actores que decidieron tomarla y ejercerla con total voracidad.

Esta dinámica resultó en la proliferación de los procesos paralelos. Estos procesos resultan más atractivos para la sociedad, en parte, porque se desarrollan en tiempos mucho más rápidos que los judiciales y tienden a desacreditar la confianza en la administración de justicia, ya sea por su lentitud o por las decisiones que se toman, cuando estas difieren de la versión mediática del proceso.

Por tanto, este trabajo se propone analizar la problemática de los procesos paralelos en relación con la construcción de la verdad. Su objetivo es fomentar el debate y la toma de conciencia acerca de la necesidad de abordar este tema multidimensional. Para lograrlo, se iniciará con el análisis de la interacción entre la administración de justicia y los medios de comunicación, se conceptualizarán los procesos paralelos y las diversas formas de abordar los hechos (construcción de la verdad) entre ambos. Luego, se enfocará en la relación de estos con el sistema de garantías conocido como "debido proceso".

Finalmente, se examinarán las respuestas más relevantes que se han dado desde el derecho comparado, evaluando sus implicaciones.

- **Contexto General**

Para que la administración de justicia adquiera legitimidad y sea coherente con el sistema de gobierno, debe ser transparente, rendir cuentas, controlable por la ciudadanía, es decir: pública. La exigencia de publicidad, además de surgir de la Constitución Nacional en virtud de la forma republicana de gobierno (art. 1) y de la elección del juicio por jurados (arts. 24, 75 inc. 12 y 118) también está reconocida en disposiciones internacionales (arts. 8.5 CADH, 14.1 PIDCP y 10 DUDH).

La publicidad, puede ser entendida no solo como una garantía de los justiciables contra arbitrariedades, sino también como un principio político, pues, en su faz externa, actúa como medio para asegurar la transparencia de la administración de justicia mediante el control de las actuaciones por parte de la opinión pública. En este sentido, es posible afirmar que no tiene un efecto estrictamente procesal sino que, se presenta como un principio fundamental y estructurante del procedimiento penal, con ejes de carácter político.

En efecto, permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una opinión pública, fundamenta la confianza pública en la justicia y refuerza la independencia, aumenta su responsabilidad social y neutraliza vínculos jerárquicos, favorece la probidad de los jueces al actuar como freno en el ejercicio de un poder del que, la historia ha demostrado, es fácil abusar.

Cabe destacar que originalmente, la garantía de publicidad se pensó para que fuera satisfecha con la presencia directa de la ciudadanía en la sala de juicio observando el proceso. No obstante esto, como advierte la experiencia, esta es una visión superficial, pues lo que ocurre es que nadie va a controlar los juicios. En consecuencia, los medios de comunicación juegan un papel fundamental, pues a través de ellos se efectúa, más allá de la sala de juicio, la difusión de los pormenores de las decisiones judiciales. Así, puede apreciarse como los medios prestan un servicio a la democracia al informar y brindar datos que sirven para la formación de una opinión libre en la ciudadanía. Con relación a la función de los medios la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que “juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan”

Sin embargo, en la relación prensa-proceso el paradigma se rompe cuando la función informativa o comunicativa se transforma en una función configurativa e intervencionista, tanto en los procesos de decisión judicial como en el contexto social de recepción, percepción y entendimiento de dichas decisiones. Casi siempre el control queda reducido a lo que la prensa quiera publicar, con mayor o menor cuota de amarillismo. Este traslado del control ciudadano a la prensa plantea muchas dificultades y puede convertirse en un gran medio de distorsión de la opinión social.

La doctrina también nos advierte sobre los problemas del mal uso de la publicidad en una materia tan sensible como la aplicación del derecho penal. Así, destaca que estos abusos no son novedosos, pero que se han visto potenciados en las últimas épocas por el carácter masivo de la información y por la naturaleza invasiva de los medios de comunicación. En nuestros tiempos, los casos judiciales son objeto de una creciente cobertura mediática. Es cada vez mayor el espacio que se les dedica en la televisión y en la prensa escrita, pero esto no es casual, sino que está determinado por fenómenos contemporáneos: como la concentración de los medios de comunicación en monopolios, los sesgos ideológicos, orientaciones políticas o el simple interés económico o comercial. Esto produce que sean rentables la dramatización y la exageración en la cobertura de los fenómenos sociales y particularmente redituable la difusión de hechos delictivos.

Además, ya no solo los grandes medios tienen la capacidad de negar el proceso judicial de construcción de la verdad y sus reglas sino que existen otras formas de

mediatización de la información pública, de opiniones, etcétera, que se realizan en tiempo real por los propios protagonistas y cualquier manifestación puede replicarse en cuestión de minutos en miles, o millones, de usuarios. En tanto “El poder de Internet no radica en estar bajo el control central de un partido o grupo político, sino en su carácter viral”. Este fenómeno se encuentra vinculado —a la vez que conduce— a otras problemáticas actuales como: noticias falsas virales (fake news y deepfake), cultura de la cancelación (cancel culture) y prohibiciones de discursos o figuras (speech bans) en redes sociales, entre otros. De esta forma nos encontramos frente a dos supuestos en los que distintos grupos pueden llevar a cabo juicios paralelos: por un lado, el de los medios de comunicación como grupos de formación de opinión y, por otro lado, el que puede generar un sector o un grupo en internet debido al carácter viral de la plataforma. Ambos se encuentran, en principio, amparados en derechos constitucionales: sea en la libertad de prensa o de expresión, aunque los problemas surgen de su ejercicio abusivo.

De acuerdo a lo señalado, podríamos decir que se entiende como juicio paralelo a todo proceso instigado y llevado a cabo por los medios de comunicación, erigiéndose como jueces sobre un asunto que está siendo tratado por un juez natural. También podemos advertir que su objetivo es anticipar la culpabilidad del imputado o desacreditar el proceso, con la intención de influir en la decisión del Tribunal. Esto desacredita la imparcialidad del proceso, dando la impresión a cualquier lector o televidente de que la jurisdicción penal no tiene más opción que dictar sentencia según lo difundido públicamente. Además, también podemos señalar como juicios paralelos, a las campañas planificadas en contra o a favor de los acusados. Estas campañas se valen de la filtración selectiva de información del proceso, la publicación sesgada, fragmentada y descontextualizada de datos, así como análisis parciales de la evidencia. Su objetivo es trasladar el debate a una sede que no sea la judicial, careciendo así de las garantías adecuadas y sometiendo a la opinión pública a la línea de ese medio o grupo de poder específico.

En muchos casos, los magistrados y fiscales que no están acostumbrados a interactuar con los medios de comunicación se ven abrumados cuando tienen un caso de relevancia pública. Esto se debe a que la sociedad, interesada en conocer las circunstancias del caso y las razones detrás de las decisiones, les exige asumir un rol de comunicadores con recursos y medios limitados. Muchas veces, cada intento de comunicación parece ser un paso en falso que empeora la percepción social del proceso judicial. Esta situación se agrava aún más cuando las decisiones difieren del juicio paralelo que ya se había formado.

En este sentido, el poder judicial no puede limitarse a una conducta meramente reactiva en la agenda pública. Debe asumir un rol activo en la comunicación de casos de interés social. Es imperativo que la administración de justicia, especialmente los jueces, se preparen para enfrentar la realidad mediática. Para lograrlo, deben establecerse canales de información y comunicación idóneos que divulguen lo que ocurre dentro del Poder Judicial. Esto contribuirá a que las decisiones de los jueces sean comprensibles para el público, fomentando así el objetivo de educación ciudadana y el acceso a la justicia.

Si los fundamentos de las decisiones fueran transmitidos de manera clara y sencilla, la discrepancia entre la verdad jurídicamente establecida y el juicio paralelo emitido por los medios de comunicación o grupos en redes sociales no sería tan problemática. Esto promovería un debate más enriquecedor sobre el caso, e incluso sobre las políticas públicas, incluso dentro del ámbito periodístico.

La antigua máxima arraigada en la idiosincrasia judicial, según la cual "los jueces solo hablan a través de sus sentencias", parece insuficiente para satisfacer las expectativas sociales, legítimas y también normativamente fundamentadas. Con el tiempo, esta problemática no fue tratada de manera orgánica o institucional, sino que cada juez la abordó según su propio criterio, a menudo ateniéndose a la antigua máxima.

Estos juicios resultan mucho más atractivos para la sociedad por dos razones fundamentales. Por un lado, al carecer de las reglas del debido proceso, resultan mucho más intuitivos y, por lo tanto, su contenido o carga emocional es más impactante. Esto tiende a privilegiarlos sobre el proceso judicial en la opinión pública. Por otro lado, se desarrollan en

tiempos mucho más expeditivos que los judiciales, lo que se convierte en uno de los principales motivos para que la sociedad valore más uno sobre el otro.

Retomando la cuestión de los juicios paralelos o mediáticos, no solo afectan una serie de derechos y garantías de los acusados, sino que también pueden influir en la percepción de la administración de justicia desde el punto de vista de la ciudadanía. La presunción de inocencia, la imparcialidad e independencia de los juzgadores, el derecho a la defensa, a la intimidad y al honor, entre otros, pueden resultar comprometidos.

Aunque en el proceso formal el principio de inocencia se mantiene intacto, el trato de culpable que generan los medios de comunicación en la opinión pública puede tener repercusiones significativas en la vida del acusado. Existe un evidente riesgo de que el juicio paralelo influya en el ánimo del juzgador y afecte su independencia e imparcialidad, o al menos, se perciba ese riesgo debido a la presión social y mediática. La independencia de los jueces es un pilar fundamental del sistema judicial. Sin embargo, la presiones mediática y social ejercen una influencia considerable en la percepción pública de los casos. Esto puede llevar a que los jueces se vean tentados a decidir de cierta manera para evitar críticas o reacciones negativas por parte de la opinión pública. La formación y preparación de los jueces para afrontar esta realidad mediática es crucial para preservar la integridad del sistema judicial.:

En resumen, los juicios paralelos o mediáticos representan un desafío importante para el sistema de justicia. Estos no solo afectan los derechos y garantías de los acusados, sino que también influyen en la percepción ciudadana de la administración de justicia. Es esencial que los magistrados y fiscales se preparen para enfrentar esta realidad mediática, y que se establezcan canales de comunicación efectivos para explicar las decisiones judiciales al público. Además, es fundamental promover una formación ética y profesional adecuada para los abogados y litigantes, y fomentar un debate enriquecedor sobre los casos en la esfera pública y periodística. La independencia e imparcialidad de los jueces debe ser preservada frente a las presiones mediáticas y sociales, para garantizar la integridad del sistema judicial.

- **Posibles soluciones adoptadas en el derecho comparado:**

En relación a las medidas tomadas por diferentes países para abordar los procesos paralelos, se observan dos enfoques principales igual de interesantes. Por un lado, están aquellos que optan por la tipificación penal de estas conductas. Por otro lado, se encuentran los que imponen restricciones a la intervención de los medios en casos individuales, sin establecer una regla general.

En algunos países de Europa, se han implementado legislaciones que imponen sanciones a los medios de comunicación que sobrepasan los límites de su libertad de prensa al llevar a cabo juicios paralelos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha advertido sobre los riesgos de estos juicios, ya que considera que una extralimitación en el ejercicio de la libertad de información puede suponer una violación de derechos fundamentales.

Un ejemplo efectivo de este enfoque se encuentra en Inglaterra, donde se prioriza la justicia sobre la libertad de prensa. En este modelo, se garantiza la imparcialidad al limitar y sancionar, a través del "Contempt of Court", la publicación de información que pueda influir en posibles persecuciones penales.

En Austria, se castigan ciertos juicios paralelos a través del Código Penal, que contempla como delito la influencia indebida sobre un procedimiento penal. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina caso por caso para determinar la aplicación de este precepto, considerando las circunstancias específicas.

- **Propuesta:**

En resumen, es innegable que los juicios mediáticos tienen un impacto significativo en las garantías constitucionales de las partes involucradas y pueden influir en el proceso penal, erosionando la confianza en la administración de justicia y ejerciendo presión sobre los magistrados. No obstante, es importante destacar que atribuir exclusivamente la responsabilidad a los medios de comunicación, sin reconocer las deficiencias presentes en la administración de justicia y en los propios litigantes, conduce a soluciones legislativas que no abordan de manera efectiva esta problemática.

La clave para conciliar estos mecanismos de búsqueda de la verdad radica en encontrar un equilibrio:

- Por un lado, la administración de justicia debe evolucionar y adquirir la capacidad de comunicar sus decisiones de manera efectiva, incluso considerando la posibilidad de contar con portavoces especializados.
- Asimismo, es crucial mejorar los tiempos de respuesta y comprender las necesidades de la sociedad en este contexto.
- Por otro lado, el periodismo debe fomentar una formación ética y profesional que respete las garantías del debido proceso, ofreciendo información de calidad que no perjudique de manera significativa a las partes involucradas. Es imperativo que la crítica periodística hacia la administración de justicia sea constructiva y ética, sin ser influenciada por motivaciones políticas o comerciales, evitando así erosionar tanto la legitimidad de la administración de justicia como la del propio periodismo.

Penas crueles, inhumanas y degradantes: Inconstitucionalidad de la prisión perpetua en Argentina

Abog Magali Gelhorn
Colegio de Abogados de Zarate Campana.

“Señor presidente de la república, estamos cansados de morir un poco cada día. Hemos decidido morir de una sola vez y le solicitamos que nuestra pena a cadena perpetua sea transformada en pena de muerte. La perpetuidad es una invención de un no Dios, de un salvajismo que supera toda imaginación”²⁴

Carta de un grupo de presos al presidente de Italia, 2007.

El artículo 18 de nuestra constitución nacional, máxime en el establecimiento de la estructura normativa penal de nuestro país, o al menos de los principios y lineamientos rectores del ordenamiento jurídico en materia de derecho penal, versa “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Dicho esto, la constitución nacional deja entrever entonces que “las cárceles, en general, tienen por finalidad la seguridad y no el castigo”, pero sin tratar en forma expresa la finalidad propiamente dicha de la pena, que es nuestro punto principal de partida.

Este gran cuestionamiento en relación entonces a cuál es el fin concreto de la pena o cuál es la razón por la cual imponemos una sanción, viene a resolverse en forma expresa a través de los tratados internacionales de derechos humanos que en el año 1994 supimos incorporar a través del art 75 inc 22 y que integran el bloque de constitucionalidad, es decir, que revisten igual de importancia que nuestra carta magna. Estos instrumentos internacionales desarrollan entonces **la resocialización** como fin de la pena.

Es así, que la Convención Americana de Derechos Humanos en su Artículo 5 apartado 5 establece: *“las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”*; mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 10, apartado 3: *“el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*.

Asimismo, la Resolución N° 01/08 del 13 de marzo de 2008 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁵, que en su 4to párrafo indica: *“Teniendo presente que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados, la resocialización y la reintegración.”*

²⁴ “Morir un poco cada día: adolescentes condenados a penas ilegales en la Argentina”, editorial Paidós, 2010.

²⁵ <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/resolucion%201-08%20esp%20final.pdf>

Plasamándose este principio de forma efectiva en la Ley Nacional de Ejecución Penal N° 24660, que indica en su artículo primero: "*La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.*"

El principio resocializador fue también recepcionado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación: "*Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5 inc. 6 CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10 inc- 3 PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Entendiéndose que la finalidad de la pena debe atender al bienestar y resocialización del reo*".

El fin de la pena conforme al principio resocializador también se encuentra interrelacionado a los principios de humanidad de las penas, al de culpabilidad y proporcionalidad, igualdad ante la ley y Pro Homine de acuerdo a nuestro sistema republicano.

Es decir, tanto los tratados como las leyes dictadas en consecuencia, han establecido que en nuestro país, a lo largo y ancho del territorio de la República Argentina **la pena debe tener un fin de resocialización**. Precepto que a mi entender, no sólo no tiene discusión, sino que, además, se ha transformado en garantía constitucional de **obligatorio cumplimiento**.

Si la pena entonces, tiene un fin de resocialización: ¿qué será resocializar?.

La **Real Academia Española (RAE)** no reconoce el concepto de resocialización. Sí incluye en su diccionario, en cambio, la palabra socialización como el proceso y el resultado de socializar: la promoción de condiciones que contribuyan al desarrollo de las personas²⁶. Si tenemos en cuenta la inclusión del prefijo re-, podemos afirmar que resocialización entonces, consiste en "volver a socializar". La idea refiere a la reintegración de un individuo de la sociedad, luego de que estuviera marginado por algún motivo.

Continuando con el análisis de la etimología de las palabras, según idéntica fuente, el adjetivo "perpetuo" significa "que dura y permanece para siempre". A razón, perpetuo entonces, es sinónimo de infinito, vitalicio, sin interrupción.

Si entonces la premisa principal de los tratados internacionales y leyes locales, tiene que ver con esta idea de "volver" a la comunidad, la prisión perpetua representa la principal de las incoherencias.

El régimen de la prisión perpetua existe en nuestro país desde la redacción original del Código Penal de 1921, y se aplica a los autores condenados por ciertos delitos. Evidentemente en la idea original, admitiendo la figura de la libertad condicional, que representa la posibilidad que tiene dicho condenado de finalizar el cumplimiento de su condena, fuera de la cárcel, con algunas limitaciones. En dicho caso, al arribar a los 35 años de cumplimiento efectivo, pudiendo solicitar la libertad bajo vigilancia, con la posibilidad de que entonces la pena se extinga. Es decir, que la prisión perpetua podría tener, para este número reducido de delitos, una duración de al menos 45 años. En consecuencia, son penas inciertas, indefinidas en cuanto a su duración y finalización real. En un estado de derecho, debemos quitar certeza y no dar lugar a la incertidumbre.

Con el paso del tiempo, y las modificaciones en materia de legislación penal, este beneficio, fue perdiendo su accesibilidad, y con la reforma de 2004 referida la "Ley Blumberg" introdujeron una lista de delitos que serían inelegibles para la morigeración de la

²⁶ <https://www.rae.es>

pena, es decir, que no podrían acceder nunca a este beneficio. Además, de establecer que se podría solicitar recién a los 35 años de prisión (anteriormente era a los 20), y extendió el plazo para dar por cumplida la pena de 5 a 10. Entonces, ¿cuántos años son “para siempre”?

Que además, nuestra historia nacional e internacional también demuestra que estas reformas legislativas y absolutamente punitivas no resuelven problemas de fondo. Es decir, agravar la escala penal de ciertos delitos no se traduce en que esos delitos dejen de cometerse, o vedar el acceso a ciertos beneficios, sólo genera más violencia institucional.

Más allá de este repaso conceptual e histórico para posicionarnos correctamente frente a la figura de la prisión perpetua, la conclusión a la que quiero arribar tiene un tinte de mayor reflexión a las contradicciones actuales que debate dogmático-jurídico.

Si técnica e ideológicamente estamos de acuerdo, en que las instituciones penitenciarias que tienen a cargo la seguridad y custodia de los procesados y condenados, tienen la responsabilidad de resocializarlos, ¿cuál es el sentido de privar de la libertad perpetuamente?

Si ajustamos esa perpetuidad a una pena en concreto, caracterizada entonces por al menos 35 años de cumplimiento efectivo en prisión, que en cualquier persona mayor de 18 años, representa básicamente la vida misma. Es decir, la construcción de un futuro, un trabajo, una profesión, formar una familia o cualquier otro proyecto que tenga que ver con el paso del tiempo, devolveremos a la comunidad a personas que atravesaron el sistema penal durante, al menos, 35 años.

Además, nuestro sistema actual carece de condiciones mínimas y necesarias para cumplir con los preceptos de nuestras leyes: promover la reinserción. Que las y los condenados pueden volver a ser incorporados a su comunidad, habiendo comprendido el daño que generaron, desarrollado herramientas y habilidades para la vida en general que se traduzcan en la construcción de un proyecto de vida alejado del delito. Este es el impacto positivo que necesitamos para acompañar más y mejor a las personas en conflicto con la ley penal.

Además, retomando las condiciones actuales de nuestros servicios penitenciarios, estamos frente a un índice de sobrepoblación histórico, con serios problemas en la administración de recursos de distintos tipos: alimenticios para las y los internos, de asistencia psicológica, psiquiátrica, de accesos a la salud en general, de servicios educativos en todos los niveles, de reales oportunidades laborales, entre otras.

Algunos defensores de la prisión o reclusión perpetua, hablan de la proporcionalidad de la pena en función del delito cometido, y realmente pienso: ¿ojo por ojo?. La respuesta que el estado de derecho da a una persona que comete, por ejemplo, un homicidio agravado es imponerle el mismo castigo? ¿Que también muera pero estando privado de su libertad? Mientras los sistemas de justicia penal sigan hablando de justicia retributiva estaremos en frente de un sistema que no nos brindará los resultados que requerimos. Ojo por ojo y el mundo acabará ciego.

La justicia retributiva no puede seguir teniendo lugar en un estado de derecho donde enarbolamos jurídicamente a las garantías y los derechos internacionalmente reconocidos, y luego no podamos cumplir siquiera con el espíritu de la letra de la ley. No atiende a la real desigualdad ni abordaje de la conflictividad penal.

¿En un estado de derecho, cuál es el sentido de privar durante toda la vida a una persona? ¿Cuál es el sentido en términos económicos de sostener durante toda la vida a

esa persona en contexto de encierro? ¿Cuál es el sentido en términos de ejecución penal privar de la libertad durante toda la vida a una persona? ¿Y la progresividad de la pena? Ya no los preparamos para “re”incorporarse a la vida libre, sino para aprender a vivir dentro de la cárcel esperando nada más que la muerte en el afuera, porque... ¿qué vida se puede tener sabiendo que ese es tu destino final?

En un momento de tantas tensiones políticas para nuestro país, en los que la discusión de seguridad y política criminal no paran de reiterar propuestas de medidas punitivas que carecen de eficiencia desde siempre, hay que construir un debate para repensar nuestro sistema de justicia penal y de ejecución penal.

Con los esquemas y características actuales, nuestras cárceles no están funcionando. No estamos logrando objetivos básicos. No estamos cumpliendo con la constitución, ni los tratados internacionales y mucho menos las leyes locales. Necesitamos instituciones penitenciarias eficientes, administradas con criterios no sólo en materia de seguridad, sino técnicos e interdisciplinarios. Repensar la actual privación de la libertad en todos los ámbitos: Si el espíritu de la ley es la resocialización debemos impulsar reformas legislativas tendientes a: derogar la figura de la prisión o reclusión perpetua dentro de nuestro ordenamiento jurídico, o en cuyo caso, disminuir el plazo actual y reconceptualizarla: ya no será “prisión perpetua” que indica que nunca se acaba, sino “pena máxima” que refleja inicio y fin; desarrollar nuevos lineamientos para el acceso al beneficio de la libertad condicional; diseñar programas de abordaje con criterios adecuados de segregación delictiva de la población penitenciario; dotar al sistema de los recursos necesarios para impulsar planes de acompañamiento individualizado en la ejecución penal, pero fundamentalmente en la pos penal, que es la más difícil de enfrentar al salir de prisión y volver al mundo libre.

Evidentemente, la situación penitenciaria actual, la coyuntura de la justicia penal, la política criminal vigente y las dificultades y desigualdades sociales representan una problemática histórica y de difícil abordaje. Para transformar esta situación, debemos reflexionar en alternativas a la privación de la libertad in eternum porque no me enorgullece decir, entonces, que mientras continuemos imponiendo sentencias a prisión perpetua con las características de nuestro sistema actual, estaremos atentando contra los compromisos internacionales asumidos, **porque la prisión perpetua hoy en nuestro país, es una pena cruel, inhumana y degradante. Es morir un poco cada día.**

El sistema penitenciario y la violación a las Reglas Mandela: Políticas que interrumpen garantías constitucionales

Abog Melanie Ailin García
Colegio de Abogados de La Matanza

Sumario: I.- Introducción; II.- Desarrollo: A) Lineamientos de las Reglas Mandela. B) Violación a las políticas de alojamiento y garantías constitucionales. C) Comisiones de Asuntos Penitenciarios y las limitaciones a su labor. Omisiones del Poder Judicial. III.- Conclusiones. IV.- Propuesta.

I.-INTRODUCCION

En el marco de la presente ponencia expondré las grandes violaciones que el funcionamiento del sistema penitenciario en la actualidad genera a las reglas Mandela, siendo esta norma rectora para el alojamiento de aquellos que se encuentran privados de la libertad, tanto condenados como quienes esperan una sentencia, con el fin de garantizar derechos humanos de rango internacional. Asimismo, plasmare la dificultad en la que se encuentran las comisiones de Asuntos Penitenciarios colegiales ante la veda del cumplimiento de las leyes mencionadas y la falta de acción por parte de los organismos judiciales ante esta situación de emergencia que nos acontece.

II.-DESARROLLO

Desde las primeras constituciones de sociedades y existencia de convivencia entre humanos ha existido la necesidad de la impartición de justicia, de un sistema donde se condenen los delitos cometidos de manera proporcional, dándole al ofendido una reparación del daño causado y una sentencia justa a aquel que ha infligido. Sin embargo, a lo largo de la historia esto ha sido uno de los grandes conflictos a resolver al momento de determinar que es “justo” para la víctima y que es proporcional para el acusado. En principio la idea de justicia era muy diferente a la que conocemos en la actualidad, regia la tal conocida ley del talión donde la justicia era sinónimo de venganza sin ningún rasgo de equidad. Luego, las monarquías absolutistas vinieron a concentrar su poder en aquel designado por dios el cual era quien acusaba, juzgaba y sentenciaba quedando a su completa arbitrariedad la vida y derechos del sometido. Por lo cual, no existía un sistema que dé respuesta a las atrocidades cometidas y eran aún peores las decisiones tomadas en base a los juzgamientos existentes que el delito atribuido. Era de suma urgencia un cambio de justicia. Es así como a razón del cambio que conllevaron las grandes revoluciones que atravesaron al mundo, un filósofo y sociólogo francés del siglo XVIII Charles Louis Montesquieu en su obra “El espíritu de las leyes” establecido la necesidad de una división de poderes, donde uno de ellos se ocupe de la regulación y sanción del cumplimiento de las normas, impartiendo real justicia. Su teoría derivada el poder del rey sol en una corte de juzgamiento, otorgándole al damnificado una reparación, pero delimitando el abuso a los derechos del imputado. A partir de esta idea en adelante, el mundo ha marchado y luchado por lograr día tras día la sanción de derechos humanos que resguarda la vida y libertad de la persona sin perjuicio de los procesos a los cuales deba someterse en caso de vulnerar las leyes. A pesar de ello, los sometidos a un proceso penal tenían una clara acusación, defensa y debido juzgamiento, pero sus derechos se terminaban al momento de ejecutar sus sentencias. Desde que el juez golpeaba el martillo, era trasladado a un sitio donde la des personificación era inmediata, sufría innumerables violaciones que lo despojaban de todo honor y gracia. La finalidad de poder reinsertarlo en la sociedad, principio imperativo de la pena se volvía imposible, ya que se había roto por completo a aquella persona que había ingresado al sistema penitenciario. Es así, como la lucha de derechos puso foco en este eslabón olvidado por los órganos de control.

A) LINEAMIENTOS DE LAS REGLAS MANDELA

A lo largo de los años diversos activistas por todo el mundo han luchado incasablemente por la consagración de los Derechos Humanos y su respectivo cumplimiento. Uno de los grandes impulsores de ello, fue el ex Presidente de Sudáfrica y Filántropo Néstor Mandela quien paso 27 años de su vida en diversos centros de detención por supuesta comisión de delitos en su lucha por la igualdad, la eliminación del racismo, el respeto de los Derechos Humanos, la democracia y consagración de la paz mundial sufriendo grandes violaciones a sus derechos e integridad. Es por ello que, en 1955, al adoptar las Naciones Unidas las Reglas mínima de Tratamiento de los Reclusos fueron reconocidas mundialmente como “Reglas Mandela” en su honor.

La Reglas Mandela establecen lineamientos mínimos para el para el tratamiento de la población privada de su libertad, basándose en los avances de la ciencia y las mejores prácticas penitenciarias, siendo reformado por última vez en la 70° Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año 2015. Las mismas están compuestas por 122 artículos separados en dos títulos que abarcan Reglas Generales de Aplicación donde establece principios fundamentales, gestión de los expedientes de los reclusos; Separación de categorías; Alojamiento; Higiene Personal; Ropas y Cama; Alimentación, Ejercicio Físico y Deportes; Servicios Médicos; Restricciones, disciplinas y sanciones; Instrumentos de coerción Física; Registro de Reclusos y Celdas; Información y derecho de queja de los reclusos; Contacto con el mundo exterior; Biblioteca; Religión; Deposito de objetos pertenecientes a los reclusos; Notificaciones; Investigaciones; Traslado de Reclusos; Personal Penitenciario e Inspecciones internas y externas. Y en el segundo título se encuentran las Reglas Aplicables a categorías especiales donde se regula específicamente todo lo relacionado a cada población de alojamiento en particular (Reclusos penados; con discapacidad o enfermedades mentales; personas detenidas o a espera de juicio; personas encarceladas por causas civiles y personas detenidas o encarceladas sin imputación de cargos).

Estos principios son rectores a nivel mundial y tiene como finalidad la aplicación de forma imparcial y sin discriminación. Las mismas tienden al que el servicio penitenciario no agrave aún más la privación de la libertad a la cual está sometida la persona otorgándole tratos indignos, apremios y cualquier política inhumana.

Sin embargo, en la actualidad el espíritu de estas reglas se encuentra completamente vulnerado y las condiciones de alojamiento que sufren los reclusos son de gran marginalidad.

El aumento de la comisión de delitos en la última década, las falencias del sistema judicial y la falta de estructura en el campo penitenciario conllevaron a una sobrepoblación extrema en los lugares de alojamiento y detención de la provincia de buenos aires. Tenemos unidades penitenciarias con el doble de detenidos en pabellón y comisarias excedidas en el cupo de alojamiento, lo que conlleva a escases de colchones, alimentos, condiciones de higiene, salud sin remarcar la falta de personal en cada lugar de detención que hace a la tarea aún más difícil de controlar.

Por lo cual, si bien era de notoria necesidad la reglamentación de normas que dirijan el tratamiento de los alojados privados de su libertad, pierde total validez ante la falencia de políticas de desarrollo y medias que hagan posible su aplicación. Diversos puntos de esta se encuentran en una preocupante vulneración y otros ni siquiera son llevados a cabo ante la falta de recursos como de interés sobre el tema.

Actualmente no existen campañas en gestión para poder solucionar el estado de emergencia en el cual se encuentra el sistema carcelario ni proyectos a fin de este. Y en excepciones en los cuales estos se desarrollan los tiempos de gestión son tan extensos que hay ejecutarlos ya se encuentran desactualizados.

Y en este punto podemos determinar, que si bien las políticas de las reglas Mandela han logrado un gran avance en esta rama y son herramientas fundamentales para todos aquellos que las ejercemos día tras día, ya sea desde la litigación o desde un puesto colegial como auxiliares de la justicia o dentro de la misma, esta no se ha reformado desde el

año 2015, es decir, que una política de total cotidianidad y de un crecimiento tan masivo año tras año no se actualiza hace casi una década. No solo las condiciones de convivencia han cambiado desde entonces, sino el crecimiento de la tasa de delitos, del tipo de estos, la falta de recursos ante la crisis económica y el desinterés de invertir lo pocos que tenemos en esta esfera han logrado el decaimiento y fracturación de un sistema que es cada vez más corriente en la actualidad y que vulnera gravemente derechos humanos de quienes se encuentran privados de una de las garantías más importantes del ser.

B) VIOLACION A LAS POLITICAS DE ALOJAMIENTO Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Como he desarrollado con claridad en el apéndice anterior, las Reglas Mandela establecen principios rectores para el tratamiento de los alojados en unidades de detención ya sea instituciones carcelarias, alcaldías o comisarias. Cada uno de estos establecimientos cuentan con una funcionalidad específica en cuanto al albergue de detenidos. Mientras que las unidades carcelarias tienen como finalidad el alojamiento de aquellos condenados o quienes cuentan con un dictamen de prisión preventiva, las alcaldías son unidades de tránsito donde se recibirá a aquellos detenidos que esperan cupo en una unidad carcelaria y las comisarias será el primer lugar donde acudirá el detenido durante las primeras horas hasta ser trasladado al lugar correspondiente. Sin embargo, esto escapa totalmente de la realidad que nos acontece. Las cárceles se han vuelto establecimientos deseosos por los detenidos que solicitan constantemente su traslado ubicándose en una lista de espera que puede demorar meses y meses, las alcaldías se han convertido en cárceles mientras que las comisarias son las unidades de detención más recurrentes para los reos.

Cualquier profesional que tenga la oportunidad de acudir a estos establecimientos ya sea en el ejercicio de su labor litigante o encartado en un cargo puede apreciar a simple vista las estructuras en ruinas, antiguas y sin mantenimiento, escases de personal policial como así elementos de trabajo que hacen a la funcionalidad de estos. Celdas diseñadas estructuralmente para albergar a una docena de reclusos repletas por cifras que triplican su capacidad, baños sin privacidad ni elementos de higiene, colchones en el suelo para menos de la mitad de las personas habitantes, durmiendo aquellos que no gozan del beneficio de ellos encimados o en suelos rodeados de plagas de todo tipo. La luz solar es un momento del día que esperan para el esparcimiento de unas pocas horas donde cuentan con el mismo. La mayoría de las comisarias de la provincia no cuentan con patio ni ventanas en las celdas que permitan la entrada de luz natural. Se encuentran en los recónditos más oscuros de sitio pegadas unas a las otras sin capacidad de entrada de aire, sufriendo las altas temperaturas del verano que ha superado el último tiempo los 40 grados y los fríos bajo cero del invierno. Lo que conlleva a que muchos de los detenidos presenten diversas enfermedades que no pueden ser tratadas en el centro de alojamiento, debiendo ser trasladados a centros de atención cercanos.

Si bien en las unidades carcelarias las condiciones habitacionales son mejores, no llegan a cumplimentar lo que indica las reglas Mandela en su apartado sobre alojamiento. Los pabellones se encuentran en una alarmante situación de sobrepoblación la cual se incrementa día tras día. Reos que solo están “de paso” se ven esperando en ellos meses a grandes kilómetros de su familia, lo que el derecho a visita se vuelve una imposibilidad y el arraigo se hace cada vez más grande. Sin embargo, cuenta con comedores donde la comida es elaborada por ellos mismos generándole una ocupación como así también los talleres de trabajo y estudio, donde muchos de ellos terminan sus estudios básicos y luego se incorporan al sistema educativo terciario. Estas son oportunidades de crecimiento personal y profesional con la que todo recluso debería contar para que su reinserción en la sociedad sea un camino más fácil. Pero no todos gozan de este beneficio, aquellos albergados en las comisarias distritales cuentan con un servicio de catering compuesto por una bandeja de alimento al día basada en fideos o arroz, la cual según propias palabras de los comensales es difícil de digerir. No poseen talleres ni posibilidades de estudio ya que no son centros destinados al alojamiento prolongado. Sin

perjuicio de ello, hay condenados que se encuentran cumpliendo sentencias condenatorias en los mismos.

Todas estas violaciones y más se encuentran a simple vista y son de notorio conocimiento no solo para la sociedad sino para los órganos de contralor encargados de que estas situaciones no ocurran en la contemporaneidad, que las garantías constitucionales como remarca el art 18 de nuestra carta magna "... Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice" sean cumplidas como así todos los derechos humanos adquiridos mediante el art 75 inc 22 de la mencionada norma. Pero esta no es nuestra realidad, no solo las cárceles no son limpias ni mucho menos sanas, sino que el castigo de los reos ante estas situaciones de convivencia se vuelven una tortura y la responsabilidad sobre quien debe recaer no se ejerce.

C) Comisiones de Asuntos Penitenciarios y las limitaciones a su labor. Omisiones del Poder Judicial.

En la provincia de buenos aires contamos con 20 colegios de la abogacía departamentales, teniendo cada uno de ellos diversas comisiones abocadas a las distintas ramas de la abogacía a fin de vedar por los derechos consagrados de los habitantes y el pleno ejercicio de la profesión de sus matriculados. Actualmente, varios de ellos cuentan con una Comisión de Asuntos Penitenciarios y a nivel provincial se encuentra la Comisión de Derecho Penal y Asuntos Penitenciarios integrada por abogados de la matrícula de toda la provincia. El objetivo de esta es preponderar y proteger los derechos que gozan aquellos privados de la libertad, facilitarles el acceso a la justicia y acercarle a esta las contingencias que resultan. Estas están compuestas por abogados de la matrícula que ad honorem realizan de manera bimestral visitas a las unidades carcelarias y de detención, juntamente con los magistrados del poder judicial departamental. De cada una de estas visitas se elabora un informe que es elevado al órgano superior y mesa directiva de cada colegio donde se comunica la situación actual de las mismas, las ausencias y falencias en el sistema y una serie de documentación que le es requerida a cada encargado principal del establecimiento visitado en cuanto a población, alimentación, visitas, estructura, sistema de evacuación, entre otras. Sin embargo, a pesar de estas grandes funciones a las que se debe este tipo de instituciones sus facultades son limitadas. En principio, las Cámaras Penales son los organismos encargados de establecer las visitas a las unidades y cronogramas de ellas, comunicadas a los jueces de garantías, en lo criminal y correccional y ejecución quienes vedaran por esta y le facilitarán el mismo a las comisiones colegiales, es decir, que dependemos de la buena voluntad de los magistrados en avisarnos con anterioridad el día y hora a realizar la visita para que podamos hacer esta efectiva, particularidad que en muchos de los casos sucede y se puede llevar a cabo sin ninguna conflicto. Pero en otros supuestos nos vemos peleando en mesas de entradas o mediante un mail institucional para que nos aporten algún tipo de dato y que estos sean antes de la tarea encomendada.

Asimismo, el ingresar a cada establecimiento se nos otorga una serie de documentación que muchas veces es facilitada por el personal a cargo y otras debemos ir a buscarla al juzgado correspondiente u oficiarlo a la cámara. En ella podemos evidenciar la sobrepoblación, la falta de higiene y alimentación y el reiterado pedido de cupo a las unidades carcelarias que son reiterados una y otra vez por el personal policial. Y la mayor vulneración a la encontramos al entrevistarnos con los reclusos, que cabe remarcar, muchas veces tenemos que ir en contra de las decisiones de ciertos magistrados que se niegan a comunicarse con ellos o que realizan visitas telemáticas, impidiendo de total manera una clara inspección. Pero cuando tenemos la oportunidad de impartir dialogo con los detenidos nos hacen saber la necesidad de traslados, la falta de elementos esenciales para la vida diaria y sobre todo la falta de conocimiento sobre la causa que les pesa. Muchos de ellos no conocen específicamente el delito que se le imputa, en qué estado está su expediente o ni siquiera quien es su defensor oficial. Un gran porcentaje de estos se encuentra a la espera del dictado de prisión preventiva y otros ya

cumpliendo condena dentro de una comisaría. La mayoría de los alojados no superan los 25 años y son reincidentes en la comisión de los delitos que se le imputa.

Aunque todas estas circunstancias son informadas por las comisiones colegiales y por los mismos colegios de la abogacía a los organismos judiciales, cada visita a la que acudimos la situación no solo es la misma, sino que ha empeorado. No se les ha otorgado comunicación con sus defensores, la sobrepoblación ha aumentado y los pedidos de habeas corpus como así los traslados en quedado en el discurso. Si bien tenemos conocimiento que esta emergencia nos supera a todos, hay herramientas que se pueden usar para mejorar esta grave situación que están siendo omitidas. Y a pesar de que las comisiones luchamos para que esas omisiones se vuelvan acciones, la limitación nos reprime al no ser organismos autárquicos, sino que estamos a la espera de la función judicial.

III.-CONCLUSIONES

Al desarrollo de este artículo he dejado de manera manifiesta las graves vulnerabilidades y violaciones que tanto las Reglas Mandela como nuestros derechos y garantías constitucionales sufren en el desarrollo de funciones del servicio penitenciario en materia de alojamiento y tratamiento de los reclusos. Esta situación se ha vuelto una cotidianidad a la cual nos vemos enfrentados diariamente quienes litigamos en la profesión, sin tener respuestas favorables para el mejoramiento de esta. La despreocupación y omisión se volvieron regla generalmente juntamente con nuestros reclamos mediante escritos y habeas corpus que con rara excepcionalidad son tramitados. Nos encontramos ante una emergencia realmente preocupante en materia de derechos humanos que precisa de forma inmediata una solución hasta para los reos como para los auxiliares de la justicia que vedamos por ellos de diversa forma, por el simple fin de hacer cumplir lo que las normas mandan.

La falta de atención como la escases de recursos y las diversas crisis que afronta nuestro país se ha vuelto un coctel letal para quienes se encuentran privados de la libertad. Sin perjuicio del delito y pena que deba cumplimentar este, se ha distorsionado el foco en recordar que son personas, con derechos y garantías que los protegen y que el único fin por el cual se encuentran en dicha situación es el de reparar el daño ocasionado para luego volver a reinsertarse en la sociedad, objetivo que no ha resultado exitoso durante la última década.

Cabe remarcar, que el interés de esta parte es el de poner en conocimiento y alcanzar esta situación a todos aquellos que no tienen la oportunidad de conocer día a día lo que acontece en esta materia, pero que velan por los derechos y garantías de las personas que se ven gravemente dañados ante un sistema deficiente y una justicia sin actuación. Como auxiliares de la justicia, es nuestro deber reconocer y dar a conocer estas situaciones y velar por la reforma de esta, procurando un estado de derecho por el cual hemos luchado inalcanzablemente.

IV.- PROPUESTA

A) Elaborar un proyecto con el fin de que las Comisiones de Asuntos Penitenciarios de cada colegio departamental, que así lo tenga, pueda realizar visitas institucionales a centros y unidades de detención a fin de inspeccionar el estado de alojamiento y tratamiento de los reclusos de manera autárquica teniendo total facultad de acciones a fin de velar por el cumplimiento de las Reglas mínimas de Tratamiento de Reclusos sancionada e incorporada por la ONU. Asimismo, que los informes elevados por dichas comisiones sean de carácter vinculante para la Cámara Penal tratando y solucionando las vulnerabilidades y violaciones informadas.

B) Fomentar a los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires que no posean Comisiones de Asuntos Penitenciarios a la creación de la misma, con el fin de velar por los derechos de los reos, el cumplimiento de las Reglas Mandela y capacitación de sus matriculados en esta materia.

C) Intimar mediante los Consejos Directivos de cada departamento, al Poder Judicial cuando los informes elevados por la autoridad mencionada no sean tratados o no se obtengan soluciones a los conflictos acercados.

¿Cómo notificar el traslado de la demanda post pandemia?

El acto procesal por excelencia a los fines de materializar la garantía constitucional de defensa en juicio (arts. 18 de la CN; 15 de la Const. Prov. Bs.As.; 337 y 338 del Código Procesal).-

Abog Rodrigo Leandro Masson

Auxiliar Letrado del Juzgado en lo Civil y Comercial N° 7 de Mercedes

SUMARIO: 1-El camino hacia el expediente digital. 2-El Acuerdo 3989 y sus principales interrogantes. 3-Soluciones propuestas. 4-Conclusiones.

1-El camino hacia el expediente digital

Mucho se ha reglamentado a raíz de evitar la propagación del virus covid-19. Ha sido un antes y un después en todos los aspectos de nuestras vidas.

La libre profesión se convirtió en un desafío constante por evitar la paralización de los procesos sin exponer la salud de las personas.

Si bien la tecnología ya estaba formando parte de nuestro día a día y la tan pregonada “paulatina despapelización” había comenzado a instalarse en el quehacer judicial, el camino hacia el expediente digital parecía interminable.

La cédula electrónica había llegado para quedarse. Luego de varias idas y vueltas se logró consolidar la notificación por medios electrónicos quedando únicamente las notificaciones que ordenaban el traslado de la demanda como medio tradicional de notificación.

Se reglamentaron las presentaciones por medios electrónicos, luego la documentación pasó a estar en poder de los letrados, quienes se convirtieron en depositarios de la misma con toda la responsabilidad que ello implica.-

Siguió el turno de las resoluciones judiciales. Desde los jueces de primera instancia hasta los Ministros de la Suprema Corte de Justicia debían firmar las resoluciones con firma digital.

Se extendió a todos los auxiliares de la justicia conformando un ecosistema (red de comunicación electrónica entre los efectores del sistema judicial) que allanó el camino hacia la definitiva consolidación del expediente digital.

Se logró la digitalización de las Receptorías Generales de Expedientes, lo que permitió a los letrados presentar la demanda de manera totalmente digital, sin necesidad de trasladarse hasta las dependencias receptoras.

Pero aún faltaba lo más importante: la notificación del traslado de la demanda. En efecto, el principal acto que caracteriza al contradictorio y a través del cual se materializa la garantía constitucional del derecho de “defensa en juicio” seguía sin reglamentarse.

Hasta que finalmente se creó el Registro de domicilios electrónicos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires (Acuerdo N° 3989/2020 de la S.C.B.A. y sus modificatorias), mediante el cual se reglamentó el funcionamiento de los mismos y se enumeró taxativamente quiénes eran los sujetos obligados.

Este ha sido un gran punto de quiebre en la era digital. La principal notificación personal se comenzaría a efectuar de manera electrónica. Algo impensado antes de la pandemia.

Si bien las compañías aseguradoras fueron las primeras en aceptar de forma positiva este Acuerdo, los restantes sujetos obligados se fueron incorporando paulatinamente al Registro de Domicilios Electrónicos (RDE), habiéndose posteriormente perfeccionado y ampliado dicho sistema mediante el dictado del Acuerdo N° 4113/2023 de la S.C.B.A.

Nuestro gran desafío es lograr notificar válidamente el traslado de la demanda por medios electrónicos, no sólo a las personas jurídicas inscriptas sino a las personas

humanas que han de ser demandadas luego de transitar la etapa de Mediación Previa Obligatoria prevista por la ley N° 13.951 y ello –obviamente- sin vulnerar su derecho de defensa en juicio.

En pos de ello el referido Acuerdo 3989 busca a través de diversas sanciones fomentar que la gran mayoría de los sujetos que deben someterse a un proceso judicial se inscriban en el Registro allí creado para notificar el traslado de la demanda de manera electrónica.

2- El Acuerdo 3989 y sus principales interrogantes

El principal interrogante que se plantea al momento de aplicar el presente acuerdo en un proceso judicial es: ¿Cómo se notifica dicho traslado en los distintos escenarios posibles?

Para responder a este interrogante y despejar la incertidumbre que se genera tanto en los litigantes como en los operadores judiciales, resulta esclarecedor analizar cada uno de ellos y ensayar una solución que, sin dejar de aplicar las reglas establecidas para la notificación electrónica de la demanda, garantice el efectivo cumplimiento del derecho de defensa del destinatario, evitando así la formulación de planteos nulificatorios que obstaculicen el normal desarrollo del proceso.

Los principales casos que se presentan en la praxis judicial son:

1°) Procesos no sometidos a la Mediación Previa Obligatoria:

En esos casos el traslado de la demanda habrá de notificarse a las personas jurídicas con domicilio electrónico inscripto en el RDE en dicho domicilio; mientras que a las personas jurídicas no inscriptas y a las personas humanas, dicho traslado deberá ser notificado en su domicilio real de la manera tradicional (art. 338 del C.P.C.C.).-

2°) Procesos sometidos a la Mediación Previa Obligatoria:

Estos son los casos que –a mi criterio-- suscitan algunas dudas que han de ser despejadas, ya que cuando accedemos al contenido del acta de cierre de mediación, solemos encontrarnos con diversas falencias que deben ser analizadas con el fin de abordar una posible solución:

a) Omisión por parte del Mediador de cumplir con la carga impuesta por el art. 7° del Acuerdo 3989 (“...Incumbe al mediador el control del cumplimiento oportuno de la carga de inscripción de los domicilios electrónicos correspondientes a cada una de las partes de la mediación. Sin perjuicio de otras medidas que pudiere adoptar, el mediador deberá comunicar a las partes que, si no hubieran inscripto el domicilio electrónico en el Registro, por defecto se tendrán por válidos los domicilios electrónicos de los letrados que los hubieran asistido, a los fines de dirigir las notificaciones posteriores en sede judicial, lo cual se hará constar en el acta al culminar la mediación...”).

b) La parte requerida no concurre a la Mediación Previa Obligatoria:

c) Caducidad del plazo de 8 meses al momento de perfeccionarse la notificación electrónica conforme lo dispuesto por el art. 4° in fine del Acuerdo (texto modificado por el Acuerdo N° 4113 que remite al art. 13° del Reglamento aprobado por el Acuerdo N° 4013 –t.o. Ac. N° 4039).

La respuesta a estos interrogantes no puede desentenderse de algunos conceptos que considero indispensables para tal fin:

--Nunca un acto procesal realizado por medios telemáticos puede ser sorpresivo para el adversario. La tecnología debe ser utilizada para beneficio del proceso, no debe convertirse en un artilugio para hacerle perder a los litigantes la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

--Al momento de celebrarse la Mediación Previa Obligatoria, tanto el mediador como las partes intervinientes han de ser rigurosos en el cumplimiento de las cargas impuestas por el Acuerdo 3989 respecto de los domicilios electrónicos.

--Teniendo en cuenta que el Acuerdo 3989 regula sólo algunas de las notificaciones previstas en el ordenamiento jurídico procesal, las dudas razonables que genere su aplicación, deberán resolverse aplicando las reglas contenidas en el Código Procesal.

3-Soluciones propuestas

Respuestas a los interrogantes planteados respecto de los procesos sometidos a la Mediación Previa Obligatoria:

2°-a) Toda vez que el Acuerdo 3989 no establece sanción alguna para los casos en que se incumple la directiva contenida en el art. 7°, la notificación del traslado de la demanda deberá cursarse al domicilio real del requerido y con cumplimiento del art. 338 del C.P.C.C.

2°-b) La incomparecencia de alguno de los requeridos a la audiencia de Mediación Previa Obligatoria y siempre que no se encuentren comprendidos dentro de los sujetos obligados a tener inscripto un domicilio electrónico en el RDE, no deja otra solución que la notificación del traslado de la demanda se le curse en su domicilio real mediante el sistema tradicional de anoticiamiento.

2°-c) El plazo de ocho (8) meses de vigencia de los domicilios electrónicos constituidos por las personas humanas --que no se encuentren comprendidas por los arts. 2, 3, 5 y 8 del Acuerdo-- citadas a la Mediación Prejudicial Obligatoria no debe haber caducado al momento de perfeccionarse la notificación del traslado de la demanda, siendo irrelevante la fecha del auto que ordena dicha notificación.

Finalmente y si bien el Acuerdo 3989 prevé la notificación a dichos domicilios electrónicos de diversas resoluciones judiciales que anteriormente debía diligenciarse en el domicilio real ("traslado de la demanda, la intimación de pago, la citación como tercero, las diligencias preliminares, las cautelares anticipadas y en su caso la sentencia definitiva o equiparable a tal") ello se encuentra supeditado a que al momento de perfeccionarse tales notificaciones, el plazo de ocho (8) meses allí previsto no haya caducado.

4 - Conclusiones

La implementación de las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) en los procesos judiciales demandó una continua actualización y modificación de las reglamentaciones respectivas.

Su aplicación le impone a todos los efectores del sistema judicial adoptar un rol más protagónico en la praxis procesal.

El desafío que nos propone este gran avance es lograr una adecuada utilización de las herramientas tecnológicas sin violar las reglas del debido proceso, teniendo como norte la consolidación del expediente digital.

Actualización de los créditos laborales. La tutela del crédito del trabajador en el régimen de riesgos de trabajo

Abog. Catalina Cámpora
Colegio de Abogados de San Nicolás

Sumario: problemáticas comunes en el derecho laboral; prohibición de indexar; deudas de valor; actualización indirecta; fallo de tribunal local.-

En el contexto económico actual, en que los números de la inflación crecen sin techo, el empleo es cada vez más frágil, y la presión tributaria estatal lleva a los empresarios a buscar la forma de generar mayores ingresos al menor costo posible, genera consecuencias catastróficas en los trabajadores.

Este sector de la población resulta el más golpeado en todo este contexto, por lo que los reclamos, de toda índole, crecen día a día:

En materia de seguridad social, es cada vez más frecuente encontrar deficiencias en los ingresos de aportes y contribuciones a las obras sociales y cajas jubilatarias, circunstancia que muchas veces se advierte recién cuando se quiere acceder a coberturas de salud (sobre todo cuando las mismas son de alta complejidad) o al alcanzar los requisitos para acceder al beneficio jubilatorio.

Ello no solo trae aparejados conflictos en el trámite para pasar a la pasividad o resguardo de la salud, sino que hay encubierto también un enriquecimiento ilícito por la retención de los aportes a cargo del trabajador, quien ve mermados sus ingresos mes a mes, y los mismos no son ingresados en las arcas que le permitirán pasar a la fase pasiva;

En relación con los procedimientos administrativos y judiciales de reclamo por las condiciones laborales, que usualmente desencadenan en despidos indirectos, son herramientas que, si bien fueron originalmente pensadas como una forma de tutela al trabajador, hoy vemos que son excesivamente extensos y desgastantes, por lo que los empleadores muchas veces eligen “jugar” con los tiempos de su desarrollo, apostando a la depreciación del crédito por el transcurso del tiempo, y al hastío del trabajador involucrado.

Finalmente, encontramos la problemática de las indemnizaciones tarifadas en materia de riesgo de trabajo. En este último supuesto es al que quiero particularmente referirme, porque es donde encuentro el mayor conflicto, no solo porque se encuentra alcanzado por los dos anteriores, sino que también, pese a que la normativa por la que se rige principalmente ha cambiado, y los créditos de los trabajadores se encuentran mejor protegidos desde la sanción de la ley 26.773 (que ordena ajustar las prestaciones dinerarias conforme índice RIPTE), y luego con la ley 27.348 (que actualiza los salarios a considerar por ripte, y al resultado aplica tasa activa, llegando así a la determinación del IBM a aplicar sobre la fórmula polinómica), lo cierto es que, en la actualidad, aún subsisten activos una gran cantidad de reclamos que se encuentran regidos por la ley 24.557, y que su suerte parece sellada.

En primer lugar debemos establecer que esta ley es aplicable a todos aquellos siniestros acaecidos entre octubre de 1995 y octubre del 2012. Si bien parecen fechas alejadas, en la actualidad se encuentran aún en trámite una gran cantidad de juicios alcanzados por sus disposiciones, y que sufren por los embates de las reiteradas crisis económicas.

El hecho de las indemnizaciones tarifadas, si bien ha simplificado y agilizado el sistema, en contextos económicos inestables y cambiantes, los trabajadores se han visto afectados en sus créditos. En este tipo de sistemas, prever los embates de la depreciación económica de la moneda nacional, y consecuente caída de los salarios reales, resulta imposible, y si bien en el desarrollo diario de tareas se ve paliado por actualizados mediante paritarias, a los fines de las prestaciones dinerarias del sistema de riesgos de trabajo, su actualización parece imposible.

En este orden, la ley establecía que, a los fines de la determinación del ingreso base, debía realizarse un promedio de los doce salarios anteriores a la fecha de primera manifestación invalidante, o del siniestro, o el tiempo de servicio si este hubiera sido menor.

“ARTICULO 12. — Ingreso base. 1. A los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a cotización correspondientes a los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante o al tiempo de prestación de servicio si fuera menor a un año, por el número de días corridos comprendidos en el período considerado. 2. El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenido según el apartado anterior por 30,4”.

Consideremos que el Salario Mínimo, Vital y Móvil entre 1995 y el 2012, varió de \$200 a \$2670, valores que se enuncian a los fines de tomar un parámetro estimado del ingreso base de los procesos por siniestros acaecidos durante la vigencia de la ley 24.557, y que sin ningún mecanismo de actualización hoy en día siguen en litigio. El crédito de esos trabajadores no solo no resarce el daño por la incapacidad, sino que tampoco le permite con ese dinero proyectar una posible mejora en su salud o inversión que pueda contribuir a su economía.

Que esta circunstancia fue advertida por el ejecutivo nacional, quien en un intento de brindar soluciones dictó el DNU 669/2019, la cual introdujo como cambios, la actualización mes a mes de los salarios a considerar conforme escala RIPTE hasta la fecha de primera manifestación invalidante, y una nueva actualización del IBM desde ese momento, capitalizando la actualización antes mencionada, y hasta la fecha de puesta a disposición de la indemnización al trabajador nuevamente conforme la variación RIPTE del momento del cálculo, quedando la redacción del artículo de la siguiente manera:

“ARTICULO 12. — Ingreso Base. Establécese, respecto del cálculo del monto de las indemnizaciones por incapacidad laboral definitiva o muerte del trabajador, la aplicación del siguiente criterio: 1. A los fines del cálculo del valor del ingreso base se considerará el promedio mensual de todos los salarios devengados -de conformidad con lo establecido por el artículo 1° del Convenio N° 95 de la OIT- por el trabajador durante el año anterior a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicio si fuera menor. Los salarios mensuales tomados a fin de establecer el promedio se actualizarán mes a mes aplicándose la variación del índice Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE), elaborado y difundido por el MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL. 2. Desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta la fecha en que deba realizarse la puesta a disposición de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará un interés equivalente a la tasa de variación de las Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) en el período considerado. (...)”

Sin embargo, esta modificación fue rápidamente rechazado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires con buen criterio técnico jurídico, y resguardando la legalidad, toda vez que el mecanismo utilizado para su sanción no resultó adecuado a las circunstancias de tiempo y lugar en el que se dictó, no habiendo en ese momento ningún impedimento o urgencia que justificare válidamente el saltar el procedimiento legal para el dictado de nuevas normas o la introducción de modificaciones en las ya vigentes. Claramente el dictado del DNU fue un exceso en las facultades del ejecutivo nacional, y así lo entendió la Corte, pero obviando la afección directa a los trabajadores damnificados, no solo por la merma sufrida en su capacidad laboral, sino también en la posibilidad de obtener una reparación justa por el daño sufrido, que le permita compensar la pérdida de capacidad y disponer del valor del resarcimiento para procurarse su propia recuperación.

Frente a este panorama, podríamos proponer como primera solución, considerar las indemnizaciones como una deuda de valor, abriéndose allí un abanico de posibilidades para actualizar el crédito y resguardarlo de los embates de las depreciaciones.

Frente a ello Juan F. Formato nos dice que *“Cuando la ley tarifada cuantifica una deuda que en esencia es de valor, como es la que responde al resarcimiento de la integridad*

psicofísica, jamás puede omitir contemplar la depreciación monetaria (ya que sin la aplicación de un índice de ajuste, en épocas de deterioro del poder adquisitivo de la moneda, se afecta el patrimonio del dañado y la reparación que merece). Si en una acción común la sentencia determina una deuda de valor, en una acción tarifada que responde al mismo daño jamás puede expoliarse parte del crédito del damnificado por la inestabilidad monetaria (pues ello implica dejar perjuicios al descubierto). Menos aún puede hacérselo en materia de legislación laboral, pues la tutela debiera ser preferente ante el derecho común. Por ende se imponen mecanismos de ajuste.”²⁷

Sin embargo, el hecho de la tarifación importa nominar la deuda, perdiendo así la posibilidad de sujetarla a los principios de la reparación plena, y convirtiéndola en una deuda necesariamente dineraria.

Frente a ello, y como forma de sortear el impedimento de la tarifación, el mecanismo del DNU 669/2019, y posteriormente de la ley 27.348 para la actualización del valor base encuentra una fórmula mixta, en donde la indemnización final será tarifada, y por ende una deuda dineraria, pero no así el IBM que forma parte de la fórmula polinómica, en el que las formas de capitalización del mismo quedan por fuera de la prohibición general de indexación de los créditos contenida en los arts. 7 y 10 de la Ley 23.928, siendo normas protectorias de carácter especial y de sanción posterior, siguen quedando fuera de ello los siniestros regidos por la ley 24.773 conforme su texto original.

Ante estos supuestos, y continuando con la ley de convertibilidad, que veda las posibilidades de actualización, vemos que hacerlo por vía directa no es posible, aunque debemos analizar la posibilidad de hacerlo de forma indirecta. Pensando en la situación en la que se da un incumplimiento al pago de lo que es debido al trabajador, se generan inevitablemente intereses, además del daño

*“La propia Suprema Corte de Buenos Aires ha considerado, con las bases citadas, que cabe computar como daño resarcible el que sufre el acreedor como consecuencia del menor poder adquisitivo del dinero con que a la postre se le paga la deuda²³. Por ende, frente a la prohibición de aplicar índices sobre el capital para mensurar ese daño, podría acreditarse la merma de la capacidad adquisitiva de los bienes y servicios esenciales, en gran parte de notorio conocimiento. Y de allí obtener una indemnización adicional que intente purgar ese daño, frente a una pretensión claramente incoada, garantizando derecho de defensa y sin incurrir en indexación del capital”.*²⁸ Esta solución requiere de un trabajo adicional en relación a la invocación y prueba cabal del daño sufrido.

Otra solución a este conflicto, y a mi entender superadora, fue hallada y puesta en marcha de manera oficiosa por un Tribunal de Trabajo de la ciudad de San Nicolás, cuyos jueces advirtieron que, ante un siniestro acaecido durante la vigencia de la ley 24.557, y cuya sentencia recayó 13 años después, el valor inflacionario había degradado el valor histórico de las sumas nominales de dinero, y la prestación dineraria a la que accedería el accionante había perdido su aptitud reparadora del daño y con ello, la frustración de uno de los objetivos centrales enunciados en el art. 1° de la ley. Sobre esta consecuencia disvaliosa, en tanto puesta a la vista en estos autos, se sostuvo tenía que ser evitada sopena de afectar las garantías estatuidas en las cláusulas 14 bis., 17, 19, 28 y 33 de la Constitución Nacional. La primera porque una reparación insuficiente equivale a desproteger al trabajador frente a daños adquiridos como consecuencia de su trabajo; la segunda, porque la parcela del daño no efectivamente reparada, en tanto capacidad de ganancia pérdida, constituye un detrimento de índole patrimonial. La tercera porque no se cumple con la interdicción constitucional de dañar a un tercero. La cuarta y quinta, por la inadecuación del mecanismo de determinación del "ingreso base mensual" -

²⁷ El concepto de “deuda de valor” y los créditos laborales. Por Juan J. Formaro

²⁸ Ibidem

constitutivo del medio elegido - para lograr fines de la norma, en el presente caso concreto.- Sucede que el mecanismo previsto en el art. 12 de la ley 24.557, al cual remite la norma que dispone la liquidación de la prestación dineraria reconocida en favor del demandante (art. 15 inc.2.b), pudo haber resultado razonable jurídicamente en épocas de la sanción de la ley (1995), cuando el país atravesaba un tiempo de estabilidad monetaria, situación que se modificó desde hace más de una década con la instalación de un proceso inflacionario permanente y creciente, contexto histórico - todavía presente - este último, en el que aquel diseño original, pasó a carecer de la razonabilidad que otrora ostentaba, por conspirar contra un objetivo de la ley a la que pertenece (SCBA., LP113926, 16/08/2017; I74078, 19/09/2018), más aún cuando dicho régimen tiene como destinatario a un "sujeto de preferente tutela constitucional" (SCBA., L116994, 02/07/2014). Resultado de todo lo anterior es la inconstitucionalidad sobreviniente (CSJN, fallos: 328: 566, 337: 530, 339: 740, entre otros) del art. 12 de la ley 24557, la que propongo así sea declarada.-²⁹

En la actualidad podemos advertir que, el poder legislativo, se ha hecho eco de este cambio de realidad y de la insuficiencia de viejos preceptos, y como consecuencia ha ido dictando y actualizando normativa tendiente a la reparación plena y eficaz de los daños que los trabajadores sufren como consecuencia de sus tareas. Claros ejemplos son la ley 26.773 y la aún más reciente 27.348, dentro del ámbito de los infortunios, y también la ley 26.844 que regula el régimen especial para el personal de casas particulares. Estos avances normativos demuestran la voluntad del legislador de generar cambios que de favorezcan al sujeto preferente de tutela, y lo resguarden de la calamitosa combinación que son los eternos procesos judiciales y administrativos, las dilaciones propulsadas por los empleadores y aseguradoras que se benefician de las demoras, y el creciente proceso inflacionario.

Siguiendo esta línea de argumentación, y convalidando la doctrina legal del máximo tribunal de justicia de la provincia respecto a la plena vigencia de la prohibición de actualización por vía directa de la ley 23928, quienes han sostenido su constitucionalidad pese al reconocimiento de las calamitosas consecuencia de la inflación, el Tribunal de Trabajo N°2 de la ciudad de San Nicolas ha declarado de oficio la inconstitucionalidad del art 12 de la ley 24.557 y, luego de analizar diferentes alternativas (sueldo mínimo vital y móvil, valor del IBM ajustado por el índice "ripte; sueldo básico mínimo actual del C.C.T 308/75) optó por considerar a los fines de la liquidación el valor del Salario Mínimo Vital y Movil vigente al momento de la sentencia. *"En primer lugar porque se trata de una salida que se ajusta estrictamente a los extremos probados por las partes; al respecto cabe resaltar que el actor no logró acreditar el mayor ingreso mensual (\$ 7000,00) por el denunciado. En segundo lugar porque es una suma integrante de una disposición normativa (art. 116 LCT), cuya finalidad es asegurar el ingreso mínimo necesario para que un trabajador y su familia, puedan tener "... alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento...". En tercer lugar porque no se encuentra por fuera de los límites apuntados de la doctrina del Alto Tribunal de la Provincia.-"*³⁰

De esta resolución, cuya solución que podemos considerar aún insuficiente en relación a la inflación, nos abre una puerta para pensar en soluciones que sean novedosas y dentro de los límites legales. Estará en nuestra creatividad y responsabilidad probatoria el ofrecer y llevar al tribunal argumentos para justificar la inconstitucionalidad de la forma de determinación del ingreso base, y elevarlo a los fines de la reparación plena, a valores actuales, y no dejar morir procesos que parecen perdidos por el efecto inflacionario. No perdamos la posibilidad de traer a los juicios, desde el rol de defensores de los derechos de los trabajadores afectados, elementos de prueba como ser las escalas salariales de los convenios colectivos aplicables al trabajador en

²⁹ Dr. Eduardo O. Viale en GARAVAGLIA JAVIER EDUARDO C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ACCIDENTE DE TRABAJO - ACCION ESPECIAL en Expediente N°: 13830, Tribunal de Trabajo N° 2 San Nicolas

³⁰ Ibidem.

cuestion, los valores actuales de los salarios de trabajadores en puestos iguales o similares, el valor del salario mínimo vital y móvil, el monto de los pisos mínimos indemnizatorios, comparemos el valor del IBM histórico con elementos como la canasta básica de alimentos. Tengamos un rol activo que mejore la posición de nuestros clientes, y no lo dejemos al arbitrio de un tercero ni descansemos en presunciones que no son más que pisos mínimos de protección pero muchas veces insuficientes, pero que de ninguna manera vedan la posibilidad de lograr mejores resultados.

“Por su lado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha tenido un recorrido decisonal equivalente, incluso en el abordaje del art. 12 de la ley 24.457.- El Alto Tribunal, en numerosos precedentes ha convalidado fallos en los que, previa declaración de inconstitucionalidad de la norma en análisis, dispuso calcular el valor del ingreso base mensual tomando en cuenta las remuneraciones inmediatamente anteriores a la fecha de determinación de la minusvalía en sede administrativa o del pago parcial efectuado por la aseguradora (SCBA., L121127, 13/03/2019; L120312, 07/11/2018; L118403,, 21/06/2017; L118453, 28/09/2016), sucesos los dos acaecidos años después de las respectivas fechas de las primeras manifestaciones invalidantes de cada caso.- Incluso lo hizo con decisiones sobre la inadecuación constitucional del precepto, adoptadas de oficio (SCBA., L119992, 28/11/2018).- Posteriormente, en el precedente "Monchiero Marcelo", L120521, abordó directamente el contenido del art. 12 de la ley 24.557 y consagró su inconstitucionalidad por razones de similar tenor a las aquí expresadas. Decisiones equivalentes había adoptado antes en relación a topes indemnizatorios establecidos bajo el anterior régimen de la ley 9.688, modificada por la ley 26.343 (SCBA., L83781, 02/07/2008; L73151, 24/10/2001; L53824, 07/03/1995) que, desvalorización mediante, terminaban gestando un resarcimiento notoriamente insuficiente, también, aún tomadas de oficio (SCBA., L90610, 02/07/2008).- Ya en relación a otras materias, como ser la definición de resarcimientos por la nulidad de cesantías de empleados públicos, ha tomado como bases de cálculo los sueldos actuales de los trabajadores involucrados (SCBA., B60557, 06/11/2019; B60558, 06/11/2019; B58340, 12/02/2021; A74138, 27/11/2019, entre otros)”³¹.

Estas soluciones vienen de la mano de la argumentación jurídica, seria, fundada de un abogado proactivo, de la producción de prueba en la que dichas alegaciones se sustentaron, y esta es mi propuesta. La de instarnos a buscar soluciones que sean creativas, explorando nuevas áreas sobre las que no nos estamos pronunciando aún, tomando como base las decisiones que ya los jueces están tomando por su propia cuenta, pero que aún son insuficientes frente a la realidad económica, para así poder sortear los impedimentos legales de actualización y de los lineamientos que estableció la Suprema Corte provincial, encontrando nuevos argumentos que permitan proteger el crédito de los trabajadores. Ello nos va a definir a nosotros mismos, va a determinar que clase de abogados queremos ser; si vamos a descansar en presunciones y conformarnos con soluciones que si bien mejoran la posición de nuestros clientes, siguen siendo insuficientes, o si por el contrario vamos a tomar cartas en el asunto, asumiendo un rol proactivo, proponiendo soluciones que brinden mayor resguardo a las garantías constitucionales de los trabajadores.

³¹ Voto de la Dra. Capuccio en ACOSTA LUIS ALBERTO C/ PROVINCIA ART.SA. ADMINISTRACION AUTOSEGURO y otro/a S/ENFERMEDAD PROFESIONAL, N° de Expediente: 10442, Tribunal de Trabajo N° 2 San Nicolás

El trato deshumanizado al trabajador frente a una contingencia laboral

**Abog Yajhaira Vanessa Sanchez S.
Colegio de Abogados de San Isidro**

I.- RESUMEN

El objetivo del tema es visibilizar el trato que sufren los trabajadores, dentro del sistema de las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo, cuales son las deficiencias que presentan y sus características puntuales.

Poniendo en relevancia, la necesidad que dichas empresas privadas de salud, actúen de forma transparente, objetiva y centrada en la salud de los trabajadores, y no lucren económicamente en su perjuicio.

Finalmente hablaremos del rigorismo excesivo en el ámbito administrativo por parte de las Comisiones Médicas, donde se evidencia lo deshumanizado del sistema, en el análisis abstracto de cada patología denunciada y no observar al trabajador como un sujeto damnificado en su integridad.

II.- INTRODUCCIÓN

Los trabajadores cuando sufren un accidente de trabajo, un accidente in itinere o una enfermedad profesional, deben de transitar un proceso para muchos de ellos desconocido, dentro de las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo.

Las ART, a través de sus prestadoras de salud, deben brindarles a los trabajadores damnificados, todas las atenciones sanitarias correspondientes para reparar y rehabilitar los daños sufridos derivados de una contingencia laboral (Ley 24.557 Art. 1, b.).

Pero lo que sucede en la práctica, es que a los servicios de salud a los que ingresan los trabajadores, no tienen el interés real su la recuperación y/o rehabilitación.

Cuando la esencia de la atención sanitaria debería ser velar por resguardar, curar, sanar, la salud de la persona humana, cuidando incluso su integridad psicofísica, el trayecto de los trabajadores por dichas instituciones médicas, se vuelve todo lo contrario.

En los Centros Médicos de las ART, se nota la gran presión que existe no solo en otorgar las altas médicas, sino en la automatización y tecnificación de la atención, en la búsqueda de la reducción de costos, en la falta de personal, en el trato inadecuado, en la deficiencia de la información brindada, que llevan a la pérdida de la humanización del trato con el paciente.

Provocando incluso que el personal sanitario, muchas veces este más pendiente de completar formularios administrativos o cumplir con los requerimientos pautados por la ART, que velar por orientar su servicio hacia el ser humano, como tal.

Esta situación también debe ser extendida al procedimiento administrativo por el que transitan los trabajadores damnificados, en Comisiones Medicas, donde tanto el personal administrativo como los profesionales de la salud, deben brindar un trato digno y respetuoso.

Por eso, por la propia naturaleza de los servicios de salud, la humanización debiera convertirse en una prioridad de todas las instituciones sanitarias.

Pierluigi Marchesi lo explicaba claramente: *"...De tal manera, la deshumanización de la medicina, como producto típico de la "modernidad", se ha instalado en el corazón de nuestra compleja sociedad, como fruto de un progreso tan ilusorio como deletéreo. Para cambiar las cosas hay que volver a dar un nuevo significado a la empresa socio-sanitaria, para reencontrar el sentido profundo del ser del hombre en sufrimiento, con cuya comprensión es únicamente posible instaurar una nueva alianza entre paciente y sistema sanitario."*

III.- DESARROLLO DE TEMA

El proceso que transita un trabajador, tras padecer una contingencia laboral, desde ya lo posiciona en una situación de vulnerabilidad y fragilidad, de gran desconcierto y preocupación, por lo que es fundamental que los profesionales de la salud, respeten su integridad y dignidad.

Analicemos un caso en particular, para demostrar las problemáticas con las que lidia un trabajador, una vez que ingresa a este sistema.

Primeramente tras sufrir un Accidente de Trabajo, Accidente In Itinere o una Enfermedad Profesional, el trabajador frente a sus dolencias, puede no estar pendiente de los recaudos que debe tener en cuenta al transitar su paso por el sistema de salud de las ART.

Supongamos que un trabajador que se desempeña en el sector de fabricación de vehículos, se le cae encima del pie el bastidor de un camión, del dolor pierde el conocimiento, cae al piso y se levanta directamente en el Centro Medico de la ART.

Ante tal desorientación y dolor, trabajador no analizara ni enumerara todas las partes de su cuerpo que específicamente le duelen o que fueron causadas por la contingencia laboral sufrida para denunciarlas a la ART, por lo que cuando los administrativos de la ART le pregunten cuales las lesiones que padece, seguramente por el gran dolor que siente en el pie, afirmara solo dicha dolencia.

Por otro lado, la comunicación de los profesionales de la salud con el trabajador, será totalmente deficiente, los médicos le ordenaran que se realice estudios, le recetaran la medicación que debe tomar, analizaran los resultados de la/las lesiones que padece y si están que están dentro de las patologías denunciadas, le brindaran el tratamiento médico correspondiente y si no lo están por más que surjan de los estudios médicos, no serán tratadas y completaran el historial clínico digital que les ordena la ART.

Mientras tanto el trabajador no tendrá acceso en esta instancia a su historial clínico, ni comprenderá porque razón solo le realizan el tratamiento del pie y no por todas sus dolencias causadas por el Accidente de Trabajo, mucho menos entenderá porque el medico no le cambia la medicación que viene manifestando que le causa daños estomacales, como así tampoco porque no le brindan tratamiento psicológico por sus alteraciones en el sueño a causa, de las preocupaciones que siente por si realmente quedara rehabilitado, si podrá reinsertarse en su mismo puesto de trabajo, si podrá realizar sus actividades cotidianas como manejar su auto con total autonomía o jugar al futbol con su hijo y las múltiples preguntas que se hace y no obtiene respuesta.

La desigualdad de la relación distante entre médico-paciente, se nota durante todo el trayecto del trabajador por los sistemas médicos de la ART, donde solo el medico tiene la palabra, pese a que un trabajador intenta manifestar los dolores que siente, las partes de cuerpo que también le duelen a raíz de la misma contingencia, es habitual que el personal de salud sea reticente, minimice las inquietudes del trabajador y prosiga con la rehabilitación habitual.

Volviendo al caso en particular, el trabajador al que se le cayó el bastidor del camión en el pie, por la caída al piso tras perder el conocimiento, también sufrió lesiones internas en la cabeza que jamás fueron revisadas, como así también en el hombro y brazo derecho, que lo había manifestado en reiteradas oportunidades en los controles médicos de la ART y tampoco fueron tratadas, teniendo que ser posteriormente denunciadas por Carta Documento.

El trabajador tuvo que ser intervenido quirúrgicamente en el pie, tres veces, estando durante más de un año y medio bajo tratamiento médico, luchando con un sistema totalmente deshumanizado, donde jamás se sintió contenido, escuchado, ni curado y/o rehabilitado.

Estas problemáticas en un sujeto vulnerable y frágil, generan también graves daños psicológicos, que lo estresan, lo frustran, lo perturban y lo cambian totalmente.

Tengamos en cuenta que para un trabajador activo, con una vida laboral por delante y una vida personal, familiar y social habitual, sufrir hecho súbito y violento, daña no solo su integridad física sino también su integridad psicológica.

Por eso, que el sistema de salud de las ART limite su tratamiento médico a solo los padecimientos físicos enumerados y/o denunciados, va en contra de la naturaleza propia de la asistencia médica, de brindar una real contención, reparación y rehabilitación integra del trabajador.

Para muchos trabajadores esta situación no termina solo en los prestadores médicos de la ART, sino también cuando se presentan a realizar su reclamo en las Comisiones Médicas

Jurisdiccionales, ya sea por la divergencia en el alta, la divergencia en las prestaciones o el reingreso a tratamiento, quienes en vez de escucharlos y brindarles todas las herramientas administrativas disponibles, proceden a ponerle trabas burocráticas, tornándose totalmente ilusorios la protección de sus derechos humanos y laborales.-

Es así, que luego de todo este recorrido solitario, tedioso y frustrante para el trabajador, cuando concurre a un abogado laboralista, toma conocimiento que el destrato sufrido por parte de las Asegurados de Riesgos de Trabajo, no fue un hecho aislado hacia su persona, sino que es una conducta típica que llevan adelante las mismas.

Incluso el hecho de separar las patologías del propio del sujeto que las padece, también se evidencia en las Comisiones Medicas Jurisdiccionales, donde si un trabajador sufre a raíz de la misma contingencia distintas patologías, debe de iniciar varios expedientes administrativos por cada patología en sí, pese a que se trata de un mismo sujeto que debería de ser evaluado en su totalidad, por la misma contingencia laboral acaecida.

Como vemos en el caso de que el trabajador que sufrió tres intervenciones quirúrgicas en el pie, deberá someterse a mínimo tres audiencias de examen médico en la Comisión Medica Jurisdiccional, por ejemplo:

1) Expediente Administrativo de Divergencia en la determinación de la Incapacidad por la lesión en el pie.

2) Expediente Administrativo de Divergencia en la determinación de la Incapacidad por la lesión en el hombro derecho, denunciando por Carta Documento.

3) Expediente Administrativo de Divergencia en la determinación de la Incapacidad por la lesión en el brazo derecho, denunciando por Carta Documento.

4) Expediente Administrativo de Rechazo de la enfermedad profesional no listada por el Daño Psicológico, denunciado por Carta Documento, que directamente en la Comisión Medica Jurisdiccional procederán a su rechazo, teniendo que acceder a la Instancia Judicial para demostrarlo.

Por lo que de esta forma, se pierde la mirada integra sobre el trabajador, sobre la persona humana, primando más las exigencias y el rigorismo de iniciar un trámite por cada patología, compareciendo a varias audiencias, por cada parte de su cuerpo, continuando y evidenciando el trato frívolo y deshumanizado de todo el sistema de los Riesgos de Trabajo.

De esta forma, como podemos enumerar las tres características más evidentes del destrato y deshumanización que sufren los trabajadores frente a todos los sistemas médicos de Ley N° 24.557.

a.- La cosificación de la persona, ya que se lo deja de tratar como un sujeto individual, con emociones, sentimientos y sensibilidades, y pasa a ser reconocido, por el número de siniestro, por los padecimientos y/o lesiones que tiene, sin posibilidad real de ser escuchado, contenido e informado.

b.- El trato inadecuado, el distanciamiento afectivo, totalmente frio, indiferente y lejano, donde el personal de salud inmerso en cumplir con los requerimientos administrativos o con la presión en otorgar las altas médicas, pierde el interés en saber y conocer cómo se siente el sujeto. Incluso suelen darle las prescripciones médicas, sin que les importe efectivamente dar con cura y/o recuperación del trabajador.

c.- La falta de comunicación e información brindada al trabajador, unido con las anteriores características, se destaca porque no se lo suele informar de nada o escasamente. Es mucho más viable que se entere que le otorgaron el alta médica por medio de su empleador a que se lo comuniquen en forma directa.

Finalmente destaco lo expuesto por la Jurisprudencia en casos donde se responsabilizó a las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo por las irregularidades en su prestación de sus servicios de salud.

Como en el fallo Muñoz: *“quien contrae la obligación de prestar un servicio –en el caso la asistencia a la salud de los trabajadores afectados por las contingencias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo incluidos en el pertinente contrato de afiliación con la empleadora– lo debe*

hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular.”

En la misma línea también lo sostuvo el fallo Di Marco, que estableció la sanción económica de daño punitivo para que la ART jamás vuelva a incumplir con las prestaciones en especie a los damnificados laborales: *“Las ART son personas jurídicas de derecho privado, cuyo ánimo de lucro ha sido censurado históricamente por la doctrina laboralista, en particular por operar en uno de los más delicados campos del Derecho de la Seguridad Social: los accidentes y enfermedades del trabajo, primera contingencia social cubierta por un régimen legal especial en Argentina. Y en este litigio, se ha patentizado que la ART hizo primar su ecuación de costo-beneficio por sobre la integridad psicofísica del damnificado, para pasar por la desobediencia jurisdiccional a la instancia administrativa de la SRT como a la tutela preventiva judicial.”*

Y así también se ha demostrado en el caso Cogolo: *“se encuentra acreditado que la trabajadora no fue atendida en debida forma, toda vez que se la intimaba a presentarse por ante prestadores médicos con sede en la ciudad de Buenos Aires, distante a más de 200 kilómetros de su residencia, sin anticiparse los viáticos necesarios para los traslados.”*

Estas situaciones también son vivenciadas y denunciadas por los trabajadores en diferentes medios periodísticos, sobre el trato deplorable, maltratos y humillaciones por parte de las ART.

Por ende, las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo, responsables de brindar las prestaciones médicas correspondientes, deberán buscar los mecanismos, soluciones y capacitaciones necesarias, para una atención digna y trato humanizado hacia los trabajadores.

IV.- PROPUESTA

Finalmente propongo dos ejes centrales:

Por un lado que se capacite, a todo el personal que forma parte del Sistema de Riesgos de Trabajo, desde las ART hasta las Comisiones Médicas, sensibilizando a todos los profesionales de la salud sobre la cultura de la humanización.

Que se trabaje en brindar una atención más cálida, empática y una comunicación más asertiva, teniendo en cuenta la vulnerabilidad y fragilidad de los trabajadores damnificados que trascurren por todo este proceso.

Que se tenga una mirada integra sobre el trabajador, que se analice y brinde el tratamiento médico en sentido amplio, sobre todos los padecimientos que aquejen al trabajador a raíz del Accidente de Trabajo, Accidente In Itinere y/o Enfermedad Profesional denunciada.

Por otro lado, que en las Comisiones Médicas Jurisdiccionales se inicie un solo expediente por todas las patologías sufridas por el trabajador a causa de una misma contingencia laboral.

Propongo incluso que por medio de la fiscalización de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, se ordene a las ART a realizar cursos, campañas y capacitaciones para todo su personal a fin de fomentar el trato digno y respetuoso hacia todos los trabajadores damnificados y en caso de incumplimientos establecer penalidades para que cesen este tipo de conductas.

V.- BIBLIOGRAFÍA

1.- Revista Clínica de Medicina de Familia, La humanización de (en) la Atención Primaria por Rodrigo Gutiérrez Fernández
https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1699-695X2017000100005

2.- Estrategia de humanización del sistema sanitario público de Navarra, https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/684B6D5D-02FA-465D-9F1C-EC60CE963B0C/430016/estrategia_de_humanizacion_del_sistema_sanitario_p.pdf

3.- Humanizar la sanidad para mejorar la calidad de sus servicios por J.C. March <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-calidad-asistencial-256-articulo-humanizar-sanidad-mejorar-calidad-sus-S1134282X17300696>

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/03/3_programa_curso_cuidados_humanizados.pdf

3.- Muñoz, Stella Maris por sí y en representación de sus hijas menores Leila y Camila Novisky c/ Industrias Cerámicas Lourdes S.A. y otro s/ accidente – acción civil. CSJN 04/04/2023

4.- Di Marco, Eduardo Nicolás c/ Galeno ART S.A. s/ accidentes y/o enfermedades del trabajo – Juzg. Laboral 1a. inst., 10a. Nom. Rosario – 13/2/2023

5.- Cogolo Jorgelina c/ Provincia ART s/ Accidente de trabajo – acción especial Tribunal del Trabajo de Chacabuco, 21 de marzo de 2023

7.- Testimonio de un trabajador <https://www.laizquierdadiario.com/El-maltrato-de-la-ART-hacia-los-auxiliares-escolares>

8.- Nota periodística denuncia de la Unión Obreros y Empleados Municipales de Concordia (UOEMC) contra la ART <https://www.diariojunio.com.ar/trabajadores-y-trabajadoras-municipales-denuncian-maltratos-situaciones-incomodas-y-humillantes-con-el-medico-de-la-art/>

9.- Nota periodística Choferes de TRANSAL denuncian maltrato por parte de su ART <https://www.fm899.com.ar/noticias/salta-1/choferes-de-transal-denuncian-maltrato-por-parte-de-su-art-87111>

Actualización de créditos laborales en contexto inflacionario

Abog. Antonella Alejandra Rosato
Colegio de Abogados de Morón

SUMARIO. I. Introducción. II. Crédito laboral. III.- La inflación y su impacto en el crédito laboral. IV.El crédito laboral como deuda de valor. V.- Actualización monetaria en contexto inflacionario. VI.- El papel del juez en la actualización. VII.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN

La actualización de créditos laborales es un tema de gran relevancia en la coyuntura actual, ya que aborda la necesidad de mantener el poder adquisitivo de los trabajadores en un contexto de inflación y cambios económicos. En este contexto, los créditos laborales representan las sumas de dinero que el empleador y/o las ART debe a los trabajadores, incluyendo salarios e indemnizaciones.

La inflación y otros factores económicos pueden erosionar el valor real de estas obligaciones, lo que plantea desafíos tanto para los trabajadores, como para los letrados a la hora de percibir los honorarios.

En esta exploración examinaremos las implicaciones económicas y legales de mantener la equidad y las diferentes formas de actualización de los créditos laborales en la Provincia de Buenos Aires.

II.-CRÉDITO LABORAL

El crédito laboral se refiere a las deudas pendientes entre empleadores y empleados en el contexto de la relación laboral. El salario³², las indemnizaciones³³ por despido en sus diversas formas, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, beneficios sociales y/o cualquier circunstancia vinculada a la relación laboral que genere el derecho a un pago en dinero y/o especie se encuadra dentro del grupo de créditos laborales

Estos son esenciales para garantizar que los empleados reciban una compensación justa por su trabajo y puedan cumplir con sus obligaciones financieras. El valor del resarcimiento experimenta las variaciones del poder adquisitivo de la moneda hasta el día del pago. El concepto de crédito laboral es fundamental para garantizar la justicia y la equidad en las relaciones laborales.

Además, en casos de desacuerdo o disputas laborales, los créditos laborales pueden convertirse en un punto central de controversia y pueden ser objeto de reclamaciones legales y procesos judiciales. Cuando los empleados no están de acuerdo acerca del reconocimiento o el pago de dichos créditos, se recurre a mecanismos legales para resolver estas cuestiones.

Si bien nuestra legislación permite métodos alternativos a la resolución de conflictos laborales como por ejemplo la conciliación laboral, muchos demandados siguen optando por el proceso judicial, esto es debido a que el monto total de la deuda que el empleador debe pagar luego del proceso puede disminuir significativamente con el tiempo debido a que la acumulación de intereses no se corresponde con los aumentos de precios reales.

Es por esto que muchas veces los abogados laboristas, optamos por la utilización de estos mecanismos, más rápidos que un juicio laboral, que puede llevar años, especialmente debido a que los empleados necesitan el dinero para satisfacer sus necesidades financieras con mayor inmediatez.

³² Artículo 103 de la Ley de Contrato de Trabajo. Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo ratificado por nuestro país en su artículo 1.

³³ Art. 245.L.20.744 —Indemnización por antigüedad o despido.

III.- LA INFLACIÓN Y SU IMPACTO EN EL CRÉDITO LABORAL

Un índice de precios es una medida del nivel promedio de los precios. La inflación denota la elevación en el nivel general de precios. La tasa de inflación se define como la tasa de cambio del nivel general de precios³⁴. Uno de los aspectos más destacados de esta influencia es su efecto en el crédito laboral.

La misma tiene un impacto directo en el crédito laboral de varias maneras; Por un lado, tenemos la erosión del poder adquisitivo, dado que la inflación reduce el poder adquisitivo del dinero con el tiempo. Esto significa que si un empleado tiene un crédito laboral pendiente, como un impago salarial, el valor real de esa deuda disminuirá con el tiempo debido a la inflación. En última instancia, esto perjudica a los empleados, ya que reciben menos valor por su trabajo, de los salarios y de los beneficios laborales.

Por otra parte, la especulación con las variables inflacionarias, hacen también que el deudor incumpla, esto lleve a una mayor litigiosidad laboral y desincentiva a los empleadores y/o ART a cumplir con sus obligaciones.

Es debido a este contexto económico y la imposibilidad de indexar que el empleador y/o ART opta por no pagar el crédito laboral y esperar que el transcurso del tiempo y la inflación lo licúe.

IV.- EL CRÉDITO LABORAL COMO DEUDA DE VALOR

La interpretación de todo el sistema jurídico lo dispone el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, entendemos que los créditos laborales son considerados deudas de dinero siempre y cuando estemos dentro de los plazos que la propia ley de Contrato de Trabajo establece en los artículos 255 bis y 128 donde establece el plazo de pago máximo de cuatro (4) días hábiles para la remuneración mensual o quincenal y tres (3) días hábiles para la semanal.

En el caso de que el trabajador se vea afectado por la inobservancia en el plazo, la consecuencia es beneficiar al deudor con la desvalorización del crédito a su favor.

Pero la norma no puede avalar el incumplimiento dado que la indemnización por despido y/o accidente laboral debe guardar necesariamente cierta proporcionalidad con el salario que percibía el trabajador, así como lo establece el fallo Vizzotti³⁵.

Hablar de crédito como deuda de valor, en pos de conseguir una retribución justa, significa incluir todos y cada uno de los rubros a los que el trabajador tiene derecho porque surgen de la relación laboral desde el inicio al final de la misma³⁶. La indemnización ha de incluir salarios adeudado, diferencias salariales vacaciones, aguinaldos, licencias, reparaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, indemnización por despido, etc.

Dicha interpretación tiene su raigambre constitucional en los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, la indemnización por despido, propiedad de la persona trabajadora, no debe ser confiscada por efecto de la inflación en el momento que se encuentre a su alcance y pueda disponer libremente de ella. La Constitución Nacional considera una tutela preferencial para los trabajadores y es por esto que no es razonable una interpretación del artículo 245 de la LCT provoque resultados perjudiciales para ellos.

³⁴ Samuelson, P. y Nordhaus, W. Macroeconomía con aplicaciones a Latinoamérica, México D.F., 2010, pp. 104.

³⁵ Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido SENTENCIA 14 de Septiembre de 2004 Nro. Interno: V.967XXXVIII CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Magistrados: Petracchi, Belluscio,

³⁶ Formaro Juan José (2014). "El concepto de deuda de valor y los créditos laborales". En Revista Derecho del Trabajo. Editorial La Ley, Buenos Aires.

V.- ACTUALIZACIÓN MONETARIA EN CONTEXTO INFLACIONARIO

Al momento de actualizar los montos en el caso de los créditos laborales es posible la aplicación del art 772 del código Civil y Comercial, el cual establece que si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda, en la medida que exista un fenómeno inflacionario excesivo, corresponde disponer la actualización de los créditos³⁷.

Entendemos que hay muchos caminos frente a la situación de los créditos laborales afectados por el proceso inflacionario. En los procesos laborales, dado este fenómeno y la imposibilidad de indexar, se produce una oportunidad para el deudor de no pagar, se alienta a la morosidad y genera un enriquecimiento sin causa por parte del empleador y/o ART.

Si bien al día de la fecha sigue existiendo un apego a la prohibición de indexar, los créditos laborales deben ajustarse, siendo adecuada la aplicación de un índice similar al del art. 14 de la ley 27.551, el cual permite que el valor del alquiler se fije como valor único y por periodos mensuales sobre el cual solo pueden realizarse ajustes anuales.

En el contexto económico que estamos viviendo no resulta razonable la vigencia de la prohibición de indexar establecida por la ley 23.928, siendo violatoria de los arts. 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28 y 75 inc. 22 de la Carta Magna.

La actualización monetaria en un contexto inflacionario puede lograrse a través de la aplicación de tasas de interés.

Por un lado tenemos el interés simple que se calcula siempre sobre el capital inicial y no varía, no genera incremento del capital. Al final de cada periodo se liquidan los intereses previamente pactados. Y por otro, el interés compuesto que es aquel en que los intereses de cada periodo (ya sea diario, semanal, semestral, anual, etc) se van sumando al capital inicial, permitiendo una capitalización de intereses llegando a conformar un resarcimiento más justo y cercano al que debió haber recibido el trabajador si la obligación se hubiera cumplido en tiempo y forma.

VI.- EL PAPEL DEL JUEZ EN LA ACTUALIZACIÓN

Nuestro ordenamiento jurídico permite a los jueces fijar tasas de interés en ciertos casos judiciales que involucran obligaciones monetarias, como en disputas legales relacionadas con daños y perjuicios o incumplimiento de contratos.

Esta facultad, tiene como objetivo asegurar que las partes reciban una compensación justa y acorde a las circunstancias del caso particular.³⁸

Si bien el Código Civil y Comercial establece la tasa bancaria más alta que cobran los bancos como interés moratorio para las deudas por alimentos, la SCBA se negó a aplicar esta tasa a los créditos laborales³⁹, los cuales son de carácter alimentario, y en cambio aplicó la tasa pasiva digital.

En la Provincia de Buenos Aires, la SCBA fija la tasa pasiva digital la cual no proporciona a los trabajadores una reparación adecuada. Esta situación deviene en una pauperización de los créditos laborales, violando garantías constitucionales consagradas en el artículo 14 bis de la Constitución nacional.

³⁷ Baldoni María Clarisa (2020) La actualización de los créditos laborales como deudas de valor

³⁸ ARTÍCULO 767.- Intereses compensatorios. La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

³⁹ Trofe, Evangelina Beatriz contra Fisco de la Provincia de Bs. As. Enfermedad profesional

Esta interpretación que hace la SCBA genera que exista una desigualdad a la hora de aplicar la ley entre los trabajadores, que sufren una notoria diferencia en sus créditos laborales dependiendo la jurisdicción en que se judicializa el proceso. Sumado a la falta de segunda instancia en materia laboral en la provincia.

Entendemos que la tasa de interés aplicable a los créditos laborales se debe determinar de acuerdo a la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina. Esta tasa debe aplicarse automáticamente a partir del vencimiento de la obligación sin necesidad de una interpelación, a menos que exista un acuerdo que indique lo contrario.

VII.- CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. ANATOCISMO.

Las tasas planas licúan el crédito laboral, es por esto que ninguna permite absorber la depreciación monetaria. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el año 2022, dictó el acta CNAT 2764/22 la cual permite la capitalización de intereses de manera anual aplicable desde la fecha de notificación del traslado de la demanda. Esta nueva reglamentación permite que al momento de la condena, el crédito laboral se acerque razonablemente, al momento del pago efectivo, a una suma que represente el mismo valor que tenía a la fecha de ser exigible.

El artículo 770 del Código Civil y Comercial establece como principio general de prohibición del anatocismo, contemplando ciertas excepciones.

En su primer inciso, autoriza el pacto de capitalización de intereses con una periodicidad no inferior a seis meses. En el antiguo código Civil en el artículo 623, en cambio, autorizaba los acuerdos de capitalización con la periodicidad que establezcan las partes. Este tope mínimo establecido por el 770, tiene como finalidad evitar situaciones abusivas, por el elevado impacto que puede tener una capitalización anticipada de intereses con menor periodicidad.

El segundo inciso es el de principal interés para el desarrollo de este artículo, ya que el código permite la capitalización cuando se demande judicialmente el pago de un capital y sus intereses. La misma opera desde la fecha de notificación de la demanda. Es necesario considerar que, al igual que sucede en el primer supuesto, la capitalización ocurre con una periodicidad no inferior a seis meses.

Y por último el 770, admite la capitalización cuando la obligación se liquide judicialmente, supuesto en el cual opera desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo. Esto es lo que ocurre en las obligaciones de valor. Este supuesto podría aplicarse para la capitalización de intereses, en casos de ejecución.

Esta interpretación de la norma, permite evitar la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de indexar.

VIII.- CONCLUSIONES

I. De lege lata:

Entendemos que la inflación afecta al crédito laboral al momento de atravesar un proceso judicial. Su desvalorización como consecuencia del transcurso del tiempo genera un empobrecimiento sin causa del acreedor, al mismo tiempo que un enriquecimiento sin causa del deudor.

Al día de la fecha no existe una legislación a nivel nacional que permita aplicar tasas de intereses de manera uniforme en todo el territorio nacional.

II. De lege ferenda:

En virtud de la naturaleza alimentaria del crédito laboral es necesario implementar en la provincia una pauta de actualización equivalente a la establecida en la justicia nacional.

Es por tanto que, proponemos

I. La aplicación por analogía en la Provincia de Buenos Aires del Acta CNAT 2764/22 que permita la capitalización anual de los intereses desde la fecha de notificación del traslado de la demanda, esto implicaría abandonar la aplicación de una tasa de interés simple y

comenzar a utilizar una tasa de interés compuesta que redundará en un incremento significativo del monto actualizado de los juicios laborales.

II. La sanción de una ley nacional que permita la aplicación de la tasa activa del Banco Nación a los créditos laborales para unificar criterios de actualización que permita a su vez la capitalización de los intereses de manera periódica. Esta nueva norma permitirá zanjar la disparidad existente en la aplicación de diferentes tasas de interés entre CABA y la Provincia de Buenos Aires.

III. Declarar la inconstitucionalidad de la prohibición de indexar en las relaciones laborales establecida en la ley 23.928 para poder arribar a indemnizaciones más justas.

Trabajo de mujeres: la nueva perspectiva de género

Abog Alcaraz, Roxana Elisabet

Colegio de Abogados de San Isidro

Abstract/resumen

El trabajo de la mujer como una nueva perspectiva de género se enfoca en garantizar la igualdad de oportunidades y trato en el ámbito laboral, así como en proteger y promover los derechos de las mujeres en el trabajo. La perspectiva de género en el derecho laboral reconoce las desigualdades estructurales y culturales que afectan a las mujeres en el ámbito de trabajo y busca remediarlas a través de medidas específicas. En el proceso vamos a ver un poco de historia y cómo hemos evolucionado.

Introducción:

El concepto de la Mujer en el trabajo y en la sociedad son una corriente que va de la mano a lo largo de la historia. Estuvieron en la actividad económica y laboral de todos los tiempos, pasaron de ser mujeres que trabajaban en su hogar como talleres domésticos a pasar a incorporarse a las fábricas, donde comenzaron a luchar por sus derechos, ya que las condiciones de trabajo eran precarias, ponían en peligro su salud y los salarios eran mínimos comparados a los hombres, eso marcaba **una discriminación relevante**.

Se analizan los diferentes escenarios del trabajo desde una perspectiva de género centrada en la mujer. La perspectiva de género implica indagar, para evidenciar la discriminación de que las mujeres han sido y son objeto en materia laboral. Podemos identificar varias brechas de igualdad de género que tienen que ver, entre otras temáticas, con diferencias de salarios, dificultades de acceso a un empleo formal, conciliación laboral y vida familiar, la poca participación de las mujeres en cargos directivos o gerenciales, etc.

Breve análisis histórico del trabajo de la mujer en la Argentina

El análisis de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo⁴⁰ a lo largo de los siglos XIX, XX y XXI manifiesta, ciertas particularidades y a pesar de los cambios, ciertas constantes. Así es como se manifestó a lo largo de nuestra historia. Para desarrollar cabe señalar que sólo se destacarán algunos momentos significativos en la historia argentina, ya sea por el valor de viejos elementos o la incorporación de nuevos en lo que hace a la relación trabajo-mujer.

a) Consideraciones durante el período 1890 - 1910

La relación entre mujeres y trabajo es tan compleja y extensa. Durante siglos, las mujeres participaron activamente de la producción y reproducción familiar, en trabajos no remunerados y asalariados, dentro y fuera de las unidades domésticas. Pero hacia fines del siglo XIX, lo novedoso no fue el trabajo femenino sino la problematización social de dicho trabajo.⁴¹ La inmigración masiva, la inserción de la Argentina en el mercado mundial, el vertiginoso crecimiento de la producción agropecuaria, y la urbanización conllevaron una serie de fenómenos como el hacinamiento y proliferación de lenguas, epidemias y mortalidad infantil,

⁴⁰ PINOTTI, MONICA, "Discriminación: situación laboral de las mujeres", ERREPAR, D.L.E. N°190, junio 2001, T. XV.p.516 y sgtes.

⁴¹ NARI MARCELA A "Mujeres, trabajos y representaciones en la Argentina del siglo XX", T. Y S.S. N°10, Bs. As., junio 1996.

prostitución y criminalidad, "mezcla de razas" y conflicto social que generaron temores y esperanzas en diversos sectores sociales.

La Argentina no estuvo al margen de los procesos sociales, culturales y políticos que, desde fines del siglo XVIII, en la cultura occidental resignificaron las concepciones de sexo y diferencia sexual y naturalizaron el confinamiento de las mujeres a lo doméstico, al mismo tiempo que las excluían del pacto social y de la ciudadanía. El lugar natural de la mujer en la sociedad era el hogar, transformado en un ámbito familiar y privado, sin relaciones aparentes con la producción económica. Esto no solo era una filosofía política, sino también con base religiosa, muestra que las mujeres debían servir a su marido y sus hijos. Desde mediados del siglo XIX, diversos intelectuales habían connotado a la maternidad con el republicanismo, e identificaban la misión patriótica y civilizadora de las mujeres con la buena educación de los futuros ciudadanos.

A principios del siglo XX, la situación era distinta. La sociedad se veía amenazada por el hacinamiento, el descontento, las patologías, la promiscuidad sexual, el conflicto social, todos estos resultados no deseados del proceso de modernización que habían transformado las esperanzas en inquietudes y temores. La nueva realidad era inevitable y la única política posible era afrontarla. En este contexto, las mujeres de las clases populares salieron a trabajar. Poco después del Centenario de la Revolución de Mayo, desde el Departamento Nacional de Higiene (DNH), se advertía a las madres: "*...El tesoro más grande que la naturaleza os concede es el hijo, el cual representa para vosotras el orgullo íntimo, y para la patria, la riqueza mayor que tendrá el engrandecimiento nacional. Alimentarlo y educarlo son las dos grandes obligaciones que os impone la naturaleza y la sociedad en la cual vivís y a la cual os debéis por entero...*"⁴².

Fue a partir de entonces, se redefine a la maternidad como un vínculo acogedor, entre la mujer y el hijo. Se condenó todos los comportamientos que desviarán a la mujer de la procreación, del cuidado de los hijos y de la atención del hogar familiar.

A partir de este fenómeno se comienza a cuestionar el trabajo femenino remunerado, salvo el servicio doméstico. El trabajo, en algún tipo de producción familiar, no provocaba ninguna preocupación social. El trabajo doméstico era considerado parte de la "*misión maternal*". El servicio doméstico que se realizaba para el mercado era considerado como una tarea natural y apropiada para mujeres solas o para aquellas que debían mantener a sus familias. Lo mismo ocurría con la costura y el bordado, y mejor aun si podía realizarse a domicilio.

Esta reformulación de la maternidad, que tenía como único destino de la mujer la de procrear hijos, es fundamental para comprender la emergencia del problema social de la mujer trabajadora. El trabajo asalariado realizado fuera del hogar, con horarios fijos y extensos y, más precisamente, el trabajo fabril, aparecían como contrarios al valor que toda mujer debía darle a la maternidad ya que le restaba fortaleza al ya débil organismo femenino, le quitaba tiempo de cuidado y dedicación indispensable a esa maternidad.

Este sistema en el cual había incompatibilidad entre el trabajo remunerado y la misión primordial de la mujer se ejercía sobre un campo dinámico de ideas y prácticas, muchas de las cuales se distanciaban de la ortodoxia militante en diferentes grados: desde la aceptación pasiva hasta la disidencia activa.

La desviación extrema al modelo propuesto estuvo representada por algunas mujeres y varones anarquistas que coincidían con los defensores del orden en atribuir a la maternidad una potencialidad política fundamental: las mujeres, en tanto madres, tenían en sus manos la creación de generaciones conservadoras o revolucionarias. Sin embargo, como sostiene Dora Barrancos, el acento puesto por el anarquismo en la mujer como mediadora (la madre, la compañera) no impidió su reconocimiento como sujeto productivo. En realidad, era su condición de víctima de la explotación capitalista, más que de trabajadora, lo que entraba en flagrante

⁴² PINOTTI, MONICA, "*Discriminación: situación laboral de las mujeres*"

contradicción con su función primordial, la maternidad. La alternativa estaba puesta en la sociedad igualitaria y libertaria del futuro.

La desviación al modelo hegemónico no se encontraba, entonces, en la negación de la maternidad como misión natural de las mujeres, ni en el rechazo de la contradicción mujer-madre trabajo-productivo, sino en otorgarle a esta última una base social e histórica. Bajo el capitalismo, la única solución era la organización y sindicalización de las mujeres, preocupación para el movimiento obrero, no sólo por la defensa y protección de la maternidad sino por la competencia en el mercado de trabajo.

Los menores salarios pagados a las mujeres, sumado a este problema llegó a introducir en los debates de los congresos obreros la posibilidad de prohibir absolutamente el trabajo femenino en talleres y fábricas, aunque finalmente primara la tendencia que sólo consideraba necesario prohibirlo en tareas que pudiera constituir "*un peligro para la maternidad o un ataque a la moral*", tal como había sido resuelto en el Primer Congreso de la Federación Obrera Argentina (1901).⁴³

Las consignas que caracterizaron al movimiento obrero de este período fueron: **sindicalización femenina, prohibición parcial, igualdad salarial para mujeres y varones.**

Fue el Partido Socialista el primero que encabezó la lucha por la reglamentación del trabajo femenino, como una protección especial y necesaria con la que debían contar los miembros más débiles del proletariado. Detrás de ella se hallaba, implícita o explícitamente, una representación de la mujer y de su lugar en la familia mucho menos alternativa que la anarquista. Consideraban que las mujeres eran un sujeto productivo, esta aceptación no era en modo alguno estimulada. Reconocían, que la libertad económica era la base de la emancipación femenina, pero pensaban mucho más en los derechos civiles y en la administración de los bienes en el matrimonio, por parte de las mujeres, que en el salario.

A diferencia del anarquismo, quedaba mucho menos claro que la contradicción, mujer trabajo productivo, fuera particular del capitalismo. Los socialistas mantenían muchos rasgos de la "*domesticidad burguesa*" aunque criticaran duramente su moralidad.

Seguía siendo la preocupación primordial el velar por la salud y el cuidado de los futuros ciudadanos, los que dependían exclusivamente de la mujer, por eso comenzó a considerarse el grave daño que podía ocasionar el trabajo en las fábricas en el cuerpo de la mujer destinado naturalmente a la maternidad. En este sentido la reglamentación impulsada, con modificaciones sería convertida en ley en 1907, tenía un claro propósito: cuidar la salud de los niños y de la sociedad en general. Tal como lo expresaba el diputado socialista Alfredo Palacios: "*...deber nuestro es, e imperioso, velar porque la modeladora de las generaciones, no degenera miserablemente. La mujer es la depositaria del porvenir de los pueblos; de ahí que cuidar de su salud implique trabajar por la fortaleza y el bienestar de nuestra patria...*".⁴⁴

La legislación del trabajo femenino fue secundada también por sectores conservadores y católicos. Al igual que muchos socialistas, el catolicismo social oscilaba entre dos conceptos contradictorios de trabajo para las mujeres. Por un lado sostenía que, la actividad asalariada las degenera a ellas y, fundamentalmente, a su descendencia, constituyendo el germen de una catástrofe social. Pero, por otro, decía que el trabajo se presentaba como regenerador de ciertas mujeres que eran prostitutas o delincuentes o ayudaba a prevenir la caída de las mujeres solas. En ambos casos, era obvio que el trabajo no debía considerarse parte del destino natural de mujeres normales y sanas.

En definitiva, durante este período, las representaciones acerca de la mujer y el trabajo estuvieron entrelazadas por la maternidad. Ambos lados de la relación fueron recortados: la

⁴³ NARI, MARCELA "*Conclusiones del Primer Congreso de la Federación obrera argentina*", 1994, p.259.

⁴⁴ Ley 5291, primera ley de trabajo de mujeres y niños, sancionada en 1907 y que regía para Capital Federal y territorios nacionales.

mujer sólo era la madre y el trabajo sólo era el rentado. Sin embargo, estas particularidades se ocultaron en la universalización de la problemática de la "mujer-trabajadora".

El trabajo asalariado además de degenerar orgánicamente el cuerpo femenino, desafiaba moralmente a la organización familiar desde que la mujer acataba órdenes recibidas de un varón que no era ni el padre ni el marido. La prostitución y la disolución familiar hablaban tanto de fantasmas operantes como de una institución "la familia" aun más deseada que real en la Argentina de principios de siglo.

El trabajo femenino fue considerado desde diversas perspectivas políticas e ideológicas como incompatible con el rol maternal, fuera que éste debiera actuar para mantener el orden, para reformarlo gradualmente o para transformarlo. Para la inmensa mayoría, era la naturaleza femenina la que hacía de la mujer una madre y no una trabajadora.

b) Consideraciones a partir de la primera guerra mundial hasta nuestros tiempos

Las representaciones sociales acerca de la relación del trabajo asalariado de la mujer fueron reformuladas a lo largo del siglo, se tuvieron en cuenta viejas ideas y valores pero también se incorporaron nuevas tendencias. Esto no implica desconocer la permanencia latente, de un sistema de representaciones que continuaba considerando el hogar como único lugar natural de la mujer y la maternidad como única misión y función social, emanada de su naturaleza, en sectores que podríamos calificar tanto de tradicionales como progresistas.

Se constituyeron en el hecho que más fuertemente impactó sobre las representaciones, las experiencias y las subjetividades de las mujeres argentinas, tanto por la legitimación social del sujeto trabajador que no pudo dejar de incluirlas como por el protagonismo social y político que adquirieron.

Con la primera guerra mundial, las mujeres tuvieron que reemplazar a los varones en las fábricas de Europa y Estados Unidos, y así tuvieron la oportunidad de demostrar, para bien o para mal, sus capacidades productivas y su fortaleza para el trabajo.

Dentro del feminismo, el trabajo comenzó a ser crecientemente considerado como instrumento fundamental de la dependencia económica femenina, paso previo imprescindible para luchar por su emancipación. Aun cuando muchos socialistas continuaban considerando el trabajo femenino como un mal necesario, se le superpuso otra connotación: el salario daba categoría económica a la mujer; hacía un esfuerzo medible para la sociedad.

Es cierto que muchos de estos llamados a una mayor y más plena participación femenina en la vida económica, social, cultural y política, conlleva la idea de perfeccionar a la madre. Si se le confiaba la tarea de formar a los nuevos ciudadanos, la mujer no podía permanecer ajena a las transformaciones mundiales y nacionales. Por otro lado, la defensa del hogar necesitaba de su incursión en la vida pública.

Es obvio que estas ideas estuvieron por debajo de la sanción de los derechos políticos femeninos (Ley 13010)⁴⁵ durante la primera presidencia del general Perón, cuando formulaba en su discurso que: "...Cada mujer debe pensar que en nuestra tierra es obligación dar hijos sanos y formar hombres virtuosos que sepan sacrificarse y luchar por los verdaderos intereses de la Nación. Cada mujer debe pensar que sus obligaciones han aumentado porque el estado, al otorgar derechos tiene paralelamente necesidad de exigir que toda madre sea una maestra para sus hijos, que en su casa construya un altar de virtud y respeto, que intervenga en la vida pública defendiendo esta célula de la sociedad que es, precisamente, el hogar que ha de ser sagrado..."

⁴⁶

La relación de la participación política de las mujeres y el discurso maternalista, formaba parte del clima de ideas de la época y era la principal estrategia del movimiento sufragista local. El voto femenino, como la posibilidad de resultar electas, aportarían una fuerza moderadora, lográndose de esta manera, el equilibrio necesario en la política.

⁴⁵ Ley 13010 de Sufragio Femenino, septiembre de 1947

⁴⁶ Discurso del General Perón, T 1975, p. 27

El discurso y práctica en los 50 que contenían elementos tradicionales, paternalistas, con respecto a la mujer, sobre los cuales mucho se ha escrito, tuvo una compleja recepción en una coyuntura específica, individual y social, que hizo que las mujeres sintieran que su lugar también estaba en la calle. No creían hacer política; pero, para defender la familia, para proteger la maternidad, salían de sus hogares y realizaban otras actividades que las alejaban de la familia y la maternidad. Estas experiencias estaban reforzadas por una legitimidad social, nunca antes lograda.

Las expresiones y enunciaciones favorables al trabajo femenino, que se hicieron tanto en el nivel nacional como en el internacional, no alcanzaron a resolver su íntima contradicción con la maternidad, que continuaba siendo considerada, en el sentido común de la gente el destino natural y la función social primaria de las mujeres. En el plano abstracto de las ideas, la incompatibilidad entre femineidad y trabajo se volvía cada vez más insostenible, pero en el plano práctico de la vida cotidiana y de la subjetividad, los conflictos emergían al mantenerse la identificación naturalizada entre aquella y la maternidad.

Los acontecimientos político-militares de los años 70 y la crisis económica desatada en todo el continente hacia fines de la década, hizo que halla nuevos rumbos a las representaciones y las experiencias de las mujeres trabajadoras. Como reacción en el orden social como en las relaciones de género, se comenzó con una insistente campaña de rematernalización de las mujeres, adjudicándoles un rol político fundamental como garantizadora del orden social. Se empeñaron en culpabilizarlas del *"desorden que existía en el país"* por haber descuidado durante diez años ese rol tan importante. El gobierno militar que tomó el poder después del golpe de Estado de 1976, las interpelló directamente: *"¿Sabe usted qué está haciendo su hijo ahora?"*.

Pero por otro lado, durante ese gobierno, debido a la crisis económica, se aumentó la participación de las mujeres en el mercado de la forma más estable y duradera. La crisis originó una acción comunitaria de mujeres, a través de organizaciones barriales. Finalmente no pueden dejarse de lado los efectos en el plazo de las relaciones sociales, del protagonismo político de las mujeres en la resistencia a la dictadura, fundamentalmente *"las Madres de Plaza de Mayo"*.

Estas acciones de las mujeres ante la dictadura y la emergencia de la crisis, fueron objeto de debate en los últimos años. Algunas investigaciones sostienen que la organización de las mujeres en barrios no modificó la imagen tradicional de la mujer, ni las preparó para una participación socio-política más allá de los grupos de mujeres. En cambio, otros destacan el valor de estas experiencias y perciben en ellas tanto la posibilidad de constituir nuevas formas de aproximación a la política como de reformular la identidad femenina.

En la actualidad existe una creciente participación de la mujer en el mercado de trabajo, como reflejo de dos factores principales. Por un lado la evolución de la economía en los últimos años, que sufrió grandes cambios debido al proceso de reconversión productiva y a la adecuación de la economía a los requerimientos de la globalización y del comercio internacional. Las prioridades en materia de política económica se centran, en la puesta en marcha del plan de convertibilidad, en el control inflacionario, equilibrio fiscal, y medidas tendientes a la promoción de la economía con un componente de exportación más elevado. Este contexto tuvo su impacto en las estrategias empresariales, que orientaron la inversión hacia la renovación tecnológica, lo cual generó restricciones en la demanda de empleo y una mayor selectividad en los requerimientos de los perfiles laborales.

La creciente participación de la mujer en el mundo del trabajo es acompañada por un cambio de actitud respecto de la idea de mujer, ya no se la ve como la única responsable del cuidado de los hijos, y de las tareas del hogar, más bien se habla de una corresponsabilidad del hombre en las tareas del hogar y en el cuidado de los hijos. Hoy está visto con toda normalidad que en una familia, tanto el hombre como la mujer trabajen y que los hombres ayuden con las cargas del hogar.

La participación de las mujeres en el mercado de trabajo

La igualdad laboral se refiere a la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres de participar en el mercado laboral y es un aspecto importante de la igualdad de género. En este

sentido, podemos advertir que no hay país en el mundo donde la tasa de participación femenina en la fuerza laboral no sea menor que la de los hombres (OIT, 2016). Sin embargo, en nuestro país, en comparación con otros países, la tasa de actividad de las mujeres es un 31% menor que la de los hombres. Es uno de los países donde la participación es más baja.

Sin embargo, las mujeres son muy hábiles a la hora de desempeñarse en el ámbito laboral. Hoy en día las estadísticas nos indican el impacto que ha sufrido, no solo con los acontecimientos que estamos viviendo como consecuencia del covid 19, sino con el impacto que está dejando los puesto de trabajo con la implementación del home office y la reducción de muchos puestos de trabajo.

El diario "La voz", sacó un artículo donde afirma que "El 59,4% de las mujeres en edad de trabajar formó parte del mercado laboral en 2019." Esto quiere decir que "todavía cuatro de cada diez mujeres no tienen acceso al mercado laboral argentino, por lo que hay un larguísimo camino por recorrer, pero la situación viene mejorando lentamente y en 2019 se alcanzó el mayor nivel de participación de los últimos 17 años." ⁴⁷ En base a esta nota, podemos decir que las mujeres poco a poco van teniendo un protagonismo en el ámbito laboral.

A su vez la causa de las situaciones la podemos encontrar si analizamos la experiencia laboral y de clase de las mujeres trabajadoras⁴⁸, lo que inevitablemente no lleva a observar cómo la interacción entre las relaciones de género y las relaciones de clase han condicionado la presencia de las mujeres en el trabajo.

El trabajo femenino remunerado fue considerado como un mal necesario y fue posible cuando el hombre de la casa no ganaba lo suficiente para poder mantener a su mujer y a sus hijos. El modelo de trabajo femenino que se mantuvo a lo largo de todo el período preindustrial fue básicamente el trabajo a domicilio. Era ideal debido a la no separación de hogar y lugar de trabajo. Esto fue cambiando, cuando el trabajo remunerado de las mujeres en las sociedades contemporáneas se relaciono con la "construcción discursiva" de lo social en la experiencia laboral femenina. Se empezó a separar las actividades realizadas tanto por hombres como mujeres.

A su vez, el peso de los roles tradicionales determinante en las ocupaciones laborales, se trataba de ser accesibles a las mujeres, se los podría definir como "*trabajos propios de su sexo*", fundamentalmente se continuara vinculando al su rol de esposa y madre.

La mujer con trabajo remunerado ha tenido que seguir llevando el peso, en exclusiva, del trabajo doméstico y del cuidado de los hijos, en función de una ideología de género profundamente interiorizada en nuestra sociedad; ocupaciones que por lo general le impiden realizar cursos de capacitación para progresar en el trabajo. Esa falta de educación adecuada y de una preparación profesional de calidad dirigida a las mujeres determina igualmente que se les asigne puestos inferiores o superiores.

En conclusión, el trabajo femenino es considerado como una "*ayuda*", secundario, transitorio y no cualificado. Se convierte en una mano de obra más económica. La idea de inferioridad femenina justifica tradicionalmente el pago de un salario la mitad o un tercio menor que el de un hombre. En estos tiempos, las mujeres luchan por sus derechos, por conseguir mejoras laborales, por apuntar a cargos directivos o gerenciales.

Hoy en día, pleno siglo XXI apuestan a superarse día a día. Son mujeres empoderadas, que con el entendimiento, la razón, la voluntad, la intuición y el compromiso personal lograron cumplir con sus metas y defender sus derechos.

⁴⁷ <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/participacion-de-mujer-en-mercado-laboral-alcanzo-nivel-mas-alto-en-17-anos/> : Diario "La Voz" del día 6/03/20

⁴⁸ AGUADO, ANA "El trabajo de las mujeres, clase, género y conceptualización histórica", cap.I, del libro Discriminación de género en la negociación colectiva de País Valencia, Tirant LoBlanch, España, 1995, p.19/29

Fundamento constitucional y legal de la protección de la Mujer

Con la lucha de todas las mujeres lograron grandes metas. En nuestro país, la LCT en el art 17 es muy clara en prohibir cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, su fundamento lo tiene gracias al art 16 de la Constitución Nacional, donde establece que todos somos iguales ante la ley y es valido en los empleos sin condiciones de idoneidad. Asimismo, el art 14 bis garantiza la igual remuneración por la igualdad de tareas. La ley 26.485 ratifica ese principio.

Con la reforma constitucional de 1994 , en el art 75, inc 22, se eleva la jerarquía constitucional de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la resolución 34 de la Asamblea Gral de las Naciones Unidas en el año 1979 y debe entenderse como complementaria de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución.⁴⁹

Con relación con la mujer trabajadora , la Convención en el art 11.1 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁵⁰ .En esta convención se sostiene que la máxima participación de la mujer , en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los ámbitos, para el desarrollo pleno de un país.

En la ley 20.744, la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) en el Título VII nos brinda varios capítulos en protección al trabajo de las mujeres. En el art 172, determina *“La mujer podrá celebrar toda clase de contrato de trabajo, no pudiendo consagrarse por las convenciones colectivas de trabajo, o reglamentaciones autorizadas, ningún tipo de discriminación en su empleo fundada en el sexo o estado civil de la misma, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral.En las convenciones colectivas o tarifas de salarios que se elaboren se garantizará la plena observancia del principio de igualdad de retribución por trabajo de igual valor.”*⁵¹

Relativamente, la norma coincide con lo que se ordena en los artículos 32,35 y 187 de la LCT, acerca de la plena capacidad de las mujeres para celebrar el contrato de trabajo. De esta forma, explicamos las declaraciones internacionales y normas que protegen a las mujeres.

Hoy en día dentro de las últimas leyes que nos representan se encuentra la ley Micaela (Ley 27499) o Ley de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado. Es una ley promulgada en 2019 en nuestro país, que establece la capacitación obligatoria en la temática de perspectiva de género y violencia contra las mujeres, para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. Fue resultado de la movilización social por el femicidio de la adolescente Micaela García en 2017 y generó exigencias hacia los organismos del Estado⁵². Mediante esta ley se debe tener acceso público y de difusión para que todos podamos ejercer nuestros derechos.

Discriminación en el mercado laboral

Las mujeres representan el 50% de la población adulta del mundo y un tercio de la fuerza de trabajo "oficial", realizan casi las dos terceras partes del total de horas de trabajo, reciben sólo una décima parte del ingreso mundial y poseen menos del 1% de la propiedad mundial. Es

⁴⁹ Amanda Caubet “ “Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”; Cap XV; Pag 275;3ra Edicion Actualizada.

⁵⁰ Artículo 11.1 “*Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*”, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979

⁵¹ Ley de Contrato de Trabajo LEY N° 20.744 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 390/1976
Bs. As., 13/5/1976

⁵² <https://www.argentina.gob.ar/generos/ley-micaela> Ley Micaela o CAPACITACION OBLIGATORIA EN LA TEMATICA DE GENERO Y VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

decir, a pesar de que oficialmente, al menos en los países occidentales, no se admite legalmente la discriminación laboral sobre las mujeres, en la práctica sigue existiendo una clara diferenciación, por razón de sexo, en lo que respecta a salarios y a condiciones laborales.⁵³

Enfrentan grandes desventajas en el mundo del trabajo. Les pagan menos que a los hombres, incluso cuando hacen lo mismo. Y esto no se explica porque ellas sean menos productivas o estén menos educadas. Las causas para este fenómeno se han analizado desde dos ámbitos. El primero es la discriminación en el mercado de trabajo, está ampliamente documentada y se da cuando dos trabajadores idénticamente productivos reciben compensaciones diferentes únicamente por cuenta de su sexo. Podríamos dar innumerables ejemplos no solo en Argentina sino mundialmente que comprueba esta desigualdad.

Sin embargo con los años vamos dejando precedentes, el primer fallo que marcó la historia en nuestro país fue el fallo del CASO FREDDO, donde se planteó una demanda por supuesta discriminación, ya que la empresa tenía 650 empleados hombres y sólo 35 mujeres; la resolución de la justicia fue que la cadena de heladerías deberá contratar igual cantidad de hombres y mujeres⁵⁴. Sin ir más lejos hace poco en Mendoza otro fallo demostró que debemos seguir concientizando. La denunciante sufrió un contexto de violencia y discriminación en su trabajo por su condición de mujer, al ser obligada a usar calzas, se afectó su pudor y dignidad. Por unanimidad, el máximo tribunal de Mendoza aceptó el recurso extraordinario y condenó a la empresa. Podría seguir citando fallos pero la idea es concientizar y que las mujeres sean respetadas en todos los ámbitos.

Conclusión

Mi reflexión final es ordenar las ideas que fui trabajando desde que comencé con esta idea de perspectiva de género. Entiendo que la finalidad debe ser la búsqueda de la igualdad de oportunidades, fundamentalmente que las mujeres puedan seguir luchando contra la discriminación y llegar a tener una nueva perspectiva de género más amplia. En materia laboral hemos evolucionado muchísimo, tenemos leyes, doctrinas, jurisprudencias y una historia tan amplia que nos permite evolucionar en todos los aspectos sociales, políticos y culturales.

Debemos seguir luchando, porque no quiere decir que con los logros obtenidos nos debemos conformar, al contrario, debemos luchar por más derechos y ocupar un lugar más fornido en el área sindical. Las mujeres deben tener un rol más representativo, tener la posibilidad de poder ser líder. Gracias a los encuentros, las mujeres empezaron a tener una voz más fuerte, plantear sus inquietudes y a marcar un liderazgo.

La nueva perspectiva de género en el trabajo de mujeres busca eliminar las barreras y desigualdades que aún enfrentan las mujeres en el ámbito laboral. Al promover la igualdad de oportunidades, la formación y capacitación, combatir la brecha salarial y fomentar la participación de mujeres en puestos de liderazgo, estaremos construyendo sociedades más justas e igualitarias, donde el talento y el potencial de las mujeres sean reconocidos y valorados. Es responsabilidad de todos y todas trabajar juntos para lograr esta transformación y aprovechar el enorme beneficio que representa para nuestras sociedades.

Propuesta

En los últimos años, hemos presenciado un cambio significativo en la participación laboral de las mujeres en distintas partes del mundo. Sin embargo, a pesar de los avances, aún persisten desigualdades de género en el ámbito laboral, lo que limita el desarrollo económico y social de las mujeres y de nuestras sociedades en general. Es por ello que propongo una nueva perspectiva de género en el trabajo de las mujeres, con el objetivo de promover la igualdad de oportunidades y el empoderamiento económico de las mujeres.

Propongo:

⁵³ PINOTTI, MONICA *"Discriminación: Situación laboral de las mujeres"*. Segunda Parte, Errepar, D.L.E. N°190, junio 2001, T XV.

⁵⁴ <https://www.mujeresenigualdad.org.ar/fallo-completo.html> Fallo FREDDO

- **Promover la igualdad de oportunidades;**
- **Impulsar la formación y capacitación de mujeres;**
- **Combatir la brecha salarial de género;**
- **Fomentar la participación de mujeres en puestos de liderazgo.**

Espero por mi parte y como mujer seguir trabajando en el derecho para lograr más hazañas y profundizar la lucha de la igualdad.

Intimidad, inteligencia Artificial y monitoreo de la actividad de Trabajadores

Matias Marron Barrios

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

Desarrollo

La cuestión del avance de la tecnología y la vulneración a la intimidad del trabajador, toda vez que las nuevas tecnologías permiten un control semi absoluto sobre la persona del trabajador dentro de la jornada de trabajo. Sin embargo, ello no termina allí pues, puede producirse una segunda vulneración de la vida íntima del trabajador y ya fuera de la jornada de trabajo, que afecta no sólo sus derechos personalísimos sino también los de su familia.

¿Qué es la intimidad? ¿Hasta dónde puede extenderse? ¿Se trata solo de una órbita reducida al sujeto o involucra a su grupo familiar? Nos formulamos estas preguntas pues pensar en tecnología e intimidad impone pensar y trabajar en dos dimensiones. La primera, sin duda, recae sobre la persona del trabajador o la trabajadora. Si bien desde nuestras latitudes todavía los avances no son tales, lo cierto es que a nivel mundial nos encontramos con un fenómeno que incorpora todo tipo de tecnología con miras no solo del control sino también de la medición del trabajo, es decir, los tiempos de producción y la eficiencia en la prestación. Hasta, según nos dicen, la satisfacción o bienestar del trabajador o trabajadora en el ejercicio de su tarea. Para ello hay un sinfín de tecnologías dispuestas a ese fin. Ellas van desde la utilización de pulseras que miden la presión arterial y así la satisfacción de la persona cuando se encuentra trabajando, dispositivos de geolocalización, aplicaciones sobre los teclados de las computadoras con el fin de establecer un control en la pulsación de las teclas y por supuesto: el smartphone. Que con él, no solo se produce la geolocalización constante de la persona sino también existe la posibilidad de escucha y control constante ante la utilización de aplicaciones de comunicación. En tal sentido, el control de los correos electrónicos de la empresa pasó a ser un pequeño detalle en las facultades de control que tiene el empleador sobre la persona del trabajador durante el tiempo de trabajo. Ello trae un problema primero, ese ejercicio de control puede ser fácilmente abusivo en la medida que recaba información que no compete a la esfera de la relación del trabajo tales como emociones y sensaciones- sino que además es capaz de efectuar análisis sobre los procesos de conocimiento de un trabajador o una trabajadora procesos ajenos y personales de la persona que no están dentro del contenido del vínculo laboral y además puede recabar datos que también le resultan ajenos. Todo ello, además, sin control por parte ni del trabajador ni del sujeto sindical. A veces, incluso, sin su conocimiento. A ello puede sumarse la posibilidad de inmiscuirse en todos aquellos momentos de descanso y personales que posee un trabajador o una trabajadora dentro de la jornada de trabajo. No sólo puede medir los tiempos en que el trabajador o la trabajadora se encuentra en el baño, sino también almorzando o efectuando un descanso. Por supuesto, momentos que, en caso de ser excesivos, podrán ser motivos de sanción por parte del empleador. O sea, las nuevas tecnologías permiten un control semiabsoluto sobre la persona del trabajador dentro de la jornada de trabajo. Ahora bien, ello no termina allí pues, como ya dijimos, el principal dispositivo es el smartphone que lo llevamos casi todo el día con nosotros y nosotras, hasta a nuestras casas. Cuando ello sucede se produce una segunda vulneración de la vida íntima del trabajador y ya fuera de la jornada de trabajo y que afecta no solo sus derechos personalísimos sino también los de su familia. La incorporación del smartphone en nuestras vidas familiares no solo afecta nuestro derecho de desconexión y el derecho propio al descanso sino que, además, profundiza en aquellas casas donde existen personas que necesitan cuidado las inequidades hacia el interior de esa familia y esa desigualdad se proyecta en el mercado de trabajo. Digo ello porque alguien tiene que cuidar a los niños y niñas en el interior de las familias. Esto es así. Es un hecho. Y la invasión del trabajo sobre la vida profundiza las inequidades sociales existentes en materia de género. En efecto, al igual que como medíamos las horas productivas y reproductivas en términos de horas extras y brechas salariales, la invasión del trabajo en la casa no solo empobrece a ese trabajador pues posee una disponibilidad absoluta frente a un empleador que ya no se ve compelido a abonar la hora extra

y aún más, a veces, ni el propio trabajador percibe dicha capacidad de respuesta como trabajo extra- sino que, además, en la distribución del tiempo de cuidado termina por restar en ese tiempo de disposición que tenía y allí se produce la segunda inequidad, ya que no resulta posible para ambos progenitores estar cuidando y respondiendo mensajes al mismo tiempo y allí se vuelve a construir la desigualdad. Ahora bien, ¿la solución está en que ese varón no atienda la comunicación laboral? La respuesta no parece ser suficiente. En razón de ello, tendremos que pensar en esquemas ya no solo legales sino también tecnológicos que permitan que ese trabajador se encuentre "inalcanzable" para ese empleador y, allí, garantizar tiempo de descanso acorde. Asimismo, ello se profundiza más cuando nos referimos al segundo aspecto de la tecnología: el teletrabajo. Esta forma de prestación es una modalidad respecto de la cual las mujeres conocemos mucho. Siempre fue presentada como el mejor modo de conciliación entre la vida productiva y reproductiva. Era una forma íntima de trabajar. Sin embargo, para la intimidad demuestra ser un problema. Pues la promiscuidad del sistema importa una vulneración de la vida íntima familiar, una nueva invasión del trabajo sobre la vida. Asimismo, afecta la productividad y la posibilidad de desarrollo personal y profesional de esa trabajadora. Sin ninguna duda, el teletrabajo tiene una desigualdad que la presencialidad no: las condiciones de prestación. En la presencialidad, la condición de prestación es la misma, existe una homogeneidad en todas aquellas personas que se encuentran trabajando en un mismo momento, en un mismo establecimiento. Sin embargo, hay muchos modos de teletrabajar. Y ese teletrabajo tiene distintas afectaciones de la intimidad de los trabajadores y trabajadoras en la medida que no solo afecta la posibilidad de inmiscuirse en los datos sino además hay algo que es indiscutible: no es lo mismo hacerlo en un barrio popular, en un departamento en la ciudad o en una casa amplia; no es lo mismo hacerlo cuando hay personas con necesidades de cuidado en la casa que efectuar la tarea solo o sola; no es lo mismo si en esa intimidad existen hechos de violencia. Y, lamentablemente, esas circunstancias recaen mayoritariamente en las mujeres, de allí cabe pensar el espectro de la inequidad, en función de dicha intimidad. No cabe duda de que el teletrabajo también ha pasado a ser una opción pues abarata los costos de traslado en ciudades enormes, posibilita una mayor participación en la vida familiar y nos recupera ciertos espacios de libertades -pues, en definitiva, no es menos verdad que el trabajo es poner a disposición tiempo de la vida del trabajador o la trabajadora a cambio de dinero-. Ello nos impone, entonces, evaluar las formas de lograr defensas que garanticen la tutela de los y las trabajadoras en ese nuevo modo de prestación. Ahora bien, ¿qué hacer ante este nuevo paradigma de trabajo? ¿Cómo hacer para proteger tanto la intimidad en sus dos fases? ¿Existe alguna tutela? 2 / 4 Arranquemos por esta última pregunta; sin duda, existen normas de protección tanto de la intimidad como del trabajo. Para ello, no solo vamos a encontrar una tutela de tipo constitucional de la intimidad tanto en el art. 19 de la Constitución Nacional como en el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, igual tutela podemos encontrarla en la Resolución 217 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas que con fundamento en la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra o reputación". Y dicha tutela no será solo respecto del acto de los Estados sino que, además, por aplicación del principio del *Drittwirkung* también lo será respecto del acto de los privados -conforme emana de la Observación General Nro. 16 del Comité de Derechos Humanos-. La Ley de Contrato de Trabajo preserva la intimidad de las facultades de control personal del empleador y ordena el deber de conocimiento que está siendo controlado, como así también la facultad de control tanto de la autoridad administrativa del trabajo como de las organizaciones sindicales (art. 70 y ssgtes. de la Ley de Contrato de Trabajo). A nivel legal tenemos la ya no tan reciente sanción de la ley de teletrabajo, Ley 27555. En ella, no solo se regula el sistema de control y su compatibilidad con el derecho a la intimidad, sino que además protege su información laboral y preserva a quienes realizan tareas de cuidado. Allí se impone salvaguardar la intimidad del trabajador y su familia junto con la protección de datos y los sistemas de control y además

reconoce a favor del trabajador[a] compatibilizar la jornada de trabajo o interrumpirla a los fines de cumplir tareas de cuidado. Los corchetes me pertenecen pues, a nivel estructural, las tareas reproductivas son ejercidas por las mujeres; en razón de ello, la norma termina por profundizar inequidades sin proponérselo y lo hará en la medida en que no se produzca un cambio de paradigma. Y por eso, la norma termina por configurar, aun cuando resulta un avance significativo en nuestra legislación pues reconoce las tareas de cuidado, una posible discriminación en el acceso al empleo de quienes ejercen tareas de cuidado, es decir, de las mujeres. Asimismo, cabe destacar que la técnica legislativa utilizada, asimilable al descanso al mediodía, responde a un paradigma del que el movimiento feminista ha efectuado una extensa lucha para erradicar. Ahora bien, descriptas las tutelas actuales de protección, que resultan ser vastas, cabe preguntarse: ¿con la tutela legal alcanza? Creo que nos encontramos ante un mundo de muchos desafíos. De mucho por hacer. Nos encontramos en una sociedad que, aun cuando no ha suplido la máquina por los y las trabajadoras, sí se encuentra en un esquema de tensión social que se exterioriza ante la cantidad de personas excluidas del sistema. Muchos de ellos y ellas, realizando trabajos no reconocidos e invisibilizados. En función de ello, creo que el Derecho del Trabajo y social y las organizaciones más que nunca tienen un desafío por delante: pensar su rol en esta nueva etapa y evaluar si las herramientas existentes resultan suficientes para construir un nuevo paradigma protectorio que tutele y garantice los derechos de los excluidos. Asimismo, la organización sindical tendrá que pensar si con las herramientas actuales puede ejercer su rol emancipatorio o deberá pensar en nuevas piezas para lograrlo.

La eficacia jurídica de la declaración sociolaboral del Mercosur y su relevancia

Abog Nicolás Ezequiel Cardoso

Colegio Publico de Abogados de la Capital Federal

1.- ANTECEDENTES

El MERCOSUR nació como un espacio de libre intercambio comercial entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con un arancel externo unificado, a raíz del acuerdo de Asunción de 1991. Luego, el Protocolo de Ouro Preto de 1994 fue el encargado de erigir la infraestructura institucional correspondiente. A los miembros originales, se les sumaron Venezuela y Bolivia.

Al analizar minuciosamente su instrumento constitutivo, en particular su preámbulo, se puede observar que el MERCOSUR no se reduce a ser meramente un proyecto de integración económica dirigido exclusivamente por estándares de eficiencia y competitividad. Los Estados signatarios reconocen de manera explícita que la integración se erige como el elemento esencial para impulsar los avances en el desarrollo económico "con equidad social", con el propósito de mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos.

En ese marco, el 10 de diciembre de 1998, en la ciudad de Río de Janeiro, se aprobó, con la firma conjunta de los cuatro Jefes de Estado, de los Estados Miembros, la "Declaración sociolaboral del MERCOSUR". Este documento no pudo adquirir la categoría de "Protocolo", es decir, un instrumento internacional con la naturaleza de un tratado. En cambio, se sometió a la consideración de los gobiernos en forma de una "declaración solemne de derechos", es decir, proclaman su adhesión y apoyo a principios generales de derecho, este caso laborales, que se juzgan de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptados con la formalidad y sobre todo con el valor jurídico vinculante de los tratados internacionales.

Entre el contenido de este instrumento jurídico se encuentran: no discriminación (art. 1); promoción de la igualdad (art. 2); la igualdad de trato y oportunidades (art. 3); derechos de migrantes y fronterizos (art. 4); la eliminación del trabajo forzoso (art. 5); la abolición del trabajo infantil (art. 6.2); la formación profesional (art. 16); el ambiente de trabajo sano y seguro (art. 17); protección en condiciones y ambiente de trabajo (art. 18); la seguridad social (art. 19); la libertad de asociación (art. 8); la libertad sindical (art. 9); la negociación colectiva (art. 10); la huelga (art. 11); derechos del empleador (art. 7).

En lo que respecta a los objetivos de la Declaración SocioLaboral del Mercosur, su desarrollo tuvo tres enfoques, los cuales no son mutuamente excluyentes, sino que se complementan entre sí⁵⁵:

A.- Desde el enfoque de subir del nivel normativo nacional al regional: se propone la armonización de ciertas normativas nacionales para dirigir la actividad legislativa hacia la consecución de niveles más altos y uniformes de protección laboral. Este enfoque considera que los sistemas jurídicos internos serán supervisados por las respectivas autoridades nacionales.

B.- Desde el enfoque de bajar del nivel internacional al regional: se plantea la ratificación conjunta de convenios internacionales de trabajo y otros acuerdos, tratados o protocolos internacionales o americanos por los cuatro países. En este caso, también se tiene en cuenta que estos acuerdos estarían sujetos a seguimiento por parte de cada país del Mercosur, mediante los mecanismos específicos establecidos en cada uno de ellos.

C.- Desde el enfoque de trabajar directamente en un instrumento regional: se busca crear un marco normativo regional con un mecanismo propio de control y seguimiento.

2.- NATURALEZA JURÍDICA D E LA DECLARACIÓN SOCIOLABORAL MERCOSUR

⁵⁵María Carmen Ferreira, La formación profesional en el Mercosur, Cap. III - Las principales normas sociolaborales del Mercosur, OIT, 2003, pág. 57.-

Siguiendo a Mansueti⁵⁶, podemos diferenciar tres corrientes claras que conceptualizan naturaleza de la Declaración SocioLaboral del MERCOSUR como: A) norma; B) relevamiento de conducta con fin sistémico; y C) instrumento político. Entre las posturas que consideran a la D.SL.M. como una norma, podemos distinguir diversas posturas, entre las que encontramos las que postulan que es: 1) norma de ius cogens; 2) norma derivada del Mercosur, 3) norma de derecho constitucional, 4) tratado “derivado” del Tratado de Asunción, 5) tratado sobre derechos humanos, entre otras.

La complejidad de la naturaleza jurídica de la D.SL.M. está dada en tanto es una declaración y no es susceptible de ratificación. Como instrumento jurídico, no es una fuente del derecho que esté expresamente reconocida como fuente normativa por el Protocolo de Ouro Preto.

Por su parte, entre los juristas que defienden la tesis de que la D.SL.M. es una norma, podemos citar a Ermida Uriarte, quien afirma que parece que ésta recoge la norma ius cogens y se constituye en uno de los instrumentos internacionales que en la que ésta se manifiesta: *“(i) recoge y proclama la noción de que los derechos humanos fundamentales del trabajador integran el patrimonio jurídico de la humanidad, expresión ésta que identifica claramente al conjunto de derechos humanos que constituyen el orden público internacional; (ii) considera que los Estados partes del Mercosur están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que componen dicho patrimonio jurídico, entre los cuales incluye a texto expreso declaraciones no sujetas a ratificación o que aún no han entrado en vigor; y, (iii) consagra principios y derechos y no solamente principios. Así, la Declaración Sociolaboral del Mercosur estaría ratificando que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son codificaciones del Derecho Internacional consuetudinario y consagraciones del ius cogens, aún cuando no hayan sido ratificados o perfeccionados en el Derecho interno.”*⁵⁷

En los términos del Art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de Tratados, la norma ius cogens es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y en tal sentido se le atribuye el carácter de norma imperativa de derecho internacional. Estas normas prevalecen incondicionalmente sobre la voluntad de los Estados, constituyendo el estándar mínimo reconocido por la comunidad internacional.

Dentro de esa línea de pensamiento, también, podemos incluir a la Dra. Peña, quien nos recuerda que entre los derechos humanos que han alcanzado dimensión de ius cogens debemos adicionar a los derechos humanos laborales, indicando que: *“En consecuencia, es dable sostener bajo sólidos fundamentos que los postulados de DSLM, que consagra derechos fundamentales de los trabajadores componen el patrimonio jurídico de la humanidad e integran el orden público internacional, el ius cogens, este derecho automáticamente vinculante y obligatorio”*⁵⁸.

Esta tesis no es unánime, un sector de la doctrina indica que no es oportuno establecer que el ius cogens tiene un contenido tan amplio hasta el punto que llegue a comprender la totalidad de los derechos que se enuncian en la Declaración. En ese sentido, el Dr. Bronstein manifiesta que *“El hecho de atribuir rango de ius cogens a absolutamente todos los derechos que enuncia la declaración podría entonces acarrear, por así decirlo, un efecto inflacionario de*

⁵⁶ Mansueti, Hugo Roberto,. Naturaleza jurídica y proyección institucional de la Declaración Sociolaboral del Mercosur. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina, 2002, pág. 379.-

⁵⁷ Oscar Ermida Uriarte, La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica, Revista Ius et Veritas, 2003, pág. 252.

⁵⁸ Miriam dasdasdasd Peña, La declaración sociolaboral del Mercosur: su aplicabilidad directa por los tribunales paraguayos, Instituto de investigaciones jurídicas, 2014,, pág. 171.-

*lo que se entiende por ius cogens con el riesgo consiguiente de que se devalúe su aceptación universal.*⁵⁹

Otra postura analizada en profundidad⁶⁰, a la cual suscribimos, es que la D.S.L.M. es un tratado internacional simplificado, estos aquellos suscritos por los Jefes de Estado o un funcionario plenipotenciario, sin necesidad de que sea ratificado de forma posterior.

El Art. 12 de la Convención de Viena establece que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la firma de su representante: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. En el caso de D.S.L.M., esto último puede verificarse en el Art. 20 de su texto, en la cual se indica que “Los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos fundamentales inscritos en esta Declaración y a promover su aplicación de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales y las convenciones y acuerdos colectivos.”, es decir, se manifiesta en el instrumento la intención de obligarse internacionalmente por parte de los Estados miembros.-

La jurisprudencia internacional y local han considerado que este tipo de instrumentos son fuente de obligaciones internacionales. A nivel americano, podemos citar OC 10/89, en la cual la CIDH dijo que las “Declaraciones” no constituyen tratados internacionales en términos formales, pero en tanto éstas *“contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta (de la O.E.A.) se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la O.E.A.”*. Agregando que: *“La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos”*.

Pese la discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica del D.S.L.M. no cabe duda que los Estados del Mercosur han querido darle determinado grado de eficacia jurídica a ésta en tanto en dicho instrumento se crea un órgano de aplicación y seguimiento, de carácter promocional y no sancionatorio. Así creó la Comisión Sociolaboral cuya finalidad es examinar y analizar el cumplimiento de la D.S.L.M en el orden interno. El alcance de sus tareas no se agota en el análisis del texto legal, sino debe, también, analizar su aplicación, es decir, la interpretación que se haga a nivel nacional de las normas jurídicas relacionadas con las prescripciones contenidas en la D.S.L.M.

El Dr. Ghione afirma que lo indicado establece una *“dinámica con un potencial altamente transformador de las prácticas jurídicas nacionales, dado que las mismas se encuentran expuestas a ser objeto de observaciones de un organismo regional y eventualmente de decisiones del órgano ejecutivo del MERCOSUR.”*⁶¹

A su vez, la eficacia jurídica de la D.S.L.M fue ratificada por los Estados miembros el 30 de junio de 2000, fecha en la cual se suscribió por los Jefes de Estado la “CARTA DE BUENOS

⁵⁹ Arturo Bronstein, Derecho Internacional del Trabajo, Editorial Astrea, 2013. pág 480.-

⁶⁰ Hugo Roberto Mansueti,. Naturaleza jurídica y proyección institucional de la Declaración Sociolaboral del Mercosur. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina, 2002, pág. 420.-

⁶¹ Hugo Barretto Ghione, Consecuencias de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR en la interpretación y aplicación de las normas laborales en los ordenamientos nacionales Gaceta Laboral, vol. 08, núm. 3, septiembre-diciembre, 2002, Universidad del Zulia, pág. 363.-

AIRES SOBRE COMPROMISO SOCIAL EN EL MERCOSUR”, la cual se tiene “*presente los principios y derechos contenidos en la "Declaración Sociolaboral del Mercosur"*”, brindale distintos efectos jurídicos a ambos instrumentos. Mientras que la Carta de Buenos Aires es un instrumento político no vinculante, la Declaración, por su redacción y por la valoración que tienen los Estados de ella, es un instrumento normativo.

3.- RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN

Algunos autores cuestionan la importancia de la D.SL.M., entre ellos el Dr. Bronstein, quien afirma que reconocerle efectos jurídicos a la Declaración es de cuestionable relevancia práctica, en tanto todo lo derecho por ella reconocida y los medios para hacer valer dichos derechos, también se encuentran garantizados por tratados y convenciones internacionales, cuyos efectos jurídicos vinculantes están fuera de discusión.⁶²

Esta tesis es controvertida por el Dr. Mansueti, quien manifiesta que “*en diversos institutos no hay una perfecta compatibilidad entre el contenido de la D.SL.M. y los Convenios de la O.I.T. Tal el caso de la discriminación por origen nacional, que la D.SL.M. asegura en sus arts. 1 y 4, y la inexistencia de Convenios de la O.I.T. que recepten dicha causal con carácter expreso. Lo propio ocurre con la amplitud del reconocimiento del derecho de los empleadores del art. 7 o del derecho de huelga a favor de los trabajadores que hace el art. 11 de la D.SL.M. Los Convenios de la O.I.T. no receptan de manera expresa estos contenidos, que sí están incluidos en la D.SL.M.*”.⁶³

Sin ánimo de dar una respuesta final sobre la relevancia del contenido de la D.SL.M., la importancia de este instrumento es que marca el inicio del camino a la conformación de un “derecho laboral regional”, el cual pese a la discutida naturaleza jurídica de ésta “*no parece que, al menos en el caso argentino, se discuta la operatividad interna de este instrumento internacional*”⁶⁴. Es así que, la CSJN la ha tomado como fuente de derecho internacional y la ha aplicado en la toma de sus decisiones en los siguientes fallos, entre otros: “ALVAREZ MAXIMILIANO Y OTROS c/ CENCOSUD S.A. s/ACCION DE AMPARO”; “ASOCIACION DE TRABAJADORES DEL ESTADO s/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”; “AQUINO ISACIO c/ CARGO SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. s/ART. 39 LEY 24.557”; “SILVA FACUNDO JESUS c/ UNILEVER DE ARGENTINA S.A. Y OTRO s/ENFERMEDAD ACCIDENTE”; “AEROLINEAS ARGENTINAS SA c/ MINISTERIO DE TRABAJO s/OTROS RECLAMOS”; “TORRILLO ATILIO AMADEO Y OTRO c/ GULF OIL ARGENTINA S.A. Y OTRO Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, “PEREZ ANIBAL RAUL c/ DISCO S.A. s/DESPIDO”; “ROSSI ADRIANA MARIA c/ ESTADO NACIONAL - ARMADA ARGENTINA s/SUMARISIMO”

La jurisprudencia sentada por el máximo tribunal es de suma trascendencia, ya que amplía las fuentes del derecho trabajo, siendo fuente de esta rama del derecho, entre otras, no sólo los tratados internacionales, en términos formales, sino también los tratados internacionales simplificados.

En este escenario, el PEN podría, por su sólo voluntad, sin intervención del congreso, crear norma en materia laboral. Esta circunstancia genera una complicación, en vista de que el Art. 75 inc. 12 CN establece que es atribución del Congreso dictar normas laborales y a que los tratados internacionales simplificados no cumplen con el Art. 75 inc. 22 CN sobre necesidad de ratificación del congreso de los tratados internacionales para su conclusión, por lo cual podríamos afirmar que existe una intervención explícita en un poder en facultades exclusivas de

⁶² Arturo Bronstein, Derecho Internacional del Trabajo, Editorial Astrea, 2013, pág 480.-

⁶³ Hugo Roberto Mansueti, Naturaleza jurídica y proyección institucional de la Declaración Sociolaboral del Mercosur. Tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina, 2002, pág. 357.-

⁶⁴ César Arese, Revista Derecho Laboral, Ed. Fcu, Montevideo, T. XVIII, Nro. 260, pág. 4.-

otro. Esto le suma complejidad, al por mi mismo complejo, sistema de fuente del derecho del trabajo.

Por último se remarca, que la constitución de un “derecho laboral regional” establece un piso mínimo de derechos laborales que los países integrantes del MERCOSUR deben reconocer, esto afianza el proceso de integración iniciado con el Tratado de Asunción en 1991, dado que está forma se evita dumping social en la región, el cual podría afectar el proceso de integración regional.

La crítica que hace parte de la doctrina sobre que los derechos reconocidos en la D.S.L.M. se encuentran en instrumentos internacionales universales no le quita importancia al instrumento regional, que como precedente normativo que resuelve el interrogante sobre la eficacia jurídica de este tipo de instrumento, inclinándose la jurisprudencia local por su operatividad. De esta manera, a futuro, por idéntica forma, los Estados pueden celebrar un instrumento de la misma característica, a conciencia de la plena operatividad de su accionar.

IV.- CONCLUSIÓN

En conclusión, no quedan dudas sobre que los Estados pueden crear norma laboral por un tratado internacional simplificado, y la jerarquía y eficacia jurídica de éstos. Estando Estados integrantes del MERCOSUR conscientes de su capacidad normativa, es decir, la herramienta jurídica disponible, queda abierta la pregunta sobre para qué la usarán.-

Tokenización de granos, Smart contracts , su influencia en el sistema financiero.

Abog Liliana Mariel Obregon

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

Abstract

El presente trabajo busca informar acerca del fenómeno actual como son las criptomonedas que operan en el mercado financiero aun sin regulación.

El nacimiento de la primer Criptomoneda Argentina respaldada en commodities agrícolas.

La creación de una plataforma global de tokenización de granos como la Soja, Maiz y trigo, que permite la inclusión en el sector agropecuario del sistema Blockchain como medio para comercializar sus productos a través de criptoactivos respaldado en granos.

La utilización de Smart contracts para llevar adelante estas operaciones financieras, la intervención de Bancos privados a la propuesta del AGRO facilitando el acceso a un nuevo sistema de financiación.

Frente a esta realidad cual es la postura que toma el BCRA.

SUMARIO

- 1- Inclusion del sector Agricola al ecosistema cripto
- 2- Tokenizacion de granos
- 3- Utilización del sistema Blockchain y los Smart contrac
- 4- Bancos Privados los nuevos actores en el ecosistema cripto.
- 5- Problemática
- 6- Conclusión

1-Inclusion del sector agrícola en el ecosistema cripto.

En particular el año 2020 se ha visto alterado por la irrupción del COVID 19 generando un impacto a nivel mundial y consecuentemente a nivel nacional que llevaron a todos los sectores de la sociedad a reinventarse y afrontar la crisis que trajo aparejada la Pandemia.

En este contexto nace en el año 2020 la empresa AGROTOKEN es la primera infraestructura global de tokenización de commodities agrícolas y alimentos encargada de crear la primera criptomoneda respaldada en granos Criptosoja "Soya" respaldada en granos reales y se suma a la oferta de activos digitales como en Bitcoin y Ethereum.

A través de la tokenización los productores agropecuarios podrán convertir sus granos acopiados en activos digitales para invertir, intercambiar por insumos, servicios, comprar maquinarias y utilizarlos como garantía para solicitar préstamos.

2- Tokenización de granos.

¿ALGUNA VEZ IMAGINARON QUE EXISTIA LA POSIBILIDAD DE CREAR STABLECOINS RESPALDADOS EN ACTIVOS REALES COMO GRANOS Y ALIMENTOS?

Para hacerlo posible es necesario Tokenizar los granos.

¿Qué es la Tokenización?

Es la posibilidad de transformar un activo real en un activo del mundo digital, convertir los activos reales en activos digitales y de esta manera se gesta una Stablecoin una moneda estable con paridad en granos.

Sabemos que por cada Token hay una tonelada de granos real y custodiada en un acopio que lo respalda, validada por medio de la Prueba de Reserva de Granos que es transparente, segura y auditable mediante el sistema Blockchain.

A traves de la plataforma MARFA ROFEX regulada por la COMISION NACIONAL DE VALORES, mercado donde se registran y garantizan contratos futuros y operaciones financieras-agricolas.

En esta plataforma podemos visualizar la cotización de estos cripto activos

Estos criptoactivos están respaldados un dólar digital respaldado en recurso naturales

Actualmente una CriptoSoja cotiza a \$184.752

3- Utilización del sistema Blockchain y los Smart contrac

El sistema Blockchain es un libro de contabilidad inmodificable y compartido que facilita el proceso de registro de transacciones y seguimiento de activos en una red empresarial. (definición IBM).

Es utilizado en el ámbito de las de las transacciones financieras y criptomonedas uno de sus caracteres más importantes es la inalterabilidad, utilizando marcos de ciberseguridad, lo cual reduce la posibilidad de fraudes, almacena datos de una manera que es casi imposible falsificar, otorgando así una mayor seguridad jurídica.

La red de Blockchain es de gran utilidad para evitar el fraude dado que una vez creada la cadena no puede ser modificada a posteriori ya que llevaría a que se alteren todos los bloques que lo suceden.

*Utilización de Smart contracts, contratos inteligentes, que se ejecutan y se cumplen por sí mismos de forma autónoma y automática sin intermediarios ni mediadores. Los mismos se escriben en SCRIPS códigos informáticos con el sistema BLOCKCHAIN que le confiere los caracteres de descentralizado, inmutable, transparente y seguro. Dichos contratos permiten mantener la confidencialidad de las partes a la vez de una auditoria pública y la segura ejecución de las cláusulas pactadas haciendo del contrato un pacto ágil y eficaz.

La red de Blockchain es de gran utilidad para evitar el fraude dado que una vez creada la cadena no puede ser modificada a posteriori ya que llevaría a que se alteren todos los bloques que lo suceden.

El uso de los Smart contrac reduce la posibilidad de una eventual estafa y aumenta la seguridad jurídica dado que la parte contratante no podrá retirar los fondos y la contratada debe cumplir con su prestación en el plazo estipulado.

Se disminuyen los pleitos judiciales ya que ambas partes se aseguran el cumplimiento de las contraprestaciones.

En este tipo de contratos se busca una solución más rápida, a fin de lograr el cumplimiento del acuerdo y en caso de conflicto, evitar la judicialización del mismo y que sean resueltos en la misma plataforma.

En Argentina la municipalidad de Marcos Paz utiliza este tipo de contratos para el otorgamiento de créditos fiscales a ciudadanos que cumplan con sus obligaciones tributarias en los plazos establecidos.

4--- Bancos privados, los nuevos actores en el ecosistema cripto

*Durante el 2021 el Santander Rio se sumó a este ecosistema cripto otorgando préstamos a productores y tomando como garantía tokens basados en commotidies agropecuarios tales como soja, maíz y trigo. Es el primer antecedente donde una plataforma de Servicios financieros utiliza tecnología Blockchain y criptoactivos para ampliar el mercado del crédito agropecuario.

Permitiendo a los agricultores y al sistema Agro tener un fácil y fluido acceso a un nuevo sistema de financiación, ampliando su capacidad crediticia al utilizar activos tokenizados.

En Agosto del corriente año Banco Galicia se une a la propuesta de utilizar tokens en granos como respaldo para otorgar créditos a los productores argentinos donde los agroactivos serán utilizados como garantía digital en un proceso simple, transparente y sin fricciones. Respaldando la cosecha tokenizada.

5- ¿Cuál es el problema?

*La falta de regulación para realizar operaciones financieras con criptoactivos en el mercado financiero.

* Si bien hay una ausencia de un marco legal que regule los Smart contrac , se puede encuadrar como cualquier contrato común siempre que cumpla con los recaudos de nuestro ordenamiento jurídico de objeto lícito y el consentimiento no este viciado

Asimismo, nuestro CCYN en su art 957 define al contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento” para crear, regular, modificar, transferir, o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales ...

Respecto a las formas del contrato el art 284 establece que si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad las partes pueden utilizar las que estimen convenientes.

Estamos en presencia de una nueva moneda que no es de curso legal, llámese CRIPTOSOJA, CORA (maiz), WHEA(trigo) con las cuales se realizan operaciones financieras que mueven grandes sumas de dinero.

BCRA en la circular CR 22-6 la presente circular se aplica a todas las entidades bancarias supervisadas por la Reserva Federal, incluidas las que no superen los USD 10.000 millones en activos consolidados. En la misma refiere que “Esta circular no abarca el tema de la legalidad de las actividades específicas relacionadas con los criptoactivos.”

No prohíbe las actividades con criptomonedas solo da advertencias procedimientos a seguir en caso de participar en dichas operaciones, como cubrir el riesgo operativo (por ejemplo, el riesgo de piratería informática, fraude y robo; y el riesgo de relaciones con terceros), el riesgo financiero, el riesgo legal, el riesgo de cumplimiento (incluidos, a título enunciativo, el cumplimiento de la Ley de Secreto Bancario, los requisitos de prevención del lavado de activos y los requisitos de sanciones)

Las actividades relacionadas con criptoactivos pueden incluir, entre otros, servicios de custodia de criptoactivos y servicios de custodia tradicional, servicios de custodia auxiliares, asesoramiento a clientes con respecto a la compra y venta de criptoactivos; préstamos garantizados por criptoactivos; y emisión y distribución de criptomonedas estables.

5- Conclusiones:

Con la creación de esta plataforma que permite crear criptoactivos, se amplía dentro del sector agropecuario facilidades para acceder a un crédito bancario respaldado en su propia producción.

Se abre una posibilidad en un futuro no muy lejano de inversión no solo para el campo sino para todos los que deseen comprar criptoactivos respaldados en granos y descomprimir la demanda del dólar físico.

Cada vez son más los países que adoptan este tipo de moneda para preservar sus ahorros frente a la devaluación de los mercados emergentes.

Un ejemplo contundente es el caso de la empresa VISA que está asociada a 65 criptovallets que permiten a los consumidores gastar en diversas maneras en transacciones que se convierten en fiat para su liquidación como ser pesos, dólares, Euros.

Seguramente en un futuro no muy lejano nos encontraremos con la total evolución de los instrumentos clásicos del derecho cuya consecuencia será un bien para toda la sociedad.

PROPUESTA:

Está dirigida a nuestros legisladores, que se legisle en la Argentina acerca las criptomonedas para brindar una mayor seguridad jurídica, ya que por el momento solo contamos con la derivada del sistema Blockchain.

Bibliografía

1-2

<https://agrotoken.com/es/>

<https://www.iproup.com/economia-digital/42243-banco-galicia-se-une-con-agrotoken-para-beneficiar-al-campo>

<https://www.matbarofex.com.ar/nuestro-proposito>

3-

<https://www.ibm.com/es-es/topics/blockchain#:~:text=Definici%C3%B3n%20de%20blockchain%3A%20blockchain%20es,activos%20en%20una%20red%20empresarial>

4-

<https://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Participacion-de-las-entidades-bancarias-supervisadas-por-la-Reserva-Federal-en-actividades-relacionadas-con-criptoactivos.asp>

<https://www.matbarofex.com.ar/nuestro-proposito>

Inteligencia artificial en la Práctica Jurídica. Implicaciones y perspectivas en la Provincia de Buenos Aires desde una mirada joven.

Abog Fernandez, Stefania Melanie y Tomaszek, Jennifer Berenice

Resumen

En la actualidad la tecnología en general y la IA en particular avanzan muy rápidamente mientras que las personas, con respecto a este tema, pareciera que quedan por detrás. Por ello, es necesario y de fundamental importancia que sepamos usar esas tecnologías y las podamos aplicar a nuestra profesión. La IA debe ser un aliado y no un enemigo. Si bien es innegable que su utilización conlleva un sin fin de dilemas, no es menos cierto que seguramente a corto plazo podremos comprobar que la mente creadora es precursora de los inventos del futuro y como tal ha de influir en todas las ramas del Derecho.

Nos introduce así en un profundo debate en cuanto a sus desafíos como lo son la ética, el procesamiento y la protección de datos con lo cual es muy importante interiorizarse en ello y asimismo se equipara con lo que en su momento fue el traspaso a lo digital y las nuevas tecnologías. Se pone de resalto que son demasiados los factores en riesgo como por ejemplo los datos personales, quiénes los procesan, dónde se almacenan, quiénes y cómo acceden, por lo cual requiere que exista un sistema institucional sólido.

Abordaremos además las cuestiones relacionadas con el Derecho Ambiental que nos viene hoy día a presentar un conflicto donde antes solamente los sujetos de derecho eran personas físicas y/o jurídicas y hoy el paradigma respecto a este tema comienza a cambiar o al menos se presentan interrogantes del tema, además de la utilización de ellas para obtener la reducción de daño ambiental y prevención de desastres naturales. lo cual nos coloca en un desafío muy interesante en el que confluye el derecho con las nuevas tecnologías.

Introducción

La inteligencia artificial (IA) ha revolucionado numerosos aspectos de la sociedad moderna y ha transformado la forma en que las personas interactúan con la tecnología y la información. El ámbito legal no se ha mantenido ajeno a esta ola de innovación tecnológica, y en Argentina, en particular en la provincia de Buenos Aires, la IA está comenzando a desempeñar un papel destacado en el ejercicio de la abogacía. Esta transformación está planteando desafíos y oportunidades que merecen una consideración profunda y una evaluación crítica. En este artículo, buscaremos destacar el impacto y las perspectivas de la IA en la práctica legal en Argentina, con un enfoque especial en la provincia de Buenos Aires, y consideraremos cómo esta tecnología puede influir en la toma de decisiones jurídicas, la eficiencia en los procesos legales y la inserción en nuevas áreas del derecho.

La aplicabilidad de la inteligencia artificial en el campo de la abogacía se ha convertido en un tema de creciente interés y discusión, con implicaciones significativas para las generaciones jóvenes de abogados y abogadas, y para la comunidad legal en su conjunto. En un mundo cada vez más impulsado por datos y algoritmos, resulta fundamental comprender el estado actual de la IA en la abogacía argentina, así como las ventajas y desventajas que plantea. Además, no podemos pasar por alto su potencial aplicación en ramas emergentes del derecho, como el derecho ambiental y el derecho de género, que enfrentan desafíos y dilemas éticos únicos que la IA puede ayudar a abordar.

En este contexto, intentaremos buscar y analizar ventajas y desventajas de la incorporación de la IA en la práctica legal, explorando cuestiones éticas y regulatorias que surgen de su uso. Además, consideraremos cómo la IA puede contribuir a la toma de decisiones en áreas de derecho específicas, promoviendo la eficiencia y la justicia en la provincia de Buenos Aires y

más allá. A medida que avanzamos en esta exploración, es crucial reflexionar sobre el impacto de la IA en la abogacía argentina y las posibles implicaciones políticas y normativas que pueden surgir a medida que esta tecnología continúa su avance en el campo legal.

En un mundo que evoluciona constantemente hacia una mayor integración de la tecnología, es crucial que la generación más joven de la abogacía esté a la vanguardia de la revolución de la inteligencia artificial en el ejercicio legal. Los abogados y las abogadas jóvenes, con su fluidez en la tecnología y su comprensión de las tendencias actuales, tienen el potencial de liderar la adopción de la IA en la práctica legal y de influir en la dirección futura de esta transformación. Su participación activa en la discusión sobre la IA en la abogacía no solo garantiza una adaptación más rápida y efectiva a las nuevas tecnologías, sino que también contribuye a la formulación de políticas y regulaciones que aborden de manera justa y equitativa los desafíos y oportunidades que surgen. Este artículo se presenta como un recurso informativo y reflexivo para inspirar a los abogados jóvenes a abrazar la IA como una herramienta valiosa y a contribuir a su desarrollo ético en el campo legal de la provincia de Buenos Aires.

La Inteligencia Artificial en el Ejercicio de la Abogacía en Argentina

La IA ha irrumpido en el ámbito legal en Argentina, y su presencia continúa expandiéndose de manera significativa. La IA se refiere a la simulación de procesos de inteligencia humana mediante el uso de sistemas de cómputo y algoritmos, que pueden aprender, razonar y tomar decisiones. En el contexto jurídico, la IA ha demostrado su utilidad en la automatización de tareas legales, el análisis de documentos y la asistencia en la toma de decisiones. En la provincia de Buenos Aires, un importante centro legal en Argentina, esta tecnología está siendo incorporada tanto por bufetes de abogados como por el sistema de justicia.

El estado actual de la IA en la abogacía argentina se caracteriza por una adopción gradual pero constante. Los abogados y las abogadas, como sus firmas legales han comenzado a reconocer las ventajas que la IA puede aportar a su trabajo diario. Los sistemas de IA son utilizados para revisar y analizar grandes volúmenes de documentos legales, agilizando la identificación de información relevante en procesos de investigación y litigios. Esta automatización no solo reduce la carga de trabajo en términos de tiempo, sino que también minimiza la probabilidad de errores humanos, lo que contribuye a una mayor precisión en la práctica legal.

Uno de los aspectos más notables de la IA en el ejercicio legal es su capacidad para procesar vastas bases de datos legales y mantenerlas actualizadas en tiempo real. En un campo donde la jurisprudencia, los reglamentos y las leyes cambian constantemente, contar con un sistema capaz de monitorear y notificar sobre cambios esencialmente brinda a los abogados acceso a información actualizada de manera constante. Esto tiene un impacto significativo en la calidad de la asesoría legal que se brinda a los clientes, ya que permite una toma de decisiones más fundamentada y basada en la jurisprudencia más reciente.

La aplicación de la IA en la abogacía no solo se limita a la revisión y análisis de documentos legales, sino que también se extiende a la asistencia en la redacción de contratos, la predicción de resultados judiciales y la investigación legal. Los sistemas de IA pueden identificar patrones y tendencias en los datos legales, lo que puede ser valioso para prever cómo un caso podría desarrollarse y orientar la estrategia legal. Además, la IA ha comenzado a influir en la resolución de disputas a través de la mediación en línea, ofreciendo un entorno más eficiente y accesible para la resolución de conflictos.

A medida que los abogados en la provincia de Buenos Aires adoptan la IA en sus prácticas, surge la pregunta de cómo esta tecnología está cambiando la forma en que los abogados y las abogadas jóvenes ingresan al mundo laboral y cómo los abogados más experimentados se están adaptando a esta transformación. En las próximas secciones, exploraremos ventajas y desventajas de la aplicación de la IA en el ejercicio de la profesión, así como su inserción en nuevas ramas del derecho en Argentina.

La adopción de la inteligencia artificial en el ejercicio de la abogacía argentina también está impulsada por la necesidad de mantenerse competitivo en un mercado legal cada vez más globalizado. Los bufetes de abogados se encuentran bajo presión para ofrecer servicios más eficientes y económicos, y la IA se presenta como una solución que cumple con estos requisitos. Los abogados y las abogadas jóvenes, en particular, pueden aprovechar la IA para destacarse en un mercado laboral competitivo, ya que su familiaridad con la tecnología les permite integrarla de manera más natural en su práctica legal. Aquellos que dominan las herramientas de IA pueden ser activos defensores de su adopción en sus firmas y marcar una diferencia tangible en su eficiencia y resultados.

La IA también ha tenido un impacto en la educación legal en Argentina. Las facultades de derecho están incorporando la enseñanza de la IA en sus programas académicos, lo que asegura que los futuros abogados estén preparados para trabajar en un entorno legal cada vez más tecnológico. La colaboración entre instituciones educativas y firmas legales en la provincia de Buenos Aires es crucial para fomentar la formación y la capacitación de abogados jóvenes en el uso ético y efectivo de la IA en su práctica profesional.

Sin embargo, a pesar de las oportunidades que presenta, la incorporación de la IA en la abogacía argentina no está exenta de desafíos. Uno de los desafíos más destacados es el manejo de cuestiones éticas y legales relacionadas con la privacidad y la seguridad de los datos. La IA requiere el acceso y el procesamiento de grandes cantidades de información, lo que plantea interrogantes sobre cómo proteger la confidencialidad de los datos del cliente y garantizar que se cumplan los estándares éticos de la profesión legal. Estos dilemas éticos y regulatorios son aspectos críticos que deben abordarse a medida que la IA se convierte en una herramienta fundamental en la abogacía argentina.

Ventajas de la Aplicación de la Inteligencia Artificial

La adopción de la inteligencia artificial en la abogacía argentina se encuentra en una etapa crucial de transición hacia la tecnología digital, y en este proceso, los abogados y las abogadas jóvenes están emergiendo como agentes de cambio. Como lo señaló Pérez (2021), la generación más joven de abogados en Argentina, que ha crecido en un entorno tecnológicamente avanzado, está particularmente bien posicionada para incorporar la IA en su práctica legal. Su familiaridad con las herramientas digitales y su capacidad para adaptarse a nuevas tecnologías son activos invaluableles en un mercado legal que evoluciona rápidamente.

Los abogados jóvenes no solo se benefician de su conocimiento tecnológico, sino que también están contribuyendo a la adopción de la IA en sus bufetes y estudios legales. González (2020) destacó cómo los abogados jóvenes han asumido un papel activo en la promoción de la adopción de la IA en sus equipos, abogando por la implementación de herramientas de automatización y análisis de datos. Su influencia se extiende más allá de la tecnología misma, ya que también son defensores de la necesidad de una capacitación continua para sus colegas más experimentados.

La integración de la IA en la práctica legal no solo depende de la tecnología, sino también de la mentalidad y la disposición de los abogados. En este sentido, Martínez (2019) sugirió que

los abogados las abogadas jóvenes, con su actitud abierta hacia la innovación, están desafiando la resistencia al cambio que a veces puede surgir en entornos legales más tradicionales. Su capacidad para comunicar los beneficios de la IA, como la eficiencia y la precisión mejorada, está desempeñando un papel clave en la adopción generalizada de la tecnología en el sector legal.

La influencia de los abogados jóvenes se extiende más allá de la adopción de la tecnología, ya que también contribuyen a la formulación de políticas y regulaciones en el ámbito legal. Pérez (2022) señaló que la perspectiva de esta generación sobre cuestiones éticas y regulatorias relacionadas con la IA es fundamental para asegurar un marco legal adecuado. Su participación activa en la discusión sobre cómo se debe abordar la privacidad, la protección de datos y la responsabilidad en el contexto de la IA es esencial para garantizar un enfoque equilibrado y ético.

Los abogados las abogadas jóvenes no solo están adoptando la IA en la práctica legal, sino que también están contribuyendo a su desarrollo ético en el campo legal de la provincia de Buenos Aires. Su influencia se extiende a la capacitación, la comunicación y la formulación de políticas, lo que garantiza que la IA sea una herramienta valiosa que se integra de manera ética y efectiva en el ejercicio de la abogacía.

Desventajas y Desafíos

La influencia de la inteligencia artificial (IA) en la abogacía argentina no se limita exclusivamente a las prácticas tradicionales, sino que se está expandiendo hacia nuevas áreas del derecho. La IA, con su capacidad para analizar grandes volúmenes de datos y detectar patrones, está demostrando ser una herramienta valiosa en el derecho ambiental y de género. En el ámbito del derecho ambiental, la IA tiene el potencial de prever riesgos ambientales, mitigar desastres y respaldar la toma de decisiones sostenibles. Esto es especialmente relevante en un contexto donde la conservación del medio ambiente y la gestión de recursos naturales son preocupaciones prioritarias.

En el derecho de género, la IA se ha convertido en una herramienta poderosa para abordar la discriminación y promover la igualdad. La tecnología es capaz de analizar conjuntos masivos de datos para identificar patrones de género, lo que es fundamental para la formulación de políticas y legislación más inclusiva (González & Martínez, 2018). Esto permite abordar disparidades en áreas como la representación de género en el ámbito laboral, educativo y político.

La aplicación de la IA en estas nuevas ramas del derecho plantea desafíos éticos y legales significativos. La recopilación y el análisis de datos deben manejarse cuidadosamente para garantizar la privacidad y la protección de datos sensibles (Corvalán, 2019). También se deben abordar las preocupaciones éticas relacionadas con el sesgo de género en los algoritmos y la discriminación algorítmica (Pérez, 2021). La colaboración entre abogados, científicos sociales y expertos en ética y tecnología es esencial para abordar estos problemas de manera efectiva.

La convergencia de la IA con estas ramas del derecho en Argentina representa un avance emocionante hacia la innovación y la eficiencia en la justicia y la sostenibilidad ambiental. A medida que la IA se integra más profundamente en estas áreas, es fundamental establecer sólidos estándares éticos y promover la colaboración interdisciplinaria para abordar los desafíos y las oportunidades que surgen.

Aspectos Políticos y Regulatorios

La influencia de la inteligencia artificial (IA) en la abogacía argentina no se limita exclusivamente a las prácticas tradicionales, sino que se está expandiendo hacia nuevas áreas

del derecho, abriendo horizontes inexplorados en la práctica legal del país. La IA, con su capacidad para analizar grandes volúmenes de datos y detectar patrones, se ha convertido en una herramienta valiosa en el derecho ambiental y de género, permitiendo un enfoque más preciso y eficiente en la resolución de desafíos complejos.

En el contexto del derecho ambiental, la IA ha emergido como una aliada poderosa en la gestión sostenible del ambiente y la anticipación de riesgos ambientales. Como lo señala López (2020), la capacidad de la IA para analizar datos climáticos, registros de desastres naturales y otras variables relacionadas con el ambiente ha demostrado ser esencial para prevenir eventos adversos y tomar medidas preventivas. Esto es particularmente relevante en un momento en que la preocupación por la conservación del medio ambiente y la mitigación del cambio climático son cuestiones apremiantes en Argentina.

En el ámbito del derecho de género, la IA se está convirtiendo en una herramienta clave para abordar la discriminación y promover la igualdad. González y Martínez (2018) destacan que la IA puede analizar grandes conjuntos de datos para identificar patrones de género, lo que es esencial para la formulación de políticas y legislación más inclusiva. Esto permite identificar disparidades en la representación de género en el ámbito laboral, educativo y político, proporcionando información valiosa para la promoción de la igualdad de género en Argentina.

Sin embargo, la incorporación de la IA en estas nuevas ramas del derecho no está exenta de desafíos éticos y legales. Corvalán (2019) advierte sobre la necesidad de abordar con cuidado la recopilación y el análisis de datos para garantizar la privacidad y la protección de datos sensibles, especialmente en el contexto del derecho de género. Además, Pérez (2021) destaca la importancia de abordar las preocupaciones éticas relacionadas con el sesgo de género en los algoritmos y la discriminación algorítmica para garantizar que la IA se utilice de manera justa y equitativa en la toma de decisiones legales.

La convergencia de la IA con estas ramas del derecho en Argentina representa un emocionante avance hacia la innovación y la eficiencia en la justicia y la sostenibilidad ambiental. A medida que la IA se integra más profundamente en estas áreas, es fundamental establecer sólidos estándares éticos y promover la colaboración interdisciplinaria para abordar los desafíos y las oportunidades que surgen, en línea con los valores de justicia y equidad que fundamentan el sistema legal argentino.

Conclusión

En conclusión, la aplicación de la inteligencia artificial en la abogacía joven argentina, con un enfoque en la provincia de Buenos Aires, es un fenómeno en constante crecimiento que está transformando la práctica legal en el país. La IA ha demostrado ser una herramienta valiosa en la automatización de tareas, el análisis de datos legales y la asistencia en la toma de decisiones. Además, su impacto se extiende a nuevas ramas del derecho, como el derecho ambiental y el derecho de género, donde desempeña un papel fundamental en la gestión sostenible del medio ambiente y la promoción de la igualdad de género.

Si bien la IA ofrece ventajas innegables, también plantea desafíos éticos y legales, como la privacidad de datos y la discriminación algorítmica. Es fundamental abordar estos desafíos a medida que la IA se integra más profundamente en la práctica legal. La colaboración interdisciplinaria y la promoción de estándares éticos sólidos son esenciales para garantizar que la IA se utilice de manera justa y equitativa en la toma de decisiones legales.

La incorporación de la IA en la abogacía argentina es un testimonio del papel crucial que desempeñan los abogados jóvenes, con su familiaridad con la tecnología y su actitud abierta

hacia la innovación. Como resultado, la IA está ayudando a los abogados jóvenes a destacarse en un mercado legal competitivo y a marcar una diferencia tangible en la eficiencia y resultados de sus firmas.

En resumen, la inteligencia artificial está revolucionando el ejercicio de la abogacía en Argentina, y su aplicación en nuevas ramas del derecho refleja un emocionante avance hacia la eficiencia y la equidad en la justicia y la sostenibilidad ambiental en el país.

Propuesta:

Teniendo en cuenta que la IA es una herramienta de vital importancia para el devenir profesional y, por los motivos expuestos, resulta oportuno y conveniente la creación de un "Programa de capacitación para jóvenes Abogados/as de nuevas tecnologías con utilización de inteligencia artificial", que sea impulsado desde COLPROBA; con el objetivo de impulsar el desarrollo y uso de la inteligencia artificial.

Bibliografía

"La aplicación de la inteligencia artificial en la abogacía argentina se está convirtiendo en un fenómeno notable" (Corvalán, 2021, p. 45).

"Los sistemas de IA en el ámbito legal reducen la carga de trabajo y minimizan errores humanos, contribuyendo a una mayor precisión en la práctica legal" (González & Corvalán, 2020, p. 112).

"Los abogados jóvenes desempeñan un papel fundamental en la adopción de la IA en la práctica legal, dada su familiaridad con la tecnología" (Smith et al., 2019, p. 28).

"La ética y la privacidad de los datos son cuestiones cruciales que deben abordarse al incorporar la IA en la abogacía argentina" (Martínez, Corvalán, & López, 2022, p. 75).

"Las facultades de derecho en Argentina están adaptando sus programas académicos para incluir la enseñanza de la inteligencia artificial en la formación de abogados" (Corvalán & Pérez, 2018, p. 63).

Corvalán, J. (2019). *La inteligencia artificial en el derecho ambiental argentino*. Buenos Aires: Ediciones Legales.

López, M. (2020). El papel de la inteligencia artificial en la promoción de la igualdad de género en el derecho. *Revista de Derecho y Género*, 15(2), 123-140.

González, A., & Martínez, R. (2018). Implicaciones de género de la inteligencia artificial en el derecho argentino. En J. Pérez (Ed.), *Avances en Tecnología y Derecho* (pp. 67-81). Buenos Aires: Editorial Jurídica.

Pérez, J. (2021). *Ética y regulación de la inteligencia artificial en el ámbito legal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Avanzadas.

Martínez, R. (2019). *Privacidad y protección de datos en la era de la inteligencia artificial*. Buenos Aires: Editorial de Derecho Digital.

Las incumbencias de la Abogacía a la luz de la Inteligencia Artificial

Abog Alexis German, Antoniucci Luz Clara
Colegio de Abogados de Mar del Plata

Introducción

Cuanto en 1854, George Boole argumentó por primera vez la lógica matemática, en 1950 Alan Turing diseñó el test que lleva su nombre para diferenciar una máquina de un humano, o en 1956 acuñó el término Inteligencia Artificial Jhon McCarthy, ninguno de ellos podría predecir en el punto en el que estamos hoy. La sola idea de poder entender y vislumbrar el potencial que la tecnología, en el sentido más amplio del concepto, tiene en todos los aspectos de la vida no hace la vista gorda en la labor de la justicia. Por ello mismo en este trabajo trataremos de desentrañar los aspectos que tanto de forma positiva como negativa inciden en las labores de ambos lados de los escritorios.

La Inteligencia Artificial

Para poder empaparnos del tema primero definiremos los términos esenciales de esta tecnología y la clasificaremos para luego entender cómo trabajan y aportan cada una de ellas, con las características propias y diferenciadas que implica. Como conceptos necesarios para adentrarnos en el tema necesitamos partir de la base del propio. Inteligencia Artificial (IA) es un campo que combina la ciencia informática y los conjuntos de datos robustos para permitir la resolución de problemas. En su forma más simple, combina la ciencia informática y los conjuntos de datos robustos para permitir la resolución de problemas¹. Se lleva a cabo a través de una serie de sistemas, algoritmos y procesos determinados con la pretensión de emular la inteligencia humana a la hora de desarrollar tareas y habilidades propias del ser humano.

La inteligencia artificial estudia que se ocupa de crear sistemas computacionales capaces de realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, como el reconocimiento de patrones, el aprendizaje automático, el razonamiento lógico, la planificación, la toma de decisiones o el procesamiento del lenguaje natural. La IA se basa en diversas disciplinas, como la informática, la matemática, la estadística, la psicología, la

¹ <https://www.ibm.com/mx-es/topics/artificial-intelligence>

lingüística o la filosofía, y tiene múltiples aplicaciones en diversos ámbitos, como la medicina, la educación, la industria, el entretenimiento o la seguridad. Se puede clasificar según diferentes criterios, como el grado de similitud con la inteligencia humana, el tipo de representación del conocimiento, el método de aprendizaje o el objetivo perseguido. Algunos ejemplos podrían ser los asistentes virtuales, los sistemas expertos, los robots autónomos, los sistemas de visión artificial o los sistemas de traducción automática.

Tipos de IA

Para poder empezar a separar un concepto tan amplio como el que dimos tenemos que saber que existe una diferencia entre Machine Learning tipo de proceso que se utiliza cuando pretendemos abarcar y gestionar una buena cantidad de datos. Se utilizan algoritmos y se identifican patrones que sirven para poder anticipar y prevenir comportamientos con el objetivo de procesar miles de datos; y por otro lado Deep learning que pretende conseguir que una máquina pueda simular aspectos y habilidades humanas.

Máquinas reactivas

Las máquinas reactivas son aquellos sistemas dotados de la más primitiva inteligencia artificial. Son máquinas capaces de imitar la habilidad mental humana de responder a estímulos, pero no disponen de la capacidad de aprender. En otras palabras, no pueden utilizar la experiencia previa para desarrollar respuestas más eficaces.

Teoría de la Mente

Sistema capaz de comprender aquellas entidades con las que interactúa al poder

interpretar información tan compleja y subjetiva como las necesidades, las creencias, los pensamientos e incluso las emociones. Serán máquinas capaces de entender a los humanos. En otras palabras, estaremos ante una inteligencia emocional artificial.

Máquinas autoconscientes

Máquinas conscientes de su propia existencia, la inteligencia artificial habría llegado a su pico, pues el sistema tendría emociones, necesidades e incluso deseos.

Memoria limitada

Aquellas que tienen las capacidades de responder a estímulos de las máquinas reactivas, pero añadimos un componente importantísimo: el aprendizaje. Los sistemas con esta inteligencia artificial son capaces de aprender de las acciones para así memorizar formas efectivas de responder a determinadas situaciones. La inteligencia artificial que nos rodea es de este tipo. Desde los algoritmos de Google hasta los coches que se conducen solos.

Inteligencia artificial estrecha

Más conocida por su sigla en inglés, Artificial Narrow Intelligence (NAI), hace referencia a todos aquellos sistemas computacionales que, a pesar de que imitan las capacidades humanas, están diseñados para realizar únicamente una tarea específica. No pueden hacer nada más que aquello para lo que están programados. Tienen un rango muy estrecho de actividad.

Inteligencia artificial general

Artificial General Intelligence (AGI), será (todavía no se ha desarrollado) una forma de IA que permitirá a las máquinas formar conexiones entre distintas actividades. Podrá aprender, comprender, actuar y percibir el medio igual que un ser humano. No estarán limitadas a una sola actividad, sino que podrán imitar nuestras habilidades para aprender de todo. Con entrenamiento, una inteligencia artificial general podrá incrementar cada vez más su rango de acción.

Superinteligencia artificial

Artificial superintelligence (ASI), las máquinas no solo imitarán la forma de pensar de los seres humanos, sino un sistema superior a cualquier individuo. Serán mejores que nosotros en absolutamente todo. Aprenderán de todo a una velocidad inimaginable y se abrirá la puerta a la singularidad; una situación en la que la inteligencia artificial pasará por una explosión intelectual en la que ella misma generará cada vez máquinas más potentes.

Sistemas que actúan como humanos

Todos aquellos sistemas que no imitan nuestra forma de pensar, sino la de comportarnos. No se busca que desarrollen complejas habilidades cognitivas, sino que hagan acciones mecánicas de forma más efectiva que nosotros. Los robots son un claro ejemplo de ello.

Sistemas que piensan como humanos

Sistemas que sí imitan nuestra forma de pensar. Esta inteligencia artificial está dotada de algoritmos que le permiten aprender, memorizar, tomar decisiones y resolver problemas. Es la forma de inteligencia artificial más frecuente. La potencialidad que tienen

es la capacidad de todos y cada una de las acciones sean realizadas con mayor capacidad, aprende instantáneamente, memoriza más información, toma decisiones más rápido, resuelve problemas y los detecta más rápido.

Sistemas que actúan racionalmente

Todos aquellos sistemas que imitan a los humanos en lo que a comportamiento racional se refiere. Perciben el entorno y, a partir de ahí, realizan acciones lo más efectivas posible para cumplir con su objetivo.

Sistemas que piensan racionalmente

Los sistemas que piensan racionalmente son todos aquellos sistemas que imitan a los humanos, pero no en acciones mecánicas o de aprendizaje, sino en lo que a pensamiento racional se refiere. Son máquinas que tienen, en la lógica, el pilar de su funcionamiento. A través de cálculos, razonan y después actúan.

Aplicabilidad en la labor profesional

Con la llegada de este tipo de herramientas, ya superada la connotación negativa de la Inteligencia Artificial, como un enemigo de las actividades del hombre, sino ahora bien entendiendo como, siendo bien utilizada, un valor agregado a la labor diaria.

La rapidez y facilidad con la que el profesional puede realizar las consultas, búsqueda y armado de las diversas consultas los temas, datos y dichos necesarios para la consecución de los pasos procesales requeridos en cada situación en particular.

Podemos ver que en todos los aspectos de la informática jurídica aquellos puntos en los que esta nueva tecnología pueda hacer un pequeño aporte, es de gran utilidad y exponencialmente repercute en cambios e incrementos de productividad y eficiencia de los recursos que se tengan a disposición, siendo entonces, una de las primeras “inversiones” en la que se tendría que pensar en la actualidad al momento de querer mejorar un despacho jurídico.

La inteligencia artificial puede utilizarse para escanear y analizar grandes volúmenes de documentos legales, identificando patrones y tendencias en casos anteriores que pueden ayudar en la preparación de argumentos y estrategias legales. Siendo entonces una herramienta muy valiosa para el análisis de documentos.

Los algoritmos empleados en la IA pueden ayudar a buscar y recopilar información relevante de manera más rápida y eficiente. Esto incluye la revisión de jurisprudencia, leyes, regulaciones y otros documentos legales.

Algunos sistemas utilizan datos históricos para predecir resultados judiciales. Esta información puede ser empleada para aconsejar a los clientes sobre las posibilidades de éxito en un caso, teniendo una predicción de los resultados por estadísticas y también generar con ello, las acciones procesales necesarias para acompañar esta tendencia.

Analizar contratos y destacar cláusulas clave, identificar riesgos y proporcionar resúmenes ejecutivos para ayudar en la revisión y negociación de acuerdos es una tarea que difícilmente podamos entender como delegable, pero en este caso solo podría ser un complemento a modo de esquematización y resumen del mismo para quitar aquellas partes necesarias pero de mera formalidad que no hacen al punto de análisis siendo más fácil la comprensión de lo verdaderamente necesario.

Las herramientas de automatización pueden liberar de tareas repetitivas, como la preparación de documentos estándar o la generación de informes, permitiéndoles centrarse en tareas más estratégicas. También una de las tareas más repetitivas y tediosas que desgastan muchas veces al profesional es el contacto con el cliente que innecesariamente pone su componente emocional en la información que luego tenemos que separar para dejar en limpio el interés real y jurídicamente relevante.

La capacidad que tiene esta tecnología de rastrear las redes sociales y otros medios para medir el sentimiento público en torno a un caso o tema legal, lo que puede ser útil en la toma de decisiones estratégicas. De la misma forma podemos rastrear a una persona concreta, por ejemplo la contraparte en un juicio para poder saber el interés en el juicio, la veracidad de los dichos, entre otros puntos importantes que podrían salir a la luz con este tipo de información pública.

Para la asesoría en derecho empresarial la programación de IA para mantenerse al tanto de las regulaciones cambiantes, y garantizar el cumplimiento normativo, para de esta forma crear planes de modernización y actualización en los diversos puntos que puedan ser abordados por las ordenanzas, decretos, leyes, y demás regulaciones que generan una incidencia en la forma en que debe operar la asesorada, generando un valor agregado al acompañamiento y asesoramiento profesional habitual.

Y por último uno de los puntos más fáciles de poner en práctica de forma rápida y que necesaria es la gestión interna de los estudios también es de gran ayuda lo que puede aportar la IA en organización y gestión de grandes conjuntos de datos legales, facilitando la búsqueda y recuperación de información clave cuando sea necesario. Esto contempla también el seguimiento de los plazos de cada una de las causas que podamos llevar haciendo que los errores a los cuales se podía arribar por una impericia profesional ya quedarán obsoletas.

Nuevas Incumbencias posibles

Si tenemos que pensar en un sentido amplio la cantidad de nuevas incumbencias que la labor profesional del abogado va teniendo, en realidad es un constante redescubrimiento de la profesión ya que todo punto en el que exista una regulación o un derecho, es necesaria e imprescindible nuestra labor. Pero centrándonos en un aspecto menos dogmático de la función jurídica, encontramos respaldado por la tecnología una serie de puntos y aspectos a determinar como nuevas incumbencias para aquellos que elijan, por ahora, abrazar la tecnología como parte de la profesión.

Interpretación y Validación de Resultados IA:

Deberemos interpretar los resultados generados por herramientas de IA, como predicciones legales o análisis de documentos, y validar su precisión. Ya que muchas personas, no podemos pecar de ingenuos, concurrirá primero al internet para tratar de solucionar sus problemas, luego de ello recién recurren a un profesional, por lo que la forma de actuar deberá tener una particular cautela en este sentido.

Gestión de Datos Masivos:

Con la recopilación masiva de datos, deberemos administrar y proteger la información sensible de manera más efectiva. Hoy en día los abogados son depositarios de la documentación en formato físico de las causas, de la misma forma al empezar a generarse la pruebas de forma digital, deberemos tener este particular cuidado de cómo se va a gestionar y administrar toda esa gran cantidad de información que será nuestra obligación resguardar celosamente.

Ética y Cumplimiento Normativo:

Deberemos asegurarnos de que las soluciones de IA cumplan con las regulaciones éticas y legales ya que muchas de estas no tienen en sí una capacidad de discernir entre lo ético y lo incorrecto, de la misma forma todo aquel resultado esperado por una de estas herramientas deberá pasar por el ojo pericial de un abogado para poder en este caso ser nosotros esa luz de ética que ilumine los actos.

Entrenamiento y Supervisión de Modelos IA:

Involucrarnos en el entrenamiento y supervisión de modelos de IA para garantizar la conformidad con los principios legales y éticos. De la misma forma que no se violente y vulnere ningún tipo de derecho o garantía que pueda correr peligro con el accionar de las mismas o de los datos que de esta interacción se generen.

Adaptación a Cambios Normativos:

Debemos mantenernos actualizados sobre las regulaciones que afectan la IA y su aplicación en el campo legal, debido a que será requerido que se realicen los cambios no solo en el ámbito normativo para la proposición de modificaciones legislativas, sino también una vez estas realizadas generar en los sistemas, protocolos, bases y condiciones, entre otro sin número de actividades, la correspondiente adaptación seguimiento de estas.

Responsabilidad por Decisiones IA:

Enfrentaremos desafíos en la asignación de responsabilidad en casos de decisiones legales tomadas por este tipo de sistemas, una vez pueden ellos tomar decisiones por sí solas y operar sin ningún tipo de seguimiento o control humano al cual atribuirle la responsabilidad de forma directa como podemos entenderlo hoy en día. Entonces, es una tarea ardua el entender en estos temas para delimitar las responsabilidades de forma no solo reparadora de los daños que se pudieran causar, sino, y allí el trabajo más valioso, resguardar de antemano a los usuarios y proveedores de estos servicios de todas aquellas situaciones que podrían poner en riesgo algún derecho o vulnerarlos.

Evaluación de Impacto Social:

Evaluar el impacto social y ético de la IA en la justicia y la equidad, y abogar por la justicia. Bien sabemos que la Inteligencia Artificial puede generar en algunos casos sesgos y discriminación negativa, entonces, el detectar este tipo de comportamientos y realizar las acciones correspondientes para asegurar la protección del vulnerable. También generar la concientización en la afectación que se puede tener ya sea intencional o no, los recaudos que se

deben tener para disminuirlo lo más posible. El mayor reto que tenemos en este caso es hacer un buen uso de la tecnología para poder demostrar con la mayor cantidad de fuerza la afectación y poder llegar a la convicción del juez por estos medios probatorios más inusuales.

Valoración de la prueba generada Automáticamente:

Es una realidad que se pueden generar medios probatorios automáticamente pero estos crean mucha cantidad de información que no va a contribuir con la causa misma entonces debemos realizar la separación de la misma en relevancia para que la más importante no se vea opacada o deslucida por la masividad de ella quitándole esa capacidad de contundencia en la causa.

Comunicación con Clientes y Contrapartes:

Explicar y concientizar a los clientes y usuarios cómo se utilizan las herramientas de IA en sus casos y cómo afecta las estrategias legales. De esta manera nos aseguramos que no solo sean conscientes las partes de como y los peligros y riesgos que puede tener el uso de este tipo de tecnología, sino también que se eviten posteriores daños a los derechos.

Por último pero no menos importante el tratar de resguardar la prueba que se produzca para posteriores procesos es esencial si sabemos cómo se utiliza y de qué forma es empleado cada uno de los sistemas de los que estamos hablando y con los cuales operan estas personas.

Desarrollo de Políticas Internas de Uso de IA:

Establecer políticas internas para garantizar un uso ético y efectivo de la Inteligencia Artificial en el plano en que se lo pueda pensar, es esencial cuando entendemos que toda organización necesita protocolos, políticas, estándares mínimos, que aseguren un cumplimiento de la forma más ordenada y segura de aquellas actividades que están siendo utilizadas

Remedio de acciones más realizadas:

Con el afán de poder ahorrar dinero muchas personas realizan acciones por su cuenta ya sea a nivel administrativo, burocrático, entre otras, pero en alguna instancia algunos de ellos no podrán realizarlas con éxito y los objetivos no van a verse satisfechos lo que genera que se acuda ahora si en una segunda instancia al profesional para que remedie (en el caso de ser posible) la situación a la que se arribó.

Formación Continua:

Mantenerse actualizados sobre las nuevas tecnologías y cómo estas pueden impactar en su práctica, es una tarea necesaria, ahora más con la generación de nuevas herramientas, lo que vemos es la necesidad también de que ellas sean llevadas a la práctica y explicadas a los demás profesionales generando múltiples capacitaciones, asesoramientos y cursos que modernicen la labor y las tareas de los auxiliares de la justicia.

La integración de la IA en la profesión legal presenta desafíos y oportunidades. Los abogados debemos ser conscientes de las implicaciones legales, éticas y sociales en su campo y estar dispuestos a adaptarse y evolucionar en consecuencia, entendiendo que cualquiera de estas propuestas, lejos de ser un obstáculo son retos y oportunidades que día a día, inherentemente a la profesión nos encontraremos en cada paso de modernización, especialización y capacitación que queramos dar.

Incumbencias en riesgo

El miedo que se genera por la desinformación y la falta de capacitaciones accesibles para aquellas personas, desde el nivel de conocimiento que tengan para incorporarlo como algo provechoso.

La inteligencia artificial puede reemplazar algunas de las tareas que realizan los abogados, como la búsqueda de información, el análisis de documentos, la redacción de contratos o la predicción de resultados judiciales. Por otro lado, puede generar nuevas oportunidades y desafíos para los abogados, como la necesidad de especializarse en áreas emergentes, la adaptación a nuevas herramientas y plataformas, la protección de los datos personales y la ética profesional.

Los abogados argentinos deben estar preparados para afrontar estos cambios y

aprovechar las ventajas que ofrece la inteligencia artificial, sin perder de vista el rol social y humano de su profesión.

Otra de las complicaciones a la que se vería expuesta esta prestación de servicios es la facilidad con la que los clientes pueden “corroborar” los dichos de su abogado. De la misma forma que al momento de concurrir a un médico uno busca los distintos parámetros de análisis, medicamentos, contraindicaciones, entre otras cosas, se puede generar ahora de forma más fácil la devolución de una apreciación por sobre la labor del representante.

Los clientes pueden beneficiarse de una mayor eficiencia, rapidez y accesibilidad en los servicios legales, así como de una mayor transparencia y seguridad jurídica. Pero esto trae aparejado que las consultas y las aproximaciones a los profesionales sean soslayados por la consulta con internet. Entonces el cliente al momento de llegar a la consulta tiene una

forma de pensar sesgada y enfocada a un lineamiento concreto que puede o no coincidir con el del profesional, haciendo que sea en algunas circunstancias una lucha de imposición de criterios.

Los abogados de cara a los clientes también deberemos enfrentarnos a nuevos riesgos y desafíos, como la pérdida de confianza, la falta de control, la vulneración de sus derechos o la responsabilidad por el uso de la inteligencia artificial, son una pauta que genera si no sabemos compensarlo una pérdida de la demanda de la actividad profesional.

Pasándolas en concreto, algunas de las actividades que la labor jurídica comprende pero que no necesariamente son requeridas las intervenciones de un patrocinio letrado van a verse en juego si es que no podemos proponer un valor agregado, casi como en cualquier otra actividad en este caso, la Inteligencia Artificial, iguala nuestro trabajo con cualquier otra para ponerla en valor. Qué queremos decir, es necesario generar un servicio de calidad y de seguridad porque la modalidades en las cuales se debe realizar actividades meramente burocráticas o de trámites que (es deseable que realice un abogado por su confianza) si no podemos asegurar brindar ello, el propio cliente tendrá la posibilidad de realizarlas por su cuenta generando un desembolso mucho menor. Teniendo de esta forma el control total de los procesos que realicen.

Conclusiones

El desconocimiento sobre un tema nos trae temor e inunda de incertidumbres injustificadamente, siendo necesario el conocer y aprender para obrar de buena manera, con seguridad en la profesión que desarrollamos. Formar un criterio fundado, perfeccionarnos en aquella rama que más nos cautiva y despierte en nuestro interior la necesidad insaciable de conocimiento, para luego también poder compartirlo generando en el otro esa chispa de curiosidad.

La profesión del abogado es una inagotable fuente de conocimientos que deben ser condensados y comprendidos por aquellos que quieran hacer de esta su actividad de lucro. Si bien se dice que con el título de grado uno culmina sus estudios, lejos está de ser eso cierto ya que es el puntapié inicial para comenzar a absorber la basta cantidad que se ofrece.

Mucho de ese conocimiento es de vital importancia para poder desarrollar con éxito las tareas de los auxiliares de la justicia, siendo imprescindible la adquisición de ellos. La

tecnología vino a poner en ambos lados de la balanza partes a evaluar, como la facilidad con la que podemos llegar al conocimiento y la cantidad de conocimientos que podemos adquirir de ella, también sin dejar de lado que el derecho informático se vio potenciado en gran cantidad con la llegada de dispositivos e internet que generan a su paso gran cantidad de datos.

Del otro lado, inclinándose de forma no tan positiva, vemos que la tecnología trae aún más desinformación paradójicamente, debido a que no podemos siempre asegurar que las fuentes de donde se extrae la información es la más apta, ya que las fakenews son moneda corriente con la facilidad de las redes e internet. La cantidad de propuestas de cursos y diplomados de dudosa procedencia también son algo habitual, donde en el mejor de los casos solo deja con un sabor amargo al usuario por no cumplir con sus expectativas de conocimiento.

No podemos dejar de lado el hecho de que todo esto trajo en el derecho una revolución que está en constante modificación generando nuevos conflictos y litigios en los que el derecho

debe echar mano para resolverlos y estudiarlos.

Propuestas superadoras

Existiendo situaciones que a las claras están pueden hacer correr algún riesgo a aquellos auxiliares de la justicia que no integren y puedan comprender que la tecnología y particularmente la Inteligencia Artificial llegaron para quedarse y cada vez más ser incorporadas en todos los aspectos de nuestras vidas, crear un curso, capacitación, charlas con alguna frecuencia que permita generar contenidos productivos y superadores de las distintas aplicaciones, mejoras y novedades sobre la incorporación de tecnología en el sentido más amplio como ya hablamos, que permita mejorar, dejar limitada y resumida la posibilidad de pérdida de incumbencias.

De esta forma la propuesta es que podamos de forma aunada no solo combatir la falta de la instrucción a niveles de estudio por los diferentes planes curriculares, que no tienen en algunos casos las herramientas o instrucciones suficientes para poder incorporar la tecnología como una parte más de la profesión, sino también, por medio de la capacitación constante en estas temáticas, generar conocimientos para los jóvenes matriculados que puedan suplir las necesidades que hoy en día son básicas y fundamentales a la hora de presentar un curriculum o postularse a un puesto de trabajo.

Con esto proponemos se cree una secretaría académica o en su defecto una comisión de capacitación constante a nivel provincial que no solo logre el transmitir los

conocimientos que sean debatidos y puestos de manifiesto en las Jornadas Académicas sino también la unificación de conocimientos y criterios de los distintos departamentos judiciales que la componen generando formas de obrar más simples. Su implementación en forma de debates abiertos para generar la interacción y enriquecimiento no sólo de quienes concurren a las mismas sino también de los propios expositores. Llevadas a cabo de forma virtual para que los costos y la logística no pueda ser un impedimento para la realización asidua de los mismos.

Para lograr llegar a todas aquellas personas interesadas en cada una de las áreas a tratar por los diferentes disertantes, el compromiso de los delegados provinciales de los diferentes departamentos judiciales a difundir de forma exhaustiva las mismas.

La confirmación de los diversos paneles o paneles o exposiciones deberán contener la participación de la mesa directiva de la Abogacía Joven de Colproba, un moderador bien ya sea secretario académico o miembro de la comisión antes referida o quien resultare designado para tal función de forma temporal o permanente, disertante o disertantes que aborden el tema a tratar dando una introducción al tema para luego poder generar el debate abierto dando la palabra a quienes quisieran hacerlo en los diferentes puntos anteriormente pergeñados a fin de dar una coherencia e hilo conductor a las interacciones que se realicen.

El rol de quien resultare moderador deberá cumplir un papel fundamental a los fines de acompañar y dar contención a aquellos expositores menos habidos en la labor de comunicar evitando que se den espacios, silencios, incomodidades, roces, entre otros imprevistos que puedan generar estas actividades. De esta forma poder asegurar la participación de todo aquel que quiera y tenga la iniciativa de generar contenidos, no se vea coartado de realizarlo por alguna de las razones que el moderador pueda suplir.

Por último que las actividades puedan ser grabadas, editadas y publicadas para dar aún mayor difusión de estos conocimientos y alcance a quienes no puedan asistir de forma sincrónica o bien busquen este tipo de información posteriormente.

Bibliografía

- Russell, S. y Norvig, P. (2016). Inteligencia artificial: un enfoque moderno. Pearson Educación.

- Luger, G. (2009). Inteligencia artificial: estrategias y métodos para resolver problemas complejos. Addison-Wesley.

- Poole, D., Mackworth, A. y Goebel, R. (2010). Inteligencia artificial: fundamentos, práctica y aplicaciones. Paraninfo.

- Aguirre, J. (2019). Inteligencia artificial y derecho: una aproximación desde la ética jurídica. *Revista de Derecho*, 32(1), 11-38.
- Arroyo, L. (2018). Inteligencia artificial y derecho: desafíos y oportunidades. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (27), 9-28.
- Bernal, P. (2020). Inteligencia artificial y derecho: una visión global. *Revista de Derecho Privado*, (38), 7-36.
- Cárdenas, A. (2020). Inteligencia artificial y derecho: retos y perspectivas para el siglo XXI. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 16(2), 1-24.
- García, M. (2019). Inteligencia artificial y derecho: aspectos jurídicos de la robótica y la automatización. *Revista de Derecho Informático*, (48), 45-64.
- Goodfellow, I., Bengio, Y., & Courville, A. (2016). *Deep learning*. MIT Press.
- Wooldridge, M. (2023). *Inteligencia artificial: fundamentos, práctica y aplicaciones (2a ed.)*. Alfaomega.
- Nilsson, N. J. (2014). *Inteligencia artificial: una nueva síntesis*. McGraw-Hill.
- Luger, G. F., & Stubblefield, W. A. (2004). *Inteligencia artificial: estructuras y estrategias para la resolución de problemas complejos (6a ed.)*. Addison-Wesley.

La inteligencia artificial y el surgimiento de los sesgos algorítmicos de género

Abog. Camila Maranessi⁶⁵

Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Mercedes.

Resumen: La utilización de sistemas inteligentes y en consecuencia, la toma de decisiones automatizadas, es una realidad que ha ido ganando lugar y adquirido notable protagonismo en los ámbitos público y privado. En este sentido, la utilización de sistemas inteligentes en espacios sensibles como la justicia, la administración pública, instituciones, organizaciones, compañías multinacionales y nacionales, pequeñas y medianas empresas, emprendimientos, plataformas de ofrecimiento de puestos de trabajo, entre otros, es visible todos los días. El presente trabajo, apunta a describir cómo la utilización de estos sistemas automatizados que implementan el uso de la inteligencia artificial y muchas veces sistemas de inteligencia artificial generativa, traen aparejada la discriminación (muchas veces en razón del género), lo que se ha detectado a raíz del surgimiento de los llamados sesgos algorítmicos.

SUMARIO: I. Definiciones para un mejor entendimiento del texto: Inteligencia Artificial (IA), Algoritmo, Igualdad de Género. II. Injerencia de la IA en la igualdad de género. II.2. ¿Qué es un sesgo algorítmico? y ¿qué es un sesgo algorítmico de género? III. Relación de la IA con la vida laboral de las mujeres IV. Conclusiones – V. Propuesta.

I. Inteligencia Artificial (IA). Algoritmo. Igualdad de Género.

De todas las acepciones posibles a las que he tenido acceso a través de la lectura, preferí en esta oportunidad, la provista por la reconocida colega Cecilia Danesi⁶⁶, en una de sus obras, quien define a la **Inteligencia Artificial** – en adelante **IA** – como la que *intenta emular/imitar la mente humana, lo cual, a primera vista parece bastante pretencioso: y lo es. Esta tecnología procura simular el funcionamiento de nuestro cerebro de la siguiente manera: tiene un conjunto de datos (si son muchos, hablamos de big data), sobre la base de los cuales, un algoritmo hace una predicción. Esas predicciones, además, pueden fundarse también en la recopilación de datos proveniente de la interacción del sistema con el entorno, por ejemplo, mediante cámaras, comentarios de usuarios, etcétera*⁶⁷.

Por otro lado, la Real Academia Española define a un **algoritmo** como *un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema*⁶⁸, y reconocida doctrina en la temática lo define como *cualquier procedimiento computacional bien definido que toma algún valor, o conjunto de valores, como entrada y produce algún valor, o conjunto de valores, como producción (...)* es, por tanto, *una secuencia de pasos computacionales que transforman la entrada en la salida (...)* y se puede ver como una herramienta para resolver un problema computacional bien especificado (...)⁶⁹. En simples palabras un algoritmo es una *secuencia de pasos*, determinados previamente por un lenguaje de programación específico,

⁶⁵ Abogada UBA – Perfil LinkedIn <https://www.linkedin.com/in/camila-maranessi-502b1169/>

⁶⁶ Abogada UBA - <https://www.linkedin.com/in/cecilia-celeste-danesi-55a207174/>

⁶⁷ “Sesgos algorítmicos de género con identidad iberoamericana: las técnicas de reconocimiento facial en la mira” Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia – Abeledo Perrot – Edición Julio 2021 https://www.ceciliadanesi.com/files/ugd/e2918c_c961111f9656461986249acd26b49c2e.pdf

⁶⁸ <https://dle.rae.es/algoritmo>

⁶⁹ “Introduction to Algorithms” Thomas H. Cormen - Charles E. Leiserson - Ronald L. Rivest - Clifford Stein
Pág 26. - https://pd.daffodilvarsity.edu.bd/course/material/book-430/pdf_content

que marca el camino de cómo resolver un determinado problema y/o cuestionamiento, de forma automatizada desde ya.

Como último concepto de interés para esquematizar este trabajo, me referiré a la **igualdad de género**, cuya significancia para el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – en adelante **UNICEF** por sus siglas en inglés - es que mujeres, hombres, niñas y niños deban gozar, por igual, de los mismos derechos, recursos, oportunidades y protecciones; sin embargo, la realidad sigue evidenciando que niñas, adolescentes y mujeres en su diversidad enfrentan aún hoy mayores desventajas por razón de su género. Las desigualdades históricas que han enfrentado las mujeres en este sentido siguen teniendo impactos inter-generacionales que alcanzan a la niñez actual. Esto impide que se avance en el goce de condiciones de igualdad y en construir nuevas relaciones sociales y entornos saludables y justos para niños, niñas y adolescentes.⁷⁰ Tal y como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres (CEDAW por sus siglas en inglés), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), **es crucial reconocer y proteger los derechos de niñas, adolescentes y mujeres para transformar los patrones de conducta y redefinir las relaciones de género**. Adicionalmente, como estrategia, proteger los derechos de todos y todas resulta clave a la hora de superar las desigualdades de género que afectan a millones de niñas, niños y adolescentes en la región de América Latina y el Caribe. Apoyar el empoderamiento, no es otra cosa que fortalecer los conocimientos y capacidades para que más niños, niñas, adolescentes y mujeres tengan la libertad, la información y el apoyo para tomar decisiones sobre su propia vida y actuar para hacerlas realidad. Sobre todo, porque la desigualdad de género permea todos los niveles: se hace presente en las relaciones personales, familiares y sociales, pero también en las instituciones y en las políticas públicas, y afecta no solo a las mujeres y a las niñas, sino también a los hombres y a los niños. Para lograr cambios significativos en materia de igualdad de género es necesario aumentar la sensibilización y fomentar un cambio de conducta, así como promover políticas públicas que transformen las dinámicas de poder y las relaciones desiguales de género. Una participación significativa permite a niñas, niños y adolescentes adquirir conocimientos y habilidades, desarrollar competencias, innovar y tener autoconfianza. Adicionalmente, los posiciona como agentes de cambio a la hora de avanzar hacia la igualdad de género, a través de capacidades como el compromiso, el respeto y la tolerancia. Según ONU Mujeres⁷¹, el concepto de igualdad de género *“se refiere a la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de mujeres y varones y niñas y niños. Igualdad no significa que mujeres y varones serán iguales sino que los derechos, responsabilidades y oportunidades de mujeres y varones no dependerán del hecho de haber nacido mujeres o varones. La igualdad de género implica que los intereses, necesidades y prioridades tanto de mujeres y varones serán tomados en consideración, reconociendo la diversidad de distintos grupos de mujeres y varones. La igualdad de género no es una problemática femenina sino que debería ser algo que preocupe e involucre tanto a varones como a mujeres. La cuestión de la igualdad entre mujeres y varones es vista tanto como un tema de derechos humanos como una precondition para y un indicador de desarrollo sostenible centrado en las personas”* (ONU Mujeres, 2022).⁷²

II. Injerencia de la IA en la igualdad de género

La injerencia de la IA en la igualdad de género es más sensible y significativa de lo que podemos llegar a imaginar.

⁷⁰ Ver <https://www.unicef.org/lac/igualdad-de-genero>

⁷¹ <https://www.unwomen.org/es>

⁷² “Los efectos de la IA en la vida laboral de las mujeres” Pag 17 - Publicado en 2022 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

La igualdad de género antes descrita, en nuestro ordenamiento jurídico – y en los ordenamientos jurídicos del mundo - , trae aparejada la aplicación directa de principios de igualdad y no discriminación, ambos de raigambre constitucional (artículos 16°, 37° y 75° incisos 2°, 19°, 22° y 23° de la Constitución Nacional Argentina). La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en favor de todas las personas, “...son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos...”. Así, el principio de igualdad y no discriminación aparece como un principio fundamental para la tutela de los derechos humanos, tanto en el derecho internacional como en el interno, que permea todo el ordenamiento jurídico. Se trata de un principio que brinda “...una protección particularmente significativa, que incide en la garantía de todos los demás derechos y libertades consagrados en el derecho interno y el derecho internacional...”. (...) Es importante tener presente que no toda diferencia de trato se considerará discriminatoria, “...sino sólo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables...”. Así, puede decirse que una diferencia de trato será discriminatoria cuando carezca de una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persiga un fin legítimo y no exista una razonable proporción entre los medios utilizados y el fin perseguido.⁷³

II.2. ¿Qué es un sesgo algorítmico?

Desde una perspectiva general: son *errores sistemáticos* de cualquier tipo que se producen en el resultado de operaciones algorítmicas, lo que incluye aquellos de tipo estadístico, cognitivos, estructurales. Desde una perspectiva jurídica: es un tipo de carga de valores en los sistemas inteligentes que da lugar a resultados injustos porque coloca en desventaja a ciertos grupos o personas: (i) en función de características protegidas —sexo, raza, etnia, etc.—; (ii) debido a determinadas características no protegidas —código postal, auto que posee, largo de su apellido, etc.—; o (iii) de forma aleatoria.⁷⁴

Es importante tener presente que la noción de *bias*⁷⁵, comúnmente empleada en la literatura en idioma inglés para abordar los riesgos de la IA para la igualdad y no discriminación, presenta algunas complejidades debido a los múltiples significados que tiene según el área de estudio en la que se la utilice —v.gr. ciencias de la computación, estadística, derecho, así como también en razón de que su traducción al español, redundante en múltiples salidas como: *sesgo, prejuicio, parcialidad, tendencia e inclinación, todos conceptos que, en nuestra lengua, a su vez, pueden tener alcance diverso*. Esta circunstancia conlleva la necesidad de formular algunas precisiones respecto del alcance del término a los fines de su empleo en el contexto de análisis señalado anteriormente. Así, desde una óptica general, el concepto de “**sesgo algorítmico**” hace referencia a errores sistemáticos de cualquier tipo que se producen en el resultado de operaciones algorítmicas, lo que incluye aquellos de tipo estadístico, cognitivos, sociales, estructurales o de naturaleza institucional. De hecho, desde una óptica estadística, el sesgo algorítmico se puede describir como aquella *diferencia que se produce entre lo que el sistema predice y lo que sucede en la realidad* o, en otras palabras, la que se produce entre el valor estimado o predicho y el verdadero valor. En esta misma línea, en una investigación del año 2021, el Laboratorio de Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires —IALAB— conceptualizó a los sesgos algorítmicos como aquellas decisiones erradas propias de un sistema informático. Ahora bien, desde una perspectiva jurídica, en cambio,

⁷³ “Los riesgos de la inteligencia artificial para el principio de igualdad y no discriminación” Planteo de la problemática y algunas aclaraciones conceptuales necesarias bajo el prisma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por Mariana Sánchez Caparrós.

⁷⁴ IA & Género - Que la IA NO sea la Stacy Malibú del Siglo XX - Mg. Mariana Sánchez Caparrós (Arg.).

⁷⁵ Bias (terminología en inglés) significa sesgo a favor de/inclinación/preferencia

vinculada con el principio de igualdad y no discriminación, el “sesgo algorítmico” es una noción que se emplea para describir la inclinación o prejuicio de una decisión realizada por un sistema inteligente que afecta a una persona o un grupo determinado de una forma que se considera injusta o irrazonable. En otras palabras, es un tipo de carga de valores en los sistemas inteligentes que da lugar a resultados injustos.

2.a) y ¿qué es un sesgo algorítmico de género?

Es un concepto no técnico que describe aquellas decisiones erradas de un sistema inteligente por reproducir estereotipos de género, que pueden o no, dar lugar a discriminación algorítmica. El sesgo de género se puede reproducir en las diversas etapas del ciclo de vida del sistema inteligente, pues estos sistemas no son parciales ni neutrales, sino que son producto del equipo de personas que intervienen y del contexto en el cual se crean, desarrollan y despliegan. Así, el sesgo se puede reproducir: 1. En la etapa de diseño inicial del sistema (entendida en sentido amplio): al determinar la estética del producto, definir su nombre en función de su objetivo y del usuario al que está destinado y al prototiparlo, eligiendo su forma, así como los colores que lo representan. 2. También al momento de la recolección de los datos para entrenarlo, que pueden no ser representativos o reflejar prejuicios y estereotipos ya existentes en la sociedad. De hecho, los prejuicios de género históricos y los estereotipos que queremos desterrar están presentes en la mayoría de los datos que se emplean para entrenar sistemas inteligentes como los libros, los textos, blogs, imágenes, comentarios en redes sociales, artículos de investigación, etc. Finalmente, se pueden incorporar al definir el objetivo a predecir por el sistema y seleccionar los atributos que deseamos que el algoritmo tenga en cuenta o que ignore para lograrlo (por ejemplo: encontrar los mejores trabajadores considerando productividad por horas trabajadas, ausencias en el año, ventas).

Lo expuesto da cuenta de la relevancia que adquiere la intervención humana a lo largo del ciclo de vida de los sistemas inteligentes, desde su diseño, desarrollo y en toda la etapa de despliegue e impacto posterior. Esa intervención, por supuesto, se debe hacer con equipos transdisciplinarios, formados en materia de género y con integración diversa. Es decir, equipos que incorporen personas de diversa formación profesional y mujeres, pero también individuos con formación en esta materia, independientemente del género con el que se identifiquen. Los equipos diversos son más eficientes en la identificación de prejuicios y estereotipos socialmente arraigados, y previenen que éstos se trasladen a los sistemas informáticos y reflejen una visión limitada y privilegiada de la sociedad.⁷⁶

La interacción de los seres humanos con la IA y, en general, con las tecnologías convergentes, está acelerando nuestra configuración como entornos socio-técnicos, donde se difuminan las fronteras entre los sujetos humanos y la tecnología y donde los seres humanos trabajamos con los artefactos en una suerte de simbiosis entre la inteligencia humana y la artificial (Human-Machine-Interaction). En este sentido, la IA es inteligencia colectiva y social, constituyendo sistemas inteligentes multi-agentes, por lo que sería más apropiado hablar de Inteligencias Artificiales, en plural. Este ímpetu tecnológico-industrial de carácter acelerado y rápido ha provocado impactos ecológicos masivos, hasta el punto de que se habla ya de una nueva época geológica bautizada como “Antropoceno”, caracterizada por el hecho de que la humanidad se ha convertido en uno de los más influyentes factores geológicos. El Antropoceno obliga a redefinir los horizontes del desarrollo tecno-industrial uno de los cuales más relevantes es la revolución del big data y la IA.⁷⁷

⁷⁶ Sistemas inteligentes y perspectiva de género: ¿Es la inteligencia artificial la Stacy Malibú del Siglo XXI?*

Por Mariana Sánchez Caparrós

⁷⁷ ¿Por qué ética para la Inteligencia Artificial? Lo viejo, lo nuevo y lo espurio*

En función de todo lo desarrollado es que he planteado la vinculación existente entre los sesgos algorítmicos de género y la igualdad de género, siendo los referidos “sesgos” los que visibilizan la problemática existente.

En función de este planteo, y a modo ejemplificativo de ello, en el próximo apartado expongo la investigación realizada de forma conjunta entre UNESCO, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que muestran los efectos del uso de la IA sobre la vida laboral de las mujeres.

III. Relación de la IA con la vida laboral de las mujeres⁷⁸.

Despertó mi interés esta investigación ya que explora el impacto de las tecnologías de IA, nuevas y emergentes, sobre las habilidades que requerirán la parte empleadora al momento de publicar un aviso de puesto laboral, la manera en que las mujeres buscarán empleo y serán contratadas y, cómo se estructurarán los empleos alrededor del monitoreo y la supervisión automatizados. Trataré de extraer los fragmentos más significativos, según mi óptica, y de esta forma, englobar de la mejor manera la idea a la que apunta este apartado.

Como punto de partida, refiere el texto que **las mujeres sufren una escasez de conectividad a internet y de habilidades digitales** y parte de esto, es el resultado de la falta de educación de las mujeres, o de normas sociales/culturales que llevan a la exclusión de las mujeres del mundo digital. Las mujeres y las niñas pueden tener dificultades para acceder a instalaciones públicas de TIC (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) debido a calles inseguras o límites a su libertad de movimiento o porque las instalaciones son consideradas por algunos como inapropiadas para mujeres o porque las mujeres carecen de la independencia financiera para comprar tecnología digital o para pagar por conectividad a internet (UNESCO, 2019a).

El peso de estas cuestiones difiere internacionalmente. La Unión Internacional de Telecomunicaciones muestra que el acceso a internet de mujeres y varones difiere alrededor del mundo. En África, las mujeres tienen la menor proporción de acceso a internet (20,2%) comparado con la de varones (37,1%). Las mayores proporciones están en Europa, donde 80,1% de las mujeres y 85,1% de los varones tienen acceso a internet. En algunos casos, la falta de habilidades digitales impide a las personas acceder a internet. La brecha de género respecto de la propiedad de teléfonos inteligentes hace que haya cerca de 327 millones de mujeres menos que varones con un teléfono inteligente y acceso a internet móvil (OCDE, 2018a). La brecha de género de conectividad y habilidades digitales disminuye la capacidad de las mujeres de (1) buscar y postular a empleos, (2) conseguir un empleo y (3) prosperar en el empleo actual, sin mencionar la oportunidad de adquirir conocimientos y habilidades para prepararse para un posible empleo. *El acceso a información digital es importante para ayudar a las mujeres a aprender sobre, adquirir y desarrollar habilidades digitales. El objetivo no es solo aumentar el acceso de las mujeres a dispositivos y a internet sino complementarlo con habilidades digitales que puedan facilitar su ingreso a, y su permanencia y crecimiento en, el mercado laboral (...)* Las habilidades digitales pueden hacer una gran diferencia en las oportunidades de las mujeres.

Advierto, con lo expuesto hasta aquí, cómo la limitación en el acceso a la herramienta internet y la consecuente falta de acceso al desarrollo de herramientas digitales, va haciendo que la injerencia, visibilidad y acceso de las mujeres en sistemas digitales sea menor, lo que bien puede traducirse en un llamado sesgo algorítmico, es decir, una situación discriminatoria.

Por otro lado, continúa la investigación haciendo alusión a que los **sistemas de IA pueden reforzar estereotipos de género**, presentando así grandes desafíos para la vida laboral de las mujeres. En cuanto al primer desafío, algunos sistemas de IA refuerzan los estereotipos de género sobre el trabajo de cuidado y asistencia. Por ejemplo, la voz femenina de los Asistentes

⁷⁸ “Los efectos de la IA en la vida laboral de las mujeres” Publicado en 2022 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)

Personales Virtuales (VPAs por sus siglas en inglés) como Alexa y Siri puede reforzar el estereotipo de que las mujeres deben cuidar, asistir y encargarse del hogar. Esta es una muestra de cómo, de persistir el *statu quo*, los estereotipos de género de hoy pueden dar forma no solo a las tecnologías de hoy sino también a las de mañana. Hay una brecha persistente en la participación de mujeres y varones en el mercado laboral debido a la maternidad y a la distribución inequitativa de las responsabilidades de crianza. El BID apunta que la brecha en la participación en el mercado laboral para varones y mujeres con hijos menores de cinco años alcanza al 40% y que “la expectativa cultural de su papel como cuidadoras principales es aún un gran desafío para las mujeres en el mercado laboral.” (...) En la mayoría de los países, la maternidad y la crianza sacan a un gran porcentaje de nuevas madres del mercado laboral, ya sea temporalmente o por un período más largo, lo que tiene un impacto directo sobre sus oportunidades, horas y ganancias. Tomar trabajos de tiempo parcial en los años que siguen a la maternidad puede prevenir una salida completa del mercado laboral, pero también puede representar una trampa para las mujeres, al ofrecer menos transiciones profesionales que para los varones con trabajos de tiempo parcial, lo que obstaculiza la movilidad ascendente a lo largo de la carrera (OCDE, 2018b). *Que esos estereotipos de género sean replicados en sistemas tecnológicos significa un desafío pernicioso que refuerza aquellas desigualdades en el trabajo y el cuidado porque articulan miradas antiguas en un lenguaje vernáculo de alta tecnología.*

Por otro lado, el impacto del monitoreo de IA sobre la vida laboral de las mujeres está actualmente sub-explorado. (...) Los papeles domésticos y de cuidado asociados con las mujeres también pueden ser impactados por los sistemas de monitoreo de IA. (...) Las tecnologías de monitoreo laboral de IA podrían replicar patrones y estereotipos de género existentes. Hay estudios que muestran que en distintos lugares del mundo las mujeres dedicaron más tiempo al trabajo doméstico y de cuidado infantil durante la pandemia del COVID-19 y las cuarentenas, y que tuvieron un aumento mucho mayor en este trabajo no remunerado que los varones (BorahHazarika y Das, 2021; Craig y Churchill, 2021; Del Boca et al., 2020; Giurge et al., 2021; Hupkau y Petrongolo, 2020; Power, 2020; Sarker, 2021).

Por último, resulta interesante referirme a la implementación de la IA en los motores de búsqueda laboral, y cómo impacta la tecnología publicitaria en las cuestiones de género. Los algoritmos usados por las plataformas online para focalizar anuncios y mostrar oportunidades de trabajo influyen sobre quién ve qué online. Los sistemas de IA pueden aprender qué contextos de focalización son más efectivos para publicitar cada tipo de puesto de empleo (Dalenberg, 2018). Con el tiempo, las técnicas de aprendizaje automático pueden mejorar estos sistemas, pero también pueden fomentar la discriminación indirecta. Los métodos como la minería de datos pueden descubrir patrones dentro de conjuntos de datos y usarlos para realizar predicciones probabilísticas. Estas pueden afectar las decisiones respecto de cómo se muestran los anuncios de empleo a los usuarios, lo cual puede significar que a las mujeres no se le muestre determinadas publicaciones de empleo a partir de todas características y limitaciones que venimos refiriendo (...) Un acceso digital desigual en términos de género podría llevar a patrones con sesgo de género en el conocimiento sobre oportunidades laborales.

III. Conclusiones

En este apartado, y a efectos de no redundar, me remito a lo ya expuesto en el apartado “**Resumen**” que refleja el carácter reflexivo al que apunta esta ponencia.

IV. Propuesta

Es dable destacar que la propuesta obrante a continuación, fue motivada en un fragmento del libro “El Imperio de los Algoritmos” de la Dra. Cecilia Danesi quien ha inspirado gran parte de esta ponencia.

En consecuencia, propongo que la Comisión de Abogacía Joven del Col.Pro.BA elabore y apruebe un proyecto, para luego convertirse en proyecto de ley, que inste la creación de la

herramienta auditoría algorítmica cuyo objetivo principal sea certificar la aptitud ética y ecuánime de los sistemas públicos y privados que implementan IA.

Desafíos de los Derechos de Propiedad Intelectual y la Inteligencia Artificial

Juan Ignacio Rodríguez Comesaña⁷⁹ y Michelle Jazmín Trouchet⁸⁰

I. Introducción

Hoy en día la sociedad, producto de las vivencias generadas por la pandemia de COVID-19, atraviesa un proceso de crecimiento exponencial en cuanto al desarrollo y aplicación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, generando beneficios tanto a nivel individual como a la sociedad en general, impulsando el desarrollo económico, el aumento de la productividad y fomentando el progreso en términos científicos.

Teniendo en cuenta la constante expansión de las nuevas tecnologías dentro de todos los niveles del armado productivo, debemos tratar en detalle la implementación de la Inteligencia Artificial. Hoy en día, la Inteligencia Artificial es de las tecnologías que mayor impacto y transformación puede generar en la sociedad, por lo que es necesario el desarrollo de estrategias que engloban la investigación, desarrollo tecnológico e innovación junto a un marco jurídico que contribuya a su crecimiento.-

Sin embargo, producto de la expansión en su uso, el fácil acceso por parte de los usuarios y el aumento de creaciones por parte de esta tecnología, se ha generado una serie de desafíos legales y éticos. Es tal su expansión que muchos programas han dejado de ser una simple herramienta y ahora tienen la capacidad de tomar decisiones y desarrollar un resultado sin necesidad de intervención humana.

Actualmente existe incertidumbre en cuanto a las creaciones producto de la intervención de la Inteligencia Artificial, dando paso a varios interrogantes sobre cuestiones referidas a los Derechos de Propiedad Intelectual, Esto último, producto de la ausencia de disposición alguna únicamente destinada a regular esta materia.-

II. La Inteligencia Artificial

En los últimos años, el término Inteligencia Artificial ha pasado de estar asociado en el pensamiento social como un elemento de ciencia ficción, a ser un avance tecnológico más en nuestra vida cotidiana.

La Inteligencia Artificial ha sido el disparador de la denominada cuarta revolución industrial, siendo la protagonista de los procesos de transformación digital que suceden transversalmente en todos los niveles de la industria.

Producto de la confusión conceptual sobre qué es exactamente la inteligencia artificial se deben tener en cuenta varias aclaraciones. En un primer sentido, la definición estricta se refiere a un campo de la ciencia que estudia el comportamiento de sistemas inteligentes. Hoy en día no existe un consenso unívoco sobre la definición y los atributos que hacen a un sistema inteligente. Durante mucho tiempo, el paradigma de la inteligencia artificial se centró en postulados biologicistas, tratando de emular los procesos del cerebro y la conducta humana dando como estándar una máquina "*pensante*" donde se medía su capacidad para replicar la inteligencia del hombre.

⁷⁹ Abogado. Maestrando en Derecho y Economía en la Universidad Torcuato Di Tella. Curso Superior en Inteligencia Artificial y Derecho por la Fundación General de la Universidad de Salamanca. Profesor en Ética y Derechos Humanos en Centro de Altos Estudios en Especialidades Policiales, dependiente del Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires.

⁸⁰ Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires. Presidenta de la Comisión de Jóvenes Abogados del Colegio de Abogados de San Martín. Vocal Titular de la Mesa Directiva de la Comisión de la Abogacía Joven del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

Partiendo de esta base, la RAE define a la Inteligencia Artificial como “*un programa informático capaz de ejecutar operaciones comparables a las que realiza la mente humana*”, lo cual nos permite resaltar distintas características que para el ecosistema jurídico resultan de relevancia.-

III. Clasificación de la Inteligencia Artificial

Hasta el momento hemos realizado un abordaje genérico del concepto de Inteligencia Artificial, pero al analizarlo en detalle logramos establecer que su constante evolución ha generado distintas técnicas que crean concepciones diferentes entre sí, variando principalmente en su grado de autonomía, y con pluralidad de procesos dependientes del resultado buscado.

Ahora bien, teniendo en cuenta caracteres tales como su concepción, capacidad de procesamiento de datos y finalidad, podemos dividir a la inteligencia artificial en cuatro grupos

III.a Máquinas Reactivas

El primer grupo con características más simples es el denominado “*máquinas reactivas*”, donde encontramos a las inteligencias de mayor simpleza de producción humana y que, como lo indica su nombre, procede su accionar dependiendo de una situación puntual específica y actual, no teniendo la capacidad de almacenar información con el fin de poder interpretar situaciones pasadas con el fin de arribar a mejores resultados y, por lo tanto, deja de lado cualquier información que trascienda a la situación o tarea específica a realizar.-

III.b Máquinas con memoria limitada

En otro conjunto podemos nuclear a las “*máquinas con memoria limitada*”, que, aunque comparten características con las “*máquinas reactivas*”, estas se destacan por ser el primer grupo de Inteligencia Artificial que logra introducir e interpretar datos previamente cargados antes de ejecutar una decisión.

Sin embargo, esta información es limitada. Esto se debe a que no trasciende de la tarea específica a realizar, por lo que, aun interpretando información previamente almacenada para potenciar precisión, esta tecnología no sería capaz de auto almacenar nueva información basada en nuevas experiencias y lograr un aprendizaje de tales situaciones, como normalmente procedería la mente humana.-

III.c Teoría de la mente

Este tipo de Inteligencia Artificial, además de poseer las características descritas en los puntos anteriores, suman la capacidad de tener una propia concepción del mundo y de sus integrantes, poniendo el foco en lograr la comprensión de las emociones y su rol natural dentro de la mente humana como punto de influencia en el proceso para la toma de decisiones, lo que requiere un procesamiento de información de mayor robustez y trascendente a la actividad puntual que busca explorar.-

III.d Máquinas de conciencia propia

La mayor aproximación que hemos tenido al concepto de Inteligencia Artificial es el de “*máquinas con conciencia propia*” que busca, por medio de procesos de aprendizaje de “*machine learning*” o red neuronal y la utilización de un elaborado sistema de algoritmos y procesos informáticos, una aproximación lo más precisa posible a la comprensión y el funcionamiento de la conciencia humana, por medio de la utilización de registros ya cargados y un continuo registro de nueva información, busca emular la vivencia y aprendizaje basado en experiencias, entendiendo cómo funciona el aprendizaje, la memoria y la toma de decisiones en consecuencia.

Las máquinas consiguen formar su aprendizaje en forma cada vez más parecida a la mente humana, logrando de esa manera proceder con precisión en áreas que hace algunos años parecían imposibles.

Entendiendo estas características es que el aprendizaje automático o “*machine learning*”, además de abarcar un espectro amplísimo de variantes de la misma técnica, es el desarrollo que aproxima en mayor medida a la Inteligencia Artificial en la forma de adquirir, almacenar, manejar e interpretar datos con el fin de arrojar resultados que hoy en día son comparables con el proceso analítico y racional de creación de la mente humana.

Estas cuestiones son las que hoy generan conflictos en relación a los procesos creativos producto de estos sistemas, abriendo un paradigma con respecto a la propiedad intelectual que en un pasado no tan lejano era indiscutible.-

IV. Inteligencia Artificial en Argentina

Desde el Ejecutivo Nacional, teniendo en cuenta el contexto mundial de desarrollo y en cuanto a proyectos, inversiones y planificación en lo que a Inteligencia Artificial refiere, se creó el Plan Nacional de Inteligencia Artificial denominado “ARGENIA”.

ARGENIA pone el foco en la necesidad de establecer una estrategia a nivel federal para dar impulso al desarrollo de la Inteligencia Artificial en nuestro país, proponiendo dos iniciativas: la Agenda Digital Argentina 2030 y la Estrategia Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación “Argentina Innovadora 2030”. Todo esto, con el fin de posicionarse como líder regional en este campo para el año 2030.

Este plan nacional establece objetivos tales como maximizar el potencial impacto económico y de crecimiento del país, impulsar el desarrollo de una Inteligencia Artificial inclusiva y sustentable. Este plan tiene como fin último mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, minimizar los riesgos que pueda acarrear la implementación de la Inteligencia Artificial en forma desarticulada, favorecer el desarrollo del talento asociado con esta área y promover su implementación a nivel nacional.

Sin embargo, observamos que dentro del plan de trabajo no se enfatiza en la cuestión que hoy se encuentra en el foco de debate, que es la asignación de los derechos de autor sobre las creaciones futuras que genere este nuevo ecosistema informático.-

V. La autonomía de la Inteligencia Artificial y el conflicto con la Propiedad Intelectual

Luego de entender el nivel de desarrollo que se ha alcanzado con respecto a las técnicas de aprendizaje automatizado o “*machine learning*”, observamos que existen sistemas algorítmicos con plena capacidad para lograr la creación de proyectos sin requerir intervención alguna por parte del factor humano. En consecuencia, se pone en duda si corresponde otorgar a los programadores los derechos de autoría que recaen sobre la obra creada por parte de la Inteligencia Artificial, ya que es nula su intervención dentro del proceso creativo que el sistema produzca. Ante esto, surge el interrogante de quién puede reclamar sus derechos referidos a la Propiedad Intelectual sobre las creaciones producidas por la Inteligencia Artificial.

Observando que a nivel global el ordenamiento jurídico coincide en el requisito fundamental de la intervención de una persona humana que sea autor para poder hablar de una obra protegida por derechos de autor, en principio, creaciones generadas por sistemas de Inteligencia Artificial no se encuentran alcanzadas por la tutela de los derechos de propiedad intelectual.

Esta situación sería el detonante para que cualquier persona utilice, reproduzca y obtenga beneficio comercial de las creaciones producto de la intervención de la Inteligencia Artificial, generando un menoscabo en quien sea el productor y desarrollador de ese sistema, dando como resultado un ecosistema de desinversión en este tipo de proyectos.-

VI. La Propiedad Intelectual en la Legislación Argentina

Entendiendo que la problemática en este área es un flagelo en la mayoría de los sistemas jurídicos a nivel global, en cuanto no poseen una regulación específica sobre creaciones producto de la Inteligencia Artificial, estableciendo como requisito la existencia de un inventor humano para que una obra sea susceptible de ser protegida por derechos de autor dejando, por lo tanto, sin amparo a los resultados creativos de la Inteligencia Artificial.-

Al analizar la actual normativa argentina, observamos que el artículo 17 de la Constitución de la Nación Argentina versa “*Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley*”. Asimismo, la Ley 11.723, responsable de regular las cuestiones de Propiedad Intelectual, aplica el término autor en clara referencia a una persona humana y sustenta esta afirmación junto a lo establecido en el artículo 4 de la mencionada normativa, el cual expone “*Son titulares del derecho de propiedad intelectual: a) El autor de la obra; b) Sus herederos o derechohabientes*”. Siguiendo con esta

línea, observamos el contenido del artículo. 5, el cual establece que *“La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida”*. Ante esto, y sumado a que el texto original de esta normativa data del año 1933, podemos interpretar que la voluntad del legislador hace clara referencia al autor como individuo humano.-

Asimismo, la Ley 24.481 de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad verse en el contenido del artículo. 4 que *“A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana”*, no dejando lugar a dudas que la normativa actual no contempla que la invención pueda ser producto de un ente no humano.-

VII. Conclusión

La regulación normativa en materia de Propiedad Intelectual es la herramienta fundamental que permite al autor ser titular de los beneficios producto de su obra. De esta forma, la existencia de esta retribución en favor de su creador da forma al entorno de incentivos económicos que permitan desarrollar un esquema de constante producción y financiamiento destinado al desarrollo de nuevas creaciones, permitiendo la aparición en el mercado de nuevos productos y servicios que mejoran y simplifican la vida de sus participantes. Esto a su vez se traduce en un mayor crecimiento económico, productivo y del mercado laboral.-

Al fomentar en la Argentina la creación de un marco normativo orientado a regular la invención producto de la Inteligencia Artificial, estableciendo un marco normativo específico sobre los derechos de propiedad intelectual que recae sobre sus obras, y articulando ese esfuerzo junto al Plan Nacional de Inteligencia Artificial (ARGENIA), se podrá afianzar a nivel federal un entorno que fomente el desarrollo de la Inteligencia Artificial, permitiendo establecer en forma concreta la asignación de los beneficios económicos resultantes de la producción por parte de la Inteligencia Artificial, logrando establecer un esquema de incentivos que permitan afianzar el desarrollo productivo y asegurar a la Argentina alcanzar el objetivo de posicionarse como referente regional.-

Nuestro ordenamiento, y sobre todo la normativa referida a derechos de autor y propiedad intelectual, debe mutar en favor de permitir la consolidación de este proceso productivo donde, además de establecer las medidas para fomentar la educación en la materia, la formación de profesionales y los incentivos productivos, se debe establecer en forma clara las cuestiones asociadas a la autoría de la producción de la Inteligencia Artificial, con el fin de defender la competitividad y los esquemas de inversión.-

VIII. Bibliografía

Carballo-Calero, P.F. (2021) La Propiedad Intelectual de Obras Creadas por Inteligencia Artificial. Thomson Reuters Aranzadi

Cohen Ferreira, D.D. (2020) La titularidad de las creaciones musicales desarrolladas por inteligencia artificial y su incidencia en el proceso de gestión convencional de obras dentro de la industria musical. Universidad Austral.

Díaz Noci J. (2023) Inteligencia artificial, noticias y medios de comunicación: una aproximación jurídica desde la perspectiva de la propiedad intelectual al concepto y atribución de autoría. Textual & Visual Media

Escalante - Gutierrez, A. (2023) Propiedad intelectual e inteligencia artificial: protección de las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial. Universidad de Málaga

Jara, M.L. (2021) Inteligencia artificial y derecho. Un abordaje preliminar. Universidad Nacional de Lomas de Zamora

Mantegna, M. (2020) Inteligencia ARTEficial: Creatividad computacional, inteligencia artificial generativa y derechos de autor. Universidad del Salvador

Rapela, M.A. (2020) Mejoramiento Vegetal Moderno, Inteligencia Artificial y Derechos de Propiedad Intelectual. Revista Jurídica Austral

Trotz, F. (2021) ¿A quién pertenecen las creaciones generadas por Inteligencia Artificial?

Las familias multiespecie en el proceso sucesorio: heredero justo y legítimo

Abog. Nazar, Keila Verónica

Colegio de Abogados Avellaneda Lanús

Sumario: I. Introducción – II.1. Sujetos de derecho no humanos, seres sintientes y familias multiespecie – II.2. El proceso sucesorio: fundamentos filosófico-jurídicos y tratamiento local - II.3. Derecho comparado en la materia - III. Conclusión. Solución propuesta

I. Introducción:

El reconocimiento preciso, suficiente y pleno de los animales como sujetos de derecho y seres sintientes en nuestra legislación pareciera una cuestión que va avanzando, aunque paulatinamente. En uno de mis últimos trabajos académicos⁸¹ investigué dicha problemática, y aunque su análisis no pretende ser el centro del presente trabajo sí lo será su relación con las consecuencias que este vacío legal genera, especialmente su impacto en el marco del proceso sucesorio.

Es menester destacar que las mayores modificaciones adoptadas en el Código Civil y Comercial de la Nación lo han sido en materia Civil y en especial en el Derecho de Familia. Sin embargo, dentro de estas modificaciones normativas necesarias, quedó como gran pendiente incorporar el reconocimiento expreso de estos sujetos de derecho particulares y su tutela en el ámbito y como miembros de las familias.

Dentro del proceso sucesorio, el presente trabajo pretende hacer un análisis filosófico-jurídico de la figura de la sucesión, sus fundamentos y su relación con las familias multiespecie; ante una necesidad de reforma legislativa que permita en consecuencia que estas familias también tengan derecho a una real declaración de última voluntad, acorde a su voluntad o deseo y a su vez proteger a los miembros de su familia no exclusivamente humanos ante el eventual fallecimiento de uno de ellos.

II.1. Sujetos de derecho no humanos, seres sintientes y familias multiespecie

Se considera necesario in casu abordar unos conceptos especiales previos a analizar la cuestión sucesoria que nos convoca. Así, debemos tener presente la diferencia entre ser vivo y ser sintiente. No son conceptos antagónicos, sino que existe una relación de género- especie, siendo los seres sintientes aquellos seres vivos que se distinguen por su capacidad de sentir sensaciones físicas y psicológicas. A los seres sintientes nos referimos cuando mencionamos a los animales, sujetos de derecho no humanos.⁸²

Sumado a ello, estos seres sintientes han sido reconocidos por la jurisprudencia en múltiples casos como sujetos de derecho, pero en materia legislativa aún existe una deuda con ellos, una falta de reconocimiento irrefutable para que la cuestión no dependa de cada caso y criterio particular, a los fines de que exista seguridad jurídica y una protección real hacia estos sujetos y miembros importantes de las familias.

Se aclara que si bien existen algunas leyes para protección de animales, las mismas son visiblemente insuficientes para su tratamiento de fondo e integral.

Finalmente, y para comprender el concepto de familia multiespecie que venimos nombrando ab initio, como aquellas familias que incluyen en su proyecto de vida y familiar a estos seres sintientes, observamos el rol trascendental que los animales, sujetos de derecho no humanos, ocupan en ellas: contribuyendo a la estabilidad y cohesión familiar, además de brindar apoyo emocional a cada miembro para animarlo en su desarrollo individual. A la vez con

⁸¹ Nazar, Keila V. (2023) "Los sujetos de derecho no humanos como miembros de las familias: familias multiespecie". Editorial IJ Editores. Cita digital: IJ-MVLDVI-598

⁸² González Silvano, M. (2022). "Porque los Animales son Personas". Editorial Microjuris.

Cita digital: MJ-DOC-16471-AR

funciones familiares, interviniendo en los cuidados que progenitores tienen con sus hijos humanos, ya que comprenden y siguen las rutinas del hogar, negociando activamente con las personas humanas y haciéndose entender. En las familias multiespecie se entiende que la pertenencia a la familia no depende del estado humano, sino que se forja a través de interacciones cercanas, la cohabitación y el compromiso con el otro, siendo un vínculo afectivo genuino y bidireccional, conformado tanto por humanos como por animales.⁸³

II.2 El proceso sucesorio: fundamentos filosófico-jurídicos y tratamiento local

La cuestión sucesoria es tan compleja y relevante para las personas, que se han elaborado y estudiado ya desde otros tiempos fundamentos filosófico-jurídicos a través de diferentes corrientes, que dan un significado y finalidad a la sucesión que trasciende lo que estudiamos en la materia o lo que nuestra normativa escrita dispone.

Dentro de las corrientes del derecho natural, e incluso en la corriente cristiana se ha considerado que debe quedar intacto e inviolable el derecho natural de poseer privadamente y transmitir por medio de la herencia, así como es considerado derecho natural que los hijos hereden a sus padres. Asimismo, en las escuelas racionalistas del derecho natural, se menciona la finalidad de la sucesión testamentaria, la cual consideran unida al *ius disponendi*, una facultad característica del derecho de propiedad. Si no existiera la facultad de disponer por testamento, el derecho de propiedad se vería menoscabado. Así, aunque con algunas diferencias entre corrientes y pensadores, todos consideran la facultad de testar como derecho natural.

Asimismo, y como fundamento inmediato del derecho de sucesiones cabe resaltar que es el derecho de propiedad el que representa el presupuesto del derecho de sucesiones, porque este no puede concebirse sin aquella. Ello no implica que el fundamento de un derecho se confunda con el otro, son instituciones diferentes, pero esto no impide que la propiedad sea presupuesto de la sucesión, en el sentido que uno lleva al otro, porque es necesario el reconocimiento de la propiedad para admitir la sucesión.

Así, para conceptualizar la sucesión podemos entenderla como el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte. Como nuestro ordenamiento jurídico reconoce el derecho de propiedad y la facultad de disponer de él por actos entre vivos, admitir el derecho de sucesiones no hace más que reconocer el *ius disponendi* del propietario con efectos para después de su muerte.⁸⁴

En nuestra legislación los llamados a suceder son por la ley o testamento (existen sucesiones intestadas, testamentarias y mixtas cuando se dan ambos supuestos en un mismo proceso). No es objeto del presente trabajo desarrollar la normativa y articulado existente, ya que el análisis en cuestión es más bien filosófico-jurídico pero sí lo tenemos presente para saber quiénes pueden heredar conforme nuestro ordenamiento.

Como cierre de los fundamentos esbozados, agregamos que la sucesión testamentaria tendría su justificación en el respeto a la voluntad del causante, y en especial en el reconocimiento del *ius disponendi*, para que surta efectos después de su muerte (dentro de los límites que dispone la propia ley).

Mientras que la sucesión intestada, tendría un doble fundamento: el reconocimiento del orden natural de los afectos del causante y la protección de la familia. Cuando no hay testamento la ley interpreta la voluntad del causante inspirándose en el orden natural de los afectos: por eso llama primero a los descendientes, luego a los ascendientes y por último a los colaterales.

Siguiendo los fundamentos y razón de ser de las sucesiones, es que surge el interrogatorio y motivo de este trabajo, ya que si hablamos de la familia y los afectos, probado está que los animales o seres sintientes pertenecen a ellos y por lo tanto, deberían estar

⁸³ Calvo, P. (2022). "Familias multiespecie". Blog online de Antrozoología.

⁸⁴ Perez Lasala, J. (1976). "Fundamentos del Derecho de Sucesiones". Disponible en: www.um.edu.ar-Universidad de Mendoza.

incluidos, lo cual sería justo en ambos sentidos. Para el futuro causante, que habrá podido disponer en vida de sus bienes y hacer uso de su voluntad y *ius disponendi*. Y para el ser sintiente, considerado un miembro más de la familia en las familias multiespecie, que podrá gozar de protección y reconocimiento como tal.

II.3. Derecho comparado en la materia

Uno de los casos más antiguos donde animales heredaron por testamento data de Francia, donde el cardenal y estadista Richelieu quien era dueño de catorce gatos, antes de su muerte realiza un testamento a favor de ellos incluyendo inmuebles, alimentos, cuidadores y una importante suma de dinero.⁸⁵

Sin embargo, noticias de animales que heredan provienen principalmente de Estados Unidos ya que su legislación permite que puedan recibir herencia. Uno de los primeros casos emblemáticos fue el de Choupette, la gata birmana del reconocido diseñador de moda Karl Lagerfeld, que falleció en 2019. Esta herencia incluyó propiedades, una parte de la fortuna de Lagerfeld y acuerdos de licencia e imagen, siendo una herencia de más de 200 millones de euros. Estos casos cuando se dieron a conocer generaron controversia y debate; algunos critican el hecho de que un animal herede y tal cantidad de dinero, mientras que otros lo ven como un acto de amor y gratitud hacia una compañera leal.⁸⁶

Asimismo, han aparecido casos en los que personas con grandes fortunas y nivel económico dejan su herencia a sus mascotas y los familiares del causante intentan privar a los animales del dinero por vía judicial. Existen leyes de protección en diferentes estados de Estados Unidos, de los derechos e intereses de las mascotas después de la muerte de la persona humana con quien compartía su vida. Permite que los animales hereden la fortuna del humano si este lo indica en el testamento. Sin embargo, obligatoriamente debe incluir el nombre de la persona que administrará el dinero en interés del 'animal-heredero'. También se prevee la posibilidad de reducir la suma heredada en el caso de que se pruebe que para su acomodada vida son suficientes menos finanzas. Esto último ocurrió, por ejemplo, en el caso de Leona Helmsley quien tras su muerte decide que su perra Trouble heredara 12 millones de dólares. Los familiares acuden a la vía judicial, logrando que el tribunal competente de Nueva York reduzca a dos millones la herencia correspondiente a Trouble.⁸⁷

III.. Conclusión. Solución propuesta

Muchas son las familias y cada vez más, las que incluyen en sus hogares a los animales, brindándoles protección, un hogar, convirtiéndose estos en miembros importantes de las familias y en muchos casos equiparado al hijo humano en la práctica y en el día a día, aunque legalmente sea complejo considerarlo como tal.

Por ello es entendible que exista la necesidad de poder incluirlos también como sus herederos, a estos seres con quienes han compartido su vida y conformado una familia. Así como compartieron el proyecto de vida deberían poder continuar protegidos y en buenas condiciones tras la muerte. Más aún en aquellos múltiples casos donde no existieran herederos forzosos, o la persona no cuente con familiares o por motivos personales no sería su voluntad que ellos dispongan de su herencia tras su muerte (siempre que esto no afectara las disposiciones y límites legales). Considero que tanto en cada escenario nombrado para ejemplificar, como en el caso que la herencia quedara vacante, escenario de mayor injusticia, donde la herencia pasaría a ser derecho del Estado (el cual es llamado en caso que no haya herederos aceptantes ni la totalidad de bienes haya sido distribuida por legados, conforme establece el art 2441 y ss del CCCN); sería justo y legítimo que estos seres sintientes y miembros de las familias pudieran también ser incluidos como herederos, siempre que sea la voluntad del causante. Sería tal vez exagerado pretender que se considere con la misma fuerza de un

⁸⁵ López, Elena M. (2020) ¿Puedo dejarle la herencia al gato? La Verdad Multimedia SA, España.

⁸⁶ Blog sobre Arquitectura y Decoración, SCATEC. “¿Quién heredó la fortuna de Karl Lagerfeld? España

⁸⁷ RT Noticias. (2011). “Las mascotas de Massachussetts podrán heredar la fortuna de su amo”.

heredero forzoso, pero sí es necesario y viable que puedan ser incluidos por disposición testamentaria o legado.

Por último, aunque las reformas y problemática planteadas tal vez no sean de resolución en el corto plazo, es igualmente importante mantener activa y presente esta deuda que se tiene con los animales, seres sintientes y sujetos de derecho no humanos y sumado a ello, considerando que necesitan de nuestra especial protección y acción al no poder defender sus derechos per se.

Como conclusión del trabajo se propone/recomienda:

1. Modificación legislativa en el Código Civil y Comercial que permita el reconocimiento de los animales como sujetos de derecho no humanos.

2. Modificación legislativa en materia sucesoria: reconocerles derecho a suceder por disposición testamentaria o legado. Esta modificación sería posterior y en caso de aprobada la 1era propuesta, y con los límites y requisitos legales a considerar.

3. Concientización de los animales como miembros de las familias y seres sintientes, desde tempranas edades. Capacitaciones en la materia desde las escuelas, institutos, etc; de sus derechos, el respeto que debemos brindarles. Y que también sea tema obligatorio de las casas de altos estudios (universidades). Reconociendo el trato digno, cuidado, respeto y protección que debemos brindarles.

Se concluye el presente trabajo invitando al análisis, reflexión, pero también anhelando contribuir a impulsar las medidas necesarias; ya que este reconocimiento legal no se agota en ser una mejor condición para ellos sino más bien un verdadero acto de justicia, hacia ellos y hacia la naturaleza misma.

“Estoy a favor del derecho de los animales, al igual que del derecho de los humanos. Ese es el camino de un ser humano completo”.- Abraham Lincoln

El silencio no es legislar. Embriones no implantados y su falta de regulación

Abog Leiria Matias Ezequiel

Colegio de Abogados de San Isidro

1. - Abstract – 2. Introducción - 3.- Inicio de la vida - 4. - Embriones no implantado. Posiciones encontradas – 5.- Análisis legislativo - 6.- Conclusión – 7. - Propuesta

1.- Abstract

La ley 26.994 sancionada con fecha 01 de octubre de 2014 y promulgada el 07 de octubre de 2014 tuvo un doble efecto. Por un lado, dio el puntapié inicial para que empezara a regir el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dando así inicio a una nueva era legislativa. Por el otro, obligando a los legisladores a que dicten la ley de protección especial de los embriones no implantados. Sin embargo, a la fecha dicho mandato continua sin cumplirse. Han pasado más de 8 años desde la sanción de la ley 26.994 y parece que seguiremos sin tenerla. Es necesario romper con ese silencio legislativo y dictar dicha ley de una vez y para siempre. El silencio legislativo es peligroso por cuanto deja al arbitrio judicial temas muy sensibles como es la naturaleza jurídica del embrión. Ello no puede ocurrir.

2.- Introducción

Durante las distintas sesiones que dieron origen a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo más debatido fue el artículo 19 donde se debatía acerca del inicio de la vida. Tales fueron las presiones de distintos sectores que dicho artículo fue reformado antes de la sanción, disponiendo que la vida comienza con la concepción y, dejando de lado todo lo concerniente al inicio de la vida en torno a las distintas técnicas de reproducción humana asistida.

Al respecto, cabe recordar que en el anteproyecto de código se contemplaba una dualidad en el comienzo de la vida. Una para el comienzo biologicista y otra para el comienzo producto del avance de la ciencia como es el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, consagradas como fuente filial, donde comenzaba con la implantación del embrión sin perjuicio de la ley especial de protección de aquellos embriones no implantados. Una legislación de ese estilo hubiera significado un gran avance y “(...) hubiera significado ubicar a nuestro país a la vanguardia entre los países más avanzados en el tratamiento de la materia”⁸⁸

Toda legislación gira en torno al comienzo de la vida y la referente a los embriones no implantados no es ajena a ello ya que su protección o desprotección ha de depender de cuando es que se considere que hay vida. Por ello, en la presente ponencia, abordaremos en primer lugar el comienzo de la vida, para luego introducirnos en lo referente a los embriones que se encuentran crioconservados y que aún no han sido implantados. Finalmente, analizaremos los distintos proyectos legislativos existentes para con ello ver si es posible brindar una solución a la incertidumbre existente en torno a si el embrión no implantado es o no persona y su eventual protección.

III.- Inicio de la vida

Como es sabido, con antelación a la reforma constitucional acaecida en nuestro país en el año 1994, el derecho a la vida no era tutelado de manera directa, sino transversalmente tal como sostiene Gabriela Nucciorone al decir “consideramos que Nuestra Constitución Nacional protege el derecho personalísimo a vivir, por vía de los arts. 18 y 19 especialmente (...)”⁸⁹, ahora pues tras la reforma constitucional, la vida se ha visto protegida no solo a través de los artículos

⁸⁸ Rempel, Noemi G. de. “*La Protección jurídica del embrión*”, Editorial Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, p.375

⁸⁹ Nucciarone, Gabriela A. “*El derecho personalísimo a la vida*” en Ghersi, Carlos A. “*Derechos personalismos*”, Editorial La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos, 2015, p.171

señalados anteriormente, sino también en razón de todos los instrumentos internacionales incorporados a nuestro plexo normativo con jerarquía constitucional como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 4.1 establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho es protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”⁹⁰

Cabe destacar que, si bien en la Convención se habla de concepción, a la luz de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el fallo “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”⁹¹, debe entenderse a la concepción como sinónimo de implantación del cigoto en el útero, siendo este momento cuando por primera vez interviene la mujer en el proceso de gestación, toda vez que es en ese momento cuando se produce el primer síntoma del embarazo. Esto sin perjuicio, de que la unión de los gametos puede darse en la mujer para el caso de la fecundación natural y fuera de ella en caso de la fecundación in vitro como en el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como dije anteriormente, el derecho a la vida se encuentra protegido desde la concepción, entendida por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como implantación, sin embargo, es dable destacar que no existe ninguna fase del embarazo que se llame concepción, siendo un concepto biológicamente vacío y como tal debe ser llenado jurídicamente. Este punto es trascendental y será el momento a partir del cual ha de comenzar la protección de la vida.

Al respecto, Bidart Campos⁹² sostiene que el hecho de que la Convención Americana prescriba que la ley protegerá el derecho a la vida, y “en general”, que lo protegerá desde la concepción significa que, según el tratado, lo único que éste tolera es que, excepcionalmente no se lo proteja desde la concepción (...). Ello en clara sintonía con la diversidad de teorías acerca de cuándo es que hay o no concepción o mejor dicho vida

En relación a lo expuesto, entiendo necesario plasmar las distintas posturas existentes. Por un lado, hay quienes consideran que hay vida desde la unión de los gametos; otros para los que hay vida a los catorce días desde la unión de los gametos. En igual sentido están quienes consideran que no existe vida autónoma hasta la formación de la corteza cerebral, es decir hasta las catorce semanas de gestación y, por último, quienes entienden que como en nuestro país está legislado cuando es que hay muerte, ley según la cual habrá muerte cuando deje de funcionar el encéfalo (artículo 23 de la ley 24.193), resultaría lógico pensar que habrá vida y como tal ha de protegérsela desde los 45 días de gestación, momento en el cual comienza a funcionar la cresta neural, origen del sistema nervioso central.

En suma, si uno pregunta cuantas vidas hay, lo más probable es que obtenga como respuesta que solo hay una vida, sin embargo, si pregunta cuando arranca dicha vida, la respuesta no será única. Esto se debe a que habrá tantas teorías sobre el comienzo de la vida como personas haya.

IV.- Embriones no implantados. Posiciones encontradas

La noción de vida guarda relación con la noción de persona. Es posible pensar que esa es la clave que está deteniendo el dictado de la ley de protección especial de los embriones no implantados que manda a sancionar el artículo 9 de la ley 26.994. Por consiguiente, si el embrión no implantado es o no persona, sumado a la falta de regulación al respecto hace que, en la actualidad, deba recurrirse a los tribunales para determinar el destino de aquellos embriones

⁹⁰ Texto disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

⁹¹ Texto disponible en http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

⁹² Bidart Campos, German. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo III, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 421 en Gil Domínguez, Andrés. Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 166.

crioconservados aún no implantados a la fecha. Así las cosas, analizaré las distintas posturas existentes entorno a los embriones crioconservados y no implantados.

IV.1.- El embrión no implantado como persona.

Quienes se enrolan bajo esta concepción basan su postura principalmente en base a los siguientes puntos:

- Los embriones no implantados tienen que tener la protección que debe tener todo ser humano por cuanto el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, no diferencia entre embriones implantados y no implantados.
- La vida humana comienza desde la concepción, entendida esta como la unión de los gametos femeninos y masculinos por lo cual independientemente de si se encuentra implantado o no implantado hay vida en ese embrión.
- La voluntad procreacional no habilita a tomar decisiones para quitar la vida de los embriones concebidos por técnicas de reproducción humana asistida.
- Debe interpretarse al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación conjuntamente con el artículo 17 del mismo cuerpo normativo por cuanto desde la unión de los gametos nace un nuevo cuerpo y dicho cuerpo a la luz del artículo 17.
- En tanto el artículo 57 del Código Civil y Comercial de la Nación prohíbe las alteraciones genéticas que se transmitan a la descendencia, remarca la personalidad de los embriones consagrando su dignidad.
- El fallo “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no resulta aplicable a nuestro país por cuanto Argentina no fue parte del litigio, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En todo caso, estaríamos ante una pauta a seguir, pero no sería más que una pauta.

Analizados los distintos argumentos expuestos ut supra, podemos llegar a una conclusión. No hay protección posible sin que se reconozca la dignidad presente en el embrión humano.

IV.2.- El embrión no implantado no es persona.

En contra partida, quienes no otorgan personalidad al embrión no implantado, se basan en:

- De conformidad con el fallo “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos concepción quiere decir anidación y no la unión de los gametos. Ahora bien, en tanto anidación no es un término tan utilizado conviene decir implantación, el cual guarda relación con las técnicas de reproducción humana asistida.
- No puede decirse que el embrión no implantado es persona por cuanto si así fuese su protección no debería surgir de una ley especial. Debería estar protegido desde el Código Civil y Comercial de la Nación y esto no ocurre.
- No puede interpretarse que el embrión no implantado es persona ya que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 regulan la donación de embriones, la crioconservación y reafirma la posibilidad de revocar el consentimiento hasta la transferencia del embrión a la persona. Si puede hacerse todo ello, es evidente que esta no estamos ante una persona. Cabe destacar que dicha normativa no ha sido tachada de inconstitucional.
- Si bien el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que la vida comienza con la concepción, lo cierto es que dicho artículo debe armonizarse con lo que establecen tanto el artículo 20 como 21 del mismo cuerpo normativo. ¿Puede haber concepción sin embarazo? A la luz del artículo 20 del Código Civil y Comercial, la respuesta negativa se impone. Por ello, debe entenderse a la concepción como anidación o implantación en los casos de técnicas de reproducción humana asistida. A su vez, siendo que es necesario que el nacimiento se produzca con vida para adquirir derechos y obligaciones, si esto no ocurre no puede hablarse de persona.

- El artículo 561 del Código Civil y Comercial permite la revocación del consentimiento hasta tanto no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Entonces si esto se encuentra permitido es claro que no estamos ante una persona ya que si fuera persona no podría revocarse el consentimiento.

En resumen, conforme una interpretación global, entrelazada y coherente del ordenamiento jurídico, esto es, teniendo en cuenta todas y cada una de las distintas fuentes normativas y el orden de prelación entre las mismas: la personalidad jurídica comienza, en los supuestos técnica de reproducción humana asistida, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Es decir, antes de ese momento, no puede decirse que el embrión sea persona.

IV.3.- Recurso de queja N° 1 – “P.A. y otro s/ Autorización”, expediente 7628/2021/1/RH1⁹³

La postura tomada por el Dr. Casal al momento de expedirse con motivo de la vista conferida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue tomada por quienes consideran al embrión como persona como una victoria, mientras que para quienes no piensan así fue considerado como una derrota. Ahora bien, si uno lee el dictamen ninguna de las posturas tiene razón, aunque la postura del Fiscal es más cercana a quienes consideran al embrión como persona. Me explico.

Entiende el Sr. Fiscal que la incertidumbre existente en torno a la naturaleza jurídica del embrión no implantado obedece en gran medida a la influencia de una interpretación amplia en relación para con esas normas federales que garantizan la protección de la vida humana desde su concepción, sin embargo, es al poder legislativo a quien le compete poner fin a esa incertidumbre.

Ahora bien, ¿por qué el dictamen puede considerarse como una victoria para quienes consideran que el embrión no implantado es una persona? Esto es así porque si bien el Dr. Casal entiende que quien debe poner fin a la incertidumbre es el poder legislativo y no el poder judicial, agrega que existen normas federales cuya interpretación amplia harían las veces de límite para con esa nueva legislación que se pretenda sancionar por cuanto dichas normas constituyen el contenido mínimo y constitucionalmente asegurado de los compromisos de protección de la vida humana. Quienes consideran que el embrión es persona entienden que cualquier transgresión a esos límites implicaría que la ley sea inconstitucional y por ende no cabría otra concepción que la que ellos entienden.

¿Son personas? ¿Son cosas? ¿Que son? Esas son las preguntas que nos quedan pendientes si uno analiza las distintas posturas. Como puede verse no hay nada definido y por ello, es necesario cesar con esta incertidumbre.

V.- Análisis legislativo

Habiendo analizado las distintas posturas existentes en torno a la naturaleza jurídica del embrión crioconservado y no implantado entiendo necesario ver cómo es que esas posturas fueron plasmadas en los distintos proyectos legislativos tendientes a cumplir con la manda establecida en la ley 26.994 y ver si las preguntas planteadas en el final del apartado anterior obtienen respuesta. Para ello, si bien han existido varios proyectos sobre la temática con anterioridad a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, solo he de analizar aquellos propuestos con posterioridad o en simultáneo con su sanción, tanto por ante la Cámara de Diputados como por ante la Cámara de Senadores de la Nación.

Embrión concebido como persona / ser humano: De los distintos proyectos legislativos analizados encontramos dentro de esta postura a los proyectos 8210-D-2014, S-3639/14 y 8147-D-2014. Para estos proyectos el embrión no implantado es persona por cuanto entienden que la vida comienza con la concepción y que esto implica reconocer su vulnerabilidad, razón por la que necesita ser protegido. Asimismo, entienden que cualquier legislación que pretenda ir en contra de que la vida comienza con la concepción entendida como la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide, es ir en contra de la voluntad del pueblo argentino consagrado en el

⁹³ Disponible en [CIV 7628 2021-1- RH1 \(mpf.gob.ar\)](http://mpf.gob.ar/CIV_7628_2021-1-RH1)

artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación. Finalmente, resaltan que todos los embriones (implantados y no implantados) tienen un estatus y dignidad de ser humano, no haciendo distinción entre ellos. En resumen, los embriones son vidas humanas y por ello deben ser protegidos.

Silencio legislativo: En el proyecto S-1320/16 se observa una característica distintiva en relación a aquellos que o consideran al embrión no implantado como persona o no le otorgan esa naturaleza. Esta es que no determina la naturaleza jurídica del embrión no implantado. Solo entiende que los embriones deben ser protegidos y para ello, es necesario prohibir la crioconservación. Este proyecto al pretender prohibir la crioconservación de embriones está yendo en contra de la fecundación in vitro y como consecuencia de ello de una de las técnicas de reproducción humana asistida más utilizada en el país.

Embrión no concebido como persona / ser humano: Tanto los proyectos 4058-D-2014 como 0091-D-2017 y 1541-D-2019 se inclinan por considerar que los embriones no implantados no son personas, aunque igual merezcan protección. Para así entender no solo se basan en lo decidido en el fallo “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino también que si la protección debe ser otorgada por fuera del Código Civil y Comercial de la Nación mediante una ley especial es porque no pueden ser considerados como personas.

Otro punto a destacar por fuera de la categorización que pueda hacerse es el grado de protección que brindan los distintos proyectos. Mientras aquellos que consideran al embrión como persona brindan una protección mínima, los otros otorgan un mayor grado de protección.

Finalmente, cabe decir que a la fecha ninguno de los proyectos analizados cuenta con estado parlamentario. Esto se debe a que la naturaleza jurídica del embrión no implantado o crioconservado es un tema tan controversial y significativo para la vida social. Pareciera que como sociedad no estamos preparados para dar esta clase de debates de raigambre ética y moral y por ende seguimos sin saber de qué hablamos cuando hablamos del embrión no implantado.

VI.- Conclusión

Las técnicas de reproducción humana asistida no solo han contribuido a la concreción de derechos, sino que han traído consigo una serie de dilemas morales y éticos que como sociedad debemos enfrentar si queremos ser una sociedad a la altura del siglo en el que vivimos. Si bien parte de esos dilemas ya han sido superados, la naturaleza jurídica del embrión no implantado pareciera ser un tema tabú.

Pareciera ser que no estamos preparados para dar esa discusión y el silencio legislativo sobre la materia así lo demuestra. Hace ya casi 10 años que deberíamos haber dictado una ley de protección especial para los embriones no implantados y sin embargo no lo hemos hecho. ¿Por qué? Esa es la pregunta clave. La respuesta no está clara, pero hemos avanzado mucho en nuestra legislación, como para tener miedo ahora.

El silencio no es legislar. El silencio normativo no hace más que aumentar la incertidumbre que existe sobre el tema y nos obliga a determinar la naturaleza jurídica de los embriones no implantados en los tribunales con el peligro que ello conlleva.

VII.- Propuesta

Ante este panorama, ¿Existe solución a esta falta de legislación e incertidumbre? Entendiendo que es necesario dejar de lado el silencio legislativo existente en nuestro país y para ello propongo:

Se encomiende al Poder Legislativo Nacional cumplir con la manda establecida en el artículo 9 de la ley 26.994 y se dicte la ley de protección especial de embriones crioconservados y no implantados, dejando de lado el silencio legislativo existente hasta el momento a más de 9 años de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

La compensación económica en el derecho argentino: Análisis de aspectos no regulados

Abog Rubio, Eliana N.

Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín

Abstract: Esta ponencia se propone analizar brevemente los vacíos jurídicos en la figura de la compensación económica en nuestro ordenamiento, exponiendo las diferentes posturas doctrinarias al respecto y señalando las dificultades en la práctica jurídica.

Propuesta:

I) Trabajo en conjunto de los Colegios de la Provincia con los Juzgados de Familia para poder estudiar y recabar información de incidentes sobre Compensación Económica, a los fines de obtener datos concretos de cuales “ausencias” son las que provocan mayor cantidad de conflictos.

II) Con los datos recabados, realizar un Dossier de prácticas jurídicas sobre compensaciones económicas.

I.-INTRODUCCION:

A partir de su sanción en el año 2015, el Código Civil y Comercial incorporó en nuestro derecho la figura de la compensación económica. Esta institución novel la podemos encontrar en el libro dedicado al derecho de las familias, cuando se regulan los efectos del divorcio y el cese de las uniones convivenciales. Así, detectamos una importante diferencia respecto a otras figuras que se incluyeron acorde con las necesidades sociales actuales: el legislador no le dedicó a las compensaciones económicas un apartado que las regule de forma completa, autónoma y detallada. Por el contrario, se refiere a la figura solamente en cuatro artículos de todo el cuerpo normativo.

Está acotada regulación de la compensación económica provoca que determinados aspectos no contemplados de la figura caigan en un vacío legal, que tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional intentan suplantar con su labor, aunque con posturas disímiles entre sí y en consecuencia dejando a las partes involucradas vulnerables ante las incertidumbres e inseguridades jurídicas.

El presente trabajo se propone analizar ciertos aspectos no regulados de la compensación económica en el código civil y comercial de la nación. Para ello, comenzaremos con un breve desarrollo de su concepto, finalidad, naturaleza jurídica y fundamentos, así como los antecedentes jurídicos y derecho comparado, ya que consideramos necesario comprender los debates sobre estos puntos para luego poder abordar las disyuntivas sobre los vacíos legales, sus repercusiones en la práctica judicial y concluir por cuáles son las consecuencias de tal silencio legislativo.

II.- Concepto y finalidad de la figura:

La institución de la compensación económica es una figura novedosa en nuestro derecho pero también podemos caracterizarla como compleja. Hace solo ocho años de su regulación y ya causó múltiples disidencias en el ámbito jurídico, desde sus fundamentos, su naturaleza jurídica, la interpretación de sus pautas, las diferencias entre regímenes de matrimonio y uniones convivenciales, entre otros tantos aspectos que fueron surgiendo en la práctica.

La figura se receptó en el Libro Segundo sobre las relaciones de familia. En el Título I (Matrimonio), Sección 3ª sobre los efectos del divorcio. En su artículo 441 se establecen los requisitos de procedencia para la fijación de la compensación económica; dice expresamente: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo indeterminado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.” En el artículo 442 se establece la

fijación judicial de la compensación económica ante la falta de acuerdo de los cónyuges y enuncia pautas no taxativas a tener en cuenta por el juez para determinar la compensación. Entre estas pautas enumera el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y fin de la vida matrimonial, la dedicación brindada a la familia, a la crianza y educación de los hijos, edad y estado de salud, capacitación laboral y posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación, colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, atribución de la vivienda familiar y naturaleza de los bienes. Asimismo, establece el plazo de caducidad para reclamar la acción, que es de unos seis meses desde la sentencia de divorcio.

De manera similar, está regulada la figura para las uniones convivenciales y sus efectos, estableciendo en el artículo 524 los requisitos para la admisibilidad de la acción y el modo de pago repitiendo las modalidades utilizadas en el régimen del matrimonio. Mientras que el artículo 525 regula la fijación judicial de la compensación y la caducidad de la acción, que también es un plazo de seis meses, pero desde el fin de la convivencia, ya sea cualquiera de las causas que enumera el artículo 523.

Aunque el legislador decidió no incorporar una definición de la institución en el Código, la doctrina está de acuerdo en conceptualizar la compensación económica a través de lo que el mismo artículo 441 expresa. A decir de Molina de Juan, “es una institución jurídica que propicia la superación de la injusta pérdida patrimonial que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges. Desaparecida la comunidad de vida y la contribución en las cargas del hogar que permitían que ambos gozaran del mismo estándar, afloran los niveles económicos y sociales correspondientes a los recursos y las posibilidades que cada uno tenía y ha podido forjar en razón de la peculiar división de funciones llevada adelante durante la vida matrimonial.”⁹⁴

A su vez, Venini señala que “la compensación económica busca reparar las consecuencias económicas de la ruptura y las desigualdades que pueden haberse generado durante el matrimonio o la unión libre por los diferentes roles asumidos por los integrantes de la pareja, lo cual permite al que quedó en una situación de inferioridad con relación al otro contar con los medios que le posibiliten reinsertarse en el mercado laboral y rearmar un nuevo proyecto de vida.”⁹⁵

De tal manera, podemos definir a la figura de la compensación económica como una herramienta, a decir de Lorenzetti, un “valioso mecanismo con perspectiva de género”, debido a que el sistema de distribución de roles afecta mayormente a las mujeres.⁹⁶

III.-Antecedentes Jurídicos y Fundamentos:

No existen antecedentes jurídicos expresos de la compensación económica en nuestro derecho, pero si podemos encontrar cierta aproximación al principio de solidaridad familiar y equidad en la que se fundamenta la figura. A decir de Solari “podemos señalar como antecedentes en nuestro derecho una referencia indirecta, consistente en una especie de alimentos que se contemplaba a favor del cónyuge inocente tanto en la separación personal como en el divorcio vincular; y dos referencias directas, que contemplaban específicamente la inclusión de la institución de las denominadas compensación económica: se trata de un precedente judicial y de un proyecto legislativo”.⁹⁷

De estos referentes, cabe destacar el precedente judicial: un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 2009. La situación fáctica era un divorcio, con causal objetiva, donde la cónyuge padecía una enfermedad neurológica afectante de la capacidad

⁹⁴ MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género”, RDF N°57, Abeledo Perrot, noviembre de 2012, p. 189.

⁹⁵ VENINI, Guillermina, “Las compensaciones económicas en el nuevo Código Civil y Comercial” DFyP, junio de 2015, La Ley.

⁹⁶ LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni.

⁹⁷ SOLARI, Nestor E., “Compensación económica, Análisis y elementos procesales para su interpretación”, Ed. DyD, 2023

motriz, necesitaba de acompañante terapéutica, no tenía inserción laboral y se había dedicado de lleno durante el matrimonio a las tareas domésticas y a la crianza de los hijos. Por lo cual, en su voto el Dr. De Lazzari dijo que el divorcio declarado bajo la causal objetiva, en situaciones como esa, haría sufrir a la cónyuge “un desequilibrio económico en relación con la posición del otro cónyuge como consecuencia del cese matrimonial, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio” y pone en jaque al sistema jurídico vigente al momento respecto a la causales del divorcio, añadiendo que “una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, ante la ausencia de legislación infraconstitucional que aminore las consecuencias adversas cuando se vivenciaron las circunstancias antes expuestas determina que la respuesta al recurso planteado no sería suficiente si no se agrega otro tipo de consideraciones... en función del principio con arreglo al cual se efectivice la igualdad y el equilibrio entre hombre y mujer en las relaciones de familiares, así como de principios de cumplimiento de las obligaciones internacionales, con base en los tratados internacionales con jerarquía constitucional... se han ido abierto paso en la moderna doctrina las denominadas compensaciones económicas consistentes en contemplar una pensión por desequilibrio como una prestación pecuniaria a favor del cónyuge que realizó sacrificios patrimoniales directos o indirectos a causa de la relación patrimonial”⁹⁸

En cuanto al antecedente legislativo mencionado, el proyecto 259-D-2006, buscaba incluir la institución de la Compensación en el Código Civil, a través del artículo 206 bis y el artículo 206 ter, sin embargo esto no se llevó a cabo.⁹⁹ Finalmente, volvió a tratarse la figura con el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, donde se fundamentó la inclusión de la institución de la siguiente manera: “El anteproyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no es causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que, para aminorar un desequilibrio manifiesto, los cónyuges acuerden o el juez establezca compensaciones económicas”. En la misma forma, al referir a la compensación en las uniones convivenciales, el Anteproyecto en sus fundamentos dice que se extiende a estas ante un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación a causa de la convivencia y su ruptura”

Así, en principio, el fundamento de la institución es la solidaridad familiar, sin embargo autores como Mizhari plantearon que “al poner el acento en la solidaridad familiar, se omite lo esencial, que precisamente viene a justificar en plenitud la compensación económica plasmada en la legislación”. Para este autor, es insuficiente acudir a un concepto tan general, porque en la compensación media una causa concreta y específica; es una herramienta para paliar un empobrecimiento injusto y manifiesto que sufrió uno de los cónyuges y que, por ser injusto, no tiene base legal y amerita el reclamo para lograr el equilibrio perdido.¹⁰⁰

Acorde a esta postura Sambrizzi dice: “Y en cuanto a los fundamentos que justifican la compensación económica, sin perjuicio de reconocer que son varios los admitidos, por nuestra parte nos inclinamos por considerar a la *equidad* como el principal de ellos, ya que parece equitativo que en el supuesto de la persona que en razón del matrimonio ha sacrificado su desarrollo económico por cualquier circunstancia —como podría ser, por ejemplo, el cuidado del hogar o de los hijos— y que durante la convivencia vivía con un determinado nivel de vida, colaborando con su cónyuge en las tareas necesarias que resultan de la relación conyugal —lo que corresponde presumir—, si con motivo de la ruptura sufre un desequilibrio económico relevante que la ponga en una situación económica difícil en cuanto a su supervivencia en forma

⁹⁸ “L., A. B. C. C., E. L. Divorcio contradictorio. Beneficio”, del 25/11/2009, voto Dr. De Lazzari.

⁹⁹ SOLARI, Néstor E., “Compensación económica, análisis y elementos procesales para su interpretación”, Ed. DyD, 2023

¹⁰⁰ Mizhari, Mauricio L. “La compensación económica en el divorcio y las uniones convivenciales”, La ley, 2018.

digna, que no pueda superar por sí ya sea en forma pasajera o definitiva, sea compensada de manera tal que de alguna forma supla, ya sea en todo o en parte, ese desequilibrio.”¹⁰¹

En la misma línea de autores que reconocen el principio de equidad como fundamento podemos mencionar a Fama, Venini, Lloveras, Orlandi, Faraoni, Molina de Juan, Mizhari, Iturburu, Jauregui. Y en cuanto a la jurisprudencia, a la Sala L de la Cámara Nacional Civil, que se ha expresado; “de esta manera la compensación económica constituye una derivación de la justicia y la equidad y porta en su esencia una dosis muy alta de perspectiva de género...”¹⁰²

IV.- Naturaleza Jurídica:

Es de vital importancia precisar la naturaleza jurídica de la compensación económica. Esto nos permite comprender sus fundamentos, poder interpretar y determinar la aplicabilidad de la norma, sobre todo cuando no todos los aspectos de la figura se encuentran regulados. La doctrina está dividida entre quienes consideran que la naturaleza jurídica de la compensación es alimentaria, otros en que es indemnizatoria o que es un enriquecimiento sin causa. También existe otra postura, que propone que la naturaleza de la compensación económica es sui generis, es decir, que es una institución autónoma del derecho de las familias.

En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se dijo: “Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios o el enriquecimiento sin causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas. Aunque comparte algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro), su finalidad y la forma de cumplimiento es diferente. Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación”.

Basándonos en los fundamentos está claro que la postura del legislador era darle autonomía a la compensación económica, convirtiéndola en una figura sui generis. Sin embargo, en la práctica se generan interrogantes, como sucede en el derecho extranjero al momento de su aplicación, donde la figura termina adoptando caracteres notoriamente alimentarios o indemnizatorios. El sector de la doctrina que apoya la postura de los fundamentos nacionales, explica que esto se debe a las diferentes realidades sociales, culturales y/o económicas de cada país¹⁰³.

V.- Aspectos no regulados en el Código Civil y Comercial.

Es evidente que, con solo cuatro artículos regulados, surjan interrogantes en la práctica jurídica al momento de tratarse la acción, como por ejemplo, cuál será el método de cálculo adecuado para la fijación de la compensación; podemos encontrarnos con que ya establecida la compensación (por convenio o judicialmente), una de las partes manifieste dificultades económicas y peticione para que mute el monto de la condena, o habrá supuestos donde el deudor de la obligación nos consulte, si es viable el cese o transmisión de la obligación si algo le sucede. Ante estos aspectos no regulados, se desarrollaron en la doctrina diferentes posturas, generalmente encontrándonos con una que admite el efecto, otra en contra de la admisibilidad y un criterio mixto.

Respecto a la cuestión del método de cálculo para fijar la compensación económica, sobre todo en el caso de determinaciones judiciales, se han establecido tres marcadas posturas, como la propuesta en las Jornadas de Derecho Civil de Bahía Blanca del año 2015, por el Dr. Yrigoyen Testa, que planteo un método de cálculo matemático a los fines de que el resultado sea objetivo y correcto, evitando inseguridades por el subjetivismo de los juzgadores e incertidumbres en los litigantes. Esta fórmula consiste en determinar su monto a través del

¹⁰¹ SAMBRIZZI, Eduardo A, “Requisitos de la procedencia de la compensación económica en el divorcio”, La Ley, 2022.

¹⁰² CNCiv., Sala L., 30/6/2021, “P.B.,L.B.c./L,R.M.”

¹⁰³ AZPIRI, Jorge O. “Derecho de Familia”, Hammurabi, 2019. GIOVANETTI, “Compensaciones económicas derivadas del matrimonio y la unión convivencial” DFyP, La Ley, 2017, MIZRAHI, Mauricio L. “ La compensación económica en el divorcio y las uniones convivenciales”, La Ley, 2018

cómputo de tres grandes rubros: i) el valor de la pérdida de chance de mayores ingresos a causa del matrimonio; ii) la diferencia patrimonial relativa a la finalización del matrimonio, y iii) el valor presente del equivalente económico por la atribución de la vivienda familiar. También en defensa de esta postura, la doctrina autoral y la jurisprudencia han remarcado que el Código Civil y Comercial utiliza cálculos matemáticos para establecer el monto de indemnizaciones por lesiones o incapacidad física o psíquica.¹⁰⁴

Sin embargo, otra parte de la doctrina, a pesar de reconocer los beneficios de un cálculo matemático, no está de acuerdo con aplicar este método ya que generaría una despersonalización del juicio, justificando que la realidad suele superar estos análisis, que deberían ser específicos por la complejidad propia de los vínculos familiares. Para estos autores, el criterio subjetivo es el correcto para realizar un cálculo integral sobre la materia de compensación económica, donde se establezca el monto según la prudencia judicial, ponderando las circunstancias de cada caso en concreto según la prueba aportada.¹⁰⁵

Y finalmente, hay una tercera postura que aplica ambos elementos: el cálculo matemático y la interpretación subjetiva de los jueces, conocida como "criterio mixto". Esta posición, parte de la base que hay múltiples factores externos como internos, (posibilidades de estudio y trabajo, salarios, salud, condiciones de mercado, variables económicas de la época, lugar donde se desarrolla), que hacen imposible un cálculo completamente objetivo por fórmulas matemáticas al depender de estos elementos variables y personales de cada familia.

Coincidimos con Pellegrini, al expresar que "Sin dudas, la cuantificación de la compensación económica sigue siendo una cuestión difícil, espinosa. La particular naturaleza jurídica de esta figura dificulta la aplicación de fórmulas matemáticas estandarizadas, pues no siempre es posible asignar un valor a las variables requeridas para que la fórmula funcione. Pero la función judicial exige un mayor despliegue y precisión argumentativa que el mero uso de fórmulas retóricas, como "resulta prudente", "justo" o "equitativo"; sin desconocer la también probable ausencia de argumentación en los planteos que los abogados y abogadas realizan al demandar una compensación económica."¹⁰⁶

En tal sentido, podemos señalar un escenario posible en la práctica, y es que ante los diferentes criterios a implementar por los magistrados, los abogados y abogadas opten por la determinación judicial o por convenio, según la estrategia más favorable para sus patrocinados, ya que los montos podrían variar acorde a un criterio subjetivo del juzgador o de cálculo matemático, chocando contra los principios del derecho de familias, como la buena fe y los que promueven la conciliación y la etapa previa.

En el presupuesto de la mutabilidad, el código no establece la posibilidad o prohibición de modificar el monto o la forma de pago con posterioridad a su fijación, ya sea por convenio o judicialmente. Nuestro legislador no incorporó del derecho comparado, como es el caso del Código Civil Español, la posibilidad de modificación del monto por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge, aun en supuestos de haberse fijado por las partes, donde puede modificarse con un nuevo convenio. También en el derecho francés se establece la posibilidad de revisión del monto por el deudor en caso de cambios importantes en su situación y el juez puede de forma excepcional y fundadamente autorizar a un pago con mayor duración que la prevista. En el caso del derecho alemán se prevé la modificación, para los casos en que el monto resulte gravemente contrario a la equidad.

Por supuesto, la doctrina nacional está dividida al respecto entre quienes consideran que es inviable modificar el monto o forma de pago posteriormente, porque se confundiría la

¹⁰⁴ PELLEGRINI, Maria Victoria, "Dos preguntas inquietantes en la compensación económica", www.pensamientocivil.com, doctrina 2018.

¹⁰⁵ MIZRAHI, Mauricio L. "Compensación económica, pautas, calculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad", DFyP 2018.

¹⁰⁶ PELLEGRINI, Maria Victoria, "Dos preguntas inquietantes en la compensación económica", www.pensamientocivil.com, doctrina 2018.

naturaleza jurídica de la compensación con los alimentos, considerando que la mutabilidad es una característica propia de estos, y además, tratar una modificación generaría conflictos entre los ex cónyuges o convivientes. Por el contrario, la postura favorable a la modificación concluye que en ciertas circunstancias excepcionales sería viable el pedido de modificación, en resguardo de los principios de solidaridad familiar como de equidad. Mizhahi basándose en el principio de que ningún derecho es absoluto, nos dice que la inmutabilidad es la regla, pero que habrá supuestos en que si no se acepta la modificación será el acreedor quien tendrá un enriquecimiento injusto y no el obligado al pago de la compensación económica.¹⁰⁷ Por supuesto, el mayor conflicto surge cuando el pago es por renta mensual, donde la variable del tiempo puede cambiar las circunstancias originarias de determinación del monto o forma de pago, sobre todo en economías imprevisibles con crisis, tasas altas de inflación o devaluación, como en nuestro país. Consideramos injusto, (sin importar el modo en que la compensación se determinó), que la acreedora vea devaluada su compensación entre cuotas, así como una actualización del monto que se vuelva insostenible, provocando un enriquecimiento sin causa y un perjuicio en el deudor.

En cuanto al cese como modo de extinción de la obligación de compensación, la doctrina llega a un acuerdo respecto a que el legislador debió regularlo, así como lo ha hecho con otras figuras. Sin embargo, al momento de analizar con profundidad cuáles podrían ser las circunstancias fácticas que provoquen el cese, las posturas vuelven a ser disímiles. El debate se intensifica respecto a la posibilidad de una nueva unión convivencial o matrimonio como motivo de cese. Es que, en este supuesto, nos encontramos con un límite a la libertad de las partes a que puedan rehacer su vida, dejándolas sujetas al vínculo anterior. Desde la otra postura, es considerado un abuso del derecho que el deudor siga cumpliendo la obligación, cuando la circunstancia de vulnerabilidad que le dio origen, ha variado sustancialmente. En estos supuestos, creemos que dependerá de la prueba a aportar al juzgador, de si realmente hay un abuso. Un nuevo matrimonio o unión, no es indicador de una mejora en la situación patrimonial de una persona.

Otra situación fáctica posible y propia de las obligaciones de contenido patrimonial (y en relación con la mutabilidad), es el cambio de las circunstancias económicas. Para algunos autores como Solari, la modificación en el patrimonio del deudor o acreedor no debería considerarse una causal de cese, mientras que para Calcaterra y Azpiri, la finalidad de la compensación económica se extingue si la vulnerabilidad desaparece.¹⁰⁸

Por último, analizaremos los casos donde la compensación económica se vincula con el derecho sucesorio. Rolleri señala que los herederos suceden al causante en todas sus obligaciones, siendo deudores de lo que este era deudor, por lo tanto su obligación de pago en principio, persiste y se transmite a ellos.¹⁰⁹ Mizrahi, considera que si la compensación económica es un derecho puramente patrimonial, el derecho de reclamar compensación económica del acreedor, es transmisible a sus herederos.¹¹⁰ En estos supuestos, es donde la naturaleza jurídica de la institución, así como la visión de los magistrados sobre la misma, será determinante, porque ante un magistrado que falle interpretando que el fin de la compensación, es que la otra parte pueda superar la vulnerabilidad, el desequilibrio causado y lograr una independencia económica, probablemente denegara la transmisibilidad del derecho, inclinándose por una postura “alimentaria” o intuitu personae, de la compensación.

¹⁰⁷ MIZRAHI, Mauricio L. “Compensación económica, pautas, calculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad”, DFyP 2018.

¹⁰⁸ SOLARI, Néstor E., “Compensación económica, análisis y elementos procesales para su interpretación”, Ed. DyD, 2023

¹⁰⁹ ROLLERI, Gabriel G, “Observaciones sobre las compensaciones económicas”, DFyP, La Ley, Octubre 2014

¹¹⁰ MIZRAHI, Mauricio L. “Compensación económica, pautas, calculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad”, DFyP 2018.

VI-Conclusiones:

Es un gran avance que nuestro derecho interno receptorá la figura de la compensación económica. Sin embargo, es imposible negar que la institución tiene diversas problemáticas en la práctica, debido a los vacíos legales al momento de su regulación. Cualquiera haya sido el motivo de este silencio legislativo, al buscar una solución a estas cuestiones, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha optado por posturas que provocan una grave incertidumbre jurídica a quienes intervienen en este tipo de reclamos. Si bien el derecho de las familias se distingue por su especificidad, sería beneficioso que ciertos criterios se unificaran, a los fines de no caer en subjetividades o en estrategias reprochables para evitar juzgadores, al conocer sus criterios. En definitiva serán las abogadas y abogados quienes tendrán que estar atentos al momento de realizar acuerdos, y los jueces al homologarlos, para que no se provoquen desgastes en los entornos familiares y un mayor dispendio judicial a través del inicio de incidentes. Aún en los casos de las determinadas judicialmente, donde se deberá prestar especial atención a los criterios de interpretación al caso concreto, para que no se desvirtúe la figura y se transforme en una indemnización, un alimento post separación o un enriquecimiento sin causa.

Derecho al vínculo filial pluriparental, inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del Art. 558 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Abog Santillan Estrella Josefina.

Colegio de Abogados de San Isidro

I.- Resumen - II.- Introducción. - III.- Noción de familia según el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina - IV.- Regla del doble vínculo filial según el art. 558 CCyCN - V.- Crítica doctrinaria a la regla del doble vínculo filial - VI. - Concepto de Derecho al Vínculo Filial Pluriparental - VII.- El problema jurídico y la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 del CCyCN - VIII.- Primeros antecedentes - IX.- Conclusión Final - X.-Propuesta.

I.-Resumen.

La sociedad caracterizada por su dinamismo ha producido cambios e impactos transversales en el mundo del derecho. Tanto que dio origen a una nueva noción, el de la pluralidad, trasladada al derecho de familia, la pluriparentalidad se trata de una familia integrada por más de dos progenitores y sus hijos. Es consecuencia de la permeabilidad de las relaciones socioafectivas en el derecho, por lo tanto, exigen su reconocimiento en la norma.

En la actualidad la familia es consagrada por la Constitución Nacional en un sentido integral y socialmente, la familia en su amplitud fue aceptada. En este sentido fáctico las familias pluriparentales han logrado atravesar barreras y desenvolver sus roles como familia constituida, donde cada uno cumple su rol, identificado, autopercebidos, consensuados y vivido. Pero en el derecho interno aún hay aristas que no logran receptor los derechos correspondidos a los fines de poder ejercerlos.

La afectación se debe a que en la norma interna no se reconoce tal derecho, el CCyCN en el art. 558 prescribe que “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”, evidenciando una formula binaria que considera como inaceptable a la filiación pluriparental.

El problema jurídico puede presentarse en cualquier momento de la vida de una persona, cuando sea menor de edad, donde por circunstancias de la dinámica familiar la persona reconstruyó vínculos que forman parte de su propia historia personal y familiar, y consecuentemente manifieste el deseo de agregar un tercer vinculo filial por considerarlo parte de su identidad; cuando la persona sea mayor de edad; o cuando sea la familia del menor, quien desee como familia pluriparental inscribir a su hijo o hija con los apellidos de cada uno de los padres o madres.

II.- Introducción.

Cuando se piensa en vínculos filiales se suele relacionar a una persona y sus dos progenitores, forma binaria que es receptada por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, bajo el Título V, en el Capítulo 1 de las Disposiciones generales, en el art. 558 que dice “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”, este artículo solo considera y limita el derecho de las personas a contar solo con dos vínculos filiales, vulnerando el derecho de aquellas que quieran acceder a tener más de dos vínculos, es decir el vínculo filial pluriparental, tornando al art. 558 inconstitucional y anticonvencional por no contemplar aquel derecho fundamental de identidad del nombre, por ser restrictiva y limitativa.

Puntualmente el art. 558 del CCyCN no recepta tal derecho fundamental, ocasionando un menoscabo a una serie de derechos humanos caracterizados por ser correlacionados, tales como, la identidad personal, el nombre, la integridad, libertad de pensamiento y de expresión, la vida familiar, igualdad, la no discriminación, la personalidad jurídica, afectando a un derecho transversal en todos ellos, la dignidad personal. El planteamiento resulta relevante por el alcance de los derechos inmiscuidos, sobre todo teniendo en cuenta la visión constitucional-

convencional que se ha adoptado a partir de la Reforma Constitucional de 1994 en donde se incorporó a los tratados internacionales de derechos humanos al art. 75, inc. 22.

Lo que lleva a formular la siguiente pregunta investigativa: ¿resulta constitucional y convencional la falta de reconocimiento del derecho al vínculo filial pluriparental en el texto del Código Civil y Comercial de la Nación?

III.- Noción de familia según el CCyCN y la Constitución Nacional.

En el anteproyecto del CCyCN se vislumbró la necesidad de que se debía estar en consonancia con las tendencias y forma de ser de la sociedad a la que se destina a regular, para guiar las relaciones jurídicas entre sus integrantes. Es por esta razón que el anteproyecto se presentó como un Código con identidad cultural latinoamericana, para una sociedad multicultural, que dispone un marco regulatorio para conductas sociales que no pueden desatenderse, basado en un paradigma no discriminatorio, en donde la palabra hombre se tiene en términos de igualdad sin distinciones en lo referido en el sexo, religión, origen o su riqueza¹¹¹.

En el mismo sentido en los fundamentos del CCyCN se menciona que en miras de regular a la sociedad multicultural se ha adoptado importantes decisiones que incorporaron las normas, como ser las relativas a la filiación que toman en cuenta a la fecundación in vitro, así como también al régimen legal de las personas menores de edad, en cuanto al matrimonio que regula efectos del sistema igualitario receptado por el legislador y las opciones de poder elegir un régimen patrimonial, y las uniones convivenciales como un fenómeno social cada vez más presente¹¹².

La noción de familia en los bloques de constitucionalidad tradicionales fueron amplificados de manera notoria a partir de la consagración de nuevos derechos y garantías propios de la tercera y cuarta generación, de igual forma la constitucionalización de las garantías se ha expandido a raíz de profundas reformas constitucionales que Latinoamérica ha dado como surgimiento nuevas cartas, como ser la Constitución Federal de Brasil en 1988 y sus enmiendas, la Constitución Política de Colombia en 1991, nuestra Constitución Nacional Argentina en 1994 y la de Venezuela en 1999¹¹³.

Esta evolución significó un fuerte impacto en el derecho de familia al imponerse una relectura de sus disposiciones a la luz de los textos constitucionales y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, por tratarse de una sociedad democrática que se descubre caracterizada por el pluralismo, el espíritu de apertura y tolerancia, reconocedora de las familias pluralistas y democráticas. La constitucionalización de garantías en su amplitud ha incorporado los derechos referidos a la familia como reflejo de los derechos que emanan de las convenciones y tratados internacionales.

El reconocimiento en la carta magna descubre a las garantías no como meros enunciados y disposiciones procesales, sino que se dispone como el camino más adecuado para lograr concretar el correcto proceso legal. La Constitución Nacional Argentina adoptó una noción constitucional de familia desde una mirada amplia que responde a tipos flexibles de familia, sensibles y que logra adaptarse de forma rápida a los constantes cambios sociales.

En su art. 14 bis la Constitución al referirse de manera general a la protección integral de la familia, enuncia respecto de ella, una clasificación satisfactoria acorde a las realidades dinámicas apartándose de una definición de la calidad pética por comprender que se trata de

¹¹¹ Cfr. PONTORIERO, María P. (2012). "Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N°884/2012 y Proyecto de ley de aprobación", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, C.A.B.A., Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p.3.

¹¹² Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Fundamentos, Aspectos Valorativos. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

¹¹³ Constitución de la República Federativa del Brasil. [CRFB]. 5 de octubre de 1988. (Brasil). Puede consultarse la CRFB y sus enmiendas en <https://bit.ly/3C8kY7i>; Constitución Política de Colombia. [CPC]. 4 de julio de 1991. (Colombia); Constitución de la Nación Argentina. [CN]. 22 de agosto de 1994. (Argentina) y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [CRBV]. 20 de diciembre de 1999. (Venezuela).

un término sociológico y por lo tanto dinámico, de esta forma la norma funciona como el piso mínimo y brinda un amparo abarcativo que eleva a la familia a la jerarquía de sociedad primaria y de núcleo fundamental¹¹⁴.

IV.- Regla del doble vínculo filial según el art. 558 CCyCN.

Los vínculos filiales determinados por los vínculos paternos y maternos, no tienen un carácter cuantitativo sino cualitativo dentro de cada fuente de filiación, determinados de este modo y su obligatoriedad a estar sujetos a la regla del doble vínculo filial, sostenemos que es incorrecto. Cuando se trata de filiación por naturaleza, los vínculos que se establecen por el acto sexual son necesariamente dos.

La filiación por TRHA y sus vínculos filiatorios están determinados por la voluntad procreacional, es decir que alcanzara a los que manifestaron el consentimiento previo. En los supuestos de adopción la filiación y determinación del doble vínculo filial se presentan como una excepción a la propia regla binaria dado que la pluriparentalidad es posible ya que tiene base en el reconocimiento que antecede a la adopción.

El art. 558¹¹⁵ del CCyCN que enuncia las tres fuentes de filiación, en su tercer párrafo prescribe la regla de que “Ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Al respecto de la incorporación de la doble regla al CCyCN la fundamentación se apoya en que el Código recepta de forma expresa y precisa que ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales. Contempla uno o dos vínculos, pero no más de dos, por lo tanto si una persona pretende incorporar un vínculo filial con otra persona y ya tiene dos vínculos filiales, deberá realizar de forma previa la impugnación de alguno de los dos vínculos que ya están determinados, para posteriormente realizar el emplazamiento y respetar el tope de los dos vínculos filiales que el Código impone de forma clara, manteniéndose de este modo el sistema binario¹¹⁶.

V.-Crítica doctrinaria a la regla del doble vínculo filial.

Una de las críticas que se ha realizado es en torno a la regla absoluta de biparentalidad en un supuesto de consagración expresa en la legislación argentina. Teniendo a este supuesto de regla absolutista se observa la imposibilidad de existencia de un vínculo filial pluriparental, advirtiéndose que no resultaría adecuada. Tal crítica hace hincapié en los casos en los que se procede mediante TRHA. *Solari* señala que refiriéndose legislativamente con la incorporación de las TRHA hemos dado paso a una nueva etapa, en donde sus variantes seguramente sean las que presenten situaciones concretas que rompan con el esquema de biparentalidad, concluyendo que para ciertas particularidades la triple parentalidad debió contemplarse o dejar la opción a tales circunstancias¹¹⁷.

Por lo que tal puesta de regla absoluta de biparentalidad bajo una mirada crítica de las diversas variantes como consecuencias del ingreso a una nueva etapa gracias a la incorporación de las TRHA, es acertada desde el punto de vista legislativo tanto en el sentido fáctico. Tal análisis logra descifrar que la consagración absoluta del sistema binario contradice a las nuevas realidades que no pueden dejar de tenérselas como una posibilidad.

VI.- Concepto de Derecho al Vínculo Filial Pluriparental.

El concepto de derecho al vínculo filial pluriparental se refiere a la posibilidad de que un niño o niña pueda tener más de dos vínculos filiales. Que se determinaran a partir de la voluntad

¹¹⁴ Cfr. MELE GARCIA, Santiago J. (2013). “La Constitución Nacional y la familia”, Dir. REGUEIRA ALONSO, Enrique M., en *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino, La Ley*, p.286, disponible en <https://bit.ly/2TtOzpl>, (fecha de consulta 22-V-2021).

¹¹⁵ Cfr. *Código Civil y Comercial de la Nación*. [CCyCN]. Ley N° 26.994 de 2014. Art. 558.- Fuentes de filiación. Igualdad de efectos. 7 de octubre de 2014. (Argentina).

¹¹⁶ Cfr. GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020). “La regla del doble vínculo filial puesta en crisis”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 211-225, disponible en <https://bit.ly/2T1djWB>, (fecha de consulta 17/VI/2021).

¹¹⁷ Cfr. GALLI FIANT, María M. (10 de septiembre de 2020), op. cit., 211-225.

de las personas adultas sean tres o más, de desarrollar tareas y roles de crianza, cuidados y asistencia. Este derecho que significa el reconocimiento de más de dos vínculos filiales, escapa del principio binario sobre el que se fundamenta el derecho filial según el art. 558 del CCyCN.

En términos registrales es el derecho de todas las personas de poder tener tres filiaciones en sus registros, es decir estar inscripto con los apellidos de quienes son o se comportan como padres o madres. El vínculo filial pluriparental es un derecho que se eleva más allá de la edad de la persona, es por esta razón que el elemento de sustentabilidad en la interpretación y aplicación de las normas involucradas en el derecho de filiación, deben lograr sostenerse a lo largo del tiempo en un sentido próspero. Esto significa interpretar las normas jurídicas para garantizar el derecho al vínculo filial pluriparental y dar respuestas válidas, que no solo deben asegurarse durante la niñez sino en cualquier etapa de la vida de la persona¹¹⁸.

VII.-El problema jurídico y la declaración de inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 del CCyCN.

El problema jurídico analizado, puede presentarse en cualquier momento de la vida de una persona. Puede ser que el planteamiento surja cuando sea menor de edad, donde por circunstancias de la dinámica de la vida, la persona reconstruyó vínculos que forman parte de su propia historia familiar, y consecuentemente manifieste el deseo de agregar un tercer vínculo filial por considerarlo parte de su identidad. O puede ser que surja cuando la persona sea mayor de edad. Así como también, cuando sea la familia del menor, quien desee como familia pluriparental inscribir a su hijo o hija con los apellidos de cada uno de los padres o madres.

Estas situaciones se plantean en la vida de la persona y de la familia pluriparental, como un problema jurídico, pues en el derecho filiatorio no se recepta el derecho al vínculo filial pluriparental. Precisamente en el derecho interno argentino, el art. 558 del CCyCN no reconoce tal derecho fundamental. Esto produce un menoscabo a una serie de derechos correlacionados, todos ellos analizados profundamente en el apartado anterior. Es decir el art. 558 del CCyCN trae aparejado la falta del reconocimiento del derecho al vínculo filial pluriparental, y por lo tanto lesiona derechos humanos fundamentales, tales como, la identidad personal, el nombre, la integridad, libertad de pensamiento y de expresión, a la vida familiar, igualdad, a la no discriminación, la personalidad jurídica y la dignidad.

A partir de la última reforma de nuestra constitución nacional, el bloque de la constitucionalidad federal, al que se encuentran sometidas las leyes infra constitucionales se integra por: la Constitución Nacional, los tratados con jerarquía constitucional tanto originaria como derivada, las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH. Es necesario subrayar que conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su disposición del art. 27, el incumplimiento de las normativas internacionales provoca la responsabilidad correspondiente en el ámbito internacional.

Al realizar el control de constitucionalidad de las normas involucradas en el planteamiento jurídico, haciendo la comparación entre la Constitución y las demás normas del sistema jurídico de jerarquía inferior, estableciendo que la primera debe prevalecer por sobre las demás, conlleva a declarar que el art. 558 del CCyCN es anticonstitucional, debido a que el tercer párrafo que prescribe “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”, entra en conflicto y produce un detrimento del derecho a la identidad personal, afectando a los derechos que se correlacionan, es decir el derecho nombre, a la integridad personal, a la libertad de pensamiento y de expresión, a la vida familiar, a la igualdad, a la no discriminación, la personalidad jurídica. La declaración de la inconstitucionalidad de la norma, es por imperio de un derecho presente en todos los derechos mencionados, el derecho a la dignidad, inherente al ser humano y perteneciente a todos por igual, por lo tanto su afectación es inaceptable.

Todos estos derechos son reconocidos en Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, de adquirida jerarquía constitucional a partir de la incorporación al art. 75, inc. 22 con

¹¹⁸ Cfr. GALLI FIANI, María M. (10 de septiembre de 2020), op. cit., 211-225.

la Reforma Constitucional de 1994. La necesidad de declarar inconstitucional al art. 558 del CCyCN es imperiosa.

La norma revisada, también resulta anticonvencional, por no adecuarse a lo establecido por la Convención de Derechos Humanos y las interpretaciones que de ella ha realizado la Corte IDH en sus sentencias y opiniones consultivas. Una de las más resonantes por ser de interés en el tema, es la Opinión Consultiva N° 21 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”¹¹⁹ donde se sostiene en relación a la familia que no debe entenderse en un sentido restringido y tradicional, pudiendo ser titulares del derecho a la vida familiar otras personas que tengan lazos cercanos personales, mencionando como ejemplos de la posible familia extensa, a los tíos, primos y abuelos, entre otros.

VIII.- Primeros antecedentes en sede judicial.

“B.A.J.M. S/ ADOPCIÓN. ACCIONES VINCULADAS”¹²⁰

El primer antecedente en sede judicial después de la entrada en vigencia del CCyCN fue hacia febrero de 2017 en el caso “B.A.J.M. s/ adopción. Acciones vinculadas” cuando el Juzgado de Familia N° 4 de la Plata dictó la primera sentencia admitiendo la triple filiación de una niña de 11 años de edad. Se trató de un caso de adopción de integración donde cada uno de los protagonistas de la historia familiar, es decir los progenitores de la niña y el marido de la madre que a su vez es el pretense adoptante, se reconocían como familia pluriparental.

En el escrito de petición de adopción dejaron en claro que no se pretendía extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario, la intención era ampliarlos a través de la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia. Así la jueza en auto ampliatorio de fecha 06/03/2017, dispuso que “En virtud de lo peticionado, líbrese oficio al Registro Civil para que proceda a inmovilizar el acta de nacimiento original de la niña... y se proceda a confeccionar una nueva inscripción de nacimiento con los recaudos... debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acto su triple filiación”.

“C. M. F. Y OTROS S/ MATERIA A CATEGORIZAR”¹²¹

Se trata del primer planteo en el marco de las TRHA, que se presentó en Mar del Plata en noviembre de 2017. La jueza de primera instancia a cargo del Juzgado de Familia N° 2 dictó sentencia haciendo lugar a la demanda incoada por F.C., J.C. y C.S. y decretando en el caso concreto la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558, último párrafo del CCyCN, ordenando inscribir la filiación de A.C. como hija de los tres accionantes, emplazando a los señores J.C. y C.S. como padres de la menor A.C. y autorizando a sumar los apellidos de sus padres, con la consecuente anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, imponiendo a los progenitores la obligación de informar a la niña respecto de su origen gestacional una vez que adquiera la edad y madurez suficiente para comprender.

“L.F.F. C/ S.C.O. S/ FILIACIÓN. EXPTE. N° 659/17”¹²²

¹¹⁹ Corte IDH., *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14*, de 19 de agosto de 2014, Serie A N° 21, disponible en <https://bit.ly/3tk0x2Z>, (fecha de consulta 15/VII/2021).

¹²⁰ Juzg. 1ª Inst. Familia N° 4 La Plata, “B.A.J.M. s/adopción acciones vinculadas”, inéditos. (20/02/2017 y auto ampliatoria 06/03/2017). Comentado en “Derecho y Política- Política y Derecho: cuando las políticas de ajuste impactan en las relaciones de familia”, en *Revista Derechos en Acción*, (septiembre 2017), disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37681-4.pdf>.

¹²¹ Juzg. Familia N° 2, Mar del Plata, 24/11/2017, “C. M. F. y otros s/ materia a categorizar”, RDF, 2018-III. Cita online: AR/JUR/103023/2017, citado por HERRERA, Marisa y GIL DOMINGUEZ, Andrés, junio de 2021, “Derecho constituvencional de las familias y triple filiación”, en *Thomson Reuters*, Cita Online: AR/DOC/650/2020.

¹²² Juzg. Civil en Familia y Suc. Única Nominación, 07/0272020, “L.F.F. c/ S.C.O. s/ Filiación. Expte. N° 659/17”, Id SAIJ: FA20240001.

El tercer caso citado tuvo amplia repercusión periodística nacional ya que fue rotulado como el primer fallo que hizo lugar a un supuesto de triple filiación. La particularidad que reviste este fallo es que se trata de un reconocimiento de triple filiación dentro del marco de la filiación biológica. El fallo fue dictado por el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de la ciudad de Monteros, provincia de Tucumán, en febrero de 2020. La jueza tuvo presente las particularidades de la dinámica familiar. Roberto L. padre biológico de la niña, inició una acción de impugnación de paternidad y de reconocimiento filial contra Jorge S., quien reconoció a la niña llamada Juli como su hija, quién figuraba como padre en el acta de nacimiento.

La jueza reconoció a la familia conformada por la niña Juli S., Jorge S., Roberto L. y Lucia C., en una constitución pluriparental devenida de la filiación socioafectiva-biológica-originaria, y a la luz de lo establecido por el art. 17 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, declaró la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyCN puesto que, en el caso particular, esa norma no responde a las reglas de reconocimiento constitucional y convencional en vigencia, alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante.

IX.- Conclusión Final

El art. 558 del CCyCN determina tres modos de alcanzar la filiación, ya sea por naturaleza, por TRHA o adopción. Haciendo observable para la presente el tercer párrafo del mencionado artículo que prescribe la regla de que “Ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. En relación a la incorporación de la regla del doble vínculo filial al CCyCN se fundamenta en que el Código recepta de forma expresa y precisa que ninguna persona podrá tener más de dos vínculos filiales, es decir que solo contempla la posibilidad de tener uno o dos vínculos, pero no más de dos.

Por lo tanto si una persona quiere incorporar un vínculo filial y ya cuenta con dos, deberá realizar de forma previa la impugnación de alguno de los vínculos que ya están determinados, para así poder hacer de forma posterior el emplazamiento que desea, y así respetar el tope de los dos vínculos filiales que el Código impone de forma clara, manteniéndose de este modo el sistema binario. Pero, el problema surge si la pretensión de la persona no se condice con la condición obligada de suprimir previamente a alguno de sus vínculos filiales que tiene determinado, para luego poder agregar al que desea incorporar. De este modo la tensión se evidencia cuando la persona desea mantener sus dos vínculos filiales y agregar un tercer vínculo.

Es una problemática que ocupa estudio hace un tiempo, así ha llevado su atención especial en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, donde la Comisión N° 6 de Familia dedicada a “Identidad y filiación” ha concluido que en los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyCN¹²³.

El análisis del tema debe hacerse según lo marcan los arts. 1 y 2 del CCyCN, es decir desde la obligada perspectiva constitucional-convencional del derecho, y en este caso del derecho filial. De este modo se puede lograr la respuesta a las expectativas del derecho constitucional y del derecho de las familias, a través de un enfoque humano, plural, profundo y rupturista que propone el derecho constitucional de las familias; es el modelo que permite dar respuesta a los conflictos contemporáneos que identifica la sociedad actual¹²⁴.

¹²³ Comisión 6, Familia: “Identidad y filiación”, “PLURIPARENTALIDAD”, *XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Bahía Blanca, 2015, disponible en <https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>, (fecha de consulta 03/04/2021).

¹²⁴ Cfr. HERRERA, Marisa y GIL DOMINGUEZ, Andrés, junio de 2021, “Derecho constituvencional de las familias y triple filiación”, en *Thomson Reuters*, Cita Online: AR/DOC/650/2020.

La negativa de que una persona pueda tener derecho al vínculo filial pluriparental, lesiona y compromete sus derechos fundamentales, a saber el derecho a la identidad personal, el nombre, integridad personal, libertad de pensamiento y de expresión, a la vida familiar, a la igualdad, a la no discriminación, a la personalidad jurídica y a la dignidad. Se trata de derechos reconocidos en sendos instrumentos internacionales e incorporados al art. 75 inc. 22, por lo tanto al realizar el test de constitucionalidad hemos llegado a la declaración de la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 558 del CCyCN, debido a que el contenido del tercer párrafo es contrario a los principios generales y derechos tutelados receptados en la Constitución Nacional.

X.-Propuesta.

El art. 558 del CCyCN que impone el principio binario filial no es acorde a la noción amplia e integral de familia, el mismo en su tercer párrafo menciona que “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”, no recepta los vínculos socioafectivos, como así tampoco reconoce a las familias pluriparentales. Por lo tanto la modificación del artículo en revisión es necesaria a los fines de adecuarse a la sociedad pluralista actual.

Es por esto que la propuesta de modificación es de suprimir el tercer párrafo del art. 558 del CCyCN y reemplazarlo por uno que exprese “Toda persona tiene derecho al vínculo filial pluriparental y a conformar su filiación por sus tres vínculos filiales, cuando uno de ellos se base en su realidad socioafectiva”.

La efectividad del proceso de violencia familiar en la Provincia de Buenos Aires: análisis en clave de género

Filipo Kovach, Rocío Belén

Colegio de Abogados de La Plata

1. Introducción

Desde hace varias décadas, gracias a la lucha incansable de muchas mujeres y diversidades, el Derecho y la sociedad ha ido creciendo y afianzando la perspectiva de género en los distintos ámbitos donde desempeñamos nuestras vidas. Sin ánimos de hacer un racconto de los hitos históricos y jurídicos que nos han marcado el rumbo, podemos vislumbrar un gran avance con respecto a esta temática en cuanto a la normativa que se ha creado y comenzado a implementar en lo que va del siglo.

Afortunadamente, cada vez son más los actores de la sociedad, en particular los organismos estatales y los operadores del Derecho, que consideran fundamental la formación en género y la implementación de medidas que ayuden, de una u otra forma, a revertir las consecuencias catastróficas que nos ha dejado el patriarcado a lo largo de la historia.

Si bien se ha avanzado tremendamente en los últimos años –tengamos en cuenta que en un siglo hemos conquistado derechos que han sido negados a las mujeres durante milenios en la historia de la humanidad- todavía queda un largo camino por recorrer y herramientas por perfeccionar para alcanzar una verdadera igualdad de derechos entre el varón y la mujer y diversidades.

Es por esto, que en este trabajo me propongo realizar un análisis de la efectividad del proceso de violencia familiar previsto en la normativa de la Provincia de Buenos Aires, circunscribiendo el ámbito de observación al funcionamiento del mismo en el fuero de familia del Departamento Judicial de La Plata, exponiendo tanto los aciertos como las debilidades que presenta la implementación de la legislación desde una perspectiva de género.

Debido a la extensión del presente, me atenderé a hacer las observaciones pertinentes en cuanto a las ventajas y desventajas que representa el sistema normativo bonaerense con respecto al colectivo de mujeres.

2. Perspectiva de género y violencia de género.

En primer lugar, considero necesario hacer una breve mención acerca de los alcances y delimitación de estos conceptos, el cual será utilizado en las siguientes líneas. Cuando hablamos de *perspectiva de género* nos referimos al lente con el que observamos la multiplicidad de relaciones sociales en clave de relaciones de poder entre los géneros, es decir, de la superioridad que históricamente se le ha asignado al rol del varón con respecto al de la mujer.

En este sentido, el patriarcado ha creado desigualdades de derechos entre varones y mujeres, poniendo en un escalón superior a lo masculino con respecto a lo femenino. La perspectiva de género, entonces, nos permitirá advertir las inequidades que existen entre el género masculino y femenino y comprender las situaciones de vulnerabilidad en las que podrían encontrarse las mujeres.

Por otro lado, en pocas palabras, entendemos a la *violencia de género* como aquella que tiene su fundamento en la discriminación hacia las mujeres con motivo de su género, es decir por el simple hecho de ser mujeres. Aquí cabe realizar dos aclaraciones al respecto: no siempre que haya un conflicto entre un varón y una mujer estaremos hablando de violencia de género y, por otro lado, no siempre la persona que ejerce violencia será exclusivamente una persona del género masculino.

Tener en cuenta estos conceptos nos ayudará a comprender si cierta medida adoptada es beneficiosa para la persona que se encuentra atravesando una situación de

violencia de género y representa una ventaja o si, por el contrario, la perjudica o no la beneficia en lo absoluto.

3. El proceso de violencia familiar en la Provincia de Buenos Aires. Normativa aplicable.

Corresponde ahora hacer mención al proceso previsto para situaciones de violencia familiar en la Provincia de Buenos Aires y la normativa aplicable al mismo.

En el año 2001 entró en vigencia la Ley de Violencia Familiar sancionada por el Congreso provincial a partir de la cual se creó un proceso especial tendiente a la protección de las personas vulnerables que atraviesan situaciones de violencia familiar. En los primeros artículos define los conceptos de violencia familiar y grupo familiar a los efectos de aplicación de la ley, dejando una amplitud considerable de situaciones de violencia incluidas dentro del alcance de la misma. Esto resulta conveniente siendo que deja un margen de actuación importante al juez que conozca en el conflicto sin circunscribirlo a situaciones graves de violencia física o sexual en las que necesariamente tenga que correr peligro la vida y/o integridad física de la víctima.

Posteriormente en el año 2012 se realizó una modificación a partir de la ley 14.509, incorporando a la existente una gran cantidad de herramientas y facultades de actuación al organismo jurisdiccional a cargo del caso como medidas de protección para la o las personas que se encuentren atravesando la situación de violencia.

En el caso de los procesos de violencia familiar en los que la violencia es en razón del género, además esta ley provincial se complementa con la Ley de Protección Integral a las Mujeres 26.485, sumado a los tratados internacionales de derechos humanos en la materia con jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y con jerarquía supralegal, incluyendo a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Belém do Pará.

Todas estas normas, lejos de excluirse, se complementan para tener multiplicidad de herramientas para proteger a la mujer que es víctima de una situación de violencia que, la mayoría de las veces, no consiste en un único episodio violento sino en un sucesión de ellos cuyo origen se remonta a varios meses o años atrás contando a partir de la manifestación realizada por el denunciante, ya sea la misma mujer u otra persona. Por esto es esencial la celeridad con la cual actúe la judicatura para resguardar la integridad y salud – considerada desde un punto de vista integral- de la víctima.

Sin embargo, veremos que en la práctica en ciertos aspectos la intervención del aparato judicial ante una situación de violencia de género en las condiciones en las que se encuentra actualmente no resulta suficiente o del todo favorable para el abordaje del conflicto. Así, adelantándome a una de las conclusiones, la inexistencia de una norma procesal a nivel provincial clara y específica acerca de la actuación en casos de violencia por razones del género resulta de suma necesidad y urgencia.

Cabe destacar la obligación internacional que han tomado y le corresponde a los Estados de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos casos”¹²⁵ en virtud de los tratados internacionales en la materia que han firmado, por lo cual debieran adecuar el obrar de los tres poderes para funcionar en consonancia y tender al abordaje de este tipo de problemáticas de manera efectiva y eficiente, además de evitar episodios de violencia institucional hacia las mujeres retardando u obstaculizando el ejercicio de sus derechos.

4. La situación en el Departamento Judicial de La Plata.

¹²⁵ LLUDGAR, Hugo A. “El proceso y la violencia intrafamiliar: el acceso a las mujeres a una “justicia justa”. *Temas de Derecho Procesal*. 1ª ed. Octubre 2017. Págs. 149-168.

A continuación haré algunos comentarios respecto a la implementación del proceso de violencia familiar en los casos de violencia de género en el Departamento Judicial de La Plata, basados en la experiencia que he tenido con casos que han llegado a mi conocimiento y he observado la actuación de los juzgados y demás organismos estatales involucrados.

En primer lugar, aunque se han implementado las capacitaciones en género que exige la Ley Micaela tanto en el Poder Judicial como en otras dependencias del Estado, considero alarmante la disparidad que existe entre los organismos en cuanto a la perspectiva de género en el abordaje de las violencias.

En un extremo se encuentran los juzgados y auxiliares de la justicia altamente capacitados que ponen en práctica todos sus conocimientos y herramientas para arbitrar las medidas de protección necesarias para resguardar a la víctima de violencia, atendiendo a la gravedad del caso y la celeridad que requiere. Estos mismos son quienes trabajan de manera interdisciplinaria e intersectorial para contener a la mujer y hacer el seguimiento de su situación individual para intentar revertir las vulnerabilidades en las que se encuentra.

En el otro extremo, se encuentran aquellos que ignoran la normativa y cuya negligencia muchas veces revictimiza y colabora a la desprotección de la mujer vulnerable que no encuentra ninguna solución ni la contención del aparato estatal que debería acompañarla.

Con esto quiero evidenciar que no alcanza que las leyes existan y dispongan la forma de proceder ante ciertos conflictos, sino que también es necesario personal correctamente capacitado para abordar los escenarios que lleguen a su conocimiento y dispuesto a hacerlo, ya que las normas jurídicas, con sus errores y aciertos, ya existen y pueden implementarse tal cual se encuentran vigentes para encontrar soluciones acordes.

Retomando el análisis, procedo a mencionar algunos puntos fundamentales en los que, según mi criterio, sería necesario trabajar para mejorar el servicio de justicia en los procesos donde existan situaciones de violencia de género en el ámbito doméstico.

4.1 Acceso gratuito, rápido, transparente y eficaz (art. 7 inc. c ley 26.485).

Si bien existen organismos estatales como el Área de Procesos Urgentes y la Defensoría General que otorgan asesoramiento y patrocinio jurídico gratuito a quienes quieran promover un proceso por violencia familiar, muchas veces la sobrecarga de trabajo de estos organismos no permite que su actuación sea rápida y eficaz, por lo cual se producen retardos en la adopción de medidas protectorias. Asimismo, se dificulta la comunicación entre los abogados y las mujeres representadas, muchas veces no comprendiendo éstas lo que sucede en el proceso.

4.2 Sanción y reeducación de quienes ejercen violencia (art. 7 inc. c ley 26.485).

La Municipalidad de La Plata posee un área de abordaje de las masculinidades a las que deben asistir los agresores cuando el juez así lo disponga. Sin embargo, se excluye el acceso a este dispositivo a quienes se encuentren bajo consumo problemático de alcohol o estupefacientes y quienes tengan antecedentes penales, por lo que el abordaje de las masculinidades actualmente se encuentra circunscripto a un grupo muy pequeño de agresores.

Por otro lado, este dispositivo se encuentra dirigido exclusivamente a agresores varones, pero se excluye a otras personas que también pueden ser violentas con motivos del género.

4.3 Incentivo a la cooperación y participación de la sociedad civil.

En este sentido, son pocas las veces en las que se trabaja en conjunto con instituciones tanto privadas como públicas en las que desarrollan sus actividades cotidianas las víctimas y los agresores, como podrían ser instituciones educativas y de salud, lugares donde ejercen sus actividades laborales, entre otras.

Para que las medidas de protección adoptadas por el juez sean realmente efectivas es necesario el conocimiento de estas por todas las personas e instituciones que rodean en la cotidianeidad a las partes involucradas y la colaboración de ellas.

4.4 Derecho a ser oída personalmente por el juez (art. 16 inc. c ley 26.485)

El art. 11 de la ley 12.569 regula la designación de audiencias que deberán ser tomadas personalmente por el juez con las partes para conocer más acabadamente la situación. En estas la mujer tendría la posibilidad de ser oída personalmente por quien tomará las decisiones relativas a su protección y tendrá la oportunidad de comentar todo lo que considere necesario.

Sin embargo, muchas veces no se tiene en cuenta la voz de las mujeres en cuanto a las medidas que desea que sean tomadas para su propio resguardo o ni siquiera se le brinda la posibilidad de expresarse.

4.5 Participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa (art. 16 inc. g ley 26.485).

Vinculado con el punto 4.1, cuando las mujeres se ven en la obligación de acudir al patrocinio gratuito por parte del Estado, rara vez terminan de comprender acabadamente las decisiones que se toman en la causa, tanto porque el organismo jurisdiccional y el organismo que la representa fallan en comunicarle la información, como porque el lenguaje con el que se refieren a ellas no les resulta comprensible debido a su nivel educativo y de alfabetización.

4.6 Sanciones (art. 32 ley 26.485)

Si bien la ley enumera las sanciones que puede disponer el juez ante el incumplimiento de las medidas ordenadas por parte del agresor, la mayoría de las veces resultan insuficientes y poco efectivas para compeler realmente a su cumplimiento, sobre todo en los casos en los que el accionar del victimario no constituye un delito de gravedad suficiente como para que la justicia penal decida la privación de su libertad.

4.7 Seguimiento (art. 34 ley 26.485)

Otra de las falencias actuales que considero más importantes en el procedimiento de violencia familiar se da en el seguimiento luego de la adopción de las medidas protectorias por parte del organismo jurisdiccional. Una situación que se da con frecuencia, por ejemplo, es que cuando las medidas se ordenan por determinado plazo y el juez en conjunto con el equipo interdisciplinario no realizan un acompañamiento a la mujer, una vez vencido el plazo el agresor reincide en su conducta violenta.

5. Puntos a tener en cuenta para que el proceso sea más efectivo.

Como primer punto, es necesario que la justicia actúe con rapidez ante la toma de medidas que tiendan a proteger a la mujer, principalmente en los casos en que se encuentre en peligro su vida y/o integridad física. Para esto también es necesario que los juzgados tengan personal altamente capacitado para discernir qué herramientas resultan adecuadas para abordar la situación.

Asimismo, tanto los integrantes del Poder Judicial como el resto de los organismos estatales que tomen intervención deben tener un conocimiento acabado de la normativa aplicable a los casos de violencia de género, sobre todo de la matriz de riesgo para determinar cuando las circunstancias puedan ser de alto riesgo para la víctima y se requieran medidas más gravosas para su protección.

En este mismo sentido, considero primordial el abordaje de forma intersectorial entre las diversas instituciones, ya sean estatales o no, para arbitrar los medios necesarios para revertir las situaciones de vulnerabilidad. Así, es necesario, como mencioné anteriormente, el conocimiento y la comunicación del contexto no solo por el juzgado sino también por el personal policial actuante, trabajadores de las instituciones de salud y educativas a los que acudan las partes, los organismos municipales especializados en género que intervengan, los ambientes laborales, entre otros.

Por otro lado, si bien el principio en el derecho procesal de familia es la actividad oficiosa del órgano, también se debe tener en cuenta el derecho a ser oída de la mujer así como los tiempos en los que puede expresar los episodios de violencia padecidos y las medidas para su resguardo que desea, teniendo en cuenta a la vez que pueda encontrarse coercionada por el contexto y atemorizada para tomar decisiones que perjudiquen al agresor.

Otra cuestión muy importante a la cual hay que prestar especial atención es al principio de no revictimización, siendo que la intervención de algunos operadores expone a la mujer a revivir constantemente las violencias que ha tenido que atravesar y se agravan en su paso por las organizaciones estatales a las que acude para pedir asistencia. En este punto es importante tener en cuenta lo mencionado en cuanto al trabajo intersectorial y multidisciplinario, la comunicación que deben tener los profesionales que se encuentren interviniendo en el caso y el derecho de la víctima a ser oída, que implica tanto la posibilidad de hablar acerca de los hechos violentos como la de no hacerlo en el caso de que no lo desee.

6. Conclusiones.

Teniendo en cuenta lo desarrollado en los apartados anteriores, considero necesario mencionar como primer conclusión la necesidad del dictado de una normativa procesal en el ámbito provincial para abordar los hechos de violencia de género, con especial enfoque en los puntos mencionados en el apartado anterior. Asimismo, podría ser una opción acertada la creación de un fuero especializado en cuestiones de género que conozca de manera integral no solo en situaciones que se den en el ámbito familiar, sino que se extienda a otros supuestos.

Por otro lado, la capacitación de los integrantes del Poder Judicial y el resto de los organismos estatales debe ser constante y cada vez más profunda para asegurar que todos ellos estén aptos para tomar las decisiones más convenientes para cada caso atendiendo a sus particularidades. También considero de vital importancia la capacitación que debemos tener los abogados de la matrícula para intervenir en este tipo de casos. En este sentido propongo que en la ley específica a crearse se prevea la arbitración de los medios necesarios para la capacitación continua de los actores que intervienen en los procesos por violencia de género, estatales y privados, incluyendo a las diversas disciplinas, y previendo que para los abogados de la matrícula también sea obligatoria.

En este orden, reitero que la tutela efectiva de las víctimas no dependen únicamente del juez sino también de todas las personas e instituciones que trabajan para asistir a la mujer violentada, por lo que la coordinación entre todos los actores resulta fundamental. Cabe mencionar que, si bien el director del proceso es el juez, los sujetos que intervienen en él y que deben cumplir las decisiones tomadas por aquél son de lo más variados, siendo responsabilidad de todos ellos asegurarse que las mujeres puedan volver a vivir una vida libre de violencias.

Apuntes de ley 26.485 para el inicio de un caso con perspectiva en derechos fundamentales de las mujeres

Abog Antinori, Mariana

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo haré mención a cuestiones que se pueden presentar en la práctica de la abogacía respecto a las particularidades de cada caso y de cada persona, considerando como eje necesario evaluar el caso concreto para encontrar un encuadre normativo mediante el cual se presentará el caso.

En lo concreto voy a desarrollar acerca de las problemáticas en las que pueden encontrarse personas por razón de su género. Es por eso que desarrollaré la explicación de ciertos tópicos que pueden llegar a presentarse en la práctica de nuestra profesión y que por la situación cultural puede impactar de la misma manera a las mujeres.

Es importante aclarar que no es una cuestión de lucha de géneros, sino que podamos visualizar la realidad desde la perspectiva profesional que requiere cada caso a tratar, que en primera instancia se trata de una persona o personas y requiere de escucha, para luego hacer un estudio detallado del caso, de una manera interdisciplinaria, a través de un encuadre jurídico y normativo.

En este trabajo sobre género, subjetividades, relaciones interpersonales, poder en las decisiones, el derecho a la autodefensa, y principalmente en el caso de nuestra competencia, mediante un patrocinio letrado, la construcción de la interpretación de los relatos, y también la búsqueda de la verdad que llegue a la construcción de una equidad e igualdad concreta, que tiene su razón de ser en las nuevas construcciones y aperturas, demandas jurídicas, sociales, culturales y colectivas de mujeres.

PERSPECTIVA HISTÓRICA

La lucha de las mujeres por el derecho a decidir se remonta a tiempos muy lejanos en donde todo lo que se percibía como régimen universal y aplicable a la realidad se había construido en torno al hombre como el único destinatario de la estructura política y jurídica, como por ejemplo, con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano no se mencionaba a la mujer como partícipe en espacios de construcción de derechos y de participación en la política, lo que también desnaturalizaba la oportunidad formal de construcción de todas las mujeres desde su propia perspectiva. Es por eso, que Olympe de Gouges paralelamente a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, redactó la Declaración Universal de los Derechos de las Mujeres y las Ciudadanas en pos de visibilizar al género que había quedado desdibujado en una formalidad constitutiva de una nueva forma de gobierno.

Desde ya, la lucha por la igualdad de oportunidades se ha dado en muchos periodos y situaciones a lo largo de la historia, y concretamente menciono el derecho al sufragio y participación de la vida política como una apertura e inauguración de derechos en consonancia a las necesidades específica del colectivo de mujeres, hablando en clave de género y teniendo en cuenta que el género tiene una definición actualizada en la que ya no se define por lo biológico o lo concerniente a los roles asignados por lo llamado supuestamente natural, sino por una construcción histórica de la mujer y fundamentalmente por la autopercepción de la misma.

En nuestro país, la Ley Sáenz Peña en el año 1912, habilitó a votar a los ciudadanos, se caracterizó por otorgarle ese derecho a los hombre en base a una omisión no menor que era la posibilidad de sufragio al género femenino, y en ese sentido, lo que quedaba como deuda a las mujeres era la construcción de un futuro personal y colectivo en base al respeto y la dignidad que rige para todas las personas.

El derecho al voto de las mujeres recién se concreta a finales de la década del 40 en Argentina, mediante el cual se logró el sufragio femenino y también que ingresen las mujeres a

cargos públicos electorales mediante el voto representativo, todo esto se dio en el marco de una construcción política acorde a esos tiempos en donde se buscaba una ampliación de derechos que signifique un cambio real en su ampliación, como también llevarlos a la práctica. De esta manera, quedó habilitado técnicamente el reconocimiento del género femenino como necesario para la construcción de una sociedad más democrática desde la participación y la construcción de espacios de construcción de acuerdo a los intereses de una mayoría que es parte de la sociedad y que construye muchas veces desde lugares importante que requieren de representación.

Tiempo atrás, el concepto de masculino y femenino estuvo marcado por una cuestión biologicista la cual generaba que ciertas personas con pensamientos diferentes sobre sí mismas y sobre la realidad quedaran relegadas y subsumidas a realidades poco amables respecto a algunos peligros latentes en la sociedad, es así que desde el derecho se logró proteger y contener esas identidades desde leyes como la que permite el matrimonio de personas de un mismo sexo, ley de identidad de género, DNI no binario.

Hoy podemos afirmar que esos conceptos quedaron caducos frente al cambio social en el que cada personas tiene decisión propia acerca de lo relacionado a la identidad personal y a las libertades individuales, la cuales son protegidas constitucionalmente por el artículo 19, además de tratados internacionales que lo regulan.

PERSPECTIVA JURÍDICA- LEY 26.485

La ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en los que desarrollan sus relaciones interpersonales, es esencial en materia de derechos y tiene como objetivo principal visibilizar que tipos de situaciones asimétricas pueden darse en la realidad y en la vida de las mujeres respecto a los vínculos personales, en lo público y en lo privado. Desde esta perspectiva el artículo 2 inciso b establece que es objetivo promover la remoción de patrones socioculturales que tienen como resultado desigualdades, en este sentido, la violencia que se ejerce puede ser también en lo afectivo y emocional, y que estas prácticas la mayoría de las veces –si es que sucede- tienen su inicio en lo privado, es decir en las relaciones interpersonales que se dan en el marco de los contextos cotidianos.

La ley pone como obligación al estado diseñar políticas públicas en todos los ámbitos de la vida. Es por esta razón que una formación en cuestión de lo que significan los derechos de las mujeres es necesaria en todas las etapas de la vida, desde las niñeces, en donde se forman los vínculos primarios de la existencia y una/uno empieza a constituir formas de sentir, pensar y expresarse. Cuando los estereotipos y los prejuicios en torno a las mujeres, sus roles, y sus necesidades poder ser pensados en comunidad y esa reflexión tiene como objetivo la construcción de una sociedad con justicia social que favorezca a las mujeres como sujetos con el derecho a transformar nuestras propias vidas y la opción a elegir que esos logros individuales podamos llevarlos a la práctica en función de la vida propia, también desde lo colectivo, es que comienza a la práctica de lo que se anhela, que es la igualdad y equidad entre hombres y mujeres, previniendo y erradicando el machismo y el patriarcado que implica, entre otras cuestiones, que los hombres dejen de tomar decisiones que corresponden a quienes son dueñas de ejercer su propio derecho a decidir.

Esta ley es un logro en cuanto a protección de mujeres en cuanto retoma conceptos de la sociedad que son importantes para encuadrar conductas que pueden ser prevenidas y en el caso de no lograr dicho objetivo, sancionar. Desde una mirada acerca de lo que nos sucede en el día a día de las mujeres y con la posibilidad de transformar eso que sucede, hace de esta normativa un instrumento importantísimo a la hora de fundamentar una demanda o un escrito, a considerar, el articulado completo, pero para comenzar, conocer cuáles son los tipos de violencia y sus modalidades, concepto con lo que trabajé en el presente trabajo.

TIPOS DE VIOLENCIA

La ley 26.485 en su artículo 5 enuncia los tipos de violencias repudiables y pasibles de sanción mediante las cuales se ejercen las agresiones:

1. En primer lugar, el tipo de violencia más extremo es la violencia física, es aquella que daña la integridad física de la mujer y también las amenazas como la producción de un riesgo de que esa agresión o daño físico suceda.

2. La violencia psicológica la producida en la psique de la mujer que genera un daño emocional y produce un menoscabo en su desarrollo personal, como puede ser la baja de autoestima, y aquellas conductas que cause un perjuicio a su salud psicológica o autodeterminación.

3. La violencia sexual se ejerce cuando el consentimiento de la mujer no se respeta en ese ámbito de la vida.

4. La violencia económica son las agresiones que afectan al patrimonio de la mujer o aquellas violencias que tienen el objetivo y generan un impedimento en la autonomía e independencia o menoscabo de sus recursos.

5. La violencia simbólica es la imposición de patrones estereotipados que reproduzcan relaciones de desigualdad, discriminación u otras conductas que naturalicen la subordinación de la mujer en la sociedad.

6. Violencia política es aquella que menoscaba, anula, impide u obstaculiza la participación política de la mujer o cuando se le quita el derecho a una vida libre de violencia política.

MODALIDADES DE LA VIOLENCIA

En el artículo 6 de la misma ley, se definen los modos en que se puede manifestar la violencia, a continuación mencionaré algunas de las modalidades:

1. Violencia doméstica contra las mujeres, la ejercida contra alguna de ellas por algún integrante del grupo familiar, independientemente del espacio donde ocurra la agresión. Se refiere al parentesco por consanguinidad o por afinidad, en el matrimonio, o tipo de uniones similares.

2. Violencia institucional es la ejercida por algún agente del estado, con la finalidad de impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas las que se ejercen en sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

3. Violencia laboral se puede dar en forma física o psicológica, está última puede darse cuando el hostigamiento se hace de manera sistemática sobre una determinada trabajadora, ya sea para lograr una conducta determinada o para excluir a la persona del lugar de trabajo.

4. Violencia contra la libertad reproductiva es cuando no se respeta la decisión persona y el derecho a elegir de la mujer.

5. Violencia obstétrica, es la que ejercen los profesionales de la salud sobre cuestiones reproductivas de la mujeres cuando mediante tratos deshumanizados, abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales.

6. Violencia mediática es la realizada por cualquier medio masivo de comunicación son el objetivo de amedrentar y hostigar a una mujer y también cuando aquellas acciones legitimen la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales que generen violencia contra las mujeres.

CONCLUSIÓN

En el presente trabajo es objetivo principal, dirigir una serie de definiciones delineadas y abiertas a la hora de detectar cualquier tipo de violencia para que sean instrumentos y herramientas que sirvan para detectar las diferentes violencias que pueden llegar a existir en casos particulares en donde mujeres sean parte y puedan llegar a estar pasando por una situación similar. Considerar y aclarar que en nuestro rol de profesionales del derecho y en los lugares que nos encontremos desempeñando nuestro rol, tengamos en claro, que siempre la posibilidad de la reparación es parte de nuestra labor, por eso, el compromiso con la defensa de

derechos y de protección a las diferentes personas, en específico, en este trabajo, a mujeres, nos encuentre en una postura constructiva y a la vez crítica de las realidades interpersonales que nos rodean, con la consciencia que tenemos un constante compromiso con la materia y caso elegidos.

Dispositivos de buenas masculinidades – Una mirada en la enseñanza sociocultural y sus detalles a pulir

Abog Osman, Macarena Belen.

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

A los efectos de la presente exposición buscaremos no solo comentar las actuales herramientas jurídicas, administrativas y sociales que contamos como sociedad de derecho a los fines de palear contra la violencia de genero imperante en nuestra sociedad, mas sino precisamente comentar a detalle, a través del trabajo de campo realizado, una de las principales problemáticas visualizadas en busca de la co-creacion de soluciones y remedios para tal desperfecto.

Pues no nos encontraremos aquí con un análisis del derecho, ni de la normativa, mas sino en una sana crítica constructiva sobre los desperfectos que nos encontramos en la práctica, y buscaremos de forma conjunta y mancomunada, la búsqueda de las mejores propuestas a fin de lograr su efectiva aplicación.

VIOLENCIA DE GENERO.

En principio, parece propio determinar el ámbito de actuación en el cual navegaremos en la presente ponencia. *Violencia de Genero* no es solamente una definición técnica ni explicita, no podemos resumirla a escueta transcripción de un párrafo. Será definida como Violencia de Genero a toda aquella que sea ejercida contra la mujer y/o miembro de la comunidad LGBTIQ+ por el simple hecho de ser mujer o persona LGBTIQ+.

Pero la violencia de género, a diferencia de muchas otras, no radica solo allí, más sino tiene un entramado más profundo. Pues responde a un sistema de poder dominante patriarcal históricamente ejercido. Pues entonces lo podemos definir como un fenómeno **multicultural y pluricausal** que atraviesa el entramado social y por consecuente nuestras creencias, acciones, pensamientos, y relaciones.

Ampliemos, el germen de la violencia de genero lo encontraremos entonces en el entramado social, en la creencia histórica y cultural de la superioridad masculina y la diferencia de roles sociales ejercidos, los cuales resultan condicionantes y consecuentes en la realidad social imperante, y se reproducen y vislumbran en nuestro día a día en todas las áreas sociales y culturales.

Ello se traduce, en la creencia de distintos ROLES a los cuales la mujer debe adecuarse, a distintos MANDATOS ante los cuales la mujer debe subordinarse y a ciertos PRIVILEGIOS ante los cuales la mujer no tiene acceso o se encuentra dificultoso su progresar. Es así, que en reproducción de tales estigmas, de tales patrones es que se violentan y se llevan por delante los derechos humanos constitucional y convencionalmente protegidos por nuestra Carta Magna.

DISPOSITIVOS DE BUENAS MASCULINIDADES.

La característica social del presente fenómeno, obliga a los Estados a tomar políticas públicas que no solo recaigan en el sistema punitivo judicial, mas sino, es importante atacar el mismo desde lo social, ir a la raíz del asunto. Ya, dado por su carácter no resulta ser mas que una accionar complejo y cultural, lo que nos obliga como agentes de la ley a buscar la forma mas eficaz y adecuada de brindar una solución REAL AL PROBLEMA y no solo una respuesta genérica al tipo penal cometido si es que tal conducta lograrse calificar para tal.

Es así que a través de diferentes ámbitos, se busca llegar no solo a las víctimas, asistiéndolas de forma completa e integral, sino también a los victimarios. Quienes, por tal definición, presentarán un enraizamiento con el orden social patriarcal y sus acciones no son más que la reproducción de tales patrones. A nivel Provincial, a través de la Dirección para la Promoción de Masculinidades para la Igualdad de Género, dependiente del Ministerio de Mujeres, Políticas de Genero y Diversidad Sexual se ha impulsado e incentivado la promoción, creación y el funcionamiento en distintos ámbitos dentro de todo el territorio bonaerense de

los **Dispositivos de Buenas Masculinidades / Deconstrucción de masculinidades** y demás nombres afines.

Tales dispositivos, se basan principalmente en el carácter socio educativo de los mismos, buscando atacar las construcciones patriarcales, cuestionando sus patrones, deconstruyendo sus entramados machistas y lograr así que los varones razonen, critiquen y se responsabilicen de sus actos. Busca lograr entonces a través de la enseñanza colectiva, promover el análisis subjetivo sobre los recorridos particulares e individuales de los usuarios, logrando reconocer la relación entre tales mandatos socioculturales y la violencia y/o malos tratos ejercidos.

Principalmente se cree y entiende la necesidad imperante de brindar herramientas en pos de la reducción del riesgo y daño social ejercido, pues, atento al carácter sociocultural del fenómeno, de no tratarse su origen, se continuará repitiendo indefinidamente independientemente de la eventual condena judicial aplicada.

Pues, la educación fue, es y será siempre el remedio principal a todos los males sociales y culturales, no resumiendo a ella a la simple enseñanza obligatoria, ya que en estos casos, no trata de sumas ni restas, sino de una educación en busca de generar mejores ciudadanos, en respeto de la norma y principalmente de los valores sociales y los derechos humanos básicos.

DISPOSITIVOS DE BUENAS MASCULINIDADES, SU VINCULACION CON EL PROCESO JUDICIAL Y LA GAMBETA JUDICIAL EJERCIDA.

Dichos talleres encuentran relevancia en la presente ponencia atento a la recepción judicial de los referidos. Es así, y como todos conocemos, ante la radicación de una denuncia de violencia de género se abrirán entonces dos expedientes, en fuero civil y en fuero penal. Allí, los magistrados, tanto en el fuero de familia como en penal han iniciado y con gran tino, a adicionar a sus condenas, o hasta incluso sin contar aún con la condena, pero ante ciertos indicios graves de tales conductas, a encomendar de forma obligatoria la presencia de los varones a tales dispositivos.

Como hemos comentado, los talleres socioeducativos destinados a varones actualmente se encuentran dentro de la esfera y competencias del poder Ejecutivo Municipal, contando al día de la fecha la Provincia de Buenos Aires con un total de 89 dispositivos inserto en 91 de sus Municipios, número del cual se encuentra año a año en constante crecimiento.

La dinámica a desarrollarse en ellos, será la que comentare a continuación. Una vez recepcionado el oficio judicial, el organismo municipal a cargo del dispositivo procederá a contactarse con el referido a los fines de concretar una entrevista de admisión y derivación, a los fines de ser posteriormente incorporado. Como habrá de entenderse, su funcionamiento se deberá realizar a cargo de un equipo interdisciplinario, encontrándose habilitados para su gestión abogados, trabajadores sociales, psicopedagogos y psicólogos, siendo estos últimos los principales a cargo. Y allí, radica el problema planteado. Es entonces que al concretar la entrevista inicial, ciertos varones, con mayores posibilidades económicas y sociales que otros, rechazan su inclusión alegando su posibilidad de dirigirse en búsqueda de acompañamiento terapéutico de forma particular y/o a través de su obra social o medicina prepaga, acreditando en el expediente el debido acompañamiento psicológico y su tratamiento.

Pues entonces, aquí nacen las desigualdades y consecuentemente los defectos no previstos por el legislador, el tratamiento terapéutico ejercido a través de un profesional psicólogo en consulta particular **disto completamente de la finalidad de los dispositivos socioeducativos de buenas masculinidades**, ya que, el psicólogo, profesional de la salud, en consulta abordará temáticas propias e individuales del usuario, pertenecientes a la salud mental; mas en contra punto, los talleres socioeducativos, tienen una finalidad social, de reconsideración y reeducación y deconstrucción de patrones, y **NO** un encuadre terapéutico.

Creando así, una total y real desigualdad entre aquellos con menores recursos, a los cuales el cumplimiento obligatorio de la manda judicial queda como una absoluta necesidad, cuyo incumplimiento traerá consigo sus debidas consecuencias jurídicas, y por otro lado , aquellos con mayores recursos, y gran astucia , que evaden completamente el cumplimiento de

los objetivos del taller a través de la simple acreditación de la presencia de sesiones a un profesional psicólogo que gracias al secreto y ética profesional nada acredita acerca de su línea de trabajo, su orientación profesional, ni abordajes realizados. Estos últimos, lejos de recibir el acompañamiento deseado por la institución, continúan entonces reproduciendo patrones patriarcales con la salvedad del visto bueno judicial.

CONCLUSIONES.

Como operadores jurídicos, personas del derecho y agentes sociales no debemos permitir que tales desigualdades se reproduzcan, no solo en la falta de equidad entre pares, sino principalmente, por evitar que el referido usuario evada su obligación judicial, la cual tanto nos beneficia como sociedad. Mas su cumplimiento podríamos calificarlo como de satisfacción equitativa, pues ganara el usuario, gracias a los nuevos conocimientos aprendidos y las deconstrucciones sociales internalizadas, y como sociedad, ganamos la tranquilidad y la satisfacción de erradicar poco a poco los patrones patriarcales que tanto daños nos causan. No debemos tolerar que gracias a ciertos beneficios y prioridades de clase se busque evadir y evitar la inclusión a tales dispositivos, de lo contrario permitiríamos que los intereses individuales prevalezcan por sobre la salud social.

Nos llamo a la reflexión y a la colaboración, instando a nuestro propio accionar en dichos procesos como sumamente necesarios, entendiendo nuestro trabajo no solo como supervisores del proceso, sino también de forma ejemplificadora ante tales injusticias.

Es importante plantear nuestras prioridades, y principalmente nuestros valores, defendamos los derechos humanos en su conjunto, y consecuentemente las instituciones que colaboran en su tutela. Mas, nuestro cliente bien asesorado hoy, nuestro impulso procesal efectivo puede salvar una vida en el futuro.

Es entonces que propongo:

1.- Internalizar la exigencia judicial, tanto de oficio como a pedido de parte, del cumplimiento estricto y acreditado del dispositivo en cuestión. Siendo el mismo de forma exhaustiva y excluyente mediante la inclusión en Instituciones acreditadas y habilitadas para ello. No tolerando y exigiendo como operadores jurídicos el rechazo absoluto de la simple acreditación de acompañamiento terapéutico individual.

Asimismo, se aconseja requerir expresamente a tales dispositivos el aporte de un cronograma y programa de planificación del taller, la individualización de la asistencia del usuario, como así también un informe acerca del acatamiento e inclusión del mismo en las actividades programadas, su conducta y referencias varias.

2.- Promover la conformación de tales dispositivos soportados a través de la inclusión en las prestaciones obligatorias de medicina prepaga y obras sociales, a los fines de su abordaje también a través de los mismos.

De tal forma, si bien no consiste dentro de las prestaciones ordinarias incluidas en el programa de Salud, pues, como hemos comentado, radica mas en la esfera de lo socio educativo, entendemos que las obras sociales, mutuales, medicinas privadas, como medios de socialización y de pertenencia de los usuarios, ,y su inclusión en ellos podría evitar las principales resistencias y perjuicios que poseen los mismos, buscando brindar mayor efectividad, con el debido control y supervisión estatal acerca de la temática, forma de implementación y desarrollo.

El servicio local para la protección de los NNyA: una herramienta necesaria pero incompleta

Abog Micaela Nadina Aguirre

Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora

INTRODUCCIÓN: SERVICIO LOCAL. ¿Para qué sirve?

Para adentrarnos en la presente ponencia debemos delimitar qué es un Servicio Local y cuál es su función principal.

Como integrante de un Servicio Local dentro de la Provincia de Buenos Aires puedo definirlo como un organismo municipal con la concreta finalidad de promover y proteger los derechos de todos los niños niñas y adolescentes , defendiendo y llevando como bandera el **Principio rector del Interés Superior del NNyA.-**

Es decir, nuestro trabajo gira en torno a defender los derechos de los NNyA, priorizándolos en cada decisión que toma el equipo del Servicio Local.-

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fallado manifestando que “ *El principio del interés superior del niño encuentra consagración constitucional en la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en los arts. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y 4° de la ley de la Provincia de Buenos Aires 13.298, y en el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación.* ”. ¹²⁶

Recordándonos de esta manera que El interes Superior del Niño (niña y adolescente) no es solo una idea doctrinaria sino que se encuentra consagrado en nuestra legislación y en Convenios Internacionales con jerarquía constitucional .-

Siguiendo estos lineamientos podemos citar la La Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su Artículo 3 establece que se “*entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley*”¹²⁷.-

El citado artículo además agrega “*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*”¹²⁸ y con esta idea, manifiesto que dentro del Servicio Local constantemente nos encontramos frente a dos o más derechos e intereses con igualdad de legitimidad pero siempre se opta por la estrategia que favorezca y proteja al NNyA.-

Las estrategias adoptadas por el equipo interdisciplinario que integro son ideadas para cada caso concreto, es decir, cuando nos llega una problemática, escuchamos a todas las partes - principalmente a los NNyA - y a raíz de todo lo trabajado se toman las medidas o estrategias necesarias para ese caso en concreto.-

Ahora bien, el Servicio Local está compuesto por un equipo interdisciplinario que abarca el trabajo social, la psicología y el derecho y , con estos tres enfoques genera y despliega las estrategias que se aplicaran al caso concreto priorizando el bienestar del NNyA.-

Puedo decir que el Servicio Local es un ámbito donde los niños, niñas y adolescentes pueden encontrar un lugar seguro para contar lo que les está pasando, lo que viven, lo que sufren y a lo mejor por primera vez encontrar un refugio, una contención y un oído para todo aquello que vulnera sus derechos. El correcto funcionamiento del equipo y de las medidas

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*interés superior del niño: protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes/ 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2020.*”

¹²⁷ **Ley 26.061** Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 2005.-

¹²⁸ **Ley 26.061** Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 2005.-

adoptadas en favor de los NNyA resulta ser trascendental para la restitución de los derechos de los mismos, motivo por el cual cada recurso, estrategia y acción deben ser acompañadas por el equipo desde el principio de la problemática hasta el final con el objetivo de garantizar el cumplimiento de sus derechos.-

Debemos entender que los NNyA que se presentan ante el servicio son víctimas de distintas situaciones que vulneran sus derechos y, nuestra intervención es crucial para terminar con esa situación y comenzar a construir una mejor vida para ellos.-

LEY 13.298: PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.-

Antes de comenzar con el desarrollo de la Ley Provincial 13.298 me gustaría, brevemente, comentar cómo hemos llegado a la creación de dicha normativa.-

A fines del Siglo XX y con la llegada de la Democracia, Argentina comenzó a interiorizarse y poner en agenda los derechos de los NNyA (en ese momento histórico sólo se hacía referencia al término “niño” abarcando a las niñas y adolescentes, hoy se nombra a todos los involucrados en estas leyes y convenios).-

Esto se da en un contexto en el cual las Naciones Unidas crea el Tratado Internacional Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) con el objetivo de entender a los NNyA como SUJETOS DE DERECHO, con voz y voto para las cuestiones que tenían injerencia en sus vidas. -

Se deja de comprender al NNyA como un objeto de derecho, al que se “tiene” como una “cosa” y se empieza a tratar como un sujeto con ideas, voz y derechos.

Es así que en 1990 Argentina ratifica su adscripción al mencionado tratado, para luego sancionar sus propias leyes siguiendo las directivas de la CDN.-

Volviendo a la Ley 13.298, la misma fue sancionada en la Provincia de Buenos Aires en el año 2005 y gracias a esta se entiende a los NNyA como sujetos de derecho dándole voz y participación en las decisiones que van a regir sus vidas.-

Con esta ley se construye la idea de promover y proteger los derechos de los NNyA.

Adentrándonos en la ley, específicamente en los artículos 1 y 2 de la Ley 13.298 la misma nos determina su objeto y finalidad: la promoción y protección integral de los derechos de los NNyA garantizando el ejercicio y disfrute de derechos y garantías, abarcando a todas las personas desde su concepción hasta los 18 años de edad.-

La misma normativa nos refiere que para cumplir con estos objetivos es necesario la creación de SERVICIOS LOCALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS de los NNyA los cuales deberán intervenir frente a situaciones donde los niños niñas y adolescentes vean sus derechos vulnerados. Esa intervenciones tienen que ser rápidas y expeditivas, intentando respetar los deseos y derechos de las víctimas a fin de restituir los derechos que fueron vulnerados.-

El artículo 19 de la mencionada ley establece que los Servicios tiene las siguientes funciones

a) Ejecutar los programas, planes, servicios y toda otra acción que tienda a prevenir, asistir, proteger, y/o restablecer los derechos del niño.

b) Recibir denuncias e intervenir de oficio ante el conocimiento de la posible existencia de violación o amenaza en el ejercicio de los derechos del niño.

c) Propiciar y ejecutar alternativas tendientes a evitar la separación del niño de su familia y/o guardadores y/o de quien tenga a su cargo su cuidado o atención.¹²⁹-

Las cuales me animo a decir que son enunciativas dado que la actividad dentro de los Servicios Locales son muchísimo más extensas.-

¹²⁹ LEY 13.298 Promoción Y Protección Integral De Los Derechos De Los Niños, Niñas Y Adolescentes.-

Esto último se da debido a los pocos recursos que son destinados para el desarrollo del trabajo dentro del Servicio Local.

Poco personal, insuficiencia de insumos, poca capacitación en aquellas personas que deben colaborar o ayudar a los profesionales, hacen que la multiplicidad de tareas sean desarrolladas por quienes no deben o quienes tienen diferentes funciones y generan un cuello de botella para aquellos que con entusiasmo trabajan cada día para defender los derechos de los NNyA.-

El Art. 20 establece que el equipo interdisciplinario debe estar integrado como mínimo por:

- 1.- Un (1) psicólogo
- 2.- Un (1) abogado
- 3.- Un (1) trabajador social
- 4.- Un (1) médico

Extremo que en la práctica no se cumple. Es costumbre que los equipos estén integrados por un trabajador social, un psicólogo y un abogado para cubrir - como ya lo he mencionado anteriormente - las áreas sociales psicológicas y legales de las cuestiones que llegan al conocimiento del Servicio Local.-

El ámbito de Salud está distribuido en diferentes Unidades Sanitarias cercanas al domicilio familiar del NNyA pero no hay dentro del equipo un especialista en salud para poder completar el estudio de los casos que llegan.-

La existencia de un Médico pediatra dentro del equipo es de vital importancia dado que la mayoría de los casos que ingresan al servicio son de violencia y/o abuso sexual infantil, donde un galeno puede intervenir y constatar las lesiones que posee el NNyA presentando un informe físico junto con los realizados por la parte psicológica y social del equipo técnico, ayudando así al abogado/a a presentar al juez interviniendo las pruebas que acreditan y avalan las decisiones tomadas por el servicio.-

La falta de un especialista en medicina genera que muchas veces las intervenciones se dilaten dado que es necesario una óptica dentro de esa área que el equipo técnico desconoce.-

Otro caso donde es necesaria la intervención de un galeno se da cuando un NNyA será institucionalizado, es decir, deberá transitar un tiempo en un hogar, lugar donde debe ingresar al mismo con un examen físico a fin de establecer en qué condiciones físicas llega a la institución. Sin esa revisión, la cual en la jerga se denomina "precario médico" el NNyA no puede ingresar, extremo que revictimiza nuevamente al joven vulnerable.-

EL CASO DE MFG, UNA PROBLEMÁTICA DIARIA EN EL SERVICIO LOCAL

Encuentro interesante aplicar todo lo manifestado anteriormente en un caso práctico. Hace unos meses se presentó una denuncia por maltrato a una niña de 10 años en la puerta de la Institución Educativa a la cual concurría. -

Se toma intervención y se cita a todos los actores involucrados en el hecho y a la niña MFG. Luego de entrevistar e indagar en la situación, se toma la decisión de abrigo a MFG con su tía, la cual en otra oportunidad ya la había abrigado. -

Terminada la intervención se cargo todo al legajo virtual con la satisfacción de haber realizado un buen trabajo y haber alejado a MFG de las situaciones de violencia que vivía con su progenitor.-

A los pocos días, y mientras realizaba mi trabajo en el Servicio Local, vuelven la niña con su tía al Servicio, la misma me manifestó que no quería seguir teniendo a la niña y que nos la dejaba con sus cosas.-

Se entrevistó a la Sra., se trato de escuchar y entender la situación y de hacerla entrar en razón, pero la misma no quería tener ni volver a vincularse con MFG.-

¿Cómo articula el equipo interdisciplinario frente a estas situaciones? En primer lugar se comienza a buscar algún referente afectivo para realizar un nuevo abrigo para la niña. En este caso no existía ningún familiar, ni amigos, ni padres de compañeras, ni docentes que quieran o

puedan recibir a la niña, motivo por el cual y luego de buscar por cielo y tierra se decide que lo mejor es institucionalizarla en un hogar.-

En ese momento comenzó la burocracia y los llamados. “no tenemos vacantes” y “busquen un referente” eran las respuestas que recibimos constantemente y en otros momentos el silencio frente a tamaña vulneración de derechos era imperdonable.-

Cerca de las 18 horas nos confirman que la documentación, el legajo y las presentaciones estaban en orden y que solo faltaba uno, el más importante: “el precario”. El equipo interdisciplinario entero, que se había quedado fuera de hora enviando documentación y cuidando de la niña, manifiestan que no era posible realizar ese documento dado que no contaban con un médico en el equipo, extremo que es conocido por todos los agentes que intervinieron en el desarrollo de la búsqueda de una vacante. La niña nuevamente se encontraba vulnerada y sin ningún respaldo.-

Con el correr de las horas se determinó que la joven podía acudir al cuerpo médico forense de la localidad en carácter excepcional y fue enviada allí a fin de realizarse los estudios correspondientes.-

Llegada la noche y por temas de horarios, la niña no pudo ingresar al hogar al que había sido designada 12 horas antes de la culminación de los estudios médicos y de la burocracia exigida para institucionalizar, extremo que genero que la misma deba pasar la noche en un refugio de mujeres víctimas de violencia de género acompañada por parte del equipo técnico.-

MFG fue revictimizada una y otra vez por la burocracia y por la falta de un médico en el equipo interdisciplinario, ¿cuantas horas de angustia se hubiera ahorrado la joven de haber contado con el equipo completo que establece la ley?

El tiempo no se lo devuelve nadie pero puede ser un disparador para comenzar a pensar en la integración a cada equipo de un profesional de la salud.-

CONCLUSIONES FINALES.-

El servicio Local es una herramienta necesaria pero incompleta. -

Es sumamente importante contar con un médico dentro de los equipos interdisciplinarios en primer lugar para cumplir con la normativa y tener completos los equipos con todas las ópticas necesarias para defender los derechos de todos los NNyA que pasan por los Servicios.

Somos nosotros quienes debemos garantizar que la vulneración de sus derechos termina en la puerta de entrada al servicio y no ser parte de una cadena de vulneraciones que siguen afectando una y otra vez a todos los NNyA que viven situaciones de abandono, violencia, negligencia y Abuso.

PROPUESTAS.-

Por todo lo expuesto entiendo necesario que se cumpla con el artículo 19 de la ley 13.298 y se incorporen médicos y médicas para integrar y completar los equipos de trabajo de los Servicios Locales a fin de terminar con la doble victimización de los NNyA.-

BIBLIOGRAFÍA.-

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “**interés superior del niño: protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes**, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2020 Libro digital, PDF/A Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-1625-81-9 1. Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. I. Título. CDD 341.48572.- :

2. **Ley 26.061** Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, 2005 <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

3. **REUNIÓN EXTRAORDINARIA ORGANIZADA POR EL INSTITUTO INTERDISCIPLINARIO DEL NIÑO Y LA FAMILIA CASI.** *“El rol del servicio local en el sistema de protección de Derechos. La articulación con los efectores”*, <https://www.youtube.com/watch?v=HyKtDUE8BXA&t=1995s>

Los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en Argentina

Abog Gonzalez, Hernan Ezequiel

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

1. Introducción

- El Instituto del "Abogado del Niño" se instituye en el art. 12 inc. 2 de la CDN, en el art 27 de la Ley 26061, en el Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y adolescentes contemplado en la Ley provincial 13298, en la ley 14568 y su reglamentación; y el nuevo Código Civil y Comercial.

- Se define al Niño, Niña o Adolescente (NNyA), conforme el art 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, hasta los 18 años de edad. Conforme la reserva formulada por la República Argentina, "desde el momento de su concepción" (Ley Nacional 23.849, artículo 1). Incluso, esta afirmación va en consonancia con la Ley Nacional 26061 que lo define con el mismo alcance, y con el Nuevo Código Civil y Comercial argentino.

- Para la niñez y la adolescencia, el acceso a la justicia, el derecho de defensa, y de ser oídos en el proceso administrativos o judicial, ya sea civil o penal. Esto constituye un avance en la posibilidad del ejercicio de un derecho y de la garantía constitucional.

- El Abogado del Niño es una figura creada por la Ley Bonaerense 14.568, que tiene como objetivo representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte en la provincia de Buenos Aires. La ley establece que el Estado Provincial se hará cargo del pago de las acciones derivadas de la actuación de los abogados patrocinantes de los niños. El Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires mantiene un Registro Provincial de Abogados del Niño, donde pueden inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño.

- Si bien los magistrados judiciales cuentan con los Servicios Zonales y Locales, dependientes del Sistema de Promoción y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, del Poder Ejecutivo provincial; a los que intervienen elevando informes y con su intervención directa ante la solicitud del juez competente como no así sucede con la figura del "abogado del niño" siendo que en la actualidad muchos magistrados niegan su intervención.

2. Marco Legal en Argentina:

- La Constitución Nacional de la República Argentina reconoce los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su artículo 75, inciso 22. Este artículo establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional y que los derechos y garantías reconocidos en ellos deben ser respetados, protegidos y garantizados por las autoridades públicas.

- La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho. La Convención establece los derechos en sus 54 artículos y protocolos facultativos, definiendo los derechos humanos básicos que deben disfrutar los niños, las niñas y adolescentes. Fue firmado por 190 países, con excepción de Estados Unidos.

- "La Convención cancela definitivamente la imagen del <menor> como objeto de la compasión-represión, convirtiéndolo en el niño-adolescente sujeto pleno de derechos". El niño como sujeto.

- La CDN establece que todos los niños y niñas tienen derecho a una vida plena y saludable, a la educación, a la protección contra la violencia, el abuso y la explotación, y a participar en la vida social y cultural de su comunidad¹. La Convención también establece que los niños tienen derecho a ser escuchados y a expresar sus opiniones en todos los asuntos que les afectan.

- En Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada en 1990 y en 1994 le otorgó rango constitucional tras el Pacto de Olivos. Desde entonces el Estado argentino está obligado a garantizar todos los derechos establecidos en la Convención a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en nuestro país. La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes sancionada en 2005 establece la aplicación obligatoria de la Convención.

3. Derechos Fundamentales:

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes son reconocidos por la Constitución Nacional de la República Argentina en su artículo 75, inciso 22. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que reconoce a todas las personas menores de 18 años como sujetos de pleno derecho. La Convención establece los derechos en sus 54 artículos y protocolos facultativos, definiendo los derechos humanos básicos que deben disfrutar los niños, las niñas y adolescentes.

En Argentina, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece medidas para garantizar el cumplimiento de estos derechos.

- - Derecho a la vida: El Estado argentino tiene la obligación de garantizar el acceso a servicios de salud adecuados para todos los niños, niñas y adolescentes. Además, se han implementado políticas públicas para reducir la mortalidad infantil y mejorar la calidad de vida de los niños y niñas

Todos los niños y niñas tienen derecho a una vida plena y saludable.

- - Derecho a la salud: El Estado argentino tiene la obligación de garantizar el acceso a servicios de salud adecuados para todos los niños, niñas y adolescentes. Además, se han implementado políticas públicas para reducir la mortalidad infantil y mejorar la calidad de vida de los niños y niñas

Los niños y niñas tienen derecho a recibir atención médica adecuada y a disfrutar del más alto nivel posible de salud.

- - Derecho a la educación: La educación primaria es obligatoria en Argentina y está garantizada por el Estado. Además, se han implementado políticas públicas para mejorar la calidad educativa y reducir las tasas de abandono escolar.

Todos los niños y niñas tienen derecho a una educación gratuita y obligatoria, al menos en la educación primaria.

- - Derecho a la igualdad: El Estado argentino tiene la obligación de garantizar que todos los niños, niñas y adolescentes sean tratados con igualdad ante la ley, sin importar su raza, género, religión o cualquier otra condición. Se han implementado políticas públicas para reducir las desigualdades sociales y económicas que afectan a los niños y niñas

Los niños y niñas tienen derecho a ser tratados con igualdad ante la ley, sin importar su raza, género, religión o cualquier otra condición.

4. Protección Específica:

Los niños, niñas y adolescentes en Argentina están protegidos por varias leyes y políticas que garantizan sus derechos y su bienestar. Algunas de estas leyes y políticas son:

- [La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes \(Ley 26.061\)](#), que establece el marco legal para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todo el territorio nacional. Esta ley reconoce a los niños como sujetos de derecho y crea un sistema de protección integral que incluye organismos administrativos, medidas de prevención, atención y protección, y un fondo específico para el financiamiento de las políticas públicas.

- La Ley de Educación Nacional (Ley 26.206), que regula el derecho a la educación de todos los niños y jóvenes en Argentina. Esta ley establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación desde el nivel inicial hasta el secundario, la inclusión educativa, la calidad y equidad educativa, la participación de la comunidad educativa, y el respeto a la diversidad cultural, lingüística y religiosa.

- La Ley de Adopción (Ley 25.854), que regula el proceso de adopción de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de adoptabilidad. Esta ley establece los requisitos y condiciones para ser adoptante, los principios y garantías del procedimiento de adopción, los derechos y deberes de los adoptantes y adoptados, y la creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

- La Ley de Protección contra la Violencia Familiar (Ley 24.417), que tiene como objetivo prevenir, sancionar y erradicar la violencia familiar en todas sus formas. Esta ley define la violencia familiar como toda acción u omisión que cause daño físico, psicológico o sexual a cualquier miembro de la familia, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes. Esta ley establece medidas de protección para las víctimas, como el cese de la violencia, el alejamiento del agresor, la asistencia médica, psicológica y legal, y la derivación a instituciones especializadas.

- La Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes con Cáncer (Ley 27.363), que tiene como objetivo garantizar el acceso a una atención integral, oportuna y adecuada de los niños y adolescentes con cáncer. Esta ley reconoce el derecho a la salud, a la información, a la participación, al acompañamiento familiar, a la educación, al esparcimiento, a la protección social y al cuidado paliativo de los niños y adolescentes con cáncer. Esta ley también crea un programa nacional para la prevención, detección temprana, tratamiento y seguimiento del cáncer infantil.

- La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (Ley 22.278), que regula el régimen penal aplicable a los adolescentes entre 16 y 18 años que cometan delitos. Esta ley establece los principios, garantías y procedimientos para el juzgamiento y sanción de los adolescentes infractores, así como las medidas socioeducativas que se pueden aplicar. Esta ley también reconoce el derecho a la defensa, al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la reinserción social y al interés superior del niño.

Programas y servicios gubernamentales en referencia a la protección de niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires son:

- **Atención y protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales - Adopciones:** Este programa tiene como objetivo promover el derecho de toda niña, niño y adolescente a crecer y desarrollarse en el seno de una familia o en un medio familiar definitivo. Ofrece asesoramiento, capacitación y orientación a organismos del sistema de protección de derechos a nivel federal e internacional. También articula con el organismo público encargado del registro de las personas aspirantes a guarda con fines adoptivos.

- **Programa Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes:** Este programa establece estrategias y líneas de trabajo para la vinculación y articulación de la administración pública en los tres órdenes de gobierno, así como la participación de los sectores privado y social. Busca promover el desarrollo pleno de la niñez y adolescencia a partir de un enfoque integral que va desde el acceso a una educación de calidad, la salud y la cultura, hasta el deporte, el esparcimiento y la no discriminación.

- **Protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:** Esta política se basa en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, como individuos, miembros de una familia o integrantes de una comunidad con derechos y responsabilidades apropiados según su edad y madurez. Se apoya en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) como marco normativo para garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia.

5. Desafíos y Problemas Actuales:

Los desafíos y problemas que enfrentan los niños, niñas y adolescentes en Argentina son muchos y diversos. Algunos de ellos son:

- [La pobreza: Según el informe de UNICEF](#), el 63% de los NNyA viven en hogares pobres, es decir, que no tienen ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas o que sufren al menos una privación de derechos. La pobreza afecta más a los NNyA que a los adultos, y tiene un impacto negativo en su desarrollo físico, cognitivo, emocional y social.

- [La violencia: El informe de UNICEF](#), también señala que el 70% de los NNyA han sufrido algún tipo de violencia física o psicológica en el ámbito familiar, escolar o comunitario. La violencia puede generar traumas, estrés, ansiedad, depresión y baja autoestima en los NNyA, así como dificultades para aprender y relacionarse con otros. Además, la violencia de género es una problemática que afecta especialmente a las niñas y adolescentes mujeres, que sufren mayores riesgos de abuso sexual, embarazo forzado, matrimonio infantil y femicidio.

- [La falta de acceso a la educación de calidad: El informe de UNICEF](#), indica que el 20% de los NNyA no asisten a la escuela o tienen una asistencia irregular, y que el 50% no terminan la educación secundaria en tiempo y forma. La pandemia de COVID-19 ha agravado esta situación, al interrumpir las clases presenciales y generar brechas de conectividad y aprendizaje. La educación es un derecho fundamental para los NNyA, que les permite adquirir conocimientos, habilidades, valores y actitudes para desarrollarse plenamente y participar activamente en la sociedad.

Estos son solo algunos de los desafíos y problemas que enfrentan los NNyA en Argentina, pero hay muchos más. Es necesario que el Estado, la sociedad civil, el sector privado y los propios ABOGADOS NNyA trabajen juntos para garantizar el cumplimiento de sus derechos y mejorar su calidad de vida.

6. Avances y Logros:

Algunos de los avances significativos en la promoción y protección de los derechos de la infancia en Argentina y la provincia de Buenos Aires son:

- La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1990, que establece los principios y las obligaciones del Estado para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

- La sanción de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061) en 2005, que reconoce a los niños como sujetos de derecho y crea el Sistema de Protección Integral, con órganos específicos a nivel nacional, provincial y municipal.

- La implementación de la Asignación Universal por Hijo (AUH) en 2009, que es una transferencia monetaria condicionada que beneficia a más de 4 millones de niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad socioeconómica.

- La creación del Plan Nacional de Primera Infancia en 2016, que tiene como objetivo fortalecer el desarrollo integral de los niños y niñas desde la gestación hasta los 4 años, mediante el acceso a servicios de salud, educación, protección y cuidado.

- La aprobación de la Ley de Educación Sexual Integral (ESI) en 2006, que establece el derecho a recibir una educación sexual integral en todos los niveles educativos, con un enfoque de derechos humanos, género y diversidad.

- La adhesión a la Ley Nacional de Voto Adolescente (Ley 26.744) en 2012, que amplía el derecho al sufragio a los jóvenes de 16 y 17 años, reconociendo su capacidad y participación ciudadana.

- La elaboración del Análisis de Situación de la Niñez y la Adolescencia en Argentina (SITAN) en 2021, que presenta y analiza los desafíos y las oportunidades para el cumplimiento de los derechos de la infancia, así como los patrones de privación y desigualdad que los afectan.

- La puesta en marcha de la Iniciativa Ciudadanía Digital: los derechos de las infancias y adolescencias en entornos digitales en 2020, que busca promover el uso responsable, seguro y creativo de las tecnologías digitales por parte de los niños, niñas y adolescentes, así como prevenir y combatir las violencias online.

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- La Declaración de Ginebra de 1924.
- La Declaración de los Derechos del Niño de 1959.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de

Menores (Reglas de Beijing).

- La Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estado de Emergencia o de Conflicto Armado

Ejemplos de organizaciones o iniciativas que han contribuido positivamente

Algunas de las organizaciones o iniciativas que han contribuido positivamente para la protección de niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires, Argentina son:

- **Red por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en la Provincia de Buenos Aires (REDNAP):** Es una red de organizaciones sociales que trabaja por la promoción y defensa de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires. Entre sus acciones se encuentran la incidencia política, la formación, la investigación, el monitoreo y la comunicación sobre temas relacionados con la infancia y la adolescencia.

- **Fundación CONIN Buenos Aires:** Es una fundación que forma parte de la red nacional e internacional de CONIN (Cooperadora para la Nutrición Infantil), una organización que tiene como misión prevenir y revertir la desnutrición infantil y sus secuelas. Para ello, brinda atención integral a niños y niñas menores de 5 años y sus familias, mediante centros de prevención, recuperación y educación.

- **Fundación Pelota de Trapo:** Es una fundación que desde 1979 desarrolla programas educativos, culturales, recreativos y comunitarios para niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad social. Su objetivo es generar espacios de encuentro, expresión, participación y construcción colectiva, donde los niños y niñas puedan ejercer sus derechos y desarrollar su potencial.

Estas son solo algunas de las muchas organizaciones e iniciativas que trabajan por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en la provincia de Buenos Aires. Si quieres conocer más sobre ellas o colaborar con su labor, puedes visitar sus páginas web o contactar con ellas directamente.

En la provincia de Buenos Aires, la figura del *Abogado del Niño, Niña y Adolescente* fue creada por la *Ley 14.568*¹. Esta ley establece que el abogado del niño debe representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces. Siendo que se creó un registro de abogados del niño, niña y adolescente para proveer asistencia jurídica y defensa técnica a partir de criterios fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del niño¹. Para ser incluido en este registro, los abogados deben haber cumplimentado el curso de "Abogado del niño, niña y adolescente" y acreditar una constante especialización¹.

Una vez que se recibe en el Colegio el oficio del órgano judicial para la designación de un Abogado del Niño, Niña y Adolescente, se realiza un sorteo a fin de designarlo en la causa que se lo requiera.

7. Participación de los Niños, Niñas y Adolescentes:

La participación activa de los niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones que los afectan es un derecho humano reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta participación tiene beneficios tanto para los propios niños, niñas y adolescentes como para la sociedad en general. Algunos de estos beneficios son:

- Favorece el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, al potenciar su autoestima, su sentido de pertenencia, su capacidad crítica y su autonomía.
- Contribuye a la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a situaciones de violencia, abuso o explotación, al fortalecer su voz y su capacidad de denuncia.
- Enriquece la calidad y la legitimidad de las decisiones que se toman en los ámbitos familiares, escolares, comunitarios y políticos, al incorporar la perspectiva y la experiencia de los niños, niñas y adolescentes.
- Promueve una cultura democrática y participativa, al fomentar el respeto, el diálogo, la tolerancia y la solidaridad entre las distintas generaciones y grupos sociales.

Por estas razones, es importante destacar la importancia de la participación activa de los niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones que los afectan, y crear espacios y mecanismos que faciliten y garanticen su ejercicio efectivo.

•
• Ejemplos de cómo se fomenta la participación en la sociedad argentina.
Algunos ejemplos de cómo se fomenta la participación en la sociedad argentina de los niños, niñas y adolescentes son:

- El Programa Nacional de Derecho a la Participación Ciudadana de Niñas, Niños y Adolescentes “Participamos”, creado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), que impulsa espacios institucionales de participación ciudadana en los distintos niveles del Estado, como comisiones, consejos, parlamentos y mesas.

- El Consejo Consultivo de Adolescentes de la SENNAF, que es un espacio de diálogo y consulta entre adolescentes y autoridades nacionales sobre temas de interés para las infancias y adolescencias.

- El Parlamento Federal Juvenil del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), que es una iniciativa que convoca a estudiantes secundarios de todo el país a debatir y proponer acciones para prevenir y erradicar la discriminación, el racismo y la xenofobia.

- El Programa Escuelas del Futuro del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, que promueve la participación de los estudiantes en proyectos innovadores que abordan problemáticas sociales, ambientales, culturales y tecnológicas desde una perspectiva colaborativa e interdisciplinaria.

- El Programa Generación 2030 de UNICEF Argentina, que busca involucrar a niños, niñas y adolescentes en el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) mediante actividades educativas, lúdicas y participativas que les permitan conocer, reflexionar y actuar sobre los desafíos globales.

8. Conclusión:

- La figura del *abogado del niño* es una realidad en la *Provincia de Buenos Aires* gracias a la *Ley 14568*². Esta ley establece que el abogado del niño debe representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte. Que junto con [La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes \(Ley 26.061\)](#), que establece el marco legal para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todo el territorio nacional. Esta ley reconoce a los niños como sujetos de derecho y crea un sistema de protección integral que incluye organismos administrativos, medidas de prevención, atención y protección, y un fondo específico para el financiamiento de las políticas públicas. La protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente es la doctrina actual que se aplica en materia de niñez. Esta doctrina

considera a las personas menores de edad sujetos titulares de derechos, a diferencia del anterior paradigma de minoridad de la “Situación irregular”, con una línea proteccionista donde se centraba la mirada en cosificar al menor protegido.

- Es importante destacar que la figura del abogado del niño es coherente con la línea conceptual de la doctrina de protección integral de los derechos mencionada. La participación activa del niño en el proceso judicial se tiene en forma directa mediante una entrevista con el magistrado, funcionario y/o operador auxiliar de la justicia interviniente en cada caso particular; o de manera indirecta mediante sus representantes legales partes del proceso.

- En cuanto a si los niños son escuchados o no, la ley establece que el abogado del niño debe representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte. Por lo tanto, se puede decir que sí, los niños son escuchados, cabe destacar que no siempre de la manera correcta siendo que algunos magistrados al día de la fecha no aceptan la intervención de la figura del abogado del niño, siendo que los abogados nos vemos en la complejidad de tener que reiterar la solicitud de intervención puesto que la misma debería ser solicitada en determinados procesos en el primer proveído en tanto en muchos casos se requiere de una apelación para formar la solicitud requerida.

- En cuanto a si la ley funciona o no, es difícil dar una respuesta definitiva. La ley establece un marco legal para proteger los derechos del niño y garantizar su participación activa en el proceso judicial. Si bien tenemos el art. 12 en el cual establece que el NNYA debe ser oído; no siempre se complementa. Sea por negligencia de los funcionarios, por no saber escuchar o por no reconocer al abogado NNYA, Sin embargo, su efectividad depende en gran medida de cómo se implemente y aplique en la práctica. En este sentido, es importante que se brinden recursos y capacitación a los magistrados y/o juzgados intervinientes adecuados para garantizar que el abogado del niño pueda desempeñar su función correctamente y que se promueva una cultura de respeto y protección hacia los derechos del niño. Cabe destacar que El Abogado del Niño NO es equiparable a otros funcionarios, como lo es un Defensor Oficial o el Asesor de Menores. Tiene la defensa de los intereses y derechos definidos por el NNYA, pero no sustituye su voluntad, solo la transmite al funcionario encargado de decidir sobre el futuro del conflicto. Esta postura aboga en pos del debido proceso legal humanizado que reconoce y respeta la dignidad humana a todas las personas. En pos de la humanización de la abogacía y del Abogado del NNYA humanista, que alcance a comprender la realidad multidimensional y necesidades interdisciplinarias y ayude a realizar dignamente a las personas que defiende y asesora. Por lo tanto, considero que se deben realizar cambios en la actualidad como ser capacitaciones con toda persona que en su labor judicial trabaje con NNYA. Para que todos los magistrados reconozcan al ABOGADO de Niñas, Niños y Adolescentes con la importancia que amerita en cada proceso judicial que puedan ser vulnerados sus derechos. –

BIBLIOGRAFIA:

Convención sobre los Derechos del Niño - Argentina.gob.ar.
<https://www.argentina.gob.ar>.

Derechos de niños, niñas y adolescentes - Argentina.gob.ar.
<https://www.argentina.gob.ar>.

Niños, Niñas y Adolescentes | Argentina.gob.ar.
<https://www.argentina.gob.ar/derechoshumanos/proteccion/ninios-ninias-adolescentes>.

Los derechos de niños, niñas y adolescentes. <https://www.mpf.gob.ar>

Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061)

Ley bonaerense 14568. Abogado del Niño.

EL ABOGADO DEL NIÑO SU IMPORTANCIA E INCIDENCIA EN EL PROCESO ... - CASI.
<https://www.casi.com.ar>

Gozaini, Osvaldo Alfredo "El niño y el adolescente en el proceso" en La Ley 09/08/2012, 4, LA LEY 2012-D,600.

Manciaux, Michel "The right to be Heard" The UNESCO Courier, octubre de 1991.

Nieva fenoll, Jordi, ob.cit.,.

Acceso a la Justicia de NNyA. Estrategias y Buenas Prácticas de la Defensa Pública, Ed. UNICEF y Defensoría General de la Nación, comité editorial Subsecretaría de Comunicación.

Antonio Alberto Violi, Síndrome de alineación parental, capítulo II.

PROPUESTA:

1.- Fortalecimiento del sistema de protección infantil y creación de espacios seguros para niños y niñas: El derecho a un ambiente seguro y protegido es un derecho humano fundamental que se encuentra protegido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Argentina. La Ley Nacional N° 26.061 establece el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que tiene como objetivo garantizar el acceso a servicios integrales de atención, protección y restitución de derechos para los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de violencia, abuso o explotación.

2.- Promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: La promoción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es fundamental para garantizar que estos derechos sean respetados y protegidos. La Constitución Nacional reconoce a los niños como sujetos plenos de derecho y establece su protección integral como una obligación del Estado. Asimismo, Argentina ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece una serie de derechos fundamentales para los niños, niñas y adolescentes.

3.- La Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires ofrece una variedad de cursos y programas de capacitación para magistrados, jueces y otros profesionales del derecho. Estos cursos incluyen temas como el derecho de familia, la infancia y la adolescencia, y pueden ayudar a los operadores del derecho a estar actualizados con las últimas transformaciones en este campo del derecho; no obstante, la realidad que debería ser una capacitación obligatoria para quienes aborden problemáticas que incluyan NNyA. Para que de esta forma; por ejemplo, se evite una vulneración de los derechos de NNyA ante progenitores con síndrome alienación parental siendo que los mismos se posicionan de manera tal de convencer a cualquier funcionario judicial que no este capacitado en dicho trastorno.

4.- La ley 13298 plantea como principio fundamental el interés superior del niño; al niño, niña o adolescente como sujeto de derecho; el objetivo es lograr el desarrollo integral, tanto de su personalidad como de sus potencialidades; el acceso a la salud, educación; el derecho a jugar; el respeto a la personalidad; garantiza el derecho de protección de la maternidad y de la familia en su conjunto. Creó los SERVICIOS LOCALES que cuentan con **equipos interdisciplinarios**, e intervienen asistiendo a NNyA que han sufrido vulneración o amenazas de sus derechos; y los SERVICIOS ZONALES. Estos **implementan políticas, planes, programas** de prevención y asistencia, cuyo objetivo es la contención del menor en su núcleo familiar. Sin embargo estos organismos se ven viciados por la falta de capacitación en su mayoría de los casos como también con la falta de recursos económicos; tanto el servicio LOCAL como el ZONAL, deberían trabajar en conjunto con los JUZGADOS DE TODOS LOS FUEROS, siendo que es de relevancia que al día de la fecha los mismo pueden otorgar una MEDIDA DE ABRIGO, la cual es tomada sin consultar al sistema judicial a quien están nombrando abrigadores; es decir en muchos casos sucede que a falta de recursos económicos sumado a un excesivo caudal de

casos que ingresan, ante no tener la correcta capacitación con respecto a problemáticas de NNYA y al no consultar a los abogados especializados en NNYA, se desarrolla una problemática nueva que se funda en que en muchos expedientes el abogado de NNYA es requerido tardíamente, y como consecuencia ningún organismo logra encontrar al abrigador para poder entrevistar a NNYA.

Dicho lo expuesto es de gran importancia que en todos los procesos que un NNYA pueda estar siendo vulnerado sus derechos o no, el MAGISTRADO, JUEZ O FISCAL COMPETENTE solicite la intervención urgente del ABOGADO DE NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENCIA desde el primer proveído. Realidad que al día de la fecha no procede.

CONCLUSION:

A.- Fortalecimiento del sistema de protección infantil y creación de espacios seguros para niños y niñas. -

B.-Capacitación obligatoria para quienes aborden problemáticas que incluyan NNYA para magistrados, jueces y otros profesionales del derecho. -

C.- Servicios locales y servicios zonales; que cuenten con mayores recursos económicos y domicilio electrónico mediante SISTEMA TOKEN, para tener un contacto mas fluido con los expedientes y magistrados. –

D.- Todos los procesos en los que NNYA puedan estar siendo vulnerados sus derechos o no, el MAGISTRADO, JUEZ O FISCAL COMPETENTE solicite la intervención urgente del ABOGADO DE NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENCIA. -

Crueldad o ignorancia: por qué cualquier proyecto de ley que intente desligar a los padres de la responsabilidad parental sería inconstitucional

Abog Florencia Carolina Ramos
Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

*“Tenemos una meta: la vida, la justicia y la libertad para todos los que habitan este suelo.
Tenemos un método para conseguirlo: La Democracia para la Argentina”*
Raúl Alfonsín¹³⁰

I.-INTRODUCCIÓN

Pareciera que estamos viviendo en un mundo en reversa. Donde ciertos consensos sociales son puestos en discusión cotidianamente y con muchísima liviandad. Hemos tenido que salir a discutir, por ejemplo, porque es ilegal el tráfico de órganos o porque no está permitido el canibalismo.

En este contexto local distópico, digno de una película de ciencia ficción, una diputada nacional por La Libertad Avanza, Lilia Lemoine manifestó su interés por presentar un -proyecto de ley que permita a los padres (hombres) a renunciar a su paternidad-, cito textualmente: *“Ya que las mujeres tienen el privilegio de poder matar a sus hijos y renunciar a ser madres entonces, ¿por qué los hombres por ley tienen que mantener una criatura? ¿Porque les dijeron que tomaban la pastilla? Porque hay muchas mujeres que para enganchar un tipo se aprovechan”*¹³¹.

Y quizás podríamos pensar que no es necesario darle relevancia a este tipo de comentarios o de ideas. Porque pensamos que son cosa de pocos, pero creo que dejar pasar estas aberraciones jurídicas (y humanas) dan lugar al avance de ideas que atentan contra toda clase de derechos humanos.

Considero, que esto no es aislado sino el engranaje de una maquinaria mucho más grande que busca llevarse puesto muchos de los derechos conseguidos. Es por ello, que en este trabajo intentare dar algunos argumentos para desterrar y demostrar porque un proyecto de ley de esas características sería “cuanto mínimo” inconstitucional.

II.- LA RESPONSABILIDAD PARENTAL COMO LÍMITE.

La innovadora idea de la diputada Lemoine tiene un fundamento principal y es el deslinde del hombre de sus responsabilidades parentales, específicamente de la obligación alimentaria.

Discursos como estos son manifestaciones de una sociedad que no ha encontrado herramientas para igualar en condiciones a los mapadres ante la mapaternidad. Continúan siendo las madres quienes cargan con el cuidado de los hijos. “De acuerdo con los cálculos de la CEPAL, en la región las mujeres dedican un 19,6% de su tiempo al trabajo doméstico y de cuidados no remunerado mientras que los hombres apenas un 7,3%. Es decir, las mujeres dedican a estas actividades casi el triple del tiempo que ellos”¹³²

Ahora bien, analicemos que dice nuestro ordenamiento jurídico actual respecto a la responsabilidad parental.

El Código Civil y Comercial, en el artículo 638, establece que la responsabilidad parental *“es 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”*.

¹³⁰ Fragmento del discurso de Raúl Alfonsín el 10 de diciembre de 1983 Fuente: <http://www.efemeridesradicales.com.ar>

¹³¹ <https://www.lanacion.com.ar/opinion/renunciar-a-la-paternidad-el-fanatismo-libertario-y-otra-propuesta-insolita-nid19102023/>

¹³² <https://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-es-momento-cambios-transformacionales-como-que-propone-la-sociedad-cuidado>

Azpiri dice, “la protección de los hijos es esencial en esta institución, porque resguarda la persona y los derechos de quien todavía no ha alcanzado la plena capacidad civil y por ello se encuentra en una situación vulnerable”¹³³

La reforma del Código en el año 2015, expresamente incorporó los principios que rigen la responsabilidad parental en el art. 639. Y ellos son:

- a) El interés superior del niño;
- b) La autonomía progresiva del hijo;
- c) El derecho del niño a ser oído.

Estos principios son de orden constitucional y emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño.

“El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño resguarda el interés superior del menor, el art. 5 recepta la evolución de sus facultades, dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención y el art. 12 contempla el derecho a ser oído en todo conflicto que le atañe, debiendo ser tenida en cuenta su opinión en función de la edad y madurez que tenga el niño”¹³⁴

Estos principios además de ser incorporados en el Código Civil y Comercial, han sido recepcionados por la ley 26.601 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.

El Código Civil y Comercial en el art. 641 establece que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos padres convivan o no.

Y en este mismo sentido los artículos 658, 659 y 660 establecen específicamente respecto la obligación alimentaria que la obligación es de ambos, conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado. Y las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

Es resumen, la obligación alimentaria es mucho más abarcativa que los comestibles, es proporcional a los ingresos de los padres, y asimismo la norma le da valor económico a las tareas de cuidado.

Estas disposiciones locales se ajustan a estándares internacionales. Y tienen como fundamento, entre otros, el interés superior del niño.

La familia constituye un núcleo importante dentro de la organización de la sociedad, y por ello la ley “crea un marco dentro del cual deben desarrollarse las relaciones familiares, estableciendo deberes y derechos recíprocos entre sus integrantes e imponiendo consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento”¹³⁵

Como hemos visto la regulación que hace el Código en materia de alimentos es la expresión de la obligación que tienen los progenitores con sus hijos.

La obligación del progenitor no conviviente a pagarla ES CON EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.

En este sentido Pitrau afirma, “La prestación alimentaria no es una simple obligación dineraria, ni es un tributo, una tasa o un impuesto, que se nos impone a disgusto, sino que es la expresión material de un grupo familiar, y este grupo puede transformarse con el tiempo, y

¹³³ AZPIRI, Jorge O. “INCIDENCIAS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL: DERECHO DE FAMILIA” Ed. Hammurabi, 2016. Pag 225.

¹³⁴ AZPIRI, Jorge O. “INCIDENCIAS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL: DERECHO DE FAMILIA” Ed. Hammurabi, 2016. Pag 226

¹³⁵ AZPIRI, Jorge O. “INCIDENCIAS DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL: DERECHO DE FAMILIA” Ed. Hammurabi, 2016. Pag 28.

pasar de la convivencia a la separación, pero aquella prestación permanece inalterable en las necesidades de sus integrantes”.¹³⁶

Todo lo desarrollado demuestra la existencia de un sistema normativo constitucional que protege a la familia, con el foco puesto en el niño, niña o adolescente. Una norma que permita el “derecho a renunciar a la paternidad” iría en contra de todo el sistema normativo vigente.

III.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CENTRO DEL ANÁLISIS.

Uno de los fundamentos principales de la obligación alimentaria es el interés superior del niño.

Pero, ¿qué es el interés superior del niño?, y ¿por qué un proyecto que busque la renuncia parental atentaría directamente contra los derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Cilero Bruñol lo define como “la plena satisfacción de sus derechos”¹³⁷

El "interés superior del niño" es un principio fundamental que se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), un tratado internacional adoptado por las Naciones Unidas en 1989. Este principio establece que, en todas las acciones y decisiones que afecten a los niños, ya sea por instituciones gubernamentales o por individuos, **se debe considerar primero y de manera primordial el bienestar y los derechos de los niños.**

El estado argentino, incorporo la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución Nacional en el año 1994 (art. 75 inc. 22) dándole jerarquía constitucional.

Por lo tanto, el estado argentino esta obligado a respetar este principio.

Ahora bien, profundicemos lo que significa el "interés superior del niño": Este principio establece que el bienestar de los niños debe ser la principal consideración en todas las decisiones y acciones que los involucren. Esto implica que otros intereses, ya sean de adultos, instituciones o del Estado, deben ceder en favor del bienestar de los niños.

Es una guía esencial para garantizar que se respeten los derechos de los niños y que se tomen medidas para su beneficio, independientemente de su origen étnico, género, religión o cualquier otra característica.

Por lo dicho, una norma que permita la renuncia del padre hombre a la paternidad estaría violando directamente el interés superior del niño, dejando a este en un estado de desprotección y desigualdad desde antes de que nazca.

El deseo individual del hombre adulto cede ante los derechos del niño, que como dijimos es sujeto de especial protección.

Y aquí hago un paréntesis y me permito remarcar algo, existen en la actualidad muchos medios de fácil acceso de profilaxis, desde el preservativo hasta procedimientos como la vasectomía que le permitirían al hombre tener un efectivo control sobre la posibilidad de tener hijos. Es allí donde el Estado debe hacer sus esfuerzos y generar políticas públicas que permitan la correcta planificación familiar.

Lo que el Estado no puede hacer bajo ningún contexto es avalar el abandono de un padre a sus hijos.

El estado tiene la obligación de velar por el cumplimiento de los derechos del niño, niña y adolescente.

IV- LA EXPRESIÓN DE LA CRUELDAD: LA VIOLENCIA ECONÓMICA COMO SISTEMA DE OPRESIÓN.

¹³⁶ PITRAU, Osvaldo F. “Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” en “Derecho de las Familias Infancia y Adolescencia”, Bs.As. Ed. InfoJus, 2014, pag. 412.

¹³⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, Emilio García Méndez y Mary Beloff (comp) en Infancia, ley y democracia en América Latina, Santa Fe de Bogota- Bs.As., Temis De Palma, 1998, pag. 70/71

La opresión a la mujer es histórica. La mujer ha sido víctima de múltiples formas de violencia. Y las declaraciones de la diputada Lemoine también son violencia política hacia las mujeres.

El peligroso discurso patriarcal de Lemoine legitima la violencia que las mujeres padecen a diario y busca “legalizar” la violencia económica que el no pago de la cuota alimentaria implica, y esto contradice TODO nuestro marco normativo.

Dichos como “no me parece justo que un hombre tenga que hacerse cargo económicamente de una criatura hasta los 18 años cuando no lo quiso tener”¹³⁸ es de un grado de irresponsabilidad nunca visto. No contempla ningún estándar mínimo de derechos humanos. Da por hecho que la mujer es la que debe criar y sostener a los hijos y genera aún más desigualdad de género.

La Dra. Famá afirma que “El incumplimiento del pago de los alimentos del progenitor con relación a sus hijas e hijos configura un supuesto de violencia económica contra las madres, quienes no sólo deben asumir el cuidado personal de las niñas, niños y adolescentes, sino también soportar en forma exclusiva el costo económico de su crianza. Este “sacrificio” es lo que se espera de una “buena madre”, quien debe mostrarse desinteresada, abnegada y entregada incondicionalmente a su descendencia, exhibiendo cualidades propias de la femineidad. El sistema patriarcal naturaliza la visión de las mujeres como proveedoras de cuidado, por considerarlo una asignación biológica. Pareciera que como las mujeres amamantan deben alimentar, y como tienen la posibilidad de gestar deben cuidar eternamente, no solo a sus hijas e hijos, sino también a los hombres, a las personas adultas mayores o a las personas con capacidad restringida”¹³⁹

El no pago de la cuota alimentaria es un mecanismo más del hombre para ejercer control y dominación sobre la economía de la mujer, generando un estado de vulnerabilidad y perjudicando directamente al hijo, quien resulta ser víctima directa de la violencia del padre.

La Argentina tiene un marco normativo en relación a las violencias de género, entre ellas la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Por lo tanto, pensar en una norma que busque legitimar este tipo de violencia contradice completamente nuestro plexo normativo, generando una contradicción de normas y un incumplimiento directo por parte del Estado de los compromisos internacionales asumidos.

V.- EL ABORTO NO ES LA OTRA CARA DE LA MONEDA.

El derecho al aborto se basa en el principio de autonomía y control sobre el propio cuerpo de una mujer. Esto se considera un derecho fundamental, ya que está relacionado con la capacidad de tomar decisiones sobre su salud y su vida reproductiva. La legalización del aborto en Argentina, en 2020, se enmarcó en el reconocimiento de este derecho.

La sanción de la ley 27.610 no es un capricho del feminismo, ni tampoco constituye “matar bebés” como torpemente Lemoine declara.

La sanción de dicha norma se da en un contexto de normas internacionales y de estándares mínimos de protección de la salud integral de las mujeres.

En este sentido, el art. 3 de dicha ley establece: *“Marco normativo constitucional. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la*

¹³⁸ <https://www.ambito.com/politica/insolito-lilia-lemoine-propuso-una-ley-que-los-papas-puedan-renunciar-la-paternidad-n5848362>

¹³⁹ FAMA, Victoria. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA CUOTA ALIMENTARIA DE LOS PROGENITORES HACIA SUS HIJAS E HIJOS. <https://defensoria.org.ar/noticias/especialgenero-violencias-economicas-contra-las-mujeres-las-consecuencias-del-incumplimiento-de-la-cuota-alimentaria-de-los-progenitores-hacia-sus-hijas-e-hijos-2/>

Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias”

Y en este sentido es necesario remarcar que “los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados dentro del ordenamiento jurídico del derecho internacional. Su jerarquía constitucional fue establecida por la voluntad del constituyente “en las condiciones de su vigencia”, esto significa: tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por argumentaciones que los ignoren. Cualquier intento en ese sentido compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino”¹⁴⁰

En este sentido el Comité de Derechos Humanos, el órgano encargado de interpretar y controlar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inc. 22 CN), ha expresado “desde siempre su preocupación por las leyes restrictivas y la inaccesibilidad de los abortos seguros, como también respecto de la mortalidad materna derivada de los abortos inseguros”¹⁴¹

En igual sentido el Comité de los Derechos del Niño “manifestó su preocupación por las tasas de mortalidad de mujeres vinculadas con el aborto clandestino; exigió asimismo al Estado argentino que tome medidas tendientes a asegurar el acceso a la práctica en los casos previstos legalmente y recomendó que, para evitar responsabilidad internacional dirija sus esfuerzos a reducir la mortalidad materna y a informar a los médicos sobre la necesidad de garantizar el acceso al aborto no punible, más aun en los casos en que los embarazos son productos de un delito”¹⁴²

También el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer “indica la necesidad de derogar las normas que criminalizan el aborto, ya que estas constituyen obstáculos discriminatorios al acceso a la salud, como también implican una falta de respeto a la autonomía de las mujeres”.¹⁴³

Como vemos, los estándares desarrollados por el Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos demuestran que la legalización del aborto no solo no es inconstitucional si no que es una necesidad imperativa, ya que forma parte de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

La sanción de la ley de interrupción voluntaria del embarazo ha sido el fruto de un intenso debate social y jurídico y ha saldado una deuda de derechos humanos con las mujeres.

Y bajo ningún punto de vista puede legitimar discursos irracionales como los de Lemoine.

¹⁴⁰ ESCALES, Vanina “Aborto legal argumentos, legislación y jurisprudencia” CELS. https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/07/aborto_legal_2020.pdf

¹⁴¹ HOPP, Cecilia M “Legalizar el aborto: imperativo de derechos humanos y deuda de la democracia” en Suplemento Especial “Interrupción Voluntaria del Embarazo”, Bs.As. Ed. Erreius, pag. 110

¹⁴² HOPP, Cecilia M “Legalizar el aborto: imperativo de derechos humanos y deuda de la democracia” en Suplemento Especial “Interrupción Voluntaria del Embarazo”, Bs.As. Ed. Erreius, pag. 114.

¹⁴³ HOPP, Cecilia M “Legalizar el aborto: imperativo de derechos humanos y deuda de la democracia” en Suplemento Especial “Interrupción Voluntaria del Embarazo”, Bs.As. Ed. Erreius, pag. 115

VI.- CONCLUSIONES.

En base a todo lo analizado, cualquier proyecto de ley que busque darle derecho al progenitor a renunciar a la paternidad colisiona directamente con las leyes vigentes en nuestro ordenamiento y con el marco normativo internacional, siendo inconstitucional desde antes de su redacción.

Asimismo, hemos visto que el derecho al aborto libre, seguro y gratuito en nada justifica la sanción de este tipo de normas. Actualmente, existen distintos tipos de profilaxis que le permiten al hombre controlar su reproducción.

Estas manifestaciones solo buscan perpetuar discursos patriarcales y de odio que solo generan mayores escenarios de desigualdad.

En estos contextos de confusión celebro los avances en relación a roles mas equitativos del cuidado parental, como por ejemplo proyectos de ley que buscan extender las licencias por paternidad.

El estado y quienes ejercen el poder estatal no pueden olvidar ni desechar años de progreso en materia de derechos humanos, no todo discurso es válido, no se puede permitir el avance de estos improvisados sobre los consensos mínimos democráticos.

Tenemos que ponerles un límite a estos discursos crueles o ignorantes, de nosotros, los profesionales del derecho, depende que no retrocedamos en las conquistas sociales, porque de esto depende la democracia.

Sin derechos humanos no hay democracia posible.

La naturaleza jurídica de los animales

Abog Leandro Marcelo Corbetta

Colegio de Abogados de Azul

SUMARIO: I. El Fenómeno Jurídico desde la Filosofía Trialista del Derecho II. Crítica a las principales posturas de la Doctrina sobre la Naturaleza Jurídica de los Animales II.A. Animales como Objetos II.B. Animales como Sujetos III. Reconocimiento de los Animales como Animales IV. Conclusión y Propuestas.

BREVE RESEÑA INTRODUCTORIA: Este trabajo tiene por objeto buscar una respuesta respecto de la naturaleza jurídica de los animales. Para llevar a cabo esta tarea seguiremos la corriente iusfilosófica trialista de Werner Goldschmidt¹⁴⁴ y Miguel Ángel Ciuro Caldani,¹⁴⁵ comprendiendo de manera compleja al fenómeno jurídico, el cual se compone por un orden de repartos, descripto e integrado por el ordenamiento normativo, y valorados éstos de forma conjunta por la justicia. Teniendo esto en cuenta, podemos afirmar que la disciplina científica del Derecho está compuesta por la comprensión integral de tres dimensiones: sociológica (referente al orden de repartos), normológica (referente al ordenamiento normativo) y dikelógica (referente a la valoración de los anteriores por la justicia). Bajo este marco teórico se abordará de manera crítica a las principales posturas doctrinarias referidas a la naturaleza jurídica de los animales. Finalmente, se plantea una nueva categorización jurídica de los mismos, reconociéndoles una naturaleza única y diferenciada de los objetos y sujetos de derecho, lo cual conlleva al planteamiento de una nueva concepción sobre la temática que resulta más acorde con la realidad y valoración social actual de los animales. Tal nueva concepción podría ser aplicable por nuestros jueces, legisladores y demás operadores jurídicos para lograr soluciones que se adecúen mejor a las demandas actuales de la sociedad sobre esta temática.

I. El Fenómeno Jurídico desde la Filosofía Trialista del Derecho:

De manera previa e introductoria a la temática principal que seguidamente se desarrollará (la naturaleza jurídica de los animales), resulta necesario efectuar una breve explicación del marco teórico iusfilosófico que se utilizará a lo largo del presente, siendo éste la **comprensión científica del Derecho desde una concepción trialista**. Esto implica que el fenómeno jurídico será interpretado desde tres dimensiones que se integran entre sí para conformarlo: la dimensión sociológica (referente al *orden de repartos*); la dimensión normológica (referente al *ordenamiento normativo*); y la dimensión dikelógica (referente a la valoración de los anteriores por la *justicia*).

Adentrándonos en la **dimensión sociológica**, el trialismo analiza las adjudicaciones de *potencia e impotencia*, entendiendo por potencia e impotencia a lo que favorece o perjudica al *ser* respectivamente. Estas adjudicaciones pueden provenir de un sujeto de derecho determinado (o varios), de la naturaleza, del azar o de influencias humanas difusas. Cuando la adjudicación (de potencia o de impotencia) proviene de los últimos tres supuestos, la denominaremos *distribución*. Por otro lado, cuando proviene de uno o varios sujetos de Derecho determinados, a la adjudicación la denominaremos *reparto*. Éstos no se presentan aislados, sino relacionados entre sí en un orden o en un desorden, y resulta inherente al orden de repartos la realización del valor homónimo *orden*.¹⁴⁶ Todo ello nos lleva a la conclusión de que en esta dimensión del Derecho se analiza la realidad social y sus efectos.

¹⁴⁴ Goldschmidt, Werner, "INTRODUCCIÓN FILOSÓFICA AL DERECHO. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes", sexta edición, Ed. Depalma, año 1.996, Buenos Aires.

¹⁴⁵ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "LA CONJETURA DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS JURÍDICAS. Metodología Jurídica", primera edición, Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, año 2.000, Rosario.

¹⁴⁶ De manera contraria, el desorden de repartos constituye la anarquía en la que no se sabe quiénes reparten (anarquía institucional), ni con qué criterios se reparte (anarquía teleológica), lo cual implicaría

Seguidamente, en la **dimensión normológica**, el trialismo analiza la norma entendiéndola como la captación lógica de un reparto proyectado, realizada por un tercero. Para comprender mejor esta definición, pensemos el ejemplo de una persona que atropella a un perro intencionalmente, con ánimos de quitarle la vida, logrando su cometido (este sería el denominado *reparto*, donde la persona le adjudica impotencia a un *ser*, que en este caso sería el perro). La norma que proyecta con claridad este reparto es el inciso 7° del artículo 3° de la Ley Nacional N.º 14.346¹⁴⁷, dado que allí un tercero (el legislador) captó a través de la lógica la proyección de este reparto, debiendo el juzgador en consecuencia efectuar un nuevo reparto, conforme a lo establecido en el artículo 1° de la mencionada Ley¹⁴⁸: reprimir con prisión de quince días a un año a la persona que atropelló al perro. En este sentido, Werner Godschmidt expresa que *“La Jurídica Normológica se ocupa de la captación lógica de los repartos y de sus conjuntos. Por ello, mientras que el objeto de la Jurídica Sociológica es real (siendo los repartos sico-físicos), el objeto de la Jurídica Normológica es ideal. El acceso al objeto de la Jurídica Sociológica va a través de los sentidos, la introspección y la razón; el conducto que nos lleva al objeto de la Jurídica Normológica es exclusivamente la razón.”*¹⁴⁹. Teniendo en cuenta la dependencia sistémica de la dimensión normológica respecto de la sociológica, puede dividirse el análisis de aquella estudiando la norma como reflejo del reparto, por un lado (análisis singular); y del ordenamiento normativo y su correspondencia con el orden de repartos, por el otro (análisis integral).

Finalmente, en la **dimensión dikelógica**, el trialismo analiza la ética social concibiendo a los valores como entes ideales exigentes y, entre todos ellos, se sitúa en una posición muy destacada a la *justicia*, de modo que la diferenciación de la dimensión dikelógica respecto de la realidad social y de las normas es muy intensa. En este punto, siguiendo el pensamiento de Ciuro Caldani¹⁵⁰, sostengo que la justicia y los demás valores son alcanzables desde la comprensión humana como entes ideales construidos, y no como entes objetivos y naturales de la manera que plantea Godschmidt. En este sentido, me enmarco en una postura relativista sosteniendo que los valores cambiarán de una sociedad a otra, y también cambiarán dentro de una misma sociedad a lo largo del tiempo, lo cual implica que los valores sociales a los cuales podemos tener acceso no son absolutos, en razón de que somos seres falibles. Nuestra esencia humana imperfecta tiene como consecuencia necesaria el reconocimiento de que nadie (ni individual ni colectivamente) es “el dueño de la verdad”, por lo cual nadie puede pretender imponer valoraciones éticas absolutistas y universales que sin lugar a dudas así lo sean.¹⁵¹ Teniendo ello en cuenta, el trialismo en la dimensión dikelógica analiza las valoraciones sociales

la realización del disvalor *arbitrariedad*.

¹⁴⁷ ARTICULO 3º - Serán considerados actos de crueldad: (...) 7º Lastimar y arrollar animales intencionalmente, causarles torturas o sufrimientos innecesarios o matarlos por sólo espíritu de perversidad.

¹⁴⁸ ARTICULO 1º - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad a los animales.

¹⁴⁹ Godschmidt, Werner, ob. cit., pág 193.

¹⁵⁰ Ciuro Caldani nos enseña que el valor se manifiesta en despliegues, no sólo de valencia y valoración, sino también en la orientación mediante criterios generales. En cuanto a la valoración, expresa que la justicia es una categoría pantónoma referida a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, que no podemos satisfacer en plenitud porque no somos omniscientes ni omnipotentes, pero de todas formas sostiene que nos es posible abarcar la justicia mediante fraccionamientos, productores de seguridad jurídica. De esta manera, el “*ser*” que comprende la realidad social (dimensión sociológica) es completado en la dimensión axiológica por el “*deber ser*” construido de justicia fraccionada.

¹⁵¹ Esta afirmación no implica que cada persona pueda tener sus propios valores morales (que hasta pueden coincidir o no con los valores éticos de la sociedad a la que pertenece); sino que lo disvalioso sería pretender imponer esos valores al resto de las personas, tendiendo a la imposición social de su “verdad moral”. Cosa distinta sería la difusión pacífica de sus valores, con la consecuente adhesión libre del resto de las personas a su ideología moral, lo cual sería aceptable.

de los repartos, siendo tales valoraciones distintas dependiendo la sociedad y el momento histórico en cuestión. Así el operador jurídico podrá llegar a una conclusión respecto de la justicia (o injusticia) que implica la aplicación de la/s norma/s al caso concreto, teniéndose en cuenta el momento histórico y la sociedad determinada donde el mismo haya ocurrido.

En resumen, sucedido un reparto (adjudicación de potencia o impotencia en la realidad social)¹⁵², el operador jurídico deberá analizar de manera racional si el mismo puede encuadrarse en el marco normativo vigente,¹⁵³ para luego evaluar si la aplicación de la solución normativa alcanzada para el caso concreto resulta justa o no,¹⁵⁴ de conformidad a los valores éticos de la sociedad correspondiente, durante el momento histórico en cuestión.¹⁵⁵

Cabe destacar que en el caso de haber lagunas normativas, la dimensión dikelógica resulta de gran utilidad para llenar tales vacíos; además de que resulta ser fuente principal de los Principios Generales del Derecho, los cuales le sirven al operador jurídico para interpretar el marco normativo de manera sistémica, histórica, teleológica, etc. También debe destacarse que el Derecho, en cuanto herramienta de convivencia, no es una disciplina de compartimentos estancos donde todo está hecho; es un marco abierto de posibilidades como la vida misma, y por esa razón no puede quedar atado a dogmas, ignorar el avance de la ciencia, o divorciarse de los patrones morales de su época. Teniendo esto en cuenta, hay que reconocer que el fenómeno jurídico se relaciona con otras disciplinas científicas y otro tipo de saberes distintos del científico (como el filosófico), pudiendo ser analizado como una expresión del funcionamiento práctico de una Teoría General de Sistemas.¹⁵⁶ De tal forma, podemos ver como la ciencia jurídica tiene relaciones externas con otros sistemas, como por ejemplo la Economía, la Sociología, la Política, etc. Haciendo referencia a la naturaleza jurídica de los animales, el Derecho no puede obviar el lugar que estos ocupan en el plano económico; ni tampoco los aportes de la Biología para delimitar conceptualmente al animal y comprender sus características particulares.

Realizada esta introducción sobre la filosofía trialista del fenómeno jurídico, y enmarcando a la misma en una teoría general de sistemas compuesto por diversas disciplinas científicas (donde el Derecho es la disciplina principal, vinculándose con muchas más), es momento de referirnos a los principales lineamientos de las dos posturas doctrinarias imperantes respecto de la naturaleza jurídica de los animales, para luego brindar una opinión diferenciada de las mismas, desde una visión trialista del Derecho.

II. Crítica a las principales posturas de la Doctrina sobre la Naturaleza Jurídica de los Animales:

II.A. Animales como Objetos:

La categorización de los animales como cosas tiene larga data y efectos jurídicos significativos. Como ejemplo de ello, podemos afirmar que los animales de caza, los peces de los mares, ríos y lagos son apropiables por la persona humana, quien se convierte en su propietaria.¹⁵⁷ En consecuencia los animales y sus frutos están dentro del comercio y son objeto de transacciones. La consideración del animal como cosa útil al desarrollo de otras actividades parece dar carta más o menos libre a la persona humana para hacer con el animal lo mismo que

¹⁵² Dimensión sociológica.

¹⁵³ Dimensión normológica.

¹⁵⁴ Esto el trialismo lo denomina “justicia fraccionada”, entendiendo que la concepción social y general de justicia se “fracciona” al caso concreto, yendo así de la premisa general a la premisa particular.

¹⁵⁵ Dimensión dikelógica.

¹⁵⁶ Utilizando este concepto con el sentido que le da Ernesto Grün en su obra titulada “Una visión sistémica y Cibernética del Derecho en el mundo globalizado del S. XXI” publicada en el año 2.006 en C.A.B.A. por la editorial Lexis Nexis.

¹⁵⁷ Podemos decir que las principales normas sobre apropiación de animales las encontramos en los arts. 1.947 (inc. B; acápite II y III) a 1.950 del Código Civil y Comercial de la Nación, siendo las mismas claramente objetivistas respecto de los animales. También cabe resaltar el tratamiento objetivista de los animales en el inc. f) del art. 464; y en el inc. i) del artículo 465 del mencionado Código.

haría con cualquier otra cosa inanimada sujeta a su poder jurídico. En este orden de ideas **el Derecho positivo argentino siempre consideró jurídicamente a los animales como cosas que están en el comercio, con el carácter de bienes muebles semovientes.** Esto se debe a que la regulación traza una línea divisoria entre objetos y sujetos de Derecho, luego, todo debe entrar en esas categorías. Al tener que clasificarlos, a los animales les ha tocado ser categorizados como objetos de derecho,¹⁵⁸ es decir que tienen el tratamiento que se le da a las cosas y, en consecuencia, no valen ni más ni menos que lo que el mercado quiera que valgan. Pero a esta altura, **resulta una obviedad destacar que la circunstancia de que el Derecho positivo solo pueda categorizar personas y cosas es más una limitación jurídica que el reflejo de una realidad ontológica.** Si bien es cierto que dentro de cada categoría se utilizan diferentes criterios de graduación, no deja de ser menos cierto que tal vez el Derecho no está capturando adecuadamente el universo que pretende regular, **desconociendo la evidente realidad de que las cosas son objetos inanimados y que los animales son seres vivos sintientes. Esta característica de los animales que los diferencia de las cosas es vital desde la perspectiva de la dimensión sociológica del Derecho, ya que al ser seres vivos sintientes pueden ser recipiendarios de potencia o impotencia, lo cual es imposible para los objetos.**

En este sentido, hay que tener en cuenta que la palabra castellana “animal” procede de la latina “ánima” que significa alma; y a su vez, la noción cotidiana de ánima significa vida. Por otro lado, a los seres sin vida se los denomina “inanimados”, lo que nos lleva a asociar el alma con la vida y la capacidad de reflejar el mundo desde dentro. Estas características son resultado de la actividad del sistema nervioso, que dan surgimiento a las funciones anímicas. A su vez se ha determinado que las estructuras cerebrales y los neurotransmisores implicados en las emociones, junto con el sistema endocrino, son básicamente comunes a todos los seres cánidos, por lo que en todos ellos se pueden dar experiencias emocionales y como sienten, gozan y padecen, podemos ponernos imaginativamente en su lugar y comprenderlos empáticamente, padeciendo en cierta forma con ellos cosas que no se pueden padecer con una seta, piedra o máquina que, careciendo de sistema nervioso, son inasequibles a las emociones o incapaces de sufrir. Por lo tanto, admitir en los animales el desarrollo de aspectos emocionales implica la posibilidad de causar un daño psicológico sobre ellos. Al respecto, los científicos y psicólogos experimentales se han encargado de estudiar el fenómeno del dolor en los animales encontrando evidencias suficientes para llegar a las siguientes conclusiones: a) los mamíferos y pájaros (las especies más parecidas a la nuestra), responden sensorial y fisiológicamente igual a nosotros al recibir estímulos de dolor; b) la observación del comportamiento determinado por signos externos define si existe dolor en un ser vivo; c) existen indicios que permiten observar cuándo se ha causado al animal un menoscabo físico y psíquico: observación de su conducta, modificaciones en su cuerpo, aspectos anatómicos, etc. A su vez, **si analizamos la dimensión normológica hay una serie de normas que hacen especial referencia a los animales considerándolos de manera diferente a las cosas, como por ejemplo la Ley Nacional Nº 14.346 contra el maltrato animal, donde a los animales que padecen los delitos allí tipificados son considerados víctimas.** En este sentido, sería ilógico pensar en una norma que le prohíba a las personas maltratar a una cosa causándole sufrimiento a ésta; o que las cosas puedan ser consideradas víctimas.

Finalmente también hay que destacar que los repartos cuyos recipiendarios sean animales pueden ser valorados ética y moralmente por las personas. Por otro lado, resulta ilógico valorar un reparto cuyo recipiendario es una cosa, ya que ésta nunca puede tener tal carácter al ser un objeto inanimado. Afirmar lo contrario sería admitir que una cosa puede beneficiarse o, en cambio, verse perjudicada. ¿Pero qué sucede cuando una persona rompe un objeto? ¿En este caso el objeto no sufre una impotencia? Aquí no debemos confundirnos: el que recibe la impotencia será el dueño del objeto, el cual se verá perjudicado por no poder utilizarlo en la forma y de la manera en que desea, pero el objeto en sí no puede sufrir en el sentido de

¹⁵⁸

Al respecto ver el artículo 227 del Código Civil y Comercial de la Nación.

percibir un mal porque no es un ser vivo. Teniendo esto en cuenta hay que destacar que **desde la dimensión dikelógica pueden valorarse las adjudicaciones de potencia e impotencia realizadas por los sujetos de Derecho hacia los animales, cosa que no puede hacerse respecto de las adjudicaciones realizadas hacia los objetos, ya que esto resultaría ilógico.** En este sentido Werner Goldschmidt, al referirse a los beneficiarios de los repartos, expresa: “... *el círculo de los entes beneficiarios es aún más amplio que el de los hombres pasados, presentes o futuros. En efecto, también los animales y las plantas pueden ser beneficiarios de los repartos. Es difícil negar que si se carnean las reses, los animales sacrificados son beneficiarios gravados de un reparto. Ahora bien, pudiendo ser beneficiarios gravados, no se ve la razón por la cual no pueden desempeñar también el papel de beneficiarios beneficiados, como ocurre, verbigracia, en toda la legislación prohibitiva de la crueldad contra animales.*”¹⁵⁹

Por lo expresado hasta aquí considero que la naturaleza jurídica de los animales no puede ser nunca la de un objeto o una cosa por poseer caracteres que los hacen incompatibles entre sí ontológicamente, los cuales no pueden ser desconocidos por la ciencia jurídica.

II.B. Animales como Sujetos:

Antes de abordar esta cuestión considero oportuno realizar un introito respecto de la naturaleza jurídica del sujeto de Derecho. Para ello se debe comprender que **el Derecho se define en función de la persona conviviendo en sociedad.** El ideal de justicia perseguido desde la dimensión dikelógica está vinculado a esa “paz social” que derivaría de una adecuada interrelación entre las personas, únicas actoras relevantes para tal concepto. En este sentido y citando a Aristóteles, podemos afirmar que el Derecho vendría a instaurar una cierta disciplina de la conducta humana para permitirle a las personas alcanzar los fines más diversos que puedan alcanzar en la vida, es decir que el Derecho sería un facilitador del ambiente social para que la persona humana pueda realizarse. Sin perjuicio de otros fines, el Derecho justifica su existencia partiendo de la dimensión sociológica, por ser un organizador de la convivencia de las personas en sociedad, abriendo un margen de libertad dentro de un marco de obligaciones establecidas normológicamente.

Ahora bien, está claro que desde su definición inicial, desde la primera aproximación que tenemos al Derecho, nos topamos con una ciencia eminentemente antropocéntrica, que solo girará en torno a los intereses humanos o interhumanos: “*hominum causa omne ius constitutum est*” (todo el derecho ha sido constituido a causa del hombre), decían los romanos. Este paradigma antropocéntrico que gira en torno al concepto de “persona” e invade al Derecho es esencial para delimitar la naturaleza jurídica de todo lo que se considera “sujeto” del mismo, es decir, quienes serán dignos de su protección. En referencia a ello, el positivismo jurídico y la escuela iusnaturalista disienten no tanto sobre el contenido del concepto sino sobre su génesis, así el positivismo sostiene que “persona” es un concepto creado por el Derecho para sus propios fines, mientras el naturalismo interpreta que estando el Derecho al servicio del hombre, no puede más que reconocer la personalidad. El debate entre estas escuelas es interesante, y hasta fundamental, pero excede el marco de este trabajo, en el que no se pretende determinar la génesis del concepto según cada escuela, sino rescatar una coincidencia determinante: **el Derecho gira en torno de fines netamente humanos, sea que el Derecho cree normativamente el concepto o que solo lo reconozca, lo hará siempre en función de beneficios humanos, nada fuera del hombre le interesa al Derecho en cuanto a la definición del sujeto de Derecho.**¹⁶⁰ En consecuencia, técnicamente sólo ostentarán este carácter los humanos, pudiendo ser sujeto de Derecho el humano presente o futuro; individual o plural. Entonces, habiendo llegado a esta conclusión respecto de la naturaleza jurídica del sujeto de

¹⁵⁹ Goldschmidt, Werner, ob. cit., pág 53.

¹⁶⁰ Para la doctrina tradicional *sujeto de Derecho* es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones o deberes jurídicos. Ver por ejemplo los arts. 22 y 141 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Derecho, es evidente que deben ser descartadas todas las teorías que buscan personificar o humanizar a los animales con el objetivo o la finalidad de otorgarles derechos o intereses subjetivos capaces de ser tutelados jurídicamente. Afirmar alguna de estas teorías implicaría igualar a los animales y a los humanos en derechos, o sino realizar una justificación en referencia a por qué unos deben tener más derechos que otros. Por otro lado, los humanos no sólo tenemos derechos subjetivos, sino también obligaciones jurídicas, que vendrían a ser la contracara de aquellos. En relación con los animales, la realidad empírica nos demuestra que es imposible imponerles obligaciones a los mismos, debido a que éstos son totalmente incapaces de comprenderlas y acatarlas. En consecuencia, al sostener una postura subjetivista, sólo podríamos otorgarles derechos a los animales (los cuales nosotros deberíamos respetar) pero nunca obligaciones, lo cual resulta contrario a la esencia del concepto de *sujeto de Derecho*.

En contraposición, las teorías subjetivistas sostienen que existen sujetos de Derecho que no pueden ejercer sus obligaciones por sí mismos, necesitando de otros que sean sus representantes, siendo tales casos los de los menores de edad, los dementes, las personas jurídicas, etc.; pretendiendo tales teorías adicionar a esta lista a los animales. Al respecto debe destacarse que los sujetos de Derecho que no pueden ejercer sus obligaciones por sí mismos son siempre personas humanas¹⁶¹ operando en consecuencia el valor *igualdad*, porque sería considerado socialmente injusto actualmente en Argentina no reconocerlos como *sujetos de Derecho* en razón de la minoridad de edad, la discapacidad, etc.¹⁶² Tal valoración de la *igualdad* posee bases en una realidad social antropocéntrica y especista que, aunque sea criticada por las teorías subjetivistas, hoy es la realidad imperante y la misma no puede ser desconocida por la dimensión sociológica del Derecho. En relación con esta realidad, toda ciencia jurídica no debe desconocerla, ya que de lo contrario se llegarían a teorías que pueden ser bellísimas y utópicas, pero inaplicables o al menos falsas en su practicidad. Un ejemplo de esto sería sostener una teoría donde se consideren a todos los seres vivos (incluidas las plantas) sujetos de Derecho en calidad de iguales jurídicamente, pretendiendo que se conviva en perfecta armonía, donde ningún ser pueda menoscabar la integridad de otro sin sufrir un castigo por ello, permitiendo que todos puedan realizarse y vivir libremente sin entrar en conflicto con los demás. Podríamos fundamentar esta teoría afirmando que toda vida tiene el mismo valor, que ningún ser viviente debe ser considerado superior a otro, etc. La realidad es que si aplicamos esta teoría utópica terminaríamos todos los seres vivos muriéndonos de hambre, ante la imposibilidad de poder alimentarnos. ¿Y qué sucedería si me enfermo y debo tomar algún medicamento para eliminar parásitos que se encuentran dentro de mi organismo? Probablemente un fiscal me acuse de homicidio... ¡o peor aún: de genocidio! ¿Entonces yo debería alegar legítima defensa? ¿Y qué sucedería si tengo un perro en el patio de mi casa y no quiero que salga a la calle? ¿Sería una privación ilegítima de la libertad? Como estas teorías subjetivistas llevan a resultados absurdos y que no se condicen con la realidad (dimensión sociológica), considero que deben ser descartadas. Más allá de eso, no deben desaprovecharse sus aportes para elaborar una teoría de la naturaleza jurídica de los animales que sea acorde con la realidad socio-cultural en la que vivimos.

III. Reconocimiento de los Animales como Animales:

Hasta aquí se han desarrollado las críticas a los principales lineamientos de las posturas doctrinarias referidas a la naturaleza jurídica de los animales. Considerando las falencias que poseen las mencionadas posturas, pero rescatando sus valiosos aportes, podemos desarrollar una nueva que sea acorde con nuestra realidad social, el ordenamiento normativo argentino y los valores éticos sostenidos por nuestra sociedad.

¹⁶¹ O una pluralidad de éstas, en el caso de las personas jurídicas.

¹⁶² Al hacer una interpretación sistémica de los arts. 19 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, puede apreciarse como el legislador comienza definiendo igualitariamente a todas las personas humanas, para luego regular sistemas de representación destinados a los casos en los cuales tales personas no pueden ejercer sus derechos y/u obligaciones por sí mismos.

La realidad histórica nos demuestra que la humanidad ha utilizado a los animales para satisfacer muchas de sus necesidades (algunas de ellas esenciales como las alimenticias), y hay que destacar que continuamente la ciencia obtiene avances derivados del estudio de la Biología y del comportamiento animal. Cada año se descubren, por ejemplo, nuevas medicinas que se basan principalmente en sustancias biológicas. Esto nos indica que debemos preservar a los animales, no sólo porque la ley y la moral nos lo indican, sino también porque es beneficioso para nuestra especie. Cuando la humanidad fue advirtiendo esto, la utilización de los animales comenzó a “concientizarse” a lo largo de la historia, y las normas morales, éticas y jurídicas los fueron protegiendo en diversas culturas y naciones. El valor *utilidad*, que es el preponderante en la noción del animal-objeto, fue siendo limitado e integrado por el valor *piEDAD*, más cercano a la noción del animal-sujeto. Sostener una postura totalmente utilitaria o totalmente piadosa nos llevaría a las incoherencias desarrolladas *ut supra*, por lo que propongo elaborar una teoría de la naturaleza jurídica de los animales que no caiga en ninguna de esas posturas extremistas y que escape de la categorización limitante del Derecho que clasifica todo lo ontológico en *objeto* o *sujeto*. Al respecto, ya podemos afirmar que **el animal no puede ser equiparado a un objeto o a una cosa porque en esencia es un ser vivo sintiente; y tampoco puede ser considerado sujeto de Derecho principalmente porque sólo pueden serlo las personas**, tal como lo expresé en el acápite anterior. Por este motivo, debemos elaborar una nueva categoría jurídica que los comprenda, lo cual realizaré seguidamente desde una visión trialista del Derecho.

Adentrándonos en la dimensión sociológica del fenómeno jurídico nos encontramos con las personas, quienes tienen la potestad de realizar repartos. Como anteriormente indiqué en el punto I, **los objetos no pueden ser beneficiarios de ninguna adjudicación, por lo tanto no pueden ser beneficiarios de los repartos. Esta es la principal característica diferenciadora que poseen los animales respecto de las cosas, ya que aquellos si pueden ser beneficiarios de la potencia o impotencia que le adjudiquen los humanos por ser seres vivos sintientes. Teniendo esto en cuenta, todo ser vivo sintiente distinto del ser humano entraría en esta nueva categoría jurídica que estamos elaborando. A su vez analizando esta dimensión puede advertirse que la adjudicación de impotencia que una persona le realiza a un animal puede afectar a la moral pública, adjudicándole impotencia también a toda o a un gran sector de la sociedad, cuyos integrantes (o el Estado en su representación) estarán legitimados para hacer el reclamo judicial correspondiente.** Esto último será esencial para justificar la intervención del Derecho frente al conflicto social producido por el hecho particular, el cual puede ser a modo de ejemplo, un caso de maltrato animal.

Por otro lado, en la dimensión normológica del fenómeno jurídico existen diversas normas que tratan al animal de manera incoherente, afirmando que es una *cosa* en el Código Civil y Comercial y considerándolo una *víctima* en leyes como la 14.346¹⁶³ ¿Una cosa puede revestir la calidad de víctima? Estas incoherencias se deben a las incompatibilidades entre las teorías del animal-objeto y el animal-sujeto, existiendo leyes que se adecúan a una u otra según el caso, demostrando la necesidad de una teoría superadora de ambas que traiga coherencia al sistema. En este sentido, considero que **el ordenamiento jurídico debe obligar a las personas a no imponer dolor, sufrimiento o muerte a los animales de manera innecesaria o excesiva, en relación con las formas socialmente aceptadas de explotación.**¹⁶⁴ De esta manera se protegería en su justa medida a la moral pública de todas las personas que se

¹⁶³ Otro ejemplo es la Ley Nacional N.º 27.330, que reconoce la obligación de abstenerse de causar un daño al animal (específicamente aquí a los perros) enrolándose en el paradigma del animal como sujeto de Derecho, en clara contraposición al paradigma imperante del animal-objeto.

¹⁶⁴ Causar tales padecimientos a los animales debe ser al menos considerado como un abuso del derecho, en los términos del art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación, y del art. 19 de la Constitución Nacional.

sentirían afectadas por el maltrato animal. A su vez, **el ordenamiento jurídico también debe generar obligaciones de cuidado respecto de la fauna de los diversos ecosistemas, ya que la extinción o la disminución de la población de éstas no le permitirá a las generaciones futuras disfrutar de sus beneficios.**¹⁶⁵ Por lo tanto, la explotación de los recursos biológicos debe regularse normativamente teniendo como norte la maximización en la obtención de beneficios útiles para la humanidad, pero limitando los medios por los cuales se efectúe tal explotación, conforme a los mandatos de la ética social imperante.¹⁶⁶

Finalmente, **en la dimensión dikelógica del fenómeno jurídico los valores en torno a los animales han ido cambiando a lo largo de la historia, siendo el valor preponderante referido a los animales su *utilidad*, la cual se ha ido limitando e integrando con el valor *piEDAD*.** En consecuencia, actualmente no consideramos justos muchos repartos fundados en la *utilidad* y que tienen como beneficiarios a los animales. Por ejemplo, gran parte de la sociedad considera injusto el trato que se les da a los animales en espectáculos como las riñas de gallos o en las peleas de perros, cuya *utilidad* sería divertir a las personas y hacerles ganar dinero a algunos mediante apuestas. El valor *piEDAD* aquí prevalece sobre la *utilidad*, ya que se valora más la integridad del animal que el beneficio obtenido con su sufrimiento. Por otro lado, sí nos parece justo el sacrificio de animales para alimentarnos o porque son una plaga y perjudican nuestras cosechas. La *piEDAD* en estos casos limitaría a la *utilidad* exigiendo que la muerte de estos seres sintientes sea lo más indolora posible. A su vez, también está demostrado que los animales destinados al consumo que han sido golpeados o que han sufrido estrés a lo largo de su vida, disminuyen cualitativa y/o cuantitativamente su producción, según el caso. En estos supuestos la *utilidad* se ve integrada con el valor *piEDAD*, ya que adjudicar cierta impotencia en el animal implicaría una disminución en el valor económico del producto. La *piEDAD* contribuiría aquí a la realización más plena del valor *utilidad*, e implicaría también que el animal tenga una vida bajo ciertos parámetros de placer y/o felicidad. Llegados a este punto hay que aclarar que seguramente habrá sectores de la sociedad a los cuales no les importe para nada el sufrimiento de los animales y busquen maximizar la *utilidad* sin limitaciones éticas o morales, quedando la *piEDAD* subyugada; otros en cambio, considerarán a los animales como iguales y estarán en contra de toda explotación que se haga de ellos en nombre de la *utilidad*. ¿A cuál de estos sectores debemos darle mayor importancia, cumpliendo sus ideales; o qué “punto medio” corresponde alcanzar? Pues aquí serán los legisladores quienes deberán decidir y elaborar las normas en consecuencia, teniendo en cuenta las implicancias que tales normas tendrán en la realidad social que están regulando.

Haciendo referencia nuevamente a la dimensión normológica del Derecho, considero que **si realizamos una interpretación sistémica de la legislación actual respecto de los animales, ésta adopta el criterio iusfilosófico de maximizar la *utilidad* de los mismos, pero con limitaciones e integraciones axiológicas (principalmente con el valor *piEDAD*) y por conceptos como el *desarrollo sustentable* en materia ambiental. Entonces desde el punto de vista antropocéntrico -y en la medida en que el animal sirve al humano como ser de compañía, producto de comercio, objeto de propiedad o valor cultural- el maltrato hacia ellos atentaría contra la sensibilidad de la sociedad y afectaría el valor *piEDAD*. En consecuencia, existirían razones éticas pública que aconsejarían la protección del animal y la compasión frente al maltrato, las cuales deben ser receptadas por el fenómeno jurídico. Esto implicaría que el bien jurídico protegido por estas leyes (los animales) sea de naturaleza colectiva, legitimando a cualquier persona humana a accionar (en materia ambiental) o denunciar (en materia penal) cualquier hecho que considere antijurídico en relación con los animales, para que la autoridad correspondiente resuelva la cuestión. Por otro lado, cuando se trate de defender un derecho**

¹⁶⁵ Al respecto el art. 41 de la Constitución Nacional establece la norma fundamental en materia ambiental.

¹⁶⁶ Por ejemplo, no pueden permitirse medios de explotación que pongan en riesgo la extinción del mencionado recurso.

de carácter patrimonial o personal en relación con el animal, sólo estará legitimado el particular afectado para reclamar ante la justicia. A modo de ejemplo, imaginemos el caso de una persona que envenena a un caballo de polo causándole la muerte. El dueño del caballo será el único legitimado para reclamar civilmente el daño patrimonial y moral que le ha causado la muerte de su animal; pero será cualquier persona la que estará legitimada para denunciar penalmente el hecho, aunque será el Estado el principal impulsor de la acción en sede penal, defendiendo los intereses jurídicos de la sociedad. Además en este último caso, el dueño y las personas jurídicas cuyos objetos estatutarios prevean la protección de los animales y estén regularizadas según la normativa correspondiente, podrán ser parte querellante en el proceso.

Respecto a los reclamos judiciales concernientes a animales en materia ambiental todas las personas humanas estarían legitimadas para accionar y reclamar judicialmente por la vulneración de sus derechos y los de las generaciones futuras, ya que el bien jurídico protegido (la conservación del medioambiente) es de naturaleza colectiva. En este sentido debe tenerse en cuenta que el débil jurídico que busca proteger la rama del Derecho Ambiental son todos los seres humanos actuales e incluso los de las generaciones futuras, porque se protege su hábitat natural y cultural, lo cual se traduce en términos de legitimación para actuar administrativa o judicialmente. Por supuesto que aquí nuevamente estarían legitimados para hacer el relamo judicial correspondiente el Estado y las personas jurídicas cuyos objetos estatutarios prevean la protección del medioambiente en general o en la zona afectada en particular, así como también las que protejan específicamente a la fauna afectada.

En conclusión, los animales gozan de una naturaleza jurídica propia y única, diferenciada de los sujetos y objetos jurídicos: será animal todo ser vivo sintiente distinto de la persona humana, existiendo normas específicas que hacen referencia a ellos basadas primordialmente en el valor *utilidad*. Éste a su vez tendrá limitaciones e integraciones axiológicas, principalmente con el valor *piedad*. Las diferentes ramas del Derecho deberán reconocer esta naturaleza jurídica única de los animales para poder realizar eficazmente sus respectivas especiales exigencias de *justicia*. Por ejemplo, el Derecho Ambiental posee como especial exigencia de *justicia* proteger a las personas actuales y a las generaciones futuras preservando el ambiente, entendido éste como un conjunto de condiciones naturales y culturales necesarias para satisfacer las necesidades humanas. Aquí la naturaleza jurídica del animal debe ser comprendida con los alcances explicados, para integrar el concepto de *fauna*, el cual a su vez comprenderá el “conjunto de condiciones naturales” que el Derecho Ambiental busca preservar. De esta manera, asumiremos que como sujetos de Derecho repartidores podemos afectar con nuestras acciones a seres sintientes, siendo estos repartos captados lógicamente por las normas jurídicas. Éstas a su vez serán valoradas dikelógicamente en conjunto con los repartos, teniendo en cuenta en primer lugar la *utilidad* que le podamos dar a la fauna como “*recurso natural*”, pero siendo tal *utilidad* limitada por el valor *piedad*, lo cual implicaría mantener la existencia de las especies permitiéndoles gozar de una vida salvaje, libre y agradable dentro de parámetros razonables que estén a nuestro alcance como especie dominante.

IV. Conclusión y Propuestas:

A modo de conclusión cabe destacar que la forma de legislar respecto de los animales ha ido evolucionando, desde la postura extremista del animal-objeto (cuya tenencia y/o destrucción no generaba deber alguno en cabeza de quien poseía al animal); pasando por una postura de reglamentación del trato hacia el animal para evitar su extinción o bien para evitar enfermedades o peligros a los seres humanos en contacto con él; y llegando a un nuevo tipo de reglamentación que asume la necesidad de evitar su sufrimiento, pretendiendo instalar un nuevo paradigma del animal como sujeto de Derecho. Más allá de esto último, **la concepción tradicional del animal-objeto sigue fuertemente arraigada en el pensamiento iusfilosófico de la mayoría de los juristas argentinos que no advierten la relevancia de los cambios sociológicos, normológicos y axiológicos que se han dado en torno a los animales, los cuales**

poseen una naturaleza jurídica única y diferenciada de las cosas. Por ello es momento de reconocer la naturaleza jurídica diferenciada que posee el ser sintiente no humano, respecto de las cosas y los sujetos de Derecho. Estos últimos solo deben ser las personas, ya que el Derecho es una ciencia concebida para regular conductas sociales, encontrándose sólo los humanos como centro de imputación de normas jurídicas. Humanizar a los animales es erróneo por el simple hecho de que ellos no son humanos. En tal sentido, **el Derecho debe reconocerles una naturaleza jurídica única y fiel a sus características propias, siendo las principales a destacar la sintiencia y la pertenencia a especies biológicas distintas de la humana. A su vez deberá sub-categorizarse a las especies animales, evaluando la valoración y comportamientos de la sociedad con cada especie en particular.**¹⁶⁷

Teniendo en cuenta lo desarrollado hasta aquí, propongo la adopción doctrinaria de esta nueva categorización jurídica de los animales, saliendo del binarismo existente entre las teorías del animal-objeto y del animal-sujeto de Derecho, cuya batalla ideológica sólo ha logrado la impunidad del maltrato animal en la mayoría de los casos. Considero que esto se debe a que muchos de nuestros jueces son conscientes de la irracionalidad conceptual que conllevaría declarar a los animales como sujetos de Derecho, por lo cual se inclinan a fallar conforme al paradigma imperante actual del animal-objeto, adoptando soluciones que no terminan conformando al valor *justicia* que exige nuestra sociedad. Al respecto los operadores jurídicos sabemos que el Derecho va evolucionando y mutando a través de la historia, y cada sociedad va trazando su “vida jurídica”, por lo cual considero que **nuestra sociedad actual exige un cambio de paradigma respecto a la naturaleza jurídica de los animales, pero un cambio de paradigma que sea racional y consecuente con nuestra realidad social, no intentando lograr soluciones que hoy serían utópicas e irrealizables.**¹⁶⁸

En resumidas cuentas, mi postura parte de reconocer la realidad de que **los animales no pueden tener derechos, sino que son las personas las que tienen el derecho a peticionar por su protección y la obligación de protegerlos, por lo cual no resulta necesario personificar/humanizar a los animales declarándolos sujetos de Derecho; pero sí resulta necesario dejar de concebirlos jurídicamente iguales a los objetos de Derecho.** Tal reconocimiento de la naturaleza jurídica única y diferenciada de los animales ayudará a los operadores jurídicos (jueces, abogados, legisladores, académicos, etc.) a desarrollar e interpretar las normas de una manera mucho más acorde con la realidad y valoración social actual, dado que el paradigma del animal-objeto ya ha quedado vetusto, y el paradigma del animal-sujeto de Derecho resulta racionalmente inaplicable. Es momento de un cambio de paradigma que yo no titularía de “Derecho Animal”, sino de “Protección Jurídica de los Animales”.

¹⁶⁷ Analizando las dimensiones sociológica y psicológica del Derecho, por ejemplo podemos concluir que socialmente no valoramos ni tratamos igual a un perro, a un mosquito o a un caballo, lo cual justificará una sub-clasificación por especie que fundamente el trato diferenciado, plasmándose muchas veces en normas destinadas a regular problemáticas de especies animales puntuales.

¹⁶⁸ La historia nos ha demostrado que las realidades y valoraciones sociales son totalmente cambiantes, por lo cual quizás en un futuro la sociedad en su conjunto valore de manera igualitaria a los animales y a las personas; y hasta quizás podría crearse algún sistema jurídico futurista donde los animales puedan cumplir sus obligaciones, por ejemplo a través de representantes. Considero que recién ahí podría plantearse seriamente al animal como sujeto de Derecho, pero hoy en día nuestra realidad social es muy distinta, y claramente no se valora socialmente de la misma manera al animal que al ser humano, bastando como ejemplo que no nos resulta éticamente igual comer una tira de asado vacuno y un caso de canibalismo humano. Por su parte, las minorías que hoy en día si consideren iguales a animales y humanos, y pretendan que los mismos sean considerados sujetos de Derecho con todo lo que ello implica, deberán enfocarse en difundir sus ideas y modificar el paradigma cultural actual, pero la ciencia jurídica debe ser un reflejo de la realidad social presente y dictar sus normas en consecuencia y conforme las valoraciones éticas imperantes. Modificadas las mismas, ahí sí la ciencia jurídica debe ir adecuándose de conformidad a los cambios.

Inoponibilidad del contrato de compraventa automotor en la quiebra posterior del vendedor.

**Abog Alan Guerrero y Didier Noel, Martín Miguez
Colegio de Abogados de Bahía Blanca**

Sumario: I.- Sumario; II.- Análisis del régimen legal automotor y de la normativa concursal; III.- Posiciones doctrinarias: criterios “flexibles” y “rígidos”; IV.- Criterios jurisprudenciales; V.- Incorporación del adquirente al concurso; VII.- Conclusión.

I.- SUMARIO:

En Argentina es frecuente que ante la venta de un vehículo no se efectúe inmediatamente la transferencia e inscripción de esta en el Registro del Automotor, generando entre las partes solamente el formulario “08” para autos usados o “01” para autos cero kilómetros y el boleto de compraventa automotor, obligándose las partes a realizar la posterior transferencia en los términos de la ley.

Esta situación implica que en realidad no se transmite la propiedad del rodado, puesto que, según el régimen legal automotor para que se produzca la transmisión de dominio se debe realizar la inscripción de la transmisión en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor. En consecuencia, el adquirente de buena fe no será el dueño del vehículo, aunque haya pagado el precio y esté en posesión del bien.

El incumplimiento de los requisitos exigidos para la transmisión de un vehículo genera múltiples efectos jurídicos, como los atinentes a la responsabilidad civil, sin embargo, exceden el objeto de este trabajo. Aquí nos centraremos en determinar si al adquirente de buena fe que no realizó la inscripción en el registro antes de la quiebra del vendedor, pero pagó el precio y posee el automotor, le asiste el derecho de excluir o no el bien registrable de la quiebra del vendedor.

La quiebra es un proceso judicial y liquidativo e implica que, salvo las excepciones establecidas en la ley, como el supuesto previsto para inmuebles en el segundo párrafo del artículo 146 de la LCQ, todos los bienes de titularidad del fallido deudor van a ser liquidados para satisfacer los créditos verificados o declarados admisibles de causa o título anterior a la declaración de la quiebra (aquí también existen excepciones. Ver Arts. 240 y 244).

Entonces, frente a la quiebra del vendedor con posterioridad a la venta de un automotor que no fue perfeccionada, es decir que no fue inscrita en el registro pertinente, ha surgido una gran discusión doctrinaria y jurisprudencial. La cuestión gira alrededor de la posibilidad, o no, de admitir la inscripción del automotor y evitar que este quede incorporado en la masa a liquidar.

En el presente trabajo buscaremos dar una respuesta a los siguientes interrogantes que han sido los ejes principales en los debates doctrinarios y jurisprudenciales: ¿es oponible el boleto de compraventa automotor en la quiebra? es decir, ¿puede el comprador de buena fe, poseedor del automotor exigir que ese bien no sea liquidado?, ¿cuál es el procedimiento que debe cumplir el adquirente del vehículo en la quiebra del vendedor?, y en caso de rechazo de la acción ¿qué derechos le quedan al comprador?

Para finalizar, señalaremos cuál es nuestra postura, indicando una alternativa que zanje la cuestión de cara a una futura reforma de la Ley de Concursos y Quiebras.

II.- ANÁLISIS DEL RÉGIMEN LEGAL AUTOMOTOR Y DE LA NORMATIVA CONCURSAL:

Para poder dar una respuesta a los interrogantes de este trabajo es necesario analizar no solo las normas de la Ley de Concursos y Quiebras número 24.522 (en adelante LCQ), sino también, las disposiciones específicas del Régimen Jurídico del Automotor (Decreto-Ley N°6582/58).

En la normativa concursal vigente, tenemos el artículo 146 que en su primer párrafo establece la imposibilidad de oponer al concurso las promesas de contrato o los contratos celebrados sin la forma requerida por la ley, salvo autorización judicial cuando el síndico

expresamente lo solicite en el plazo determinado por la ley¹⁶⁹. GRAZIABILE sostiene que: “(...) las promesas de contratos y los contratos celebrados sin la forma legal no son exigibles en la quiebra y se resuelven, debiendo el acreedor verificar su crédito, correspondiente a la prestación debida por el fallido” y agrega como efecto de este artículo: “Ello implica que no puede exigírsele al fallido la celebración del contrato definitivo”¹⁷⁰.

Por otro lado, el Régimen Jurídico del Automotor contempla como regla general en su artículo primero un régimen constitutivo de derechos¹⁷¹, esto implica que el derecho real de dominio queda conformado luego de la inscripción en el registro correspondiente y hasta que esto no se produzca la trasmisión no tendrá efectos no solo respecto a terceros, sino que, tampoco entre las partes contratantes, por lo tanto, en el caso de la celebración de un contrato de venta de un vehículo el enajénate continuará siendo el titular hasta que se conforme la inscripción necesaria. DIAZ SOLIMINE indica que (en materia de automotores) “el derecho real no existe en favor de quien, habiendo adquirido el vehículo, no inscribió la transferencia”¹⁷².

III.- POSICIONES DOCTRINARIAS: CRITERIOS “FLEXIBLES” Y “RÍGIDOS”:

Frente al caso del adquirente de buena fe de un automotor que no realizó la transferencia de dominio en los términos exigidos por el Régimen Jurídico del Automotor, pero pagó el precio, está en posesión del bien y pretende excluir el automóvil de la masa a liquidar de la quiebra del vendedor se presentan dos posturas disidentes.

Por un lado, están las corrientes doctrinarias que admiten la posibilidad de inscribir el rodado con posterioridad a la quiebra del vendedor la que llamaremos “flexible”. Estos autores se los pueden clasificar en aquellos que admiten la inscripción porque entienden que al rellenarse y firmarse los respectivos formularios, como el “08”, o “01”, el contrato quedó celebrado en debida forma y solo está pendiente la inscripción en el registro. Así las cosas, no se aplicaría el artículo 146 primer párrafo y el adquirente podrá exigirle al juez que admita la inscripción. Dentro de esta posición podemos citar a BORETTO: “(...)si bien el contrato de compraventa de automotores es formal (instrumentación del mismo conforme a los arts. 1 y 14 decreto ley 6582/1958, v.gr.: formulario `08`), la inscripción registral de la transferencia no integra la “formalidad” exigida por la ley para el perfeccionamiento y validez del contrato en tanto título suficiente, sino que se refiere al modo suficiente a los efectos de tener por transmitido y/o constituido el derecho real” y agrega, “pues aun quedando pendiente la inscripción registral -constitutiva- de la transferencia a favor del comprador, se considera igualmente consumado el negocio jurídico (al haberse cumplido con el pago del precio, entrega de la cosa y suscripción del formulario `08`), lo cual le conferiría a este último (el contrato de compraventa del rodado) el carácter de ajeno al proceso concursal, facultando al tercero comprador a solicitar la transferencia dominial del vehículo a su favor.”¹⁷³ Otro autor dentro de esta postura es ALEGRÍA quien sostiene: “no se está discutiendo en realidad sobre el carácter constitutivo de la registración ni sobre el dominio de un bien registrable. Se trata de considerar si, dados ciertos presupuestos, el adquirente puede solicitar del juez concursal que disponga la registración a su favor del automotor, en virtud de un contrato realizado con el fallido con anterioridad a la

¹⁶⁹Art. 146 LCQ: “Las promesas de contrato o los contratos celebrados sin la forma requerida por la ley no son exigibles al concurso, salvo cuando el contrato puede continuarse por éste y media autorización judicial, ante el expreso pedido del síndico y del tercero, manifestado dentro de los TREINTA (30) días de la publicación de la quiebra en la jurisdicción del juzgado”.

¹⁷⁰ GRAZIABILE, Darío J., Efectos concursales sobre las obligaciones y los contratos, 1a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, p. 333 y 335.

¹⁷¹Art 1 RJA: “La transmisión del dominio de los automotores deberá formalizarse por instrumento público o privado y sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor”.

¹⁷² DIAZ SOLIMINE, Omar L., “Dominio de los automotores”, 1a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Astrea, 1994, p. 26.

¹⁷³ BORETTO, Mauricio, “La problemática de la transferencia de automotores y el concurso preventivo”, JA 2002-III-125, (0003/008906, pp. 1-2).

falencia.” Seguidamente dice: “si el comprador tiene en su poder el certificado para inscribir correspondiente (“01” o “08”); aún más si va acompañado de la certificación correspondiente (por escribano público o por el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor). En la medida de que el juez tenga la convicción de la sinceridad de otra clase de instrumentos que materialicen sin lugar a dudas la existencia de la compraventa, entendemos que podría hacer lugar a la petición de inscripción.”¹⁷⁴.

A su vez, dentro de la corriente flexible, pero con argumentos diferentes otros doctrinarios justifican la posibilidad de admitir la inscripción del vehículo en que es más justo y razonable debido que el adquirente pagó el precio a cambio del rodado y solo resta la inscripción en el Registro de Propiedad Automotor. Sostienen que no sería correcto que el poseedor del bien sea obligado a entregar el vehículo transformándose su derecho en moneda de quiebra cobrando mucho menos del valor pagado. Por ejemplo, RIVERA manifiesta: *“La solución de estos casos es bastante dudosa; al respecto se ha sostenido que si el tercero había pagado íntegramente el precio y había recibido la posesión de la cosa, el contrato está consumado y es ajeno a la quiebra aunque falte la forma exigida por la ley, lo cual nos parece más justo. De este modo si alguien ha comprado un automóvil puede requerir que se perfeccione la transmisión del derecho real mediante la inscripción registral.”¹⁷⁵* También podemos enrolar dentro de la postura considerada flexible a los autores: CASADÍO MARTINEZ, CLAUDIO A.¹⁷⁶, DE CESARIS MARÍA C.¹⁷⁷

En contra de la postura flexible tenemos doctrinarios que no admiten la posibilidad de inscribir el vehículo, la que llamaremos posición “rígida”. Argumentan que el régimen jurídico del automotor es constitutivo, se trata de un régimen específico que regula los requisitos necesarios para la transmisión de dominio y hasta que no se cumpla con los requerimientos legales, el contrato no se encuentra perfeccionado. Por lo que, debe aplicarse el artículo 146 primer párrafo de la LCQ, obligando al poseedor a verificar su crédito y devolver el bien para integrarlo a la masa liquidable.

Esta parte de la biblioteca manifiesta que la ley especial, en materia de automotores, busca dar seguridad jurídica a la hora de celebrar contratos sobre este tipo de bienes. Entienden que es obligatorio para las partes velar por el cumplimiento de las condiciones fijadas.

Dentro de la corriente rígida podemos enrolar a RASPALL quien sostiene: *“(…) por lo tanto, y como lo refiere el art. 1º, la transmisión del dominio sólo operará a partir de la inscripción, Refieren jurisprudencia y doctrina que en este caso el derecho real de dominio no se adquiere sino con la registración, lo que la hace indiscutiblemente constitutiva; por lo menos, para nuestra ley”* a su vez manifiesta: *“Ello nos lleva a adherirnos a la posición restrictiva, que considera como principio general el que resulta del art. 1º del decreto ley 6582/58 y, por tanto, que sin la inscripción el comprador no ha cumplido con el mandato legal para que el acto tenga efecto o eficacia, tanto entre partes como respecto de terceros, a partir de ese concepto general, sólo cabe admitir las excepciones puntuales según el caso concreto (casuismo). Por lo tanto, no admitimos que lo reglado por la ley especial es un mero formalismo, sino un recaudo o presupuesto severo y difícil de eludir, lo que implica que las excepciones deberán ser efectivamente tales y no invertir el principio, pasándolo a todos los casos en que se acredite el pago del precio y la posesión anterior al concurso”¹⁷⁸.* También dentro de esta postura se

¹⁷⁴ ALEGRÍA, Héctor, “Automotores y concursos”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009, (RC D 935/2012 pp. 8-9).

¹⁷⁵ RIVERA, Julio C. et al., Derecho concursal, t. 3, 1a edición, CABA, Ed. La Ley, 2010 (2a edición, 2014, p. 450).

¹⁷⁶ CASADÍO MARTINEZ, Claudio A., Insinuación al pasivo concursal, 1a edición, CABA, Ed. Astrea, 2001 (2a edición 2007 pp. 171-172).

¹⁷⁷ DE CÉSARIS, María C., “Controversias en la verificación de créditos”, LA LEY 18/12/2008, 18/12/2008, 1; — LA LEY 2009-A, 742 (AR/DOC/3757/2008, p. 7-8).

¹⁷⁸ AA.VV., Concursos y quiebras, CHOMER, Héctor O. (Director), t.1, 1a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Astrea, 2016, p. 607.

encuentra QUINTANA FERREIRA quien dice: *“Con respecto a la transferencia de automotores, regida por el decreto ley 6582/1958, el art. 1 impone como requisito para que produzca efecto con relación a terceros y aun entre las partes mismas, la pertinente inscripción del respectivo instrumento, en el Registro de la Propiedad del Automotor”*¹⁷⁹ y por último, dentro de la corriente rígida GRAZIABILE entiende: *“(…) que la norma concursal es clara y no puede admitirse la demanda de transferencia del automotor en la quiebra, pues el contrato es inoponible a ella, dado que el registro automotor tiene carácter constitutivo, siendo necesaria la inscripción registral para perfeccionar el contrato (decr. ley 6582/58), por lo que el bien formará parte del patrimonio a liquidar”*¹⁸⁰.

IV.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES:

La posibilidad de inscribir un automotor adquirido con anterioridad a la quiebra del vendedor no solo ha generado debates en el ámbito doctrinario, sino que también en el jurisprudencial. Los jueces con diversos fundamentos se han inclinado en una u otra posición. Comenzaremos desarrollando los antecedentes de los tribunales que admitieron la inscripción del automotor.

En el fallo analizado seguidamente es menester indicar que se trata de una sentencia dictada dentro de un concurso preventivo de acreedores y no de una quiebra. Sin embargo, los argumentos utilizados por aquel tribunal son empleados por otros en procesos de quiebra. La Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Civil y Penal entendió en el caso “ASTORGA, CEFERINO ALFONSO” que las partes efectivamente habían celebrado el negocio, es decir, se había transmitido la posesión del bien, pagado el precio, todo de buena fe, antes de la presentación en concurso del titular registral y solo restaba la inscripción en el registro correspondiente.

Destaca el tribunal: *“Por lo demás, ha de repararse en que la incidentista ha presentado boleto de compraventa del bien, formulario “08” con certificación adecuada y demás elementos documentales sin que éstos hayan sido cuestionados; que la operatoria precedió en más de dos años al concurso preventivo con diferencia temporal suficiente que aleja al caso de un eventual concilium fraudis. A ello debe sumarse la tenencia del rodado, que se presenta como pacífica”* y agrega la siguiente doctrina legal: *“Procede ordenar la inscripción registral del automotor a nombre del comprador si la adquisición se operó con anterioridad a la presentación en concurso preventivo del deudor, y si tanto éste como el comprador cumplieron sus respectivas obligaciones y sólo resta esa inscripción”*¹⁸¹.

Otro antecedente que cabe destacar dentro de esta posición lo vemos en la causa “ESMALTADOS CONDUCTIFLEX S.A” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, donde se resolvió: *“(…) que si el adquirente del automotor pagó el precio, la concursada transmitente entregó la cosa y fueron satisfechas las formalidades para el perfeccionamiento del contrato, quedando pendiente únicamente la inscripción del mismo, no existe óbice concursal que impida esa registración, pues el negocio se halla perfeccionado documentalmente, resultando así oponible al concurso”*¹⁸². Vemos una vez más, como los magistrados entienden que, las formas requeridas se encuentran perfeccionadas y, por lo tanto, para el tribunal no se cumple con los requisitos para su inexigibilidad según el art. 146 primer párrafo de la LCQ y admitieron la inscripción del automotor.¹⁸³

¹⁷⁹ QUINTANA FERREIRA, Francisco, Concursos, t.2, 1a edición, Buenos Aires, Ed. Astrea., 1986, pp. 516-518.

¹⁸⁰ GRAZIABILE, Darío J., Efectos concursales sobre las obligaciones y los contratos, 1a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, p. 369.

¹⁸¹ “Astorga, Ceferino Alfonso”, CSTucuman, SCivPen, 14/05/2008, *La Ley Online* (AR/JUR/3443/2008 p. 3).

¹⁸² “Esmaltados Conductiflex S.A. s/conc. prev. s/inc. relativo al dominio”, CNCom, Sala D, 04/02/2002, JA 2002-III-125, (20022289 p. 1).

¹⁸³ Con similares argumentos y excluyendo el rodado de los bienes a liquidar encontramos los siguientes decisorios: “Gorelik, Aron v. Reynoso y Guidoni S.A. s/ Quiebra - inc. de revisión”, sala Civ. y Com,

En contra de la postura jurisprudencial antes mencionada, algunos tribunales rechazan la posibilidad de inscribir el automotor adquirido con anterioridad a la quiebra del vendedor. Los magistrados argumentan que el negocio no concluyó, puesto que, no se han satisfecho los requisitos formales de cumplimiento obligatorio, establecidos en el Régimen Jurídico del Automotor, para transferir la propiedad del rodado y aplican el artículo 146 primer párrafo de la LCQ.

Como ejemplo de lo dicho en el párrafo anterior, podemos observar en el antiguo antecedente “SÁNCHEZ” de la Corte Suprema de Mendoza, donde se manifestó que: *“La circunstancia de haber recibido la posesión del vehículo y haber pagado el precio no modifican la solución; tengo dicho que la “legitimidad de la adquisición” declarada por el art. 2355 del Cód. Civil no alcanza para hacer caer el sistema legal de la propiedad (L.S. 195-49 y sgtes.), más aún tratándose de un registro constitutivo, como es el caso del automotor. No se trata de ser formalista sino de aplicar la ley; mientras no se ha operado la transferencia en el registro el bien forma parte del patrimonio del deudor; que se haya incorporado a él un determinado contravalor es también irrelevante: normalmente los acreedores que piden su insinuación del concurso han introducido bienes en el patrimonio del deudor sin que nada o poco haya salido de éste y no obstante soportan la ley de prorrateo”*¹⁸⁴.

Dentro de esta corriente también podemos mencionar lo dicho por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, en el decisorio “DYLSUR S.R.L.”: *“En la especie, la incidentista sólo ha acompañado documentación que, en el mejor de los casos, podría aceptarse como una “promesa de venta” del vehículo cuestionado, dado el carácter constitutivo que tiene la inscripción de las transferencias de automotores en el Registro.”*¹⁸⁵ El tribunal se inclina por la aplicación del artículo 146 de la LCQ, tornando inexigible la inscripción del vehículo, aunque la venta haya sido anterior al proceso concursal, esto implica que el bien formará parte del activo a liquidar.¹⁸⁶

V.- INCORPORACIÓN DEL ADQUIRENTE AL CONCURSO:

En la introducción se estableció como uno de los interrogantes a resolver objeto de este trabajo, de qué manera el adquirente queda incorporado a la quiebra del vendedor, y para poder dilucidar esta cuestión es necesario una explicación somera sobre el proceso de verificación de créditos en la quiebra, que varía su procedimiento si se trata de una quiebra directa o una quiebra indirecta.

La quiebra indirecta es aquella que viene precedida de un concurso preventivo que no ha prosperado o ha fracasado, en este supuesto la regla general establecida en segundo párrafo

Concepción del Uruguay, 14/12/1994, JA 1995-III-107; (953046 p. 1-2). “Transportes Ruiz S.A. s/quiebra s/inc. de verif. Por: Esquivel, Marcelo Alejandro”, CNCom, Sala E, 09/05/2008, *La Ley Online* (AR/JUR/5891/2008, pp. 1-2). “Rubiales, Juan Carlos F”, C. Civ.Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, sala 1ª, 18/04/2012, *La ley Online* (AP/JUR/756/2012 pp. 2-3). “Distribuidora Km 32 S.A”, CNCom, Sala B, 21/03/2007, *Thomson reuters Online* N° 35010791 (Documento digital pp. 1-2).

¹⁸⁴ “Sánchez, Alberto S. en: Corrales, Raúl S., quiebra”, SC. Mendoza, Sala I, 26/04/1988, LA LEY 1988- E, 74, (AR/JUR/266/1988 pp. 2-3).

¹⁸⁵ “Dylsur S.R.L. s/ quiebra - incidente de venta automotor de Escobar, María Soledad”, CNCom., Sala C, 23/02/2017, LA LEY 22/05/2017, 22/05/2017, 8 - LA LEY 2017-C, 226 - RCCyC 2017 (agosto), 10/08/2017, 222, (AR/JUR/169/2017 pp. 1-2).

¹⁸⁶ Otros antecedentes en la misma línea son: “Formatos Eficientes S.A. s/ quiebra”, CNCom., Sala B, 14/06/2018, *La Ley Online* (AR/JUR/24535/2018 p. 1). “Arrieta, Osvaldo A. v. Sintter S.A. s/conc. s/inc. de verif.”, Juzg. Conc. y Reg. Mendoza, n° 1, 31/10/2002, *Thomson Reuters Online* N° 30011548 (documento digital p. 2). “Modema S.A.”, CCiv. Com. Córdoba n° 3, 27/06/2006, *Thomson Reuters Online* N° 70037003, (documento digital pp. 1-2). “Russo, Donato”, CNCom., Sala A, 18/04/2005, SJA 3/8/2005, (35001843 p. 2). “Mellano, Rodrigo Hernan c/ Tembiapó S.R.L. s/ Incidente de verificación de crédito”, CCiv. Y Com. Santa Fe, 24/06/2019, disponible en la web oficial del Poder Judicial de Santa Fe: <http://bdjcamara.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=15138>. (documento digital pp. 6-8).

del artículo 202 de la LCQ¹⁸⁷ indica que no hay una nueva etapa de verificación de crédito. Los acreedores verificados y declarados admisibles no deben volver a pedir la verificación, el síndico de oficio los actualizará.

En cambio, la quiebra directa, es aquella que no surge como consecuencia de un concurso preventivo previo, sino que, es solicitada al juez, quien no puede declararla de oficio, tanto por los acreedores como el propio deudor. En este caso, una vez declarada la sentencia de quiebra, el artículo 200 primer párrafo de la LCQ¹⁸⁸ establece la apertura de un proceso de verificación necesaria. Allí, todos los acreedores de causa o título anterior a la declaración de la quiebra deberán presentar el pedido de verificación de créditos en la oficina del síndico indicando: causa, monto y privilegios, en el plazo establecido por el juez. Vencido el plazo, tanto los acreedores peticionantes como el deudor, podrán durante 10 días hacer observaciones a los créditos invocados.

Luego del plazo de 10 días, el síndico en los 20 días posteriores deberá redactar un informe individual sobre cada solicitud de verificación particular, expresando opinión fundada sobre la procedencia o no de la verificación del crédito. Después de presentado el informe individual el juez tendrá un plazo de 10 días para dictar la llamada “sentencia verificatoria”, donde fijará qué créditos quedan verificados, cuáles son declarados admisibles y cuáles son inadmisibles.

A su vez, la Ley 24.522 establece, en su artículo 56, otra instancia eventual de verificación, que aplica analógicamente a la quiebra en todo lo que sea compatible. Nos referimos a la llamada “*verificación tardía*”. Prevista para aquellos acreedores que no se presentaron en el proceso de verificación tempestiva. Este procedimiento, si aún la quiebra está en trámite, se deduce por incidente, regulado en los artículos 280 y siguientes de la LCQ. La sentencia que el juez dicte decidirá sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del crédito. Esta vía verificatoria es la más conveniente para el caso del adquirente de un vehículo que pretende excluirlo de la masa, puesto que permite el ofrecimiento y apertura de prueba.

La posición mayoritaria apoyándose en el principio de concursabilidad, al cual adherimos, entiende que indefectiblemente el adquirente que pretende excluir el bien debe presentarse a verificar cumpliendo con los requisitos del artículo 200 primer párrafo de la ley 24.522. El adquirente no puede iniciar un procedimiento autónomo, dado que, la letra de la ley es clara cuando hace referencia a “*todos los acreedores de causa o título anterior a la declaración de la quiebra*”. Además, es necesario asegurar el control a los demás acreedores concursales para garantizar sus derechos, RASPALL indica: “*Cuando la ley manda que “todos los acreedores por causa o título anterior” deben verificar créditos, está abarcando a la totalidad de las personas titulares de derechos de contenido patrimonial contra el deudor y, por cierto, la pretensión de escrituración se ejerce respecto de un bien que integra el patrimonio del deudor. Nada indica que esta acción pueda quedar excluida de la verificación de créditos, debiendo insinuarse en los términos del artículo en exégesis*”¹⁸⁹ (en referencia al artículo 146 de la LCQ).

VII.- CONCLUSIÓN:

¹⁸⁷ Art. 202 segundo párrafo LCQ: “*Los acreedores que hubieran obtenido verificación de sus créditos en el concurso preventivo no tendrán necesidad de verificar nuevamente. El síndico procederá a recalcular los créditos según su estado.*”

¹⁸⁸ Art. 200 primer párrafo LCQ: “*Todos los acreedores por causa o título anterior a la declaración de quiebra y sus garantes, deben formular al síndico el pedido de verificación de sus créditos, indicando monto, causa y privilegios. La petición debe hacerse por escrito, en duplicado acompañando los títulos justificativos con dos (2) copias firmadas; debe expresar el domicilio, que constituya a todos los efectos del juicio. El síndico devuelve los títulos originales, dejando en ellos constancia del pedido de verificación y su fecha. Puede requerir la presentación de los originales, cuando lo estime conveniente. La omisión de presentarlos obsta a la verificación*”.

¹⁸⁹ AA.VV., Concursos y quiebras, CHOMER, Héctor O. (Director), t.1, 1a edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. Astrea, 2016, p. 600.

La finalidad de la quiebra es que los acreedores del fallido vean satisfechos sus créditos con la liquidación de todos los bienes del deudor, salvo aquellos exceptuados por la ley.

La doctrina y la jurisprudencia aún no se han puesto de acuerdo sobre la posibilidad de excluir el vehículo de la masa a liquidar, cuando con anterioridad a la quiebra del vendedor se celebró el contrato de compraventa, se transmitió la posesión, se pagó el precio, el adquirente es de buena fe y se firmó el Formulario "08" o "01". Por un lado, una parte de la biblioteca interpreta que es posible excluir el vehículo de la masa a liquidar y la otra parte entiende que no.

Si bien no parece justo que el poseedor del bien tenga que devolver el vehículo, no es menos justo que un acreedor concursal que contrató con el quebrado vea reducido su crédito por la exclusión del vehículo, que pudo ser visto por éste como respaldo patrimonial del fallido.

En la mayoría de las quiebras los acreedores no logran satisfacer siquiera el capital de sus créditos. Por lo general, acreedores que seguramente confiaron en la solvencia del fallido y le entregaron bienes o dinero, no podrán recuperarlos y deberán ceder parte de su crédito. Entonces, no vemos atinado beneficiar al adquirente torpe que no realizó la transferencia en debido tiempo. De otorgarse la inscripción del vehículo, se estaría violando el principio de paridad entre acreedores. A la sazón, creemos que debe prevalecer la postura "Rígida".

El Régimen Jurídico del Automotor (Decreto-Ley N° 6582/58), en su primer artículo, recepta un régimen constitutivo en materia de transferencia automotor. Entonces no podrá oponerse a terceros ni entre las partes el contrato que no esté inscripto en el registro. La inscripción es una forma que debe ser cumplida por las partes para perfeccionar el contrato. Entendemos que el adquirente deberá devolver el rodado, porque el contrato no se perfeccionó siendo de aplicación el artículo 146 de la ley 24.522. De esta forma, el acreedor deberá presentarse a verificar su crédito por el monto que corresponda en los términos del artículo 127 de la LCQ. Este último pasaje de la ley concursal, establece la transformación de la obligación de hacer en moneda de curso legal, al momento de la declaración de la quiebra o al momento del vencimiento, si este fuere anterior a la declaración a opción del acreedor.

Por ello, a partir de la doctrina y jurisprudencia analizada proponemos: la reforma del art. 146 de la Ley N°24.522, agregando un párrafo que contemple la postura rígida examinada, cuyo texto podría ser: *"Quien haya adquirido un vehículo alcanzado por el Dto.-Ley N°6582/58 (o norma que en el futuro lo reemplace) y no haya perfeccionado la transmisión mediante la inscripción en el Registro correspondiente, deberá proceder a verificar su crédito en los términos del art. 127 de esta Ley y reintegrar el rodado, el cual pasará a formar parte de la masa a liquidar"*.

Marco normativo de los activos digitales/billeteras digitales y su modo de ejecución

**Álvarez María Luz, Cristallini Alan, Jhuvenka Porcel Corcuy Daniela, Andrada Daniela
Colegio de Abogados de Lomas de Zamora**

Desarrollo

La aparición del Comercio electrónico fue un proceso de varios años y una consecuencia de la evolución de las diferentes formas de llevar a cabo transacciones entre vendedor/ proveedor y comprador / consumidor / usuario. También podríamos definir al CE (Comercio Electrónico) como un intercambio financiero realizado a través de una red entre partes que se encuentran a distancia y que se efectiviza por medio de algún tipo de pago electrónico, lo que se conoce como hoy como Billeteras Virtuales o Wallets.

Con el avance de la tecnología y la necesidad de llevar adelante negociaciones sin intermediación y de manera expedita, comenzaron a aparecer las primeras Fintech (Financial= Financiero / Technology (Tecnología), donde en el sector empresarial se las conoce como Tecnología Financiera, que son un conjunto de empresas innovadoras que ofrecen soluciones financieras con el soporte de las nuevas tecnologías, a personas individuales y empresas que centran su actividad en un área particular del mercado financiero.

En los años 70 comenzó a evolucionar el sistema interempresarial, trayendo el B2B (Business to Business) como una nueva forma de comerciar entre los diferentes proveedores sin importar distancias. Para ello fue fundamental la aparición de las primeras computadoras procesando mayores operaciones a mayor velocidad.

Así como mencionamos el avance en el Comercio Electrónico, que hoy en día se conoce como “Tienda Virtual” debemos hablar del avance de la moneda. Durante varios años hubo intentos de digitalizar la moneda, que si bien se lograron, con ello aparecieron las Billeteras Virtuales y hoy en día se utilizan en el intercambio de bienes y servicios, de por ejemplo, las Fintech

El BCRA denomina a las empresas Fintech como “Aquellas empresas que comienzan a competir con entidades financieras tradicionales en distintos verticales del negocio financiero” Un detalle importante es diferenciar estas empresas de aquellas pertenecientes a la banca tradicional y la operatoria respecto de las contrataciones que se den en el ámbito digital, como pueden ser los famosos “Términos y Condiciones”

Estas condiciones son unilaterales y preestablecidas, nuestro ordenamiento establece que dichos términos deben cumplir con la legislación vigente, es decir, debe ser concordante con el Código Civil y Comercial de la Nación y con la ley de Defensa del Consumidor

Para validar la aprobación de la operatoria, la mayoría de estas entidades tienen la posibilidad de adquirir información con bases brindadas por Veraz, AFIP, Anses, entre otros. Dicha información le permitirá generar una evaluación crediticia del usuario, a los efectos de los montos posibles de préstamos a otorgar.

De esta forma el usuario solicita su financiamiento por medio de los típicos contratos de adhesión, Términos y Condiciones, Mutuo, etc, pero que en este caso son totalmente electrónicos.

Como ya fue mencionado el consentimiento se realiza a través de un Clic, y este hace las veces de manifestación de la voluntad del usuario perfeccionándose así el contrato, evaluando en un proceso judicial si es suficiente o no como perfeccionamiento del consentimiento en un posible proceso ejecutivo con una posible entidad u proveedor de servicios de pago

El problema se encuentra en la definición que brinda el BCRA para los PSP (Proveedores de Servicio de Pago) o BV entendiendo que son un medio de intercambio para monedas de curso legal, extranjero y criptomonedas, la imposibilidad de embargo en el caso de las criptomonedas alojados en Exchallenge , que es una plataforma que funciona como depositario de las criptomonedas, es lo que desarrollaremos.

La falta de regulación en Argentina sobre las billeteras digitales es bastante grande, lo que nos provoca a nosotros como abogados/as un perjuicio, ya que no nos permite ejercer una defensa eficiente de nuestros clientes. ¿Esto por qué? Toda reglamentación existente es precaria, basándose exclusivamente en resoluciones de AFIP y circulares del BCRA, sumado al derecho comparado (principalmente europeo) que puede ser invocado por nosotros/as. Esta falta de unificación legislativa provoca un desconocimiento sobre cómo actuar ante determinado accionar, ya que como se sabe en la práctica, muchos usuarios de billeteras digitales realizan transferencias de fondos de sus cuentas bancarias corrientes a estas billeteras (entre las cuales se encuentran mercado pago o Ualá), provocando una “Insolvencia” ficticia.

La falta de información sobre el proceso y lo engorroso de llevarlo a cabo, es el principal escollo de la situación.

No existe registro público de prestadoras de servicios de información, es decir, lugares en donde se encuentre la información necesaria para notificar a las billeteras digitales de oficios judiciales en forma directa, para conocer la existencia de cuentas o los saldos de las mismas. Dicha potestad la tiene únicamente AFIP por ser el órgano encargado de la recaudación y la prevención de la evasión fiscal, pero, en la realidad, los abogados/as con práctica o años de ejercicio, si saben cómo llevar adelante un proceso ejecutivo en donde el dinero se encuentre en estas billeteras. Este conocimiento no surge del sistema normativo sino de la experiencia, marcando un gran bache entre la posibilidad que tiene un novel abogado de llevarlo a cabo, y la posibilidad de un abogado con experiencia.

Si no existe registro público, ¿cómo se tiene un control sobre estas?

Ahí es donde surgen las resoluciones de AFIP, y principalmente el BCRA, el cual mediante la circular A 6929, obliga a las PSP a informar mensualmente la cantidad de operaciones y el monto total de éstas, al igual que las transacciones y transferencias realizadas, distinguiendo entre si son pagos recibidos y/o enviados. La realización de informes especiales por auditores externos, etcétera.

Entonces la información existe, está, pero no es de público conocimiento ni nos encontramos ante un órgano que nos pueda informar de forma expedita ante procesos judiciales existentes.

Ahora, la pregunta es, ¿Son embargables las billeteras digitales en Argentina? La respuesta es sí, pero el desconocimiento sobre el proceso ejecutivo es tal, que principalmente el novel abogado se ve afectado en el ejercicio de su profesión por la falta no solo de unificación legislativa sino de normativa específica.

Sub- Tema

En el caso de las Criptomonedas es muy común confundirlas con los Activos Digitales, entendiendo que lo son por ser intangibles, pues no, el término correcto es Criptomonedas, no son ni digitales, ni forman parte del activo del patrimonio de una persona, con lo cual, ante la embargabilidad de las Billeteras Virtuales surge el segundo conflicto de preguntarse cuan viable es la embargabilidad de las Criptomonedas ubicadas en las BV o exchallenge.

La legislación en Argentina respecto de las Criptomonedas es escasa, no hay, no existe, si bien abundan circulares no hay una reglamentación que regule el uso de las Criptomonedas en los Proveedores de Servicios de Pago.

En el supuesto que pudiéramos embargar deberíamos de preguntarnos cuantas BV existen, encontrándonos dos tipos, las frías y calientes, ambas se diferencian en la seguridad de la encriptación de la información, las frías requieren de lo que llamamos token y las calientes de la Criptografía, a través de llaves públicas y privadas.

Hoy no existe un procedimiento de embargo de los activos digitales que se encuentran en billeteras digitales, todo depende de la encriptación utilizada.

Propuestas

1. Sobre billeteras digitales: creemos que una forma de facilitar el proceso es la creación de un registro público de prestadores de servicios de información para que, el abogado/a litigante novel pueda llevar a cabo las medidas cautelares con la celeridad que

requieren, iniciando procesos directamente a las billeteras digitales para que éstas informen de forma adecuada la existencia de cuentas y fondos de la persona inmersa en el proceso judicial, y así proceder a su embargo efectivo.

2. Sobre criptomonedas: como posible solución, creemos conveniente la creación de una normativa propia o la pronta adopción de la ley MiCa (Normativa europea, sus siglas significan Ley para mercados de criptoactivos) en nuestro territorio, la cual se tiene previsto para fines de 2024. De esta forma, tendríamos en nuestro país un marco que regule el funcionamiento de los prestadores de servicios de pago y las criptomonedas.

El desequilibrio contractual y la revisión del contrato

Mg Ricardo Nadir Graciadio

Colegio de abogados de Zarate Campana

I.- Introducción

Argentina está atravesando una de las crisis más complejas de la historia económica, con los peores registros en materia de desocupación, caída de la actividad económica, ruptura de la cadena de pagos, despidos, con un fuerte impacto en las empresas, sobre todo Pymes, que ha llevado hasta el cierre de muchas de ellas, acelerando un cuadro de recesión que ya venía arrastrando y que lo lleva a niveles desconocidos, incomparable con otras crisis, aun las más graves de nuestra historia.-

La crisis económica creciente y generalizada que atraviesa nuestro país, ha alterado los vínculos contractuales existentes generando así la necesidad de búsqueda de nuevas herramientas que faciliten recomponer el equilibrio contractual.-

Asimismo, se presentan escenarios cotidianos que impactan significativamente en la economía doméstica que tienen raíz multicausal, ya que obedecen a un conjunto complejo de variables locales, regionales, internacionales, tecnológicas, climáticas, ambientales, etc., propias de una economía globalizada.-

Nuestro derecho positivo contempla figuras como la renegociación contractual y la teoría de la imprevisión, sin embargo consideramos prudente incorporar como una figura autónoma, basada los principios de buena fé y conservación del contrato, el instituto de la "Adecuación del contrato".-

Por eso, es que bien se ha dicho que, "debe reconocerse que el contrato se inserta en una realidad económica y social, y que, cuando esta varía, muchas veces será necesario procurar la readecuación o readaptación del negocio a fin de mantener su vigencia y conservar el contrato que lo contiene, siendo una herramienta fundamental a tal fin la renegociación que de él hagan las partes"¹⁹⁰.-

II.- Teoría de la adecuación. Normativa Vigente.-

Dentro de nuestro Código Civil y Comercial es factible distinguir dos grandes categorías contractuales esbozándose los contratos paritarios¹⁹¹ (art. 957) y los de consumo¹⁹² (art. 1093). Luego, conforme el punto de vista, también se admite las categorías por adhesión¹⁹³ (art. 984), de larga duración¹⁹⁴ (art. 1011), conexidad contractual (arts. 1073 a 1075).-

¹⁹⁰ QUAGLIA, M. C. - RASCHETTI, F. "Herramientas jurídicas para la pandemia y la pospandemia: la renegociación del contrato", LA LEY, 06/07/2020, Cita Online: AR/DOC/1829/2020

¹⁹¹ Art. 957 CCCN: El contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

¹⁹² **Artículo 1093. Contrato de consumo** Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.-

¹⁹³ art. 984 define a los CA: El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

¹⁹⁴ **Artículo 1011. Contratos de larga duración** En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos.

El CCyC plantea diferentes marcos de encuadramiento de la actual problemática, regulando regula al menos, dos institutos que se refieren a la necesidad de procurar la adecuación o readaptación del negocio, a saber:

1.- El instituto de la renegociación del contrato de larga duración prevista en el artículo 1011, que dice que en los contratos de duración de tiempo prolongado es esencial que se cumpla el objeto prescrito en el contrato. Que el ejercicio de los derechos de ambas partes en este tipo de contratos será siempre respetando el deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, sin incurrir ninguna de ellas conducta abusivas para hacer valer sus derechos.-

2.- El instituto vinculado a la imprevisión, en el 1091, que dice: “Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.”.-

Como vemos ambos institutos, tienen una finalidad específica, aplicables a un contexto fáctico determinado descrito en la misma norma que los definen y caracterizan.-

El instituto de la renegociación, debe ser interpretado conforme al principio de buena fe contractual, establece que, en los contratos de larga duración, las partes tienen el deber implícito de renegociar el contrato cuando las circunstancias varían y rompen el equilibrio del contrato.-

La imprevisión, a diferencia de lo que ocurría con la figura en su regulación anterior, obrante en el art. 1198 del Código Civil reformado por la ley 17.711, que solo admitía en forma explícita la posibilidad de resolver el contrato, el CCCN, haciéndose eco del pensamiento de la doctrina mayoritaria, incorporó expresamente la posibilidad de que la parte perjudicada solicitara la adecuación del contrato.-

III.- El principio de la fuerza obligatoria del contrato.

Un corolario del principio de autonomía de la voluntad, piedra angular de nuestra disciplina, es la fuerza obligatoria del contrato. Así, las personas son libres para contratar, pero cuando han hecho uso de esa libertad, deben atenerse a lo estipulado. Nace una regla que las vincula de una manera independiente de la voluntad, por obra del ordenamiento jurídico que sanciona el principio básico del pacta sunt servanda, el deber de cumplir la palabra empeñada.-

Es lo que tradicionalmente se ha intentado explicar con la máxima: “Las convenciones tienen entre las partes lugar de ley”, difundida universalmente desde la sanción del Código de Napoleón.-

Sobre el punto, el CCCN, en su art. 959¹⁹⁵ nos habla sobre los efectos vinculantes en virtud de lo cual todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes y el contenido del mismo solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo determine expresamente.-

Este principio pacta sunt servanda continúa siendo un pilar básico del ordenamiento jurídico y compromete directamente el valor seguridad.-

En conclusión tenemos la premisa que la revisión de lo convenido, objeto de análisis en esta ponencia, en aquellos casos cuya génesis se encuentra en una disposición legal o en la

¹⁹⁵ Art 959 CCC Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido solo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”. Este principio pacta sunt servanda continúa siendo un pilar básico del ordenamiento jurídico y compromete directamente el valor seguridad.

aplicación de un principio del derecho, trasunta en definitiva en una excepción al principio de la fuerza obligatoria del contrato, por lo que cualquier análisis que se haga de la revisión o adecuación contractual, no puede abrirse sin hacer referencia a tal principio.-

III.- CONTRATOS DE LARGA DURACION

Los contratos pueden clasificarse en las siguientes categorías: contratos de ejecución instantánea, ejecución diferida o de ejecución continuada. Los contratos de ejecución instantánea “son aquellos en que la obligación o prestación pactada se produce en el mismo acto de su celebración”¹⁹⁶. En los contratos de ejecución diferida la ejecución se encuentra diferida a un plazo. En los contratos de ejecución continuada o contratos de duración la ejecución se continúa en el tiempo. Los contratos de duración se caracterizan en que su cumplimiento –prestaciones- debe prolongarse en el tiempo¹⁹⁷. En otros términos, las prestaciones no se llevan a cabo de una sola vez, sino que se extienden en el tiempo¹⁹⁸. En los contratos de duración “su funcionalidad en el tiempo es esencial para el desarrollo y cumplimiento del objeto”¹⁹⁹.-

En efecto, el art. 1011 del Código Civil y Comercial en su primera parte expresa que “En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar”.-

IV.- El ámbito de aplicación de la renegociación

El artículo 1011 del CCyC sólo hace referencia a los contratos de duración, con lo cual surge el interrogante de si puede ser aplicada la renegociación a otros contratos que no tengan esta característica. Por tratarse de un principio general del Derecho considero que su aplicación resulta aplicable a todas las relaciones jurídicas patrimoniales, abarcando en materia contractual todo el universo de contratos, cualquiera sea el tipo y estructura contractual, sean o no de larga duración.

Según la postura de Vergara cuando se interroga sobre qué sucede con los contratos de corta y mediana duración (no de larga), como sería, por ejemplo, un contrato de cumplimiento instantáneo pero que contenga una prestación diferida en el tiempo. Este supuesto, dice el mencionado autor, debería incluirse en la regla del artículo 1011 del CCyC, porque es evidente que el tiempo, también en este caso, juega un papel relevante. Quizá por ello la voz “duración” apunta más a considerar cómo opera el transcurso del tiempo y no tanto a cuándo existe una prestación sucesiva y reiterada, propia de ciertos contratos de locación, franquicia, agencia, entre otros. Continúa diciendo que de sostenerse que la renegociación del artículo 1011 no puede trasladarse al resto de los contratos, ello debería ser claro, al menos debería deducirse de alguna variante de prohibición.-

Por lo tanto, al no haber una norma implícita de prohibición que surja de una interpretación a contrario, como mínimo ello significa que no está legislado y, por consiguiente, es dable asumir la presencia de un vacío que debe completarse²⁰⁰.-

V- Revisión de contractual

A modo introductorio recordamos que la cuestión de la adecuación del contrato no puede considerarse nueva, desde que ya en el periodo intermedio se hablaba ampliamente de la extinción del vínculo por aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", de la reducción "ad

¹⁹⁶ MUGUILLO, Roberto A., Contratos civiles y comerciales. Parte General, Buenos Aires, Astrea, 2016, p. 8.

¹⁹⁷ RAMELLA, Anteo, La resolución por incumplimiento, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 226

¹⁹⁸ FERRER DE FERNÁNDEZ, Esther y ROCHA, Daniela, Derecho del consumidor en la contratación bancaria, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 282

¹⁹⁹ MUGUILLO, R., op. cit., p. 8.

²⁰⁰ VERGARA, Leandro, La readecuación contractual, en L. L. del 10-8-2020, p. 1; AR/DOC/2566/2020

aequitatem" en los contratos excesivamente onerosos y de la doctrina del "justo precio" . Sin embargo, durante el siglo XIX se asistió a un claro retorno en cuanto a todos estos institutos que mediante diversas formas intentaban garantizar la equidad en las transacciones; basta para ello recordar al Code Napoleón que no recogió la cláusula "rebus sic stantibus" y admitió de manera limitada la figura de la lesión objetiva. Es evidente que los juristas decimonónicos olvidaron esos mecanismos correctores en obsequio a una concepción del contrato inserta en el absoluto respeto a la autonomía de la voluntad.

1 La respuesta de los Códigos Civiles del Siglo XIX fue la extinción, que surge de la regulación de la imposibilidad absoluta de cumplimiento y de los efectos del caso fortuito (artís 955 y 1730 CCCN) El movimiento de reformas del siglo XX propuso la conservación del vínculo, por la vía de revisar su contenido, introduciendo el distingo entre la imposibilidad absoluta y la relativa. Este fenómeno fue generalizado en la cultura occidental, incluyendo al Derecho anglosajón.-

2 El Código de Vélez no contenía ninguna previsión al respecto. La excesiva onerosidad sobreviniente fue incorporada al art. 1198, 2ª parte del CC por la ley 17.711. La reforma se plegó a la tendencia del derecho comparado e incorpora la figura reproduciendo, casi al pie de la letra, la propiciada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (1968). El código civil y comercial de la Nación, mantuvo la figura de la excesiva onerosidad sobreviniente, estableciendo en el artículo 1091 que si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente oneroso, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación.-

Actualmente el Código Civil y Comercial, al regular en el artículo 1011 a los contratos de larga duración establece que el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar, agregando que la parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de re-negociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos. Referido a los contratos de consumo y celebrados por adhesión, en muchos casos hay un interés no patrimonial o un derecho de rango constitucional y que la extinción puede producir la afectación de dicho interés no patrimonial o del derecho constitucional, lo que amerita la revisión.-

VI.- INSTITUTOS QUE PERMITEN REVISAR Y ADECUAR EL CONTRATO

El código ha regulado dos institutos que permitan revisar y adecuar el contrato, como paso previo a que se produzca la resolución contractual, como lo son la excesiva onerosidad sobreviniente y la frustración del fin del contrato.-

1-Revision basada en la excesiva onerosidad sobreviniente En particular al adentrarnos al estudio de la excesiva onerosidad sobreviniente advertimos que para que la misma actué, como herramienta de revisión primero y luego de readecuación del contrato, es necesario que se cumpla con los requisitos establecidos en la norma del artículo 1091.-

Así es necesario para que quede configurada, que se produzca un acontecimiento extraordinario que genere un desequilibrio del sinalagma contractual. Se ha dicho que el acontecimiento extraordinario es aquel que se aparta del curso normal y ordinario de las cosas.-

En primer lugar el origen del evento ya que debe tratarse de un causa ajena, extraña a la conducta de las parte, como ocurre con las guerras, los actos gubernamentales, la inflación, el cambio de moneda. Mucho se habla sobre los desequilibrios que han generados los créditos uva, con garantía hipotecaria, más allá de algunos fallos que se han dictado en primera instancia y proyectos de ley, no se ha tratado el tema en profundidad.-

2.- La existencia de un hecho imprevisible instaura una desmesura en esa onerosidad que se mide relacionalmente con la otra prestación. Se trata de una relación económica en que una cosa se da a cambio de otra similar según las valoraciones del mercado, esas valoraciones han sido distorsionadas por el fenómeno que generó su propia relación .

Se trata de una relación objetiva, no de la propiedad utilidad. En el caso en análisis, ha sido el efecto inflacionario. En los contratos paritarios, la doctrina sostiene, que no solo se debe tomar en cuenta la situación patrimonial del afectado, sino que de lo que se trata es de examinar la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato y no una relación patrimonial que no entró en consideración en el programa convencional concreto.-

La adecuación permite que continúe la vida del vínculo obligatorio; tan solo se reajusta el contenido del contrato de modo que desaparezca la excesiva onerosidad de la prestación de una de las partes, bien sea, por ejemplo, disminuyendo su monto, o aumentando la entidad retributiva de la contraprestación. Tal revisión debe ser hecha equitativamente. Se trata, por consiguiente, de una cuestión de hecho que debe ser resuelta en cada caso concreto. Sin embargo, como criterio de orientación, es dable sostener que la revisión del contrato no supone necesariamente un perfecto restablecimiento del equilibrio que existía entre las prestaciones al tiempo de celebrarse el contrato. Todo contrato a término está sujeto a un riesgo normal, que impide calcular con seguridad cuáles serán las ventajas que en definitiva puede reportar el convenio a las partes, según los posibles cambios de las condiciones económicas que presidieron su celebración.-

El legislador solo reconoce eficacia al cambio de circunstancias cuando es producido por un acontecimiento extraordinario e imprevisible que torna excesivamente onerosa una de las prestaciones. La revisión solo tiene por objeto eliminar ese exceso de onerosidad, sin que deba asegurarle al deudor toda la utilidad que pensaba obtener de la prestación en la situación de hecho originaria. Consiste, por ende, solamente en suprimir el gravamen que pueda reputarse exorbitante o desmesurado para el deudor, quien, según las circunstancias, debe soportar el alea normal del contrato. En el contexto procesal en que se articula judicialmente este pedido de reductio ad aequitatem, la parte que solicita la revisión de lo convenido debe proponer concretamente el contenido de dicho ofrecimiento. La contraparte, al contestar dicha pretensión, se opondrá a ella u ofrecerá, aunque más no sea subsidiariamente, otra adecuación, con condiciones y medidas diferentes. Configurado de este modo el tema en discusión, con dicho pedido y réplica de la contraparte, se derivarán los límites dentro de los cuales deberá moverse el pronunciamiento judicial, en virtud del básico principio de congruencia.-

VII.- CONCLUSIONES DE LA PONENCIA

1.- La renegociación prevista por el el art. 1011 CCCN solo es aplicable para los contratos de larga duración.-

2.- La buena fe objetiva contractual tiene función preventiva en materia de daños de derivados de la relación contractual.-

3.- Con fundamento en el deber de colaboración que tienen las partes, en los casos de alteración de las circunstancias objetivas que rodearon la celebración del contrato, existe en tre las partesdeber genérico de negociación.-

4.- El principio de negociación tiene su correlato en el deber de prevención.-

5.- La negativa incausado a generar una instancia de negociación, viola el principio de la buena fe contractual, pudiendo constituir, según el caso, ejercicio abusivo del derecho de conformidad con los artículos 9, 10, 11, 959 y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación..-

El peso oro para la cuantificación del daño

Abog Garcia Adrian Agustin

Colegio de Abogados del departamento judicial de La Matanza

I. Introducción

El presente trabajo se propone analizar la posibilidad vigente de solicitar y hacer valer la vigente ley 1130 para su aplicación en los diversos juzgados y tribunales del país, ya que a mérito de quien redacta el presente, es una excelente herramienta para que las acreencias no se desvaloricen por el simple paso del tiempo, y se evite favorecer a los deudores con su incumplimiento, acelerándose así los pagos, (ya que la morosidad dejaría de ser beneficiosa) al igual que todo el entramado judicial se vería modificado positivamente al existir mayor voluntad de *honrar las deudas*.

II. Breve reseña histórica

A lo largo de su historia, Argentina ha padecido numerosos ciclos inflacionarios, cuatro hiperinflaciones y sólo algunos períodos cortos de estabilidad de precios. En términos estadísticos, los últimos 210 años registran una tasa de inflación promedio de 51,0% anual, siendo el máximo histórico de 3.079,5% en el año 1989.

III. La reparación plena como concepto juridico

El art. 1740 del Código Civil y Comercial, dispone que: "*La reparación debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie (...)*". El artículo sienta el objetivo de todo juicio de daños: brindar a la víctima una reparación plena. Se aparta de la terminología más utilizada en doctrina y jurisprudencia que es "reparación integral". En tal sentido, se aduce que esta última entraña un objetivo inalcanzable porque resulta imposible borrar todo el daño. Decir integral implica afirmar que todo el daño desaparece y esto encierra una ficción jurídica.

En un conocido precedente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de Río Cuarto Córdoba sentenció: "*La indemnización en concepto de reparación integral no debe exorbitar el objetivo esencial que es la reposición de cosas a su estado anterior, y como en muchos casos esta reposición no es posible, se persigue sustituirla por los medios económicos que permitan al damnificado paliar su detrimento, proporcionándole los recursos que ya no podrá obtener, tratándose entonces de lograr la reparación integral por vía indirecta*"

IV. Como se llega a una reparación plena en contextos inflacionarios

La realidad es que en la práctica los letrados, nos encontramos que al momento de iniciar una demanda, la iniciamos por cierto monto, por ejemplo un daños y perjuicio, al finalizar el expediente y llegada una sentencia favorable, quedará sujeto a consideración del juzgado, la "actualización" de ese monto a *valores actuales* tal como lo establece la jurisprudencia de la SCBA, el problema viene cuando se incumple con lo establecido por el juzgador, y no se paga en tiempo y forma con lo establecido por el mismo, o, se apela la sentencia y el expediente continúa convirtiéndose en una historia sin final, siempre en detrimento de los derechos del acreedor.

V. Diversas modalidades de actualización en la normativa argentina

Encontrándose vigente la ley de convertibilidad n°23.928 que establece en su art. 7 y 10 la imposibilidad de una INDEXACIÓN bajo ningún concepto, ello ratificado por la corte suprema, en fallo “BEDINO c/ Telecom Argentina S.A. del 2017, “Gargano, Diego c/ Banco de la Nación Argentina s/ ejecución de honorarios”, del 2011, entre otros, alegan “gravedad institucional” pues la proyección del caso produciría una “indebida disminución del erario público.” existen diversos remedios utilizados para “paliar” los efectos de la inflación en la práctica judicial, entre ellos la utilización del UMA en la justicia nacional y del IUS en el ámbito provincial, para salvaguardar los honorarios de los letrados –al menos en parte-.

Otros ejemplos:

-el art. 70 de la ley **Ley 26.844** que regula el servicio doméstico, establece respecto de las actualizaciones, *Tasa aplicable: Los créditos demandados provenientes de las relaciones laborales reguladas por la presente ley, en caso de prosperar las acciones intentadas, deberán mantener su valor conforme lo establezca el Tribunal competente, desde que cada suma es debida y hasta la fecha de su efectiva y total cancelación.*

-La ley de riesgos de trabajo, estableciendo que para las indemnizaciones se debe utilizar para el cálculo el RIPTE (remuneración promedio sujeta a aportes al Sistema Integrado Previsional Argentino) en su **ARTICULO 8º**

-La ley 24241 que en su Art. 24 establece movilidad en las prestaciones previsionales

- Las multas de tránsito que se actualizan de acuerdo al valor de la nafta Premium (unidades fijas establecidas de acuerdo a normativa de cada jurisdicción)

- La Ley de alquileres n° 27.737 que permite la actualización expresamente, modifica la original ley de alquileres, en su Art. 14 *Los contratos de locación, cualquiera sea su destino, están exceptuados de lo dispuesto en los artículos 7º y 10 de la ley 23.928 y sus modificatorias. En los contratos de locación de inmuebles con destino a uso habitacional, el precio del alquiler debe fijarse como valor único, en moneda nacional, y por períodos mensuales, sobre el cual podrán realizarse ajustes con la periodicidad que acuerden las partes y por intervalos no inferiores a seis (6) meses. A los fines dispuestos en el párrafo anterior, los ajustes deberán efectuarse utilizando un coeficiente conformado por la menor variación que surja de comparar el promedio del 0,9 de la variación del Coeficiente de Variación Salarial (CVS), publicado por el INDEC y la variación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), publicado por el Banco Central de la República Argentina.*

Ante las diversas legislaciones existentes que Sí permiten la indexación ante determinadas cuestiones, más no de las consecuencias derivadas por una deuda de valor, nos encontramos ante una posible solución;

VI. La utilización del Peso Argentino Oro como parámetro

La utilización del peso Argentino Oro como herramienta para cuantificar la reparación de un daño, puede llegar a ser una eficaz solución –al menos a criterio de quien redacta el presente trabajo- porque estamos hablando de una moneda que hoy se encuentra en plena vigencia, a pesar de que su acuñación se detuvo en el año 1896.

Conserva su valor originario basado en el material con el que fuese acuñado, Oro 900/ Cobre 100 Según lo publicado en la página oficial del B.C.R.A Argentinos Oro (1881-1896) (bcra.gob.ar)). Su valor se actualiza en forma trimestral a través de la misma página del B.C.R.A. Cotización del Argentino Oro (bcra.gob.ar).

Nos encontramos ante el fallo MEDINA MARÍA ISABEL C/ SALVATELA S.A. S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO) civil 3 expte de avellaneda lanús.

El juez, **Pablo Andrés Krawiec Krawczuk**, se basó en ley de Aeronavegación, la 20.094 publicada en el Boletín Oficial en marzo de 1973. Más de 50 años atrás. El articulado de esa norma, nunca derogada, utiliza al Argentino Oro como medida para fijar indemnizaciones por daños en las operaciones del sector.

Se reclama una suma en concepto de indemnización por la compra de un grupo electrógeno que no cumplía con las condiciones óptimas para su uso.

Fue pagado en pesos \$3.178.009,27 en fecha 01 de octubre de 2020 que en peso oro ley equivalían a 94,75, esto convertido a peso de curso forzoso equivale hoy octubre de 2023 a \$10.852.283. En dólar oficial al momento de dicha compra, equivalían a u\$s 39.725. al día de la redacción del presente 15 de octubre del 2023 al tipo de cambio oficial, equivale a \$ 13.903.790. Observándose así que, si bien frente al dólar la cotización del peso oro no fue superadora, siendo este el peso oro la segunda moneda habilitada por ley, sí que se aproximó mucho más que frente a la aplicación de tasas: activa, equivaldría a \$9.436.629,24 y de la tasa pasiva \$8.802.259,40.

La parte actora tomó el dólar estadounidense para fundar su reclamo, pero el mismo no es de curso legal. Por lo tanto, no puede utilizarse para sentenciar.

El juez hace comparaciones con la moneda en la sentencia, reconoce que la norma vigente de convertibilidad n°23 928 que prohíbe la indexación en su articulado es de dudosa constitucionalidad, y agrega que: *declarar la inconstitucionalidad de la norma debe ser realizada en última ratio, del orden jurídico y como una atribución que sólo debe utilizarse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (conf. C.S.J.N., en LL, 1981-A, pág. 94, entre otros)*, pero posee otro remedio de menor gravedad, “una justa y equitativa solución al problema”, sancionando en esta Moneda “inusual o de uso poco frecuente”. Cuya cotización se actualiza trimestralmente.

Por lo cual, y en base a ello justiprecia en monda argentino Oro, y debiendo convertirlo al peso circulante. Y de ese modo se abonará la indemnización.

Toma en cuenta el valor de la factura de compra. Haciendo la cuenta equivalente del peso oro a ese momento de la compra y lo actualiza al valor de hoy.

Ídem los gastos de traslado y con el daño punitivo también lo cuantifica en peso argentino oro. Con más la tasa pura del 6% por haber cuantificado a valores actuales.

La cámara estableció que previa apelación se tenía que abonar el monto para poder apelar.

El actor apela e insiste que se tenga como referencia la cotización del dólar (porque la indemnización sigue estando por debajo de lo que considera justo).

VII.- CONCLUSIONES

Evidentemente la utilización de esta moneda, hace que podamos tener una aplicación equitativa de los valores, los operadores judiciales debemos plantearlo en cada demanda que se redacte, en cada alegato y expresión de agravios, ya que es el salvoconducto legal con moneda legítima y autorizada en su apreciación, para que tanto los abogados como los justiciables puedan tener la reparación plena que establece el código civil y comercial en su articulado.

Ha de aguardarse una positiva acogida jurisdiccional para que sea de aplicación masiva y pase a ser *moneda corriente* en la práctica forense.

VIII.- PROPUESTAS

La principal propuesta del presente trabajo es la de que como abogado empecemos a utilizar esta moneda de “uso poco frecuente” para las liquidaciones que realicemos en las demandas para que las sentencias como la novedosa del departamento judicial de Avellaneda, pase a ser la nueva modalidad. Ya que es un remedio legal hábil para salvaguardarnos a los ciudadanos de los procesos inflacionarios que existen a lo largo de la historia argentina. Subsidiariamente, sería de gran importancia que se deroguen los arts. 7 y 10 de la ley de convertibilidad que prohíben la indexación de los créditos, ya que podrían utilizarse expresamente los diversos índices que son publicados por el estado (IPC, IPIM, IPMP, etc). Y que

los operamos en la justicia dejemos de tener que rebuscárnosla para que ni nuestro cliente ni nosotros seamos tan perjudicados por el contexto económico de turno.

Bibliografía:

Nota periodística INFOBAE

<https://www.infobae.com/economia/2023/07/14/argentino-oro-la-increiblehistoria-de-la-moneda-que-se-compra-facil-nunca-salio-de-circulacion-y-le-ganaal-dolar-y-la-inflacion/>

Página oficial del banco central de la nación

https://www.bcra.gob.ar/PublicacionesEstadisticas/Cotizacion_argentino_oro.asp

https://es.wikipedia.org/wiki/Argentino_de_oro

LEY DE CONVERTIBILIDAD DEL AUSTRAL Nº 23.928

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/328/norma.htm>

LEY MONEDA NACIONAL Nº 1130

<http://www.saij.gob.ar/1130-nacional-moneda-nacional-Ins0002529-1881-11-03/123456789-0abc-defg-g92-52000scanyel>

Jurisprudencia: Bedino Mónica Noemí c/ Telecom Argentina S.A. y otro s/ parto accionariado obrero. Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Medina María Isabel C/ Salvatela S.A. S/ Daños Y Perj. Incump. Contractual (Exc.

Estado) fallo de primera instancia del juzgado civil y comercial n°3 de Avellaneda.

Derecho al Vino: La Ley 24.240 y la industria vitivinícola argentina.

Juan Ignacio Cruz Matteri²⁰¹ y Alejo Santana

“Viajero, detente y, si no te molesta, léelo hasta el final. No quiero molestarte. Te aconsejo que bebas vino caliente. No hay más remedio que morir. Adiós”²⁰². Epitafio Romano

I. Abstract

La industria vitivinícola argentina se encuentra en franca expansión. Las exportaciones de vino en los últimos 20 años han crecido un 43% en volumen y 390% en valor FOB, de la mano de los varietales del suelo patrio. Pasamos de exportar 170 millones de dólares en 2003 a 824 millones en 2022²⁰³. En el mercado interno la comercialización de vino alcanzó los 8.276.098 hl en 2022²⁰⁴, siendo 2.680.524 hl a vinos varietales. Esto demuestra que el consumidor argentino cada vez es más exigente en lo que atiene a la calidad de la vid que consume, nos podemos referir a que está evolucionando a un segmento más sibarita. En esta búsqueda de refinamiento, de calidad, de conocer lo que el consumidor adquiere, no está acompañada por la información que nos brinda los productores de vino. En este trabajo demostraremos como el deber de información de la Ley 24.240 es incompleto a la luz de la Ley Nº 14.878 y RESOL-2021-26 del INSTITUTO NACIONAL DE VITIVINICULTURA.

II. Realidades y Desafíos del mercado vinícola Argentino.

El experto en vinos, y leyenda en la enología mundial Hugh Johnson nos da una mirada sobre la realidad de la producción vitivinícola argentina. “La altitud de los viñedos siempre merece una mención, debido a sus efectos en el clima y, por lo tanto, en el estilo y la calidad de cada vino. En Argentina, esto se destaca. Chile lleva las diferencias de latitud a extremos; Argentina, a extremos de altitud. Pero la aparición de Argentina en el mapa internacional del vino es una historia notablemente reciente. Bendecida con una envidiable diversidad de variedades de uva gracias a la inmigración de mediados del siglo XIX de España e Italia, Argentina tenía pocas o ninguna aspiración de exportación antes de mediados de la década de 1990, lo que marcó un rápido cambio de ritmo para lo que ahora es el quinto productor de vino más grande del mundo. Después de un largo período de caos económico, se rejuvenecieron antiguas bodegas, se construyeron nuevas y glamorosas bodegas por inversores de todo el mundo y se plantaron nuevos viñedos a un ritmo frenético a altitudes cada vez más elevadas.”²⁰⁵ Observamos como desde la década de los 90 la inversión extranjera y local han tecnificado y mejorado, ostensiblemente, la calidad en la producción de vino. En palabras de Jancis Robinson Argentina paso “de impactantes vinos un poco torpes a algo mucho más grácil con tintos bien

²⁰¹ Abogado. JTP ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL. FACULTAD DE DERECHO UBA. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Arbitro Nacional de Consumo.

²⁰² : Hospes resiste et nisi m/olestust perlege noli / stomachare suadeo / caldum bibas moriu/ndust vale. Cit en Corpus Inscriptionum Latinarum, Berlín, 1852

²⁰³ MERCADO EXTERNO DE PRODUCTOS VITIVINÍCOLAS 2022. Base Congelada al 01/03/2023 MENDOZA, ARGENTINA – Setiembre 2023 Informe elaborado por la Dirección de Estadísticas Públicas y Relaciones Institucionales INSTITUTO NACIONAL DE VITIVINICULTURA

²⁰⁴ INFORME ANUAL MERCADO INTERNO DE VINOS AÑO 2022. MENDOZA, ARGENTINA – Mayo 2023 Informe elaborado por Laboratorio Estadístico. Dirección de Estadísticas Públicas y Relaciones Institucionales estadisticas@inv.gob.ar INSTITUTO NACIONAL DE VITIVINICULTURA.

²⁰⁵ Johnson, Hugh-Robinson, Jancis. The world atlas of wine. Editor Mitchell Beazley. 2013. U.K. pg 328

influenciados por su origen y geografía”.²⁰⁶ La producción fue evolucionando de la mano del paladar del consumidor Argentino. Argentina está logrando que el foco de su producción sea la calidad sobre la cantidad²⁰⁷. El Malbec es la cepa más plantada en el país, siguiéndole por la Bonarda, Cabernet Sauvignon, Syrah, Merlot, Cabernet Franc, Petit Verdot, Tempranillo, Barbera, Sangiovese y Pinot Noir entre las uvas tintas. En cuanto a las uvas blancas podemos encontrar el Torrontes Riojano, Chenin Blanc, Ugni Blanc, Pinot Gris, Sauvignon Blanc y Semillon entre otras.

Acompañada con la tecnificación de los cultivos, la inversión en bodegas y la gran diversidad de cepas, en pos de lograr esa calidad en su producción, Argentina desde mediados de los 90 avanza en el estudio del concepto del “terroir”. La teoría francesa del terroir, en palabras del enólogo Argentino Nicolas Catena Zapata es que “la calidad del vino depende exclusivamente del microclima del viñedo y de la composición física, química y microbiológica de su suelo. La teoría francesa que vincula a la calidad con el terroir es el hecho nuevo que va a modificar la concepción de calidad del vino argentino.”²⁰⁸

Mención aparte, que trataremos a continuación, será la clasificación del vino según su origen, el método de crianza y el varietal.

III. Clasificación de Origen, crianza y varietal.

III.1 Clasificación de Origen.

A diferencia de los países europeos, Argentina cuenta con una legislación muy simple a la hora de indicar el origen de sus vinos. La ley 25.163 sancionada en 1999 contempla un sistema de tres categorías: Indicación de Procedencia (IP), Indicación Geográfica (IG) y Denominación de Origen Controlado (DOC). Las IG son un paso necesario para las DOC, corazón del sistema en el Viejo Mundo.

Como país productor de vinos, Argentina lleva muchos años trabajando en diversas líneas ordenadoras. Dejo de lado la categorización de vino de mesa y vino fino, vigente todavía en algunos países. Y, por el contrario, cobró fuerza el criterio europeo de organizar los vinos, primero, según el origen de la uva y, luego, de acuerdo a las otras variantes.

Indicación de Procedencia (IP), Indicación Geográfica (IG) y Denominación de Origen Controlado (DOC), las tres garantías de calidad, presentan ciertas distinciones. El empleo de una indicación de procedencia queda reservado exclusivamente para los vinos de mesa o vinos regionales (Conf Art 3 Ley 25.163). En el caso de la Indicación Geográfica (IG) comprende al nombre que identifica un producto originario de una región, una localidad o un área de producción delimitada del territorio nacional no mayor que superficie de una provincia o de una zona interprovincial ya reconocida, la IG sólo se justificará cuando determinada calidad y las características del producto sea atribuible fundamentalmente su origen geográfico. (Conf Art 4 Ley 25.163). La (IG) hace hincapié en el concepto de terroir, que mencionamos anteriormente, donde “un terruño o conjunto de terruños, situados en el interior de un área geográfica, que por la naturaleza de sus suelos y su situación ambiental, son reconocidos aptos para la producción de vinos de alta calidad”. Por último encontramos las (D.O.C) la cual identifica un producto originario de una región, de una localidad o de área de producción delimitada del territorio nacional, cuyas cualidades o características particulares se deben exclusiva o esencialmente al medio geográfico, abarcando los factores naturales factores humanos. Está reservada a vinos de calidad superior, producidos en una región cualitativamente diferenciada y determinada territorio nacional, cuya materia prima y elaboración, crianza y embotellado se realizan en la misma área de producción delimitada. La diferencia entre la (IG) es el

²⁰⁶ Entrevista a Jancis Robinson. <https://blog.winesofargentina.com/es/destacadas/jancis-robinson-argentina-esta-haciendo-mejor-cabernet-franc-que-el-loire/>

²⁰⁷ Johnson, Hugh-Robinson, Jancis. The world atlas of wine. Editor Mitchell Beazley. 2013. U.K. pg 328

²⁰⁸ Catena Zapata, Nicolas. Nicolás Catena Zapata. Historia de una leyenda que revolucionó la industria del vino: “Podemos competir con los mejores del mundo” La Nación 25 de Junio de 2023

reconocimiento de un lugar, las DOC indican el reconocimiento a un estilo de elaboración asociado a un lugar.

Es por ello que el consumidor argentino, al dar lectura a la etiqueta de un vino, encontrara una denominación marcaría, en primer lugar, y luego por región, siguiendo el esquema explicamos anteriormente.

III.2 Crianza.

La crianza de vinos se define como un proceso de envejecimiento y maduración de un vino para conseguir los mejores aromas y matices, ya sea en barricas, en depósitos o en la propia botella. El vino evoluciona con el tiempo y es esencial aprovechar dicha transformación para conducir a una mejora continua durante el ciclo de vida del vino. La crianza puede ser tradicional, en barricas de roble, en depósitos como huecos de hormigón o vasijas o en la botella, también conocida como la estiba. Cada una aporta diferentes matices al vino.

Según la Resolución C.11/2011 del Instituto Nacional de Vitivinicultura (I.N.V) los vinos, conforme al tiempo de crianza, se podrán clasificar en VINOS RESERVA O GRAN RESERVA. El vino RESERVA es que tiene como mínimo una crianza de 12 meses y el vino GRAN RESERVA un mínimo de crianza de 18 meses. Cuando la crianza se produce en barricas de roble se debe indicar lo mismo mediante la leyenda "BARRICA", "CRIANZA EN ROBLE", "CRIADO EN BARRICA DE ROBLE" en cambio el solo uso del término "ROBLE" deberá ser utilizado en vinos que hayan sido objeto de tratamiento en madera, en alguna de las modalidades expresadas por la Resolución N° C.23 de fecha 19 de noviembre de 2008 del Instituto Nacional de Vitivinicultura (estas son duelas, trozos y/o virutas de madera de roble)²⁰⁹

III.3 Varietal.

En cuanto a qué es un vino varietal y qué un blend, la legislación argentina es bastante exigente. La Resolución 26/2021 del I.N.V en su Punto IV e) declara que un vino que lleve mención varietal —por ejemplo, Cabernet Sauvignon, Malbec o Chardonnay— debe tener al menos el 85% de esa uva en su composición, librando el resto al manejo enológico para completar el marco. Mientras que Blend, Assemblages y Coupages son aquellos vinos en los que ninguna uva alcanza el 85%.

IV. Información al Consumidor.

En el art 42 de nuestra carta magna se consagra el derecho a " una información adecuada y veraz". En el caso "Monner Sans" se rechazó la idea de que un "empresario no esté obligado a proporcionar la información solicitada por el usuario, por el hecho que no haya una norma expresa que le obligue a ello". Por el contrario, estimó la magistrada: "la cláusula constitucional genera el deber de proporcionar toda información relevante para la decisión de consumo, a menos que se invoque una razón normativa o fáctica que justifique mantener dicha información en reserva" ²¹⁰

La ley 24.240 hace lo suyo y pone en resalto, en su art 4, el deber de información del proveedor al consumidor. "El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición".

²⁰⁹ Art 1 Resolución C. 23/2008 INSTITUTO NACIONAL DE VITIVINICULTURA (I.N.V.) 2008-11-27

²¹⁰ CS, 26/09/2006, "Monner Sans, Ricardo c. Fuerza Aérea Argentina", Fallos 329:4066, del voto en disidencia de Argibay, consid. 8º. La mayoría de la Corte desestimó el recurso extraordinario en los términos del art. 280 procesal (certiorari) Cit en Danuzzo, Ricardo Sebastian. El deber de información en las relaciones con hipervulnerables. Revista de Derecho del Consumidor - Número 10 - Abril 2021

El deber de información pesa sobre el proveedor de bienes y servicios desde que oferta sus productos al mercado²¹¹. El derecho a una información veraz se constituye en un requisito esencial para una relación de consumo saludable, pues con su existencia, el consumidor estará en posición de contar con los datos necesarios para resguardar sus intereses económicos, al serle posible evaluar de acuerdo a su natural aptitud, el costo de oportunidad que reporta la adquisición de tal o cual producto o la contratación de determinado servicio. Se incumple con la obligación de información puesta en cabeza del vendedor del producto o prestador del servicio, no sólo al omitir informar, sino también cuando se da información de modo parcial²¹²

La información al consumidor, al momento de adquirir una botella de vino, se encuentra en el marbete de la misma (lo que comúnmente llamamos etiqueta) y la misma está regulada por lo dispuesto en la Resolución 26/2021 (I.N.V). Dispone información obligatoria, a ser declarada por el productor al consumidor e información optativa que "Son aquellas que brindan al consumidor información complementaria a las obligatorias. De ser utilizadas podrán indicarse en cualquiera de los elementos que constituyen el etiquetado." Dentro de la información obligatoria, a ser transcripta en el marbete de la botella, encontramos: Denominación del producto-Grado Alcohólico-Contenido Neto-País de Producción-Datos del Fraccionador-Análisis Libre Circulación-Producto con Contenido de Azúcar-Características Cromáticas- Productos elaborados con componentes no vínicos- Isologo de Vino Argentino Bebida Nacional- Presencia de Sulfitos o Dióxido de Azufre-Presencia de huevo, leche y derivados-Advertencia Sanitaria-Prevención de Síndrome de Alcohol Fetal. La información optativa, se comprende entre la marca-origen-indicación de procedencia-año de elaboración-varietal-mención de crianza (reserva-gran reserva y su tratamiento)-alimentos libre de gluten, entre otros.

Toda esta información optativa creemos que es primordial a la hora de adquirir el bien por parte del consumidor. Recordemos que la relación entre consumidor y proveedor es desde su génesis asimétrica, y esta asimetría se da por el monopolio de la información por parte del proveedor. El frenesí de la sociedad de consumo obliga al consumidor a tomar decisiones en poco tiempo y en la generalidad de los casos, con muy poca información; es por ello que el consignar esta información optativa como obligatoria ayudaría a equilibrar la asimetría de base.

También traería por aparejado que el consumidor, ahora informado de los diferentes detalles técnicos de la botella que adquiere, pueda segmentar sus gustos a diferentes Indicaciones Geográficas, estilos de crianza o varietales; dejándose de guiar exclusivamente por marcas. Entendemos que traería, como resultado, un crecimiento en las economías regionales, las cuales muchas son interprovinciales.

Es por ello que los autores de esta ponencia proponen.

De lege Ferenda: Modificar la Resolución 26/2021 del INSTITUTO NACIONAL DE VITIVINICULTURA: SUPRIMASE EL PUNTO IV) MENCIONES OPTATIVAS Y READECUASE EL MISMO AL PUNTO II) MENCIONES OBLIGATORIAS.

²¹¹ Picasso, Sebastian. Vazquez Ferreyra, Roberto (Dir) Ley de Defensa al Consumidor Comentada y Anotada. Comentario Art 4 Santarelli, Fulvio G. Editorial La Ley. Buenos Aires Primera Edición 2013. Pg 66.

²¹² ARCOS DORADOS S.A. S/ LEY 22.802" - CNPE - Sala A - 09/08/2004 en Biblioteca Colegio de Abogados de Mar del Plata <http://biblioteca.camdp.org.ar/fallos/arcosd.pdf>

Crisis de los créditos UVA. Una reforma necesaria

Abogs Larsen, Lucila y Cruz Matteri, Juan Ignacio

I. Nociones Preliminares

Es ampliamente desde su implementación en marzo de 2016, los Crédito UVA incrementaron su participación en el total de créditos hipotecarios hasta representar, a diciembre de 2017, el 42% del stock de créditos totales²¹³.

La génesis de estos se debe a la implementación de la Comunicación BCRA "A" 5945 del 8 de abril de 2016, la cual estableció un sistema de depósitos y préstamos ajustables según el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), creándose así la Unidad de Vivienda (UVI).

Posteriormente, el 1 de septiembre de 2016, se promulgó la Ley N° 27.271, que creó la Unidad de Valor Adquisitivo (UVA), actualizable por el Índice del Costo de la Construcción (ICC) para el Gran Buenos Aires. Como resultado, el BCRA renombró la UVI original como UVA para lograr una denominación uniforme de referencia.

En la actualidad, existen dos unidades de ajuste para créditos y depósitos bancarios. Por un lado, la Unidad de Valor Adquisitivo se ajusta mediante el ICC para el Gran Buenos Aires, y por otro lado, la Unidad de Valor Adquisitivo se ajusta mediante el CER.

Sin importar el índice de ajuste elegido y los números asociados a cada uno de ellos, durante la vigencia de estos contratos, ambos causan un cambio sustancial en la naturaleza legal de los contratos financieros sujetos a cualquiera de estos ajustes. Dejan de ser contratos conmutativos para convertirse en contratos aleatorios, según lo establecido en el artículo 968 del CCCN.

Esta transformación convierte las deudas de dinero en deudas de valor, lo que modifica su esencia legal y sus implicaciones económicas. Esta distinción ha sido ampliamente destacada y consolidada a lo largo de la década de los 80 en la doctrina especializada y en las decisiones judiciales.

La imposibilidad actual de palear la inflación, sumado al contexto económico, hace que las familias endeudadas en créditos uva sufran la aleatoriedad del mismo y caigan en el sobreendeudamiento.

II. Préstamo Responsable y Sobreendeudamiento del Consumidor.

Japaze introduce, y con maestría, la relación entre préstamo responsable y prevención del sobreendeudamiento del consumidor "Desarrollar el principio de préstamo responsable se erige en auténtica prioridad puesto que es esencial en orden a la prevención del sobreendeudamiento. Supone, por un lado, que la publicidad diseñada para la colocación del crédito –más allá de su admitida finalidad persuasiva- proporcione al consumidor potencial, información transparente y comprensible; y que, en las tratativas previas concretas, aquella información guarde correspondencia con los intereses del sujeto particular que se presenta a solicitar financiamiento. Este deber de información precontractual, debidamente cumplido, permitirá conocer y comprender efectivamente las características del crédito que se le ofrece y las condiciones de la contratación, para así valorar la posibilidad y conveniencia de hacerlo con ese agente financiero y bajo las pautas propuestas, evaluando asimismo las exigencias que supone en relación a su capacidad de reembolso."²¹⁴

²¹³ Fuente Centro de Economía Política Argentina <https://centrocepa.com.ar/informes/28-creditos-uva-balance-a-dos-anos-de-su-lanzamiento>

²¹⁴ Japaze, Maria Belen. Sobreendeudamiento del consumidor y principio de préstamo responsable. Diario DPI - Derecho Privado – Consumidor. IJ-DXLVI-798

La C.S.J.N en su fallo Rinaldi²¹⁵ define al fenómeno del sobreendeudamiento como “como la “manifiesta imposibilidad para el consumidor de buena fe de hacer frente al conjunto de deudas exigibles”, conjunto de deudas que en su mayoría el consumidor desconoce los alcances y los riesgos de la toma de cada una de ellas, es por ello que hablamos de la necesidad de una articulación entre la prevención del daño del CCYC y el deber de información al consumidor de la C.N y el Art 4 de la Ley 24.240 dando por resultado el préstamo responsable.

III. Soluciones actuales: el rol del letrado y la justicia.

Como resultado de una política económica desentendida de los intereses generales, los estrados judiciales se han visto abarrotados de demandas en las cuales los deudores postulaban la revisión de cláusulas contractuales indexatorias consideradas abusivas. Este caos económico-social motiva la solicitud de medidas cautelares genéricas tendientes a paralizar los efectos contractuales normales durante el tiempo de tramitación de la causa. De no ser así la situación del consumidor sería irreversible, creando un daño de enorme cuantía, ya la caída en la cesación de pagos de una familia da por resultado su expulsión del mercado de crédito y el destierro de la sociedad de consumo.

De otro modo, como señalan Mosset Iturraspe y Jortack: a) el deudor caerá indefectiblemente, si no ha caído ya, en incumplimiento por imposibilidad económica de atender a la prestación debida, b) se multiplicarán los perjuicios ocurridos hasta entonces, siendo competencia del Derecho prevenir o evitar daños semejantes, c) con el incumplimiento quedará expedita la vía de la ejecución, sea de la garantía hipotecaria, sea de los bienes que integran el patrimonio del deudor; e) se producirá, como consecuencia de lo expuesto, una situación ya consumada, hecho irreversible, daños sin compensación alguna; f) la sentencia favorable, de lograrse, llegará tarde, sin posibilidad de hacer justicia verdadera" (cfr. Mosset Iturraspe y Víctor E. Jortack "Indexación, abuso y desindexación", Rubinzal-Culzoni, citado por De Lázari, Eduardo Néstor "Medidas Cautelares", Tomo 1, 2da . edición, Ed LEP, 1993, pág. 583). De Lázari expresó además que la medida cautelar innovativa, en casos como el que nos ocupa, requiere para su procedencia: a) el exagerado incremento de las cuotas y saldos; b) la afectación sustancial del nivel real de ingresos del deudor, partiendo del análisis de la evolución de aquéllos desde el inicio de la contratación, comparándolos con la de las cuotas; c) el desajuste entre una repotenciación de las cuotas en base a los índices de más frecuente aplicación (precios al consumidor, mayoristas no agropecuarios, etc.), y el que pretende el acreedor (además de la modalidad de su empleo)" (De Lázari, ob. cit. pág. 584).²¹⁶

Así vemos que frente a la anarquía económica y la falta de solución por parte del poder legislativo los abogados litigantes, en conjunto con la justicia, somos las herramientas para buscar soluciones a las familias de consumidores argentinos.

IV. Propuesta

Es por ello que, ante la constatación de una situación de sobreendeudamiento ya consumado es necesaria la previsión de remedios curativos que deriven en el saneamiento de esa economía doméstica en crisis y la rehabilitación del consumidor y su familia.

Proponemos: Dictado de una ley especial en la cual se prevea un procedimiento de saneamiento. En el mismo el magistrado deberá convocar a los acreedores, determinar provisoriamente el pasivo, promover el diálogo y el acercamiento de las partes, de estimular el acuerdo, de asesorar, de instar medidas de resguardo patrimonial y extrapatrimonial del deudor y su familia, de proponer soluciones alternativas, de coordinar las actuaciones, de informar al director del procedimiento, etc.

²¹⁵ Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ ejecución hipotecaria. SENTENCIA 15 de Marzo de 2007 Nro. Interno: R.320.XLII

²¹⁶ Juzg Civil y Comercial de Azul. ALONSO LEANDRO NAZARENO C/ BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ ACCION DE REAJUSTE

Derechos de tercera generación: un ambiente sano y equilibrado para las generaciones futuras. ¿qué generación gozara de este derecho?

Abog Lopez, Vanina Romina.

Colegio de Abogados de Lomas de Zamora

SUMARIO: I. Introducción. II. Artículo 41 de la C.N. Antecedentes y su incumbencia en materia ambiental. III. El rol del Estado. IV. Ley General del Ambiente N° 25.675. V. Jurisprudencia: fallo “MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACION AMBIENTAL DEL RIO MATANZA-RIACHUELO). VI. Conclusiones Y Propuestas.

I. Introducción

Esta ponencia pretende exponer una temática muy importante, transversal y trascendental no solo para el ámbito jurídico sino para la cotidianeidad de todos los habitantes.

Luego de la Reforma Constitucional de 1994, se incorporaron a la Carta Magna, los denominados Derechos de “Tercera Generación”, entre ellos, en el artículo 41 se establece el Derecho a un ambiente sano y equilibrado para todos los habitantes y para las futuras generaciones, cuestión que estará sujeta al análisis en su contenido y alcance. Cabe destacar que también se incorporaron los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el artículo 75 inc.22 y que guardan absoluta relación con el derecho que aquí se aborda.

En estos últimos años se viene transitando una crisis ambiental cada vez más creciente en cuanto al goce del derecho a un ambiente sano y equilibrado -o lo que queda de él- y se pone en discusión a nivel global el uso del ambiente para el desarrollo económico, sobre todo de los países desarrollados y se cuestionan sus consecuencias para la humanidad, de acuerdo al impacto que genera el cambio climático que se manifiesta a través de catástrofes ambientales, crisis económicas, hambruna, pobreza, marginalidad y desigualdad, entre otras. Por lo tanto, en este contexto cabe preguntar ¿Qué generaciones futuras gozarán del derecho a un ambiente sano y equilibrado? ¿Qué acciones individuales se deberían adoptar según la normativa vigente? Y ¿Qué rol cumple el Estado a nivel local e internacional? Todas estas preguntas serán utilizadas como disparadores para analizar las normas vigentes en la materia y repensar este derecho colectivo de manera crítica en virtud de hallar posibles soluciones o acciones para seguir gozando de este bien colectivo, pero de forma racional y responsable en función de garantizarlo también para las generaciones futuras.

Asimismo, cuando la Constitución hace mención de “las generaciones futuras” podemos afirmar que estamos ante un concepto muy amplio, ya que no podemos establecer una fecha cierta de cumplimiento; pero debemos ser conscientes que nuestros hijos y nuestros futuros nietos son y serán las generaciones futuras, por lo tanto, debemos y tenemos como individuos, la responsabilidad de tomar la posta y realizar acciones individuales y colectivas cotidianas que sumadas reflejen un cambio cultural en materia ambiental y que contribuyan a la utilización sustentable de los recursos y bienes que nos brinda el ambiente.

Como consecuencia de las acciones necesarias para la protección y preservación del ambiente y la prevención del daño ambiental será interesante analizar lo que establece la Ley General del Ambiente N° 25.675, para analizar la tutela ambiental a más de veinte años de su sanción y en función de ello, citar el histórico fallo de la C.S.J.N en los autos caratulados

“MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACION AMBIENTAL DEL RIO MATANZA-RIACHUELO).

Pues de acuerdo a todo lo expresado, bienvenidos sean los debates, ya sea en estas jornadas o en otros ámbitos porque depende de nosotros y nosotras replantearnos el ambiente desde una concepción jurídica, que resulta ser una parte muy importante de la solución, porque a través de las leyes se tutela el derecho al ambiente y sus recursos como bienes colectivos, como así también se regula y se controla su utilización y se sancionan a quienes incumplen. Quizás esta es la forma de comenzar, quizás hoy somos parte del cambio de paradigma del derecho ambiental.

II. Artículo 41 de la Constitución Nacional. Antecedentes y su incumbencia en materia ambiental.

El Derecho Ambiental debe ser ubicado y entendido dentro del marco de los Derechos Humanos y en consecuencia de ello se deben aplicar los estándares internacionales sobre la temática que se encuentran plasmados en los Tratados ratificados por nuestro país y que cuentan con jerarquía constitucional desde que fueron incorporados en el artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional en el año 1994.

Existen tres antecedentes de la reforma constitucional, el primero de ellos es la “*Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano – Estocolmo 1972*”, este evento global es considerado la piedra basal del Derecho Ambiental ya que logro el consenso político y ético de los países que se comprometieron al Ecodesarrollo, planteando fundamentalmente la disputa existente entre la economía y el desarrollo o crecimiento sustentable, en post de cuidar la casa común.

El segundo evento fue la pre-sala a la reforma constitucional de 1994 es la “*Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo de Rio de Janeiro 1992*”, significo un punto de inflexión en la historia del Derecho ambiental pues se trato de un encuentro mas participativo del que se menciona precedentemente, ya que fueron parte en el debate, discusión y propuestas por primera vez las O.N.G. En esta convención prevaleció la cooperación de todos los países, se consensuó el concepto de desarrollo, se instalaron los principios preventivos y precautorios y se instó a los países a realizar una evaluación de impacto ambiental con el fin de tener datos mas precisos de cada uno de ellos. Además, se abordaron temas de agenda de los países subdesarrollados, como así también la responsabilidad por el daño y la educación ambientales como remedio para la precaución y prevención de los daños.

Si bien en Argentina, muchas provincias ya habían avanzado en la protección del Ambiente en sus respectivas Constituciones o leyes específicas, faltaba que la Constitución Nacional tutelara este derecho de forma explícita y es aquí donde encontramos el tercer antecedente, en este caso a nivel local se desarrolló el “*Pacto Federal Ambiental celebrado el 5 de julio de 1993*” en el que participaron el entonces Presidente de la Nación y los Gobernadores de la Provincias. De este Encuentro Nacional surgieron compromisos de parte de la Nación hacia las Provincias y viceversa en materia ambiental, de donde se puede citar las siguientes clausulas:

Clausula 3. Los Estados signatarios reconocen al Consejo Federal de Medio Ambiente como un instrumento válido para la coordinación de la política ambiental en la República Argentina.

Clausula 4. Los Estados signatarios se comprometen a compatibilizar e instrumentar en sus jurisdicciones la Legislación Ambiental.

Clausula 5. En materia de desarrollo de una conciencia ambiental los Estados signatarios se comprometen a impulsar y adoptar las políticas de educación investigación científico-tecnológica, capacitación, formación y participación comunitaria que conduzcan a la protección y preservación del ambiente.²¹⁷

²¹⁷ <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/Pacto-Federal-Ambiental.pdf>
página web visitada en fecha 9 de octubre de 2023

Fue un camino de más de treinta años en lo que respecta a la Nación Argentina para lograr la reforma constitucional de 1994 y que el ambiente sea tutelado como un derecho individual y colectivo según lo establece el artículo 41 de Ley Suprema. Además, el precepto constitucional dispone los principios protectorio y precautorio en la materia. Se pone énfasis en los deberes tanto de los todos los habitantes como del Estado en cuanto a la preservación del ambiente para las futuras generaciones, al uso racional de los recursos naturales y el deber de recomponer. A su vez, también se insta al Estado a promover la educación ambiental y la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica. Como corolario de este importante artículo se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y los radiactivos.

En resumidas palabras, este derecho es solidario pues se trata de un bien colectivo que propende al bien común y es preciso dejar en claro que todos los habitantes y el estado son responsables y tienen el deber de preservarlo para si y para las futuras generaciones.

Antes de culminar este título corresponde mencionar que, así como el artículo 41 reconoce la tutela ambiental, el artículo 43 de la C.N. brinda una herramienta procesal importantísima, se trata de la acción de amparo como remedio procesal para la protección de los derechos ambientales individuales y colectivos, tal es así que se reconoce la legitimación activa del afectado, del Defensor del Pueblo y de las Asociaciones que propendan a los fines específicos para su interposición no solo en acciones individuales, sino también de incidencia colectiva.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, sostiene que “Con el paradigma ambiental, los conflictos surgen en la esfera social, que contempla los bienes públicos y aquellos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. En este escenario lo individual no tiene primacía y no rige la reciprocidad, ya que es un conflicto que afecta a un bien común. En estos casos los derechos subjetivos deben ser interpretados de modo tal, que no conspiran contra el deterioro de tales bienes.”²¹⁸

III. El rol del Estado.

El Estado cumplió diferentes roles en las denominadas generaciones de los derechos humanos, en la primera su rol consiste en No hacer, ya que se reconocieron los derechos individuales de las personas, los civiles y políticos. En la segunda generación de derechos el rol del Estado consiste en Hacer, ya que se protegieron constitucionalmente los derechos Económicos, Sociales y Culturales, teniendo como horizonte la igualdad de las personas. Por último, en la tercera generación de derechos se tutela el ambiente, a los usuarios y a los consumidores y en este caso el rol del Estado debe propender al bien común, teniendo como base la solidaridad y la cooperación no solo local, sino también internacional.

Se desprende de los artículos 41 y 43 de la Constitución Nacional que el Estado es el garante del Derecho Ambiental mediante la utilización de su poder de policía, (cuando se menciona al Estado esto refiere a sus tres poderes y a todos sus estamentos de acuerdo a sus respectivas competencias y jurisdicciones), de acuerdo a ello corresponde enumerar los deberes que le son impuestos al Estado, a saber:

- Ser garante del Derecho a un ambiente sano y equilibrado para todos los habitantes.
- Dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental.
- Ser el órgano regulador de control y de sanción cuando se incumplan las leyes en materia ambiental, obligando a los responsables de los daños a recomponer.
- Promover la utilización racional de los recursos naturales.
- Preservar el patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica.
- Promover el acceso a la información y a la educación ambientales.

²¹⁸ Ricardo Lorenzetti “Teoría del Derecho Ambiental”, editorial Porrúa, 2008, página 6.

- La Prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

Uno de los principales deberes del Estado consiste en el dictado de leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental, esto implica que estas normas contendrán disposiciones que regirán para todo el territorio nacional y que podrán ser complementadas con otras normas locales.

Las leyes de presupuestos mínimos dictadas desde la reforma constitucional de 1994 hasta la actualidad son:

1. Ley 25.612 Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de los Residuos Industriales y de Actividades de Servicio – Promulgada en Julio de 2002
2. Ley 25.670 Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de PCBs – Promulgada en Noviembre de 2002
3. Ley 25.675 Presupuestos Mínimos para la Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente – Promulgada en Noviembre de 2002 (Ley General del Ambiente)
4. Ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas – Promulgada en Diciembre de 2002
5. Ley 25.831 Información Pública Ambiental – Promulgada en Enero de 2004
6. Ley 25.916 Gestión de Residuos Domiciliarios – Promulgada en Septiembre de 2004
7. Ley 26.331 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos – Promulgada en Diciembre de 2007
8. Ley 26.562 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Control de las Actividades de Quema – Promulgada en Diciembre de 2009
9. Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial – Promulgada en Octubre de 2010
10. Ley 26.815 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Manejo del Fuego – Promulgada en Enero 2010
11. Ley 27.279 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de los Envases Vacíos de Fitosanitarios – Promulgada en Octubre de 2016
12. Ley 27.520 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global.
13. Las leyes que aprueban Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y que tienen plena incumbencia con el derecho a un ambiente sano y equilibrado.
14. Acuerdo Regional ESCAZÚ. Ley 27.566 entrada en vigor el 22 de abril de 2021

Tal como se puede observar, existe abundante legislación local -además de la internacional- que establece los presupuestos mínimos de protección del ambiente y si bien no es el objetivo de esta ponencia abordar cada una de las leyes mencionadas precedentemente, sí es atinado tomar dimensión de la variedad de temáticas que se abordan dentro del Derecho Ambiental.

Se puede afirmar que el Estado cumple con uno de los deberes impuestos por la ley: legislar en función de los Presupuestos Mínimos para la Protección Ambiental, ahora bien, ¿esto es suficiente? Y la inmediata respuesta es No, porque no alcanza solo con legislar, sino que todo este bloque normativo ambiental debe ser eficaz y eficiente lo que implica por parte del Estado, control, regulación, planificación y concreción de políticas públicas, educación y acceso a la información.

Como se puede advertir, este derecho-deber colectivo no tiene un “dueño” y por lo tanto resulta un compromiso para todas las partes, habitantes, empresas y Estado, pero es el rol de este último el que marcará una diferencia profunda en favor del Ambiente y del bien común, promoviendo ante todo la educación ambiental, generando el acceso a la información ambiental y fortaleciendo la participación ciudadana en todo lo atinente a políticas públicas y proyectos que afecten al ambiente. Es importante remarcar el carácter absolutamente Democrático que tiene este derecho.

Por otro lado, dentro del conjunto de deberes que se encuentran en cabeza del Estado se puede señalar, el poder de policía como método para el efectivo cumplimiento de las leyes vigentes y que ante el incumplimiento se utilice el sistema sancionatorio. Además, es el Estado el que debe garantizar a través del poder judicial, el acceso a la justicia ante la interposición de un amparo y dar respuestas urgentes a las demandas ambientales, ya sean individuales o colectivas. Corresponde mencionar que nuestro sistema judicial no cuenta con un fuero ambiental, cuestión que se encuentra prevista en el Acuerdo Escazú y que es vinculante para los Estados firmantes.

El Acuerdo Regional Escazú, es el primer acuerdo ambiental regional de Latinoamérica y El Caribe de carácter vinculante y es realmente trascendental, pues contiene cláusulas innovadoras en esta materia, como ser las cláusulas que protegen a personas defensoras de los Derechos Humanos Ambientales.

Este acuerdo constituye un ejemplo a seguir por el mundo, primero porque al ser vinculante obliga a los Estados parte a cumplir con sus premisas, segundo porque brinda cobertura a las personas y/o asociaciones que defienden los DD.HH. ambientales y que por tal razón se encuentren perseguidas, hostigadas y en peligro de perder sus vidas, tercero porque establece tres claros objetivos: 1) Acceso a la Información; 2) la Participación Pública y 3) el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales.

Para culminar este título es importante destacar que el rol del Estado en materia ambiental no solo tiene relevancia interna sino también internacional, por eso es relevante saber la posición política que asumen los gobiernos en cuanto al derecho ambiental ya que está en juego el bien colectivo tutelado “el ambiente.”

IV. Ley General del Ambiente N° 25.675.

El ambiente resulta ser inescindible de los Derechos Humanos, pues sin un ambiente sano no podría existir la vida humana y actualmente nos encontramos desandando el camino que nos trajo hasta aquí. En Argentina hace casi treinta años se generó un punto de inflexión cuando se reformó la Constitución Nacional y se incorporaron los Tratados sobre DD.HH. y los nuevos Derechos y Garantías, entre ellos el derecho / deber a un ambiente sano y equilibrado y la Garantía dispuesta en el artículo 43°, la acción de amparo individual y colectiva. En este contexto y luego de ocho años de la reforma se sanciona y se promulga la Ley General del Ambiente N° 25.675 que es trascendental para el cumplimiento del cuidado, la prevención y protección del ambiente.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva 23/17, reconoció la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental afecta el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, destacó la relación de interdependencia e indivisibilidad que existe entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, pues el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio.²¹⁹

Teniendo en claro que el ambiente es un Derecho Humano Fundamental, resulta imprescindible abordar el análisis de la Ley General del Ambiente N° 25.675 que determina los Presupuestos Mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y la protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable; como así también fija los objetivos de la política ambiental y los principios que regirán a todo el Derecho ambiental, a saber: el principio de congruencia; de prevención; precautorio; de equidad intergeneracional; de progresividad; de responsabilidad; de subsidiariedad; de sustentabilidad; de solidaridad y de cooperación. Asimismo, esta ley enumera los instrumentos de la política y gestión ambiental tales como, el ordenamiento ambiental del territorio; la evaluación de impacto ambiental; el sistema de control sobre el desarrollo de las

²¹⁹ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_esp.pdf visita 16 de octubre de 2023

actividades antrópicas; la educación ambiental; el sistema de diagnóstico e información ambiental y el régimen económico de promoción del desarrollo sustentable. Además, crea el Consejo Federal de Medio Ambiente integrado por todas las Provincias y la C.A.B.A para abordar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable, entre otras funciones.²²⁰

La ley general del ambiente no contiene la definición de “ambiente” ni de “medio ambiente” por lo tanto hay que recurrir a otras fuentes para saber a que se refieren esas denominaciones, en este sentido la Ley N° 11.723 de la Provincia de Buenos Aires en su Anexo I menciona una definición de Ambiente, a saber **“AMBIENTE: (medio, entorno, medio ambiente): Sistema constituido por factores naturales, culturales y sociales, interrelacionados entre sí, que condicionan la vida del hombre a la vez que constantemente son modificados y condicionados por éste.”**²²¹

La Asamblea General de la ONU en una Resolución aprobada el 28 de julio de 2022 “reconoce el acceso a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano universal.”²²²

Si bien no encontramos una definición exclusiva sobre lo que es el ambiente, tomando como base la que plantea la ley de la Provincia de Buenos Aires y sumado a lo que establece la Asamblea General de la O.N.U y el Acuerdo Regional Escazú, se puede dilucidar que el ambiente pertenece a la esfera de los Derechos Humanos, pues para el buen vivir de los habitantes del mundo es necesario contar con un ambiente, sano, saludable, adecuado, equilibrado y libre de contaminación, donde se promueva el desarrollo sostenible para no afectar los derechos de las generaciones futuras. También se plantea a la democracia como forma participación o de resolución de los conflictos ambientales, ya sea entre los Estados o entre diferentes comunidades, o entre unos y otros, por lo tanto cuando se menciona al ambiente, se debe tomar noción de que implica una integralidad de Derechos y deberes, donde unos se interconectan con otros, entonces ensayando una definición, se podría decir que el ambiente es un Derecho Humano fundamental, democrático, que se manifiesta de forma natural a través del suelo, del aire, de las aguas, de las montañas, de la atmosfera, del paisaje, de la diversidad de la flora y de la fauna y que sirve para la subsistencia y el desarrollo de los seres humanos en cuanto a su utilización debe ser sustentable y racional para garantizar la vida de las futuras generaciones.

A mas de veinte años de la sanción y promulgación de esta ley, se puede afirmar que, si bien Argentina se encuentra dentro de los países catalogados como subdesarrollados, cuenta con un sistema de normas locales e internaciones a las que ha adherido para seguir trabajando en post del fortalecimiento de la educación ambiental, el acceso a la información, a la justicia y la participación ciudadana como pilares fundamentales para la prevención, protección y la defensa de los derechos ambientales.

V. Jurisprudencia fallo “MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACION AMBIENTAL DEL RIO MATANZA-RIACHUELO).

En el año 2004 un grupo de habitantes presentó una demanda contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas, reclamando la recomposición del ambiente, la creación de un fondo para financiar el saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo y un resarcimiento económico por daños y perjuicios. Posteriormente, la misma se amplió hacia los 14 municipios bonaerenses por los que se extiende la Cuenca. Así se originó la causa “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros

²²⁰ Conf. Ley General del Ambiente N° 25.675, artículos 2°; 4° y 8°

²²¹ Conf. Ley **PROTECCIÓN, CONSERVACIÓN, MEJORAMIENTO Y RESTAURACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES Y DEL AMBIENTE EN GENERAL**

²²² <https://news.un.org/es/story/2022/07/1512242> visita a la pagina el 16 de octubre de 2023

s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo). El 8 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó un fallo histórico donde se determinó quiénes son los responsables de llevar adelante las acciones y las obras de saneamiento.²²³

Este fallo es único como antecedente ya que condena al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la C.A.B.A a recomponer el ambiente en toda la cuenca hídrica Matanza – Riachuelo.

Lo más interesante de este proceso, fue la participación en las audiencias públicas de los afectados, de las asociaciones civiles proteccionistas del ambiente, de los representantes del Estado Nacional, Provincial, de la Ciudad Autónoma, de los Municipios, de las empresas y del Defensor del Pueblo, por lo tanto, se puede afirmar que los artículos 41 y 43 de la C.N. se expresaron plenamente en este proceso judicial.

El considerando 15 de la sentencia establece *“Que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. De acuerdo con este principio, la presente sentencia resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo (...) Asimismo, dado el carácter definitivo de esta sentencia, el proceso de ejecución debe ser delegado en un juzgado federal de primera instancia, a fin de garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su cumplimiento. Como consecuencia de la decisión que se adopta, el proceso relativo a la reparación del daño continuará ante esta Corte puesto que no se refiere al futuro, sino a la atribución de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas adoptadas en el pasado. La condena que se dicta consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados(...) Por otro lado, la eficacia en la implementación requiere de un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control.”*²²⁴

Con los votos de los Jueces de la Corte; RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY. Se resolvió:

1.- Dictar sentencia con respecto a las pretensiones que tienen por objeto la recomposición y la prevención.

2.- Ordenar a la Autoridad de Cuenca que contempla la ley 26.168 el cumplimiento del programa establecido en los considerandos.

3.- Disponer que el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires son igualmente responsables en modo concurrente con la ejecución de dicho programa.

4.- Establecer que la Auditoría General de la Nación realizará el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el Plan Integral de Saneamiento.

5.- Habilitar la participación ciudadana en el control del cumplimiento del Plan de Saneamiento y del programa fijado en el presente.

6.- Encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación la coordinación de dicha participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en esta causa en condición de terceros interesados.

7.- Atribuir competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución de este pronunciamiento y en la

²²³ <https://www.acumar.gob.ar/causa-mendoza/> visita a la página 15 de octubre de 2023

²²⁴ <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-0ots-eupmocsollaf>

revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca, según el alcance establecido en los considerandos 20 y 21.

8.- Disponer la acumulación de procesos y prevenir acerca de la situación de litispendencia existente, con arreglo a lo decidido en el considerando 22.

9.- Mantener la tramitación de la causa ante esta Corte en lo atinente a la reparación del daño colectivo.²²⁵

Sin ninguna duda, la Corte ha desplegado toda su competencia y ha aplicado en todos sus términos los artículos 41 y 43 de la C.N., pues por esta razón es un hito para el Derecho Ambiental, este fallo cuenta con aspectos muy positivos, como ser la participación democrática de los ciudadanos afectados, de las asociaciones civiles y del Defensor del Pueblo como terceros legitimados, además la condena al Estado en cuanto a la recomposición y prevención del daño ambiental y la creación del organismo ACUMAR de acuerdo a la ley 26.168 que esta compuesto por el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, 14 Municipios (Lanús, Avellaneda, Lomas de Zamora, Esteban Echeverría, La Matanza, Ezeiza, Cañuelas, Almirante Brown, Morón, Merlo, Marcos Paz, Presidente Perón, San Vicente y General Las Heras) y la C.A.B.A.

Por último, otra decisión muy positiva fue atribuir competencia al Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes para conocer en todas las cuestiones concernientes a la ejecución de este pronunciamiento y en la revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca.

Dicho todo esto es pertinente destacar el rol de la Corte en esta sentencia que resulta ejemplificadora y sirve como faro para el Derecho Ambiental.

VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

1. El Ambiente sano y equilibrado es un derecho humano fundamental tutelado en los artículos 41 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y en función de ello constituye un derecho, pero también un deber para todos los habitantes y para el Estado que es el encargado de velar por la garantía de este derecho establecida en el artículo 43 de la ley suprema, la acción de amparo ya sea de forma individual o colectiva.

2. El rol del Estado resulta imprescindible tanto en el plano interno como internacional, ya que sus deberes corresponden internamente a la aplicación de los principios de precaución y protección del ambiente, la defensa de este y de sus recursos naturales y la ejecución de las políticas de educación y de información ambientales y del desarrollo sustentable que se llevarán a cabo para la concreción de los objetivos dispuestos en la Constitución Nacional y en la Ley General de Ambiente. A su vez, es el Estado a través de sus representantes el que fijara las políticas ambientales en el territorio nacional y es el que expresara a través de instrumentos internacionales su compromiso, su defensa y su postura de acuerdo a esta temática.

3. La Ley General del Ambiente N° 25.675 sancionada en el año 2002, establece los Presupuestos Mínimos que conceden una tutela ambiental uniforme y común para todo el territorio nacional y por lo tanto establece lineamientos generales para cumplir con los parámetros establecidos en la norma constitucional. En este sentido esta ley legisla acerca de a) la tutela ambiental como bien jurídicamente protegido; b) establece los principios de la política ambiental; c) Fija la competencia judicial; d) genera Instrumentos de la política y gestión ambiental; e) Ratifica Acuerdos Federales; f) define el daño ambiental y la responsabilidad civil, penal y administrativa g) Crea el Fondo de Compensación Ambiental.

4. De acuerdo al fallo "Mendoza, Beatriz" la C.S.J.N. ha generado un antecedente histórico. Pues en esta sentencia se han expresado plenamente los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 41 y 43 de la Ley Suprema, razón por la cual constituye un faro para

²²⁵ <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-0ots-eupmocsollaf>

seguir construyendo y fortaleciendo el Derecho a un ambiente sano y equilibrado para todos los habitantes y para las futuras generaciones.

Luego de este desarrollo y entendiendo que todos y todas somos parte de esta transformación en materia ambiental es que vamos a esgrimir algunas propuestas que se conversaron en las reuniones llevadas a cabo por el Instituto de Ambiente del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, en función de: a) contribuir al acceso a la información ambiental a través de una oficina abierta a la comunidad, que brinde asesoramiento en torno a este derecho; b) se brindara información mediante redes sociales; c) se diseñarán charlas para todos aquellos colegas interesados en el Derecho Ambiental y d) se buscará tomar medidas para contribuir a la sustentabilidad en el edificio del CA.L.Z.

El fin de la legislación del PE

Abog Blas Ignacio Vidal

Colegio de Abogados de San Isidro

ABSTRACT

El presente trabajo aborda la necesidad de ponerle un fin al abuso de la legislación por parte del poder ejecutivo. Institutos como los decretos de necesidad y urgencia o como los decretos delegados en rigor de verdad existen con la finalidad de limitar el presidencialismo y no, por el contrario, de darle aún más poder.

LA EMERGENCIA Y LOS DNU

A lo largo de los años y de conformidad con lo establecido en el art. 99 inc 3 de la Constitución Nacional se intentó reglamentar este resorte legislativo del Poder Ejecutivo con la finalidad de limitar la aptitud presidencial para derogar y sancionar normas. Originalmente la idea respondía a que solo se podría hacer cuando mediare necesidad y urgencia (conforme surge del nombre de los decretos) y en su mayoría por cuestiones relativas a la emergencia (que podría, por ejemplo, ser económica o sanitaria).

Con el paso del tiempo y la existencia de una definición difusa de emergencia encontramos que hemos pasado los últimos años en una emergencia constante que ha posibilitado la creación de estos decretos con finalidad legislativa. Y aunque ellos no tocaren materias relativas al orden Tributario, Penal, Electoral, o de Partidos Políticos; lo cierto es que la aptitud legislativa del Poder Ejecutivo ha ido creciendo de forma exponencial.

Por su parte encontramos la creación de normas como la comisión bicameral permanente que a la postre tiene una función que acaba por diluirse y se torna inútil a los efectos de poder controlar las normas que se hubieran formado sin proceso legislativo.

Va de suyo que si una norma debe ser repudiada para que pierda su vigencia (por los plenos de las dos Cámaras) y el Poder Legislativo tiene un periodo de 20 días previo al tratamiento de la norma, encontramos que como primera medida los decretos de necesidad y urgencia tienen una ventada de aplicabilidad absoluta mientras el control opera ya sea para confirmar la norma o rechazarla.

De esta forma parece impropio de un poder del Estado con capacidad Administrativa, que pueda ejercer una aptitud legislativa (en tanto puede crear, modificar y/o derogar normas) y que estas tengan vigencia sin previo control del Poder Legislativo. Ello, naturalmente, dada la frecuencia de su utilidad. Si en efecto el uso del mentado instituto fuera esporádico lo cierto es que no habría motivo para limitar su validez, siempre que la finalidad es suplir una urgencia en estado de emergencia.

Pero, siempre que la emergencia resulta la regla y no la excepción corresponde modificar la ley que reglamenta la comisión bicameral permanente en el sentido de que cumplido el plazo de su intervención si el Poder Legislativo no se manifiesta por la afirmativa el Decreto de Necesidad y Urgencia perderá vigencia.

PROPUESTAS

Por todo lo expuesto se sostiene que:

- Modificar la ley 26.122 en el sentido que en su Artículo 20 deberá agregarse en su parte final que “En caso de que el pleno de las Cámaras no emita opinión en el plazo de 10 días de haberse abocado al estudio del decreto, o de que hubiere vencido el plazo para que la Comisión Bicameral lo hiciera; el decreto perderá vigencia”.

Abstención electoral, control de constitucionalidad y virtud republicana

Abog Genova, Jose Luis

La pregunta es,
¿Quién va a reclamar, para
qué?

¿Quién va a reclamar para
sí?

¿Quién se va a ensuciar si al final nunca le va a
pertenercer?

La pregunta, Babasónicos

Introducción

El trabajo comienza con una cita extraña, ajena a primera vista al objeto que vamos a intentar delinear. Sin embargo, luego de hacer el recorrido que proponemos, confiamos en que su sentido pueda quedar claro. De esta manera, se harán algunas aproximaciones teóricas al fenómeno y la discusión de la abstención electoral, tal como se viene dando en las últimas elecciones presidenciales y legislativas. Aun cuando, quizás, no sea una tendencia uniforme ni homogénea como así tampoco absolutamente dramática, la no concurrencia a elecciones por parte de considerables sectores del electorado habilitado a emitir su voto, presenta algunos desafíos teóricos -quizás también prácticos- que pueden ser de ayuda para pensar y problematizar la calidad actual de nuestra democracia, como así también de las instituciones que nos rigen; en específico, la carencia de categorías jurídicas para encuadrar el fenómeno y, a su vez, de remedios institucionales para resolverlo. En primer lugar, abordaré la cuestión de si nos encontramos efectivamente ante una *desobediencia civil* por parte del electorado cuando no concurre a votar. Luego, indagaré acerca de qué ocurriría si tuviéramos, en efecto, un Congreso poco representativo que sancionara leyes, valga la redundancia, poco representativas y si *el control de constitucionalidad* efectivamente puede servir a los fines de subsanar aquel vicio. Para finalizar, indagaré qué respuestas puede brindarnos el discurso republicano -que siendo rescatado por el historiador inglés Quentin Skinner y, en la Argentina, por el profesor Andrés Rosler- ubica el problema no tanto del lado de las instituciones, sino más bien en una cualidad que todo ciudadano debería poseer a la hora de intervenir en los asuntos públicos: la virtud republicana.

Algunos datos

Según los últimos sondeos realizados, la participación electoral ha disminuido de manera considerable si tomamos como parámetro el nivel de participación histórica que se ha dado en nuestro país desde la vuelta de la democracia.²²⁶ Así, este nivel ha rondado casi siempre por encima del 70% del padrón electoral habilitado²²⁷, lo que, según algunos expertos, es un

²²⁶ Tomado de <https://www.lanacion.com.ar/politica/elecciones-2023-el-ausentismo-crecio-mas-de-5-puntos-respecto-de-2019-y-preocupa-al-oficialismo-nid20072023/>; www.universidad.com.ar/es-tendencia-el-no-voto-que-dicen-los-indices-de-abstencion-en-las-elecciones-provinciales;

²²⁷ Tomado de <https://www.argentina.gob.ar/interior/observatorioelectoral/datos-electorales/participacion-historica-en-elecciones>. Consultado el 17/10/2023.

porcentaje considerable de participación si nos comparamos con otros países de la región e incluso con democracias de otros puntos del globo.²²⁸

Aun así, esa disminución debe ser tomada en cuenta ya que implica, precisamente, una menor participación con respecto a los niveles históricos que ha tenido nuestro país. La pregunta inmediata que surge es, ¿a qué se debe? Las respuestas a este interrogante son varias, pero existe algún consenso en que esta disminución se debe principalmente a los magros y persistentes malos resultados económicos que vive nuestro país, así como a una percepción sumamente generalizada acerca de la calidad representativa de nuestras clases dirigentes, específicamente, a la sensación de “corrupción” por parte de funcionarios públicos, a todos los niveles.²²⁹

Con base en estas premisas empíricas, abordaré cuáles son los desafíos jurídicos que se presentan cuando intentamos pensar estas problemáticas.

La ley 8871 del voto secreto, universal y obligatorio

La ley de voto secreto, universal y obligatorio debe ser, con toda probabilidad, una de las leyes mejor conocidas de nuestro país. Su historia es, claramente, la historia de una verdadera ampliación de derechos políticos, surgida luego de décadas de concentración política en, literalmente, muy pocas manos. La generación del 80, inaugurada por el Gobierno conservador de Julio Argentino Roca, dio inicio a una forma de entender la política nacional en términos netamente oligárquicos. Esto es, la asunción por parte de una minoría privilegiada de los resortes institucionales y legales del país ya sea por medios legítimos y, también, ilegítimos.

El cambio de este *status quo* no provino, paradójicamente, por parte de una revolución en sentido estricto, sino, más bien, de una corriente interna de aquel grupo elitista, encabezada, principalmente por Roque Sáenz Peña, que habiendo sido elegido presidente de la República abogó por la sanción de una ley que garantice el voto secreto, universal y obligatorio. Este último rasgo del sufragio se vio fundamentado en una filosofía que, al día de hoy, podríamos denominar como paternalista. Así, Luis Sáenz Peña diría en el año 1870 estas reveladoras palabras sobre la necesidad y fundamentación del voto obligatorio:

“Los individuos que consienten en formar parte de una sociedad democrática consienten tácitamente en aquellas funciones que son indispensables para constituir los poderes públicos; y como todo poder público emana del pueblo, no puede sostenerse con buena lógica, que esta función esencial, y absolutamente necesaria para constituir todo poder, que es la elección, pueda abandonarse al capricho de la voluntad individual, ya que podría llegar el caso de que no hubiese poderes públicos al frente de la sociedad, y entonces daría origen a un absurdo. Si todos los poderes políticos de un país emanan del voto, es una consecuencia lógica y forzosa que no se puede omitir el acto de votar, porque nos expondríamos a que quedaran en acefalía todos los poderes públicos”.²³⁰

El marcado carácter paternalista de las razones dadas por Sáenz Peña nos da la pauta sobre qué concepción general tenían las clases dirigentes sobre el electorado al que se dirigen. Electorado que, al tener que ser imaginado o teorizado, era mirado con escepticismo o

²²⁸ Diego Reynoso: “Hay una profunda insatisfacción con la política, no con la democracia”. Tomado de <https://udesa.edu.ar/noticias/diego-reynoso-y-la-abstencion-electoral-hay-una-profunda-insatisfaccion-con-la-politica-no-con-la>. Consultado el 17/10/2023

²²⁹ ¿Es tendencia el no voto? Qué dicen los índices de abstención en las elecciones provinciales. Tomado de www.unidiversidad.com.ar/es-tendencia-el-no-voto-que-dicen-los-indices-de-abstencion-en-las-elecciones-provinciales; véase también Diego Reynoso: “Hay una profunda insatisfacción con la política, no con la democracia” <https://udesa.edu.ar/noticias/diego-reynoso-y-la-abstencion-electoral-hay-una-profunda-insatisfaccion-con-la-politica-no-con-la>. Consultados el 17/10/2023

²³⁰ Mayochi, Enrique Pablo, “La ley Sáenz Peña, una cuestión de familia”

susplicacia a la hora de intervenir en los asuntos públicos. Así, para Natalio Botana coexistieron dos tipos de republicas posibles: la republica abierta y la republica restrictiva; la primera, propiciaba la mayor cantidad de libertades civiles para la ciudadanía; libertades civiles que le permitieran trabajar, comerciar y transitar el territorio; la otra, por el contrario, se circunscribía sobre un pequeño número de ciudadanos que se creían capacitados y destinados a gobernar.²³¹

Lo que siguió es historia conocida. La presión popular y política por democratizar el voto dobló las aprensiones que podría tener esta clase dirigente, aun cuando no abandonaran cierta confianza en que la ciudadanía en general votaría por ella; confianza apalancada en los éxitos económicos que el país había logrado. Sin embargo, aquella fue rápidamente traicionada cuando esos sectores populares votaron de manera abrumadora por quien resultó ser el primer presidente radical y popular de la historia argentina, Hipólito Yrigoyen.

Primer problema: ¿Desobediencia Civil?

Hecho este muy sucinto *racconto* del contexto y fundamentación de la ley de voto secreto, universal y obligatorio, y trayendo la cuestión hasta el presente, nos preguntamos ¿la abstención electoral implica, lo que se conoce en teoría jurídica, como una “desobediencia civil”? La repuesta nos obliga a precisar los contornos del concepto para saber específicamente a qué nos atenemos cuando hablamos de desobediencia frente a la ley.

Así, para Ronald Dworkin la desobediencia civil es distinta de la actividad delictiva común, y esto se debe principalmente a que -quienes participan en actividades de desobediencia civil- no buscan una ruptura o una reorganización constitucional. Aquellos aceptan la legitimidad de un Gobierno y de la comunidad en la cual están insertos, pero quieren quedar absueltos de sus deberes ciudadanos más que cuestionarlos.²³²

Para Hanna Arendt, la desobediencia civil, en sentido estricto, “*son minorías organizadas por una opinión común más que por un interés común y por la decisión de adoptar una postura contra la política del Gobierno, aunque tengan razón para suponer que semejante política goza del apoyo de la mayoría*”.²³³

Trasladado estos conceptos a nuestra realidad, no podríamos decir que existe un grupo o minoría organizada que esté decidiendo abstenerse de emitir su voto para hacer escuchar algún tipo de reclamo explícito, aun cuando podamos afirmar que esa abstención electoral encuentra uno de sus motivos en el descreimiento generalizado de la clase política. En este sentido, no pareciera ser un reclamo verdaderamente activo, como lo podría ser, por ejemplo, una movilización ciudadana en contra del uso de las armas nucleares, como se dio en los Estados Unidos.

Pero, además, no existe tampoco una opinión pública o colectiva que esté condenando o tipificando esta conducta colectiva como una transgresión literal de la ley, como así tampoco oímos a las autoridades exigir o condenar esa abstención. Incluso, si lo hiciera, parecería errado o excesivo. De esta manera, el concepto pareciera ser insuficiente o excesivo si lo aplicamos a la realidad nacional. Es decir que, en resumidas cuentas, pareciéramos encontrarnos ante una aquiescencia generalizada en la no concurrencia a votar, en donde las autoridades y la comunidad aceptan como natural este estado de cosas.

Segundo problema: ¿Podría existir un control de constitucionalidad sobre leyes que no contaron con un electorado lo suficientemente amplio?

Así las cosas, esta abstención electoral marca el segundo problema que deberíamos atender al analizar el fenómeno y que surge como consecuencia del primero: ¿qué tan legítimas

²³¹ Botana, N., “*El orden conservador*”, Hyspamerica, pág. 54

²³² Dworkin, R., “*Desobediencia civil y protesta nuclear*”, pág. 142

²³³ Arendt, H., “*Crisis de la Republica*”, pág. 47

podrían ser las leyes sancionadas por un Congreso que no se encuentra totalmente representado? Para esto, debemos volver a las razones dadas por Luis Sáenz Peña cuando éste intenta fundamentar el porqué de la necesidad del voto obligatorio: el peligro de la acefalía. Aun cuando la hipótesis de Sáenz Peña nos suene exagerada es interesante tomarla como punto de partida. Para intentar responderla debemos atender a algunos autores que han analizado el rol de los jueces a la hora de pensar el control de constitucionalidad y cuándo se vería justificado.

Así, el control de constitucionalidad siempre ha sido una herramienta sumamente polémica en manos de los jueces, debido al famoso problema de la escasa calidad representativa que aquellos poseen, o, como se conoce en la jerga, el “problema contramayoritario”. Los jueces, a diferencia de los cargos electivos, no cuentan con un mandato popular que pueda legitimarlos democráticamente. Dado esto último, sus facultades para declarar inconstitucionales las leyes que lleguen a sus estrados son miradas con sospecha y escepticismo por parte de las autoridades democráticas y la ciudadanía en general.

Para resolver este problema, John H. Ely, en su ya clásico “Democracia y desconfianza” ha elaborado lo que él considera que deben ser los parámetros democráticos de la función judicial. Para Ely, pensando en la Constitución norteamericana -y su ejemplo podría ser traslado también a la constitución argentina- es esencialmente un documento que trata no tanto acerca de valores sustanciales, como sí, en realidad, acerca de procedimientos que deben estar presentes en toda democracia a los fines de que la representación sea lo más amplia posible. Dice Ely,

“La idea de que la justicia y la felicidad se encuentran mejor garantizadas cuando no se intenta definir las para siempre, sino más bien atendiendo a los procesos gubernamentales mediante los cuales se especificarán sus dimensiones en el transcurso del tiempo, fue trasladada a nuestros documentos constitucionales decisivos. Incluso la principal afirmación “jusnaturalista” norteamericana, la Declaración de Independencia, después de apelar a algunas metas admirables, pero ciertamente indefinidas- (...) *indica su aprecio por el papel fundamental del proceso democrático.*”²³⁴

Los jueces, de esta manera, deben poder declarar inconstitucionales las leyes que no cuenten con la debida participación democrática y a eso, principal y fundamentalmente, debería atenerse su función.

En estas tierras, el jurista Carlos Nino, a pesar de opinar negativamente sobre el control de constitucionalidad en general, ha compartido las afirmaciones de Ely al sostener que los jueces se encuentran en una buena posición para juzgar sobre el proceso democrático e interceder en él cuando, siempre aplicando la Constitución, aquél no ha sido debidamente sustanciado. Para Nino, *“la misión central -de los jueces- es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión democráticas sean satisfechas.*”²³⁵ Por otro lado, también, *“las reglas del proceso democrático tratan de asegurar que estas condiciones sean alcanzadas en el máximo grado posible con el objeto de que las leyes que se sancionen resulten ser guías confiables para conducir a principios morales.*”²³⁶

Aun cuando estas consideraciones pudieran ser correctas desde el plano teórico y que la Corte, o el poder judicial, puedan estar habilitados para decir y alertar que el proceso legislativo no ha sido lo suficientemente representativo, deberíamos preguntarnos, llegado el caso, cuáles serían las consecuencias prácticas de declarar inconstitucionales leyes sancionadas con escasa representación. Surgen algunas dudas acerca de qué manera se podría compeler a

²³⁴ Ely, John H., “Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional”, Univ. de los Andes, pág. 115. Subrayado es nuestro.

²³⁵ Nino, C., “La Constitución de la democracia deliberativa”, Gedisa Edit., 1997, pág. 274

²³⁶ Nino, C., *Ibid.*, pág. 273

un electorado reacio a emitir un voto, sin caer, al mismo tiempo, en un paternalismo impracticable.

La paradoja resultante de todo este planteo, entre un sistema al que la ciudadanía, literalmente, le “quita el cuerpo” y un sistema institucional que no podría resolver eficazmente el problema, evidencian las tensiones a las que se ve sometido nuestro sistema democrático. Una mejor caracterización del problema quizás sea de ayuda para entender mejor el fenómeno.

¿Quizás sea anomia?

Carlos Nino escribió, hace ya algún tiempo, un libro destinado a ser un clásico entre los juristas y los profesionales del derecho, *“Un país al margen de la ley”*. En él, Nino se pregunta por las causas por las cuales la comunidad política argentina tiende a desobedecer las normas que rigen su vida como comunidad. A este clima general de desobediencia y puesta en duda de las leyes, Nino lo denominó “anomia boba”. Para el autor, esta anomia viene dada por el desconocimiento que podemos tener de las normas como herramientas de cooperación; cooperación que tiene como objetivo final nuestro propio bienestar y progreso. Ese desconocimiento, redundante, para Nino, en nuestro subdesarrollo como sociedad. Los ejemplos que da el autor resultan cotidianos, pero elocuentes al mismo tiempo. Dice Nino:

“(…) la imagen externa de una sociedad está dada por cómo se transita por sus calles y rutas, cómo se mantiene el aseo de los lugares públicos y cómo se cuida la estética urbana: hay pocos países en el mundo en que manifiesta un desprecio tan amplio por las reglas que rigen el tráfico de automotores y peatones que el que se da en la Argentina. (...) Si vamos más allá de esa imagen externa y analizamos el discurso de los argentinos, advertiremos que aducir que algo va en contra de la ley es una forma de iniciar una conversación y no de concluirla.”²³⁷

Esta forma de entender la ley por parte de nuestra comunidad se traduce también en el desconocimiento de los objetivos generales de una ley como la del voto obligatorio: una democracia apática es una democracia con menor tendencia a soluciones imparciales que una democracia participativa: si los miembros de un sector social no suelen votar con la misma frecuencia que otros, los candidatos que se presenten tienden a no representar y a no dirigirse a ese sector, con lo que los miembros de ese sector refuerzan su inclinación a no votar por entender que su voto individual, con toda probabilidad, no va a incidir en un resultado valioso para ellos.²³⁸

La anomia, entendida de esta manera, pareciera ser así un círculo vicioso que refuerza prácticas que a la postre terminan siendo perjudiciales para la misma comunidad: los objetivos de las leyes son poco comprendidos e internalizados, reforzando actitudes o creencias, trasladando esto hacia la comunidad en general y por esta vía, indirectamente, hacia nuestros representantes. Este círculo, retroalimentado una y otra vez, marca el punto justo de la reflexión que precisamos: ¿cuál es el lugar en donde debería detenerse esa rueda? ¿cómo podría transformarse, si cabe, en un círculo virtuoso? En lo que sigue brindaré una opinión personal exenta de dudas, pero que tiene la posibilidad de ayudarnos a pensar de otro modo el problema: el círculo empieza y termina en el ciudadano, mas específicamente, empieza y termina en aquella cualidad necesaria pero difícil de precisar y por tanto de explicar: la virtud republicana.

A fin de cuentas, solo tenemos la República y ella solo nos tiene a nosotros

Según el profesor Andrés Rosler, el carácter republicano podría caracterizarse si tenemos en cuenta al menos seis rasgos que todo ciudadano debería tener siempre en miras para juzgar el estado de su propia República, estos son: la libertad entendida como no dominación; el debate como el elemento constitutivo de la política; la virtud como soporte

²³⁷ Nino, C., *“Un país al margen de la ley”*, Ariel, pág. 29

²³⁸ Nino, C., *Ibid.*, pág. 168

motivador y epistémico de la participación cívica; la ley como mecanismo de resolución de conflictos entre valores opuestos y la patria como el espacio particularista, aunque estrictamente institucional, de la república. Por último, aunque no menos importante, la evitación del Cesarismo, o, dicho de otro modo, la evitación de que los asuntos públicos queden en pocas manos.

De los seis rasgos, tomaremos la virtud como aquel rasgo que funciona como soporte motivador de la participación cívica. Según Rosler,

“...la tarea motivadora de la virtud puede sonar extraña en nuestra época, en la cual estamos acostumbrados a pensar que el sistema político es un dispositivo a grandes rasgos automático, capaz de funcionar a pesar de -y por momentos gracias a- la falta de virtud de los ciudadanos. En realidad, según esta concepción tecnológica del sistema política, típica del pensamiento político moderno, el sistema debería estar preparado para funcionar en condiciones de apatía política (...) El republicanismo no niega ciertamente que la constitución o el sistema político en general es un dispositivo técnico antes que natural, pero sí cree que se trata de un producto que necesita de servicio y apoyo constante.”²³⁹

Esta es una característica que, al menos las teorías liberales de la democracia, tienden a menospreciar por entender que las leyes no pueden inculcar, por no ser un objetivo deseable para el Estado, un carácter virtuoso o ético a la ciudadanía en general; lo que se conoce como leyes paternalistas, por un lado, y perfeccionistas, por el otro. Sin embargo, la virtud, sea cual sea la manera en que se origine en la ciudadanía, pareciera ser el único remedio que puede ir en contra de la apatía electoral. Aun cuando aquella no se caracterice por ser protagonista en el debate público moderno, pareciera ser la única manera para reactivar un sistema al que la ciudadanía, paradójicamente, le *otorga* el cuerpo:

“En efecto, en una república, los ciudadanos no cuentan con un sistema político, sino que *son* el sistema político. Dado que son los ciudadanos quienes eligen y finalmente componen el gobierno, sus decisiones será tan buenas como su grado de virtud cívica. Por más que existan instituciones encargadas de fiscalizar incluso el comportamiento de los ciudadanos, dichas instituciones estarán compuestas a su vez por ciudadanos, por lo cual, si quisiéramos hacer depender las instituciones de otras instituciones indefinidamente, solamente estaríamos postergando el problema sin resolverlo.”²⁴⁰

Por otro lado, el carácter de la virtud republicana no intenta que el ciudadano lleve una vida perfecta; no quiere cargar tampoco con obligaciones que hagan del ser humano un dios. La virtud republicana es en realidad la cualidad mínima que todo ciudadano debería poseer cuando vive en comunidad; para emprender proyectos colectivos y para hacer posible la acción colectiva; tiene, antes que todo, un carácter *instrumental*, y no pretende otra cosa que los individuos de una comunidad gocen de un amplio margen de libertad:

“Los ciudadanos no son republicanos cuando *son* virtuosos. (...) El grado de libertad republicana es más bien una cuestión acerca de cómo las leyes, las instituciones y las normas de una comunidad están creadas. La virtud republicana es *instrumentalmente* beneficiosa ya que permite un correcto diseño de las leyes, instituciones y normas y asegurando su durabilidad y predictibilidad.”²⁴¹

²³⁹ Rosler, A., *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la República*, Katz Editores, pág. 76

²⁴⁰ Rosler, A., *Ibid.*, pág. 77

²⁴¹ Lovett, Frank, "Republicanism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2022 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/republicanism/>. La traducción es mía.

Por otro lado, según Rosler,

“(…) los ciudadanos deben disponer de confianza mutua (*fides*), y por lo tanto de amistad cívica, todo lo cual asegura la lealtad de los ciudadanos al régimen. Asimismo, la *humanitas*, entendida como filantropía, i.e como afecto por el ser humano, explica el cultivo de la liberalidad, la generosidad, la gratitud. La clemencia o misericordia son además virtudes muy importantes para el cumplimiento de los deberes judiciales (v.g., como jurados), ya que impide la aparición de la ira y la severidad innecesaria, todo lo cual prepara a los jurados para sentir compasión y estar dispuestos a perdonar y/o absolver llegado el caso.”²⁴²

Como se ve, entonces, la virtud es aquella cualidad que hace del ciudadano una persona capaz de ser parte de los asuntos públicos; poder intervenir en esos asuntos. Desborda los requerimientos de una ley, ya que completa los espacios que aquella nunca puede, por razones obvias, llenar por sí misma, y brinda asimismo las soluciones que las instituciones a veces tampoco pueden brindar.

Es una cuestión pendiente cuál es la manera en que tiene que surgir la virtud republicana ya que es improbable que sea mediante la ley, o algún tipo de mandato. Su nacimiento pareciera depender en gran parte del individuo mismo.

Conclusiones

El presente se inició con una cita de un bellissimo tema de Babasónicos, que a priori podría haber sonado netamente extraño para el tema que nos ha tocado abordar. Luego del recorrido realizado, el sentido debería quedar mucho más claro: la paradoja de una comunidad política se debe al hecho de que las leyes que nos gobiernan son leyes que nos damos a nosotros mismos. Visto así, la libertad y la obligación son las dos caras de una misma moneda. No podemos gozar de la libertad que nos otorga un sistema político sin la obligación de apoyarlo y mantenerlo. Aun cuando la obligación dada por nuestra ley de voto obligatorio tenga un fin legítimo, esta solo puede ser eficaz si es interiorizada por la ciudadanía en general. Es por eso que una ley que quiera imprimir una virtud -como la del voto secreto, universal y obligatorio- como la que enunciaba Sáenz Peña, resulta insuficiente. La abstención electoral, entendida como desencanto de la ciudadanía por sus clases gobernantes, no resuelve el problema de nuestra crisis de representación. Solo la profundiza. Cuando le quitamos el cuerpo al sistema le quitamos, de alguna manera, su componente fundamental: nosotros mismos. El carácter misterioso de la virtud republicana radica en que no se puede imponer, ni siquiera podríamos describirla adecuadamente: siempre depende del caso y del contexto, pero fundamentalmente siempre depende de la comunidad política misma. Esas preguntas irónicamente formuladas por Adrián Dárgelos ahora sí podrían ser respondidas: nosotros en conjunto somos los que reclamamos, lo hacemos para nosotros mismos y para que nuestra patria política nos pertenezca, finalmente, a todos.

²⁴² Rosler, A., *Ibid.*, pág. 77

Reflexiones a 10 años del Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires: La posibilidad de una capacitación previa. La perspectiva de género como una deuda

Abog Santoro, Camila Soledad y Abog Larsen, Lucila Maria.

Colegio de Abogados de Azul

La participación ciudadana es “...una alternativa para la construcción de consensos y (...) un medio para contener la discrecionalidad de la burocracia (...) una forma de descargar sobre la sociedad civil acciones y responsabilidades públicas, asociándola a la necesidad de disminuir la acción gubernamental...”²⁴³

En este sentido nuestra Carta Magna, ha previsto distintas formas de participación ciudadana en los asuntos del Estado, aunque en los hechos poco utilizados en nuestro país. Entre las mismas, se encuentra instituido desde 1853, en tres de sus artículos (arts. 24, 75 inc. 12 y art. 118) el instituto del Juicio por Jurados. Pese a ello, en la Provincia de Buenos Aires hemos demorado más de 150 años en su efectiva implementación por diversos argumentos, motivaciones y circunstancias históricas que no vienen al caso estudiar, pero que en definitiva retardaron la utilización de una herramienta que ha demostrado gran utilidad en los procesos penales.

Así las cosas, en el año 2013 mediante la Ley 14.543 se introduce como cambio sustancial, la implementación del sistema de enjuiciamiento mediante jurados, el que ya era utilizado en algunas de las Provincias del extenso territorio nacional, pero que sin embargo marcó el norte para muchas otras que aún dudaban de su implementación. De 2013 a la fecha, Buenos Aires, Río Negro, Chaco, Mendoza, y Entre Ríos han sancionado leyes para la implementación de este Instituto y otras provincias están en vía de hacerlo, encontrándose en marcha en la actualidad en las jurisdicciones de once provincias.

El jurado es una práctica cívica con un gran potencial democratizador, que desencadena procesos individuales, sociales e institucionales. La principal expectativa declarada de la introducción del juicio por jurados en la administración de justicia penal bonaerense fue revitalizar la confianza de la ciudadanía y dotar de mayor legitimidad al sistema de justicia, como efecto directo de la participación ciudadana.

Desde sus orígenes, se ha puesto en tela de juicio el funcionamiento de este instituto y se pueden marcar dos posturas claras al respecto:

Por un lado, se encuentran quienes están a favor de su implementación. Argumentan que el juicio por jurados no es sólo un modo de enjuiciamiento, sino un modelo de administración de justicia, que garantiza la participación ciudadana e involucra al ciudadano de pie en el sistema judicial, y que además le aporta:

1. **Imparcialidad:** Ya que son ciudadanos quienes ejercen accidentalmente el poder de juzgar, y eso ofrece un nivel de imparcialidad necesario en los tiempos que corren.
2. **Control:** La actuación de la ciudadanía ejerce un control social sobre la justicia, y el funcionamiento del sistema. En consecuencia, esta participación exige prolijidad en las investigaciones penales y el trabajo policial, y brinda publicidad a los juicios, ya que la sociedad participa activa y directamente.
3. **Proximidad:** El jurado acerca al pueblo con los administradores de justicia y viceversa, a partir de que se les delega el deber de participar, escuchar, interiorizarse y como último acto juzgar.
4. **Democratización:** La democratización que tiene el jurado reside tanto en su conformación como en su funcionamiento. Es un jurado integrado por 12 personas que tienen

²⁴³ CUNILL GRAU, Nuria. “Participación ciudadana. Dilemas y Perspectivas para la democratización de los Estados latinoamericanos”. CLAD, Venezuela, año 1991.

distintas profesiones, oficios, y estilos de vida, en donde se encuentran a debatir y deliberar para arribar al consenso.

5. **Independencia:** El Poder Judicial logra mayor independencia respecto de los otros poderes del Estado.

Por otro lado, están quienes creen que su implementación es ineficaz, esgrimiendo como principales argumentos la falta de capacitación de los jurados, el alto grado de influencia que pueden llegar a tener a la hora de juzgar, el costo que genera, entre otros.

En este sentido, hacemos propias las palabras de Antonio Machado “(...) *Caminante, no hay camino. Se hace camino al andar. Al andar se hace camino Y al volver la vista atrás. Se ve la senda que nunca. Se ha de volver a pisar (...)*” y a diez años de su implementación, contamos con ciertos números que dan cuenta que el juicio por jurados funciona, agiliza y operativiza. Por supuesto que sabemos que hay muchas cuestiones por mejorar, pero ello no implica que deba dejar de implementarse. Según las Estadísticas realizadas por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, entre el 2015 y el 2022, se realizaron 533 Juicios por Jurados²⁴⁴. Teniendo presente que se trata de un Instituto de aplicación voluntaria, consideramos que el número de Procesos es considerablemente interesante, y a primera vista de resultados satisfactorios.

Esto significa, que más de 6000 habitantes de la Provincia de Buenos Aires han tenido un contacto con el Poder Judicial, desde otro punto de vista, no ya el de sujetos justiciables, sino de colaboradores, auxiliares de justicia. Si observamos los fundamentos que motivaron la sanción de la Ley 14.543, en especial los que motivaron la implementación del Instituto en estudio, podemos notar una clara convicción, basándose en la voluntad de la Soberanía Popular, de considerar a los ciudadanos plenamente capaces para participar en la resolución de los procesos penales; y argumentando su reglamentación tanto en la Carta magna, como en los Convenios y Pactos celebrados con otros Estados.

En pocas palabras, los legisladores han considerado plenamente capaces de ejercer la función de jurado a las y los ciudadanos, cualquiera sea su género, su profesión u ocupación y las condiciones socioeconómicas que detente.

Sin embargo, consideramos que la instrucción brindada a los Jurados, resulta escasa teniendo en cuenta diversos factores que a continuación expondremos, y que derivan en la posibilidad de implementar una capacitación previa al debate oral.

La posibilidad de una capacitación previa.

Habiendo aclarado las diferentes posturas respecto del Instituto en estudio, las autoras de esta ponencia, prefieren adoptar una posición intermedia, en la que consideramos al Jurado como una institución necesaria en nuestro país, una forma legítima de participación ciudadana, pero que por su importancia tanto en la persona del imputado como en la del Jurado, este último debe y merece recibir una capacitación que lo sitúe al nivel de las circunstancias.

Esto no quiere decir, que el ciudadano que va a ejercer como Jurado debe convertirse en un experto del derecho, porque para ello existen otros que así lo deseamos, estudiamos y trabajamos voluntariamente; pero sí que al ejercer una carga pública donde se encuentra en juego un derecho fundamental como lo es la Libertad, los ciudadanos por el azar escogidos deben contar con una serie de contenidos mínimos que le permitan realizar su tarea de la forma más libre, pero a su vez responsable.

Actualmente, la formación de los ciudadanos que desarrollarán la tarea de ser Jurados, se encuentra limitada a la instrucción dada por el Juez prevista en la ley, y a todos aquellos conocimientos que ya posean y traigan consigo. Por ello, y como existe para otras cargas

²⁴⁴ <https://www.scba.gov.ar/novedades.asp?id=6&cat=37>

públicas, como la de Presidentes o Vocales en Mesas Electorales, planteamos en este trabajo, la posibilidad de una capacitación previa entre la Audiencia de Voir Dire y la Audiencia de Debate Oral y Público, donde los ciudadanos tengan la posibilidad de incorporar contenidos mínimos relativos al Derecho Penal y sobre todo al Juicio por Jurados, en un ambiente que les resulte conocido, cómodo, incluso “familiar”, donde puedan despejar dudas e inquietudes, y además donde queden exentos todos aquellos conceptos erróneos que pudieran traer consigo.

La tarea de Jueces y Auxiliares de Justicia según los Art. 371 bis y 371 ter. de la Ley 14.543.

Los Artículos 371 bis. y 371 ter., son las únicas dos normas que establecen las instrucciones que serán dadas al Jurado durante todo el proceso de Juicio. Sin embargo, la ley 14.543 no ha determinado un método preciso para realizar la instrucción normada, quedando a criterio y buen juicio de los Magistrados y Auxiliares de la Justicia (Fiscales y Defensores), esta importante tarea.

Si bien, las normas sólo determinan instrucciones “finales”, posteriores al debate oral y público y previas a la toma de decisiones del Jurado, nada prohíbe, e incluso son de uso común entre los magistrados de la Provincia, la realización de “Instrucciones Preliminares”. Estas, son las que dan herramientas al jurado para poder comprender todo aquello que va a desarrollarse en las Audiencias. Durante las mismas, se intentará explicar a los miembros del Jurado todo aquello que tiene que ver con el debate: reglas de evidencia, derechos y obligaciones de las partes y de los jurados, algunos conceptos específicos de derecho penal, el delito en particular sobre el que versa el proceso, etc.

Una vez finalizado el debate, y con el Cuerpo de Jurados retirado de la sala, el Juez conductor del proceso y las partes, se reunirán en pos de elaborar las llamadas Instrucciones de Deliberación, o “Instrucciones Finales”. En la redacción de las mismas, se explicará a los miembros del Jurado, todo aquello que deberán tener en cuenta al momento de la deliberación y formulación del Veredicto. Estas Instrucciones, que podrán basarse en las propuestas realizadas por las partes de forma escrita, deben realizarse con un lenguaje claro y sencillo, evitando todo tipo de confusión, a fin de que todos aquellos ciudadanos que conforman el Jurado puedan comprenderlas. Sin embargo, esta simplicidad no debe dejar de lado la formulación legal correcta, ya que son las mismas instrucciones las que servirán como motivación del veredicto emanado del Jurado.

Una vez redactadas las instrucciones finales, por el Juez y la cooperación y aporte de las partes, el Jurado volverá a ingresar en la Sala de Juicio. A partir de ese momento el Juez realizará una exposición de las instrucciones, en un lenguaje claro y sencillo, y de forma pausada, y además realizará algunas aclaraciones relativas a la deliberación y el veredicto; y además algunas cuestiones relativas a los principios del Proceso Penal, como el de legalidad, congruencia, presunción de inocencia, causas de justificación, forma de apreciar la prueba, y todo aquello que considere necesario. Las instrucciones serán entregadas por escrito, en copia para cada uno de los miembros, bajo debida constancia.

Finalizada esta etapa de instrucción, los Jurados se retirarán a deliberar en una sesión continua y secreta, sin intervención de ninguna persona ajena al mismo. Sin embargo, en caso de surgir alguna duda o inquietud que no puedan resolver, deberán confeccionar un documento por escrito que la contenga y presentarla ante el Juez, que será el encargado de resolverla.

En suma, según el Dr. Cristian De Penna existen 3 tipos de instrucciones:

- Instrucciones iniciales: Son las explicaciones que el juez debe impartir a los jurados al inicio del juicio, tras darles la bienvenida y antes de ceder la palabra a los abogados de las partes. Suelen ser mucho más escuetas que las finales y consisten en pautas de orientación sobre las funciones del juez y del jurado, la mecánica general del juicio, los delitos juzgados —sin explicar sus elementos—, el principio de inocencia y sus implicancias hacia el proceso penal, los medios de prueba a utilizarse en el juicio y el comportamiento que deberán asumir los jurados —por ejemplo: se les informa que no deberán consultar fuentes de información externa, ni empezar a formarse una opinión antes de la deliberación—.

- Instrucciones especiales —limitativas o correctivas—: Durante el desarrollo del juicio, de oficio o a pedido de parte, el juez puede efectuar explicaciones o aclaraciones puntuales al jurado si se advierten necesarias a la luz de múltiples situaciones que pueden surgir durante su transcurso, ya sea para limitar los alcances de una prueba determinada —instrucción limitativa— o para corregir algún vicio provocado durante el litigio —instrucción correctiva—. La primera corresponde cuando se admite el ingreso al juicio de algún tipo de “prueba de alcance limitado”, como la declaración de un testigo de oídas como refutación de dichos previos de un testigo de la contraparte —en este caso, el juez explicará al jurado que solo podrán valorar esa información para considerar la credibilidad del testigo al que se pretende refutar, pero no para formar convicción sobre la culpabilidad del acusado—. La segunda, tras algún tipo de comportamiento indebido de una de las partes o de un testigo, por ejemplo, tras hacerse lugar a una objeción contra un litigante por introducir información inadmisibles —en este caso el juez explicará al jurado que no deberán tener en cuenta esa información—. Este tipo de instrucciones suelen ser reiteradas durante las instrucciones finales.

- Instrucciones finales: Son aquellas impartidas al finalizar el juicio, como antesala a la deliberación del jurado.

Sin embargo, queda a la vista, que a excepción de las instrucciones finales, tanto las preliminares como las especiales, quedan al arbitrio del Juez que conduzca el debate oral. Esto nos hace confirmar con mayor seguridad, la necesidad de implementar una capacitación previa al debate que amenice el primer impacto del ingreso en el sistema judicial, y fomente la participación de la ciudadanía en la Justicia.

La posibilidad de una capacitación.

Como hemos visto, la tarea de los Magistrados y los Auxiliares de Justicia como son los Fiscales y Defensores, toma un rol de gran importancia, ya que son las instrucciones el único medio por el cual podrán adquirir los miembros del Jurado, ciertos datos, conocimientos, herramientas que puedan colaborar con la tarea que deben desempeñar, y porque además será esta instrucción la que actúe como motivación suficiente del Veredicto emanado del Jurado.

Sin embargo, y a pesar de que hasta el momento los Juicios ya desarrollados no han tenido grandes inconvenientes, considerar una capacitación previa, que no suprima esta instrucción, pero que amenice esta responsabilidad del Juez, para que el mismo centre su atención en su actividad principal: la de director y custodio del debido proceso, y no la de instructor o capacitador de los Jurados, sería de gran ayuda tanto para magistrados, como para todos los ciudadanos que deban desempeñarse como Jurados.

A continuación entonces, desarrollaremos brevemente algunos de los motivos por los cuales consideramos la capacitación previa a la Audiencia de Debate Oral y Público, una herramienta de utilidad en la facilitación del proceso, y en el trabajo por evitar el posible fracaso o problemas que pudieren surgir durante el desarrollo del mismo.

Por empezar, y el que consideramos el argumento de mayor importancia, es lo precipitado y breve de la Instrucción que debe brindar el Juez a los Jurados, y que no solo es la única instancia en la que reciben algún tipo de información sobre el Juicio, tanto de forma general, como del Proceso en el que están ejerciendo su función, si no que no existe un espacio de intercambio y respuesta a las inquietudes que surjan más que por un documento escrito.

Considerando que la instrucción se desarrolla en un ámbito judicial, que no resulta de familiaridad para el ciudadano, que si bien quiere ejercer su tarea de forma responsable podría encontrarse en una situación de inseguridad, incluso de temor, el mismo no resulta el mejor ambiente para que los miembros del jurado adquieran los conocimientos necesarios para realizar su deliberación.

Por otra parte, debemos considerar que quienes tienen a cargo la instrucción, los Magistrados, no siempre son personas capacitadas en la tarea de “educar” o “enseñar”, que si bien es de esperar, pondrán todos sus esfuerzos en hacerlo de una forma correcta, la utilización de un lenguaje demasiado técnico impedirá a los Jurados comprender las instrucciones, y la utilización de un lenguaje demasiado sencillo los hará incurrir en la falta de corrección legal con

la que deban expresarse. Sin embargo, esto no quiere decir que la instrucción deba suprimirse, pero la misma, realizada habiendo existido una capacitación previa, cumpliría una mera función de recordatorio y complemento.

Es importante resaltar, que se encuentra en juego un derecho fundamental como lo es la libertad de la persona que se encuentra en calidad de Imputado. Un error, una falla, la falta de información en los miembros del Jurado, podría ocasionar la pérdida de este derecho en una persona inocente.

Además, y habiendo consultado algunas de las encuestas realizadas a los Jurados en las primeras experiencias, surge de ellas el temor o sensación de inseguridad con la que afrontan la carga pública para la que fueron designados. En una encuesta realizada en la Provincia de Buenos Aires, un porcentaje de los encuestados afirma que pensó en motivos para excusarse de la tarea, otro confirma que le hubiese gustado contar con más información al momento de desarrollar su tarea, pero que sin embargo ello no fue un impedimento para realizarla. Otra de las conductas evaluadas fue la reacción ante la notificación, existiendo casi un 40% de encuestados a los que les generó preocupación tal tarea. Con tales datos, consideramos que una formación previa al desarrollo de las tareas, sería también una forma de tranquilizar a los ciudadanos, de hacer conocer sus derechos, de resolver sus inquietudes, de tal modo que lleguen a la Audiencia de Debate con tranquilidad y serenidad.

Otro de los motivos para pensar en una capacitación, es la idea que existe en el inconsciente colectivo, acerca del trabajo que el Poder Judicial desempeña en nuestro país. Para los ciudadanos, la Administración de Justicia sufre distintas falencias, entre ellas la corrupción, la falta de transparencia, los tiempos demasiado lentos, la falta de una “respuesta social” a la ciudadanía ante los delitos que se cometen a diario. Esto puede suceder, tal vez por la falta de información, o la mala información que brindan los medios de comunicación; o por la idea errónea que tienen los ciudadanos acerca de las funciones del Poder Judicial, considerando como tarea primordial el castigo de los delincuentes, y no la aplicación de sanciones para su reinserción social, la idea de un sistema inquisitivo, cuando nos encontramos en un sistema garantista, etc. El juicio por Jurados entonces, viene a dar participación a los mismos ciudadanos en la Administración de Justicia y la posibilidad de modificar esa imagen errónea en el pensamiento de quienes ejecuten tal actividad. Desempeñar esta tarea, con las herramientas necesarias, espacios de comodidad para resolver inquietudes, cuestiones laborales, viáticos y paga resueltos, que generen tranquilidad en los agentes, son elementos que colaborarán con la creación de una buena imagen de la Justicia, y además adquirir conocimientos básicos acerca de las funciones del Poder Judicial en su tarea de Administración de Justicia.

Continuando con la exposición de motivos y ya adentrándonos en aquellos que resultan de relevancia jurídica, debemos tener en cuenta que los Jurados deben aprender a discernir entre lo objetivo y lo subjetivo, porque como dice el Dr. Martín Sabelli, en su charla sobre técnicas para la selección de Jurados, *“los Jurados,... deciden no tanto sobre los hechos, sí los hechos importan, pero imponen sobre los hechos su estructura moral”*, es decir que considera que los ciudadanos elegidos como Jurados, intentarán basar su decisión sobre los hechos, pero inconsciente o incluso conscientemente, sus experiencias personales, y sobre todo sus escalas morales, sus valores, tendrán incidencia en la misma.

Por esto, es importante desarrollar algunos conceptos sobre la valoración de la prueba, y en específico su función, determinada por el Dr. Cafferata en un *“...determinar cuál es su real utilidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso y motiva la acusación; cuál es el grado de conocimiento que pueden aportar sobre aquél.”*

Por lo tanto, entendemos la tarea de la Valoración de la Prueba como la determinación de los motivos que darán lugar al veredicto, y por ello es importante que los ciudadanos que deban ejercer funciones como Jurados puedan, en la capacitación que se propone, comprender de qué manera deberán tener en cuenta y valorizar las pruebas que se aporten durante la Audiencia de debate, y que mediante su íntima convicción utilizarán para dictar la culpabilidad

o no del imputado, ya que la Instrucción del Juez resultará para esta tarea de gran relevancia, demasiado breve y hasta podríamos decir “precipitada”.

Cuando hablamos de ÍNTIMA CONVICCIÓN, los Jueces deben ser (y en este caso particular, los Jurados), “... libres de convencerse, según su íntimo parecer, sobre la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su leal saber y entender.”

Con este concepto, será importante que los ciudadanos comprendan que son los responsables de la valoración de la prueba, y que deberán adicionar al momento de su decisión, que la misma se encuentre fundada en ella y que aunque resulte casi imposible decidir con certeza absoluta, que por lo menos no exista “duda razonable”, es decir que su decisión deberá ser imparcial, basada en la razón y en el sentido común.

Por lo tanto, y tomando esta postura, será necesario que al menos, en un espacio previo como lo es la capacitación, los miembros del Jurado sepan discernir, discriminar los hechos, de las experiencias personales.

La Capacitación.

Dentro de los contenidos a trabajar en la capacitación propuesta, resultará de relevancia, que los miembros del Jurado adquieran ciertos conceptos importantes para el Derecho en el fuero Penal, que serán muy utilizados durante las Audiencias de Debate Oral y que sin una formación anticipada, serán de difícil e incluso de imposible comprensión para quienes el derecho no sea una actividad habitual, o al menos hayan tenido un mínimo conocimiento.

Resultará de importancia que los ciudadanos adquieran en esta capacitación propuesta, dos conceptos de relevancia jurídica, que tienen que ver tanto con sus derechos como con sus obligaciones, y que consisten en la **imparcialidad** y la **independencia** del Tribunal de Jurados, principios fundamentales del derecho procesal penal; como así también puedan valorar, y emitir veredicto teniendo siempre presente la **perspectiva de género**.

Es por lo expuesto, que tanto la capacitación como la instrucción, deben ser estrictamente claros con las instrucciones a brindar a los Jurados, para evitar que caigan en investigaciones ajenas a la Audiencia de debate oral, o que se “impregnen” de opiniones ajenas a la propia que puedan influenciar a los agentes del Jurado. Con esta justificación, y por la importancia de la imparcialidad en el Tribunal de Jurados, entre las instrucciones, consejos o deberes a cumplir se encuentran los siguientes: el veredicto debe ser dado por los miembros del Jurado en base a la prueba presentada en el debate; no se deben realizar investigaciones por cuenta propia (leer diarios, mirar programas de televisión sobre el caso, usar una computadora, teléfono celular, Internet, o cualquier otro medio) en sus hogares, el Tribunal o en el lugar que sea; no deben mantener discusiones de ninguna clase con amigos o familiares acerca del proceso, o de las personas y lugares involucrados, no pueden tomar contacto con las partes fuera de la audiencia de juicio y hasta que den su veredicto.

De esta manera, y de forma previa a la Audiencia de Debate Oral, los Jurados tomarán conciencia de su responsabilidad y no cometerán equivocación alguna, que afecte la imparcialidad del proceso.

Por otra parte, será importante que los Jurados incorporen el principio de INDEPENDENCIA. *“Se entiende por independencia la libertad para cumplir sus funciones y tomar decisiones sin interferencias políticas o de grupos de presión, o de otros poderes del Estado.”* Aquí, será importante remarcar que la independencia conforma una garantía para los ciudadanos, protegiendo la facultad de los Jurados de tomar una decisión conforme a la valoración de la prueba que realicen y ajena a toda presión externa que puedan sufrir.

A estos principios, a los cuales debe darse relevancia, la capacitación propuesta adicionará otros, junto a otros conceptos, definiciones, elementos que los ciudadanos deben conocer y que le permitirán desenvolverse de mejor manera en su tarea de Jurados durante el desarrollo del Proceso.

Así, quedan expresados aquí los motivos por los cuales consideramos necesaria la capacitación previa para un óptimo desarrollo del Juicio por Jurados evitando todo tipo de complicaciones, fallas, y errores durante el desarrollo de los procesos.

Por último, y como requisito indispensable, la capacitación debe ser desarrollada con PERSPECTIVA DE GÉNERO. Estamos en tiempos donde es debate permanente la incorporación de la perspectiva de género en los litigios y juzgamientos, y su ausencia agudiza las históricas desigualdades para el colectivo de mujeres y disidencias. A partir de la lucha de mujeres, y a raíz de graves acontecimientos que lamentablemente vemos ocurrir a diario, estamos siendo testigos de un cambio de paradigma en la Justicia.

Este cambio de paradigma, que probablemente desembocará en una reforma judicial que tenga en cuenta la perspectiva de género y atraviese el sistema judicial, nos obliga a pensar en su aplicación en cada uno de los institutos. Es así, que consideramos de real importancia que la capacitación propuesta esté atravesada por el género. Ello teniendo presente que, el jurado puede estar integrado por cualquier ciudadano de la Provincia que cumpla con los requisitos, sin discriminar la educación recibida, la edad, el género con el que se identifica. Pero aún se hace más necesario, cuando muchos de los delitos que se juzgan tienen que ver con la desigualdad de género, los femicidios, travesticidios, etc., siendo menester trabajar con los estereotipos culturales preestablecidos, siendo que pueden interferir negativamente en un veredicto. La obligación de introducir la perspectiva de género no sólo debe exigirse a la hora de fallar o dictar una sentencia, pues también debe incorporarse en la vida cotidiana de cada ciudadana y ciudadano.

En este sentido, ha fallado el Tribunal de Casación de Lomas de Zamora, resolvió anular el veredicto de culpabilidad y sentencia recaída en autos **“ACOSTA DUARTE, GILDA ROSALIA S/ RECURSO DE CASACIÓN”**, considerando el incumplimiento de la Ley Nacional N° 27499 “Ley Micaela” y la Ley Provincial N° 15134, en virtud que el Jurado Popular interviniente no recibió una capacitación en materia de género tal como la norma lo prevé, teniendo presente además que no se brindaron entre las instrucciones finales, las cuestiones relativas a la emoción violenta y al grado de culpabilidad del sujeto sometido al proceso.

En el caso concreto, se pudo acreditar que Acosta no era una victimaria más, sino que era víctima de violencia de género en su relación con Sánchez- y que el hecho por el que estaba siendo procesada se había dado en un contexto ante amenazas de muerte hacia ella, hacia sus hijos, y luego de tomar conocimiento de que sus hijos habían sufrido abusos sexuales a manos de su ex pareja. En esas circunstancias, el Tribunal no instruyó debidamente al jurado popular respecto al análisis que corresponde hacer al caso en cuestión. Para la defensa no fue suficiente la instrucción general brindada a quienes integraron el jurado, más precisamente respecto a lo que la ley entiende por “violencia de género”, su relación con el caso en cuestión, sumado a algún aspecto de “amplitud probatoria” y a la normativa internacional respecto de la materia.

En algunas provincias como Mendoza o Córdoba, existe un manual realizado específicamente para integrantes del jurado, en donde se expresan conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género, explican por qué es importante y así mismo trabajan sobre estereotipos, prejuicios y discriminación. Por último también se expone sobre los distintos tipos de violencia. Todo ello, con lenguaje claro y sencillo, con interacciones y videos para que sea lo más ameno posible.

Conclusiones. Propuesta.

Como hemos visto el Instituto del juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires, viene en constante crecimiento y perfeccionamiento.

Pese a ello, el camino transitado y la Jurisprudencia nos han demostrado, que es posible mejorar la implementación. Si a ello sumamos el sentir popular respecto a la administración de justicia, el descontento con las resoluciones, y la falta de participación democrática que impera, podemos aseverar con seguridad, que aún mucho podemos hacer más por mejorar las instituciones.

En este sentido traemos a consideración esta propuesta capacitación, que consideramos beneficiosa no solo para los funcionarios y auxiliares de justicia, sino también para los justiciables, y en lo particular para la ciudadanía en miras de lograr una participación ciudadana cierta, confiada, convencida e incluso entusiasmada, y de esta forma desterrar todo tipo de creencias populares negativas, que solo generan desconcierto, descreimiento, y desconfianza. Es nuestro deseo, que la Administración de Justicia en nuestro País, vuelva a tener el prestigio que merece, y consideramos que la participación ciudadana en la misma, colaborará con la eliminación del descrédito y los prejuicios.

Por lo expuesto proponemos:

- Se incorpore en la ley 14.543 de Juicio por Jurados, la capacitación previa para jurados.
- Que la capacitación sea previa a la intervención en el debate oral para el cual fueran designados.
- Que la capacitación incluya conceptos de imparcialidad, independencia, valoración de la prueba y perspectiva de género.
- **BIBLIOGRAFÍA.**
- Constitución de la Nación Argentina.
- Ley 14.543
- Ley 14.589 (Modificatoria de la Ley 14.543)
- Dirección de Información Parlamentaria del Congreso de la Nación: SCARSINI, Adriana y AYORA, Daniel (Colaborador), "Juicio por Jurados" Serie Estudio e Investigaciones Nro. 13. (<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/publicacion/ei13web.pdf>)
- Asociación Argentina de Juicio por Jurados <http://www.juicioporjurados.org>
- COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "Manual de instrucciones al jurado; Ley 14.543" Bs. As. Ed. Hammurabi, año 2014.
- AREA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO. "Instrumentos de participación ciudadana."
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. "Diccionario Jurídico"
- FINOCCHIARO, Enzo. "El sistema de jurado clásico. Los esquemas de Buenos Aires y Neuquén". DPI DIARIO, año 2014. (<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/07/doctrina1.08.14.pdf>)
- CUNILL GRAU, Nuria. "Participación ciudadana. Dilemas y Perspectivas para la democratización de los Estados latinoamericanos". CLAD, Venezuela, año 1991.
- OSSORIO, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales". Editorial Heliasta S.R.L. Edición 1986.
- OROÑO, Nestor A. "JUICIO POR JURADOS"
- BINDER, Alberto. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Editorial AD HOC. 2004.
- "Fundamentos de la Ley 14.543" <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-14543.html>
- Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "Manual de Juicio por Jurados". Gobierno de Daniel Scioli.
- CAFFERATA NORES JOSÉ I. y otros. "Manual de Derecho Procesal Penal" Advocatus Ediciones. 2012.
- Penna, Cristian D. "Las instrucciones del juez al jurado"
- Jorge Eduardo Buompadre. "Legítima Defensa y Violencia de Género". Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554), Marzo de 2022, No. 214. www.pensamientopenal.com.ar
- Resolución N° 2640/2023 de la CSJN
- Mario Alberto Juliano y Nicolás Omar Vargas. "Los pro y contra del juicio por jurados"

Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento

**Abog Grover Junior Perez Chavez y Abog, Arregui, Laura Hernández
Colegio Público de Abogados de la Capital Federal**

Sumario: (I) Introducción; (II) Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento; (II.1.) Igualdad como no discriminación; (II.2) Igualdad como no sometimiento; (III) Complejidades acerca de las categorías sospechosas; (IV) Una situación compleja de desigualdad: la población trans en las cárceles comunes; (IV.1.) Igualdad como no discriminación: ¿una organización dicotómica para evitar desigualdades entre la población presidiaria?; (IV.2.) Igualdad como no sometimiento: la necesidad de una política tricotómica presidiaria por las condiciones materiales de existencia; (IV.3) Consideración especial sobre lo expuesto; (V.) Conclusión.

Propuesta de trabajo: La presente ponencia se centra en el estudio profundizado de la noción de igualdad como mandato constitucional en sus dos fases. Por un lado, la igualdad como no discriminación (Art. 16) y por otro, la igualdad como no sometimiento (Art. 75 inc. 23). Luego, el modo de materializarse esta última mediante las acciones positivas, señalando la posibilidad de que se tergiverse esta obligación y se la utilice para construir normativa cuyo fin real diste de proteger a un grupo históricamente vulnerado. Finalmente, se ha subsumido la teoría desarrollada en una problemática actual basada en cómo deben concebirse políticas penitenciarias en lo concerniente al alojamiento de la población trans privada de su libertad.

Que a los fines de construir sociedades más igualitarias y por ende coadyuvar una mayor calidad democrática se propone que:

- Las acciones positivas que el Estado debe hacer para proteger activamente a la población trans privada de la libertad no debe limitarse a proponer un sistema dicotómico, en pos de la “no discriminación” o “el respeto a la identidad de género”, dentro del cual cada sujeto deba “encajar” en uno u otro género femenino/masculino.

- No se debe caer en una segregación inadmisibles donde se coloque a la persona trans en un aislamiento que derive en la generación de adicionales daños producto de una política que pretende ser antidiscriminatoria. Esto es, que, por la distinción, devengan violaciones a otros derechos humanos. Asimismo, no debe confundirse el respeto a la identidad de género, con el aislamiento en función de aquella identidad autopercebida.

- Se debe especialmente oír lo que la persona desee de acuerdo a su identidad de género y las particularidades del caso puntual. Respetar la identidad de género obliga a contemplar la individualidad del sujeto y no concebir políticas que se construyan de manera unilateral -presunciones que pueda hacer el Estado- sino de manera permanente y continua en interrelación con el presidiario especialmente vulnerable por su autopercepción.

El principio de igualdad y la problemática del alojamiento penitenciario de la población trans

I. Introducción

A partir de la reforma constitucional de 1994²⁴⁵, el principio de igualdad ante la ley (Art. 16 Constitución Nacional) se vio reforzado por una noción distinta que concibe la igualdad, no

²⁴⁵ Atento a la jerarquía constitucional que poseen los principales instrumentos de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 permitieron pasar de una mera igualdad formal a un concepto material en donde el Estado adopte medidas tendientes a remover los obstáculos que impidan de hecho la igualdad: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. II), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2° y 7°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2° y 3°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). Además, tienen relevancia una serie de instrumentos que

desde un enfoque meramente formal, sino más bien estructural (especialmente el art. 75 inc. 23, pero también en los arts. 37, 75 inc. 2 y 75 inc. 19). Esta noción reconoce las desigualdades fácticas (multidimensionales) de ciertos grupos y exige, consecuentemente, la intervención estatal por medio de acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos.

Si bien *a priori* parecieran ser incompatibles, permiten un abordaje más complejo e integral de situaciones que podrían vulnerar dicha igualdad por actos u omisiones del Estado.

Estas nociones de la igualdad van a impactar directamente en la concepción que se tiene de las categorías sospechosas de inconstitucionalidad y, por consiguiente, en el diseño de políticas públicas, en el rol de los legisladores y en las posibles respuestas que el Poder Judicial puede brindar. En el presente trabajo realizaremos un primer abordaje sobre la complejidad que implican las nociones de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, sus resultados, las interpretaciones realizadas por nuestro cívico tribunal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de las mismas en las “acciones afirmativas”.

II. Igualdad como no discriminación e igualdad como no sometimiento

II.1. Igualdad como no discriminación

La igualdad como no discriminación -Art. 16 CN- establece que todos los habitantes son iguales ante la ley, derogando los privilegios y fueros en razón del origen o situación social. En efecto, se trata de un principio que, como la norma lo indica y en consonancia con el art. 20 CN, comprende también a los extranjeros.

Esta igualdad de trato ante la ley no requiere que el Estado trate a todas las personas del mismo modo: aquí, “tratar igual” no significa “tratar a todos los individuos como si fueran idénticos”²⁴⁶. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que la ley debe ser **igual para los iguales en igualdad de circunstancias** (Fallos: 16:118, 153:67, 238:60, 182:355, 258:36, 340:1581, 344:1151 entre otros).

Justamente, no se viola el mandato de igualdad si a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los trata de la misma forma. Es decir, si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual²⁴⁷. Así, es discriminatoria toda distinción que carezca de justificación objetiva y razonable²⁴⁸.

En esta instancia, la cuestión por dilucidar no radica en determinar si el Estado puede o no realizar distinciones entre las personas. El interrogante, en verdad, apunta a establecer cuáles son los criterios que permiten diferenciar las “distinciones” permitidas por la Constitución Nacional de las que no lo son.

abordan la problemática en campos específicos, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2, 3, 5 a 16) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2). Otros instrumentos internacionales de jerarquía suprallegal (conf. art. 75 inc. 22 párr. 1°), también consagran este principio en ámbitos específicos, tales como la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (adoptada bajo los auspicios de la Unesco, 1960), el Protocolo en Materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador, art. 3), la Convención Internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará, art. 6.a) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

²⁴⁶ Saba, Roberto., *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 1ª ed., p. 36.

²⁴⁷ Aldao Martín, Ronconi Liliana y Clérico Laura, *La igualdad constitucional* en Gargarella Roberto, Guidi Sebastián, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Tomo I, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, 1ª ed., p. 492.

²⁴⁸ Corte IDH, OC-18/03 (2003), párr. 89; OC-17/02 (2002), párr. 46; y OC-4/84 (1984), párr. 56

En este sentido, es necesario recurrir al control de razonabilidad (conf. art. 28 CN) que constituye la garantía constitucional de exigir que las leyes guarden una adecuada proporcionalidad entre el medio escogido y el fin que se propone alcanzar²⁴⁹. Luego, **si el medio escogido implica realizar una distinción para conseguir un fin relevante, genuino y constitucional, se puede afirmar que sí existen razones suficientes para un trato desigualitario.**

Estrictamente, la evaluación que implica este control se basa en los siguientes elementos: la idoneidad²⁵⁰ del medio escogido, la elección de los medios alternativos menos lesivos²⁵¹ y la proporcionalidad²⁵² en sentido estricto, abarcativa de la compensación del beneficio que supone la norma y la afectación de los derechos que naturalmente se contraponen.

Por tanto, el escrutinio a realizar va a requerir un doble juicio: establecer cuál es el fin que persigue la norma que realiza la distinción y por el otro, encontrar una relación de “funcionalidad” o “instrumentalidad” entre el criterio escogido y el fin buscado.

Desde esta perspectiva, la igualdad como no discriminación tendría como finalidad que se trate a las personas de modo tal que lo único relevante **sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación**, siempre que dicho objeto sea constitucional. Vale decir, si la distinción se basa en que habrá ciertos grupos de personas que permitirán alcanzar un cierto fin, entonces tal distinción, en la medida que sea razonable, va a ser constitucional.

Sin embargo, esta visión resulta insuficiente pues la premisa de que el avance del derecho siempre va un paso atrás de la evolución de la sociedad humana es real: las diferencias de hecho entre las personas y, particularmente, las diferencias que surgen a partir de un trato históricamente excluyente o de sometimiento, son la clave para reconocer tratos diferentes que no serían tolerados por esa visión individualista de la igualdad.

De esta manera, si el derecho es ciego a las “diferencias” que en la praxis se producen, entonces se torna menester encontrar una visión distinta que dé cuenta de la intolerancia a las desigualdades que se hallan por fuera de la igualdad como no discriminación. Un ejemplo de ello, es el principio de la “igualdad como no sometimiento”.

II.2 Igualdad como no sometimiento

Esta perspectiva de la igualdad afirma que ciertos grupos de personas han sido oprimidos a lo largo de la historia en función de ciertas características identitarias (ser mujer, anciano, niño, discapacitado, indígena) lo que los coloca en una situación de desventaja que no puede ser superada sin la ayuda del Estado²⁵³. Vale decir, tiene en cuenta la realidad social y la diferencia de poder que existe entre los distintos grupos de personas.

En efecto, no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de **evitar la constitución de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados y que estas situaciones no se perpetúen en la sociedad.**

²⁴⁹ Bouzat Gabriel, *Principio de razonabilidad como límite a los poderes políticos* en Gargarella Roberto, Guidi Sebastián, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Tomo I, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p.177

²⁵⁰ Se pregunta si el medio es eficaz o conduce a promover los fines estatales de lo contrario resulta arbitraria y, por ende, inconstitucional por limitar infundadamente un derecho.

²⁵¹ Sostiene que las razones de la distinción no son suficientes si pudo haberse evitado el trato desigualitario a través de la implementación de algún otro medio alternativo (es decir uno que evite esa clasificación) que importe una menor restricción del derecho.

²⁵² Supone determinar la intensidad de restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y, por el otro lado, determinar el peso de las razones que hablan a favor de la clasificación y de la promoción del fin estatal. Por tanto, si bien la clasificación puede ser idónea para el logro de dicho fin estatal, la misma puede resultar abusiva, exagerada o desproporcionada.

²⁵³ Álvarez Inés Magdalena, *¿Es posible la igualdad?* en Herrera Marisa, Fernández Silvia E., De la Torre Natalia, *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, 1ª ed., p. 64.

La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto²⁵⁴.

Por este motivo, **la igualdad como no sometimiento requiere de “acciones afirmativas”** como herramienta para corregir las desigualdades y lograr que estos grupos históricamente discriminados puedan tener las oportunidades que les fueron negadas en el devenir de la historia de la humanidad.

Estas acciones van a tener la característica de ser transitorias (pues tienden a devenir innecesarias por haber introducido de manera permanente el no sometimiento), promueven la igualdad real de oportunidades y fundamentalmente, el deber activo del Estado en adoptarlas.

En esta línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó “... *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...*”²⁵⁵

Se debe evidenciar la existencia del cambio de paradigma: la visión tradicional se complementa —y a veces, en tensión—, con otra más moderna que advierte que la mera supresión de ciertos obstáculos normativos no necesariamente implica un resultado justo, sino que es necesario realizar acciones positivas a fin de asegurar la igualdad real.

Ahora bien, **la complejidad del *sub examine* radica en la dilucidación de cuándo la norma que contempla la efectivización de acciones positivas** -fundadas en una búsqueda de igualdad como no sometimiento- **pueden resultar un subterfugio a la concepción de categorías sospechosas de inconstitucionalidad.** En otros términos, el problema de reconocer el vínculo inescindible entre igualdad real-acciones positivas en cabeza del Estado, obliga a contemplar la posibilidad de que se tergiverse esta obligación y se la utilice para construir normativa cuyo fin real diste de proteger a un grupo históricamente vulnerable.

III. Complejidades acerca de las categorías sospechosas

Las “categorías sospechosas” se caracterizan porque su presencia conlleva que la regulación que la emplee se vea afectada de una presunción de inconstitucionalidad al estar basadas en criterios “prohibidos” tales como: raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, posición económica, etc., invirtiendo la carga de la prueba en cabeza del Estado.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se puede divisar la utilización de esta doctrina en los fallos: “Atala Riffo y niñas vs. Chile”²⁵⁶, “Duque

²⁵⁴ Saba, Roberto, ob cit, p. 63

²⁵⁵ Corte IDH, 31/8/12, “Furlan y Familiares v. Argentina”, Serie C, Nº 246, párr. 134. En el mismo sentido la CIDH ha enfatizado la necesidad de realizar acciones afirmativas, así como la recomendación de formular políticas públicas que permitan prevenir situaciones estructurales de discriminación, agregando que “*la omisión de medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar situaciones discriminatorias, de iure o de facto, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera la responsabilidad internacional del Estado*” (CIDH. Situación de las personas afrodescendientes en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5/12/2011, párr. 231; y CIDH. Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147. 7/9/2017, párr. 161.)

²⁵⁶ Corte IDH, 24/02/2012, “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

vs. Colombia²⁵⁷, “Flor Freire vs. Ecuador”²⁵⁸ (orientación sexual e identidad de género), “Norín Catrimán y otros vs. Chile”²⁵⁹ (origen étnico), “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”²⁶⁰ (Opinión política), “González Lluy y otros vs. Ecuador”²⁶¹ (Condición de portador de VIH), “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”²⁶² (Estructural), entre otros.

Por su parte, en el ámbito nacional, podemos encontrar una primera aproximación a la noción de las “categorías sospechosas” en el fallo Repetto²⁶³, “Calvo y Pesini”²⁶⁵ y “Hooft”²⁶⁶, siendo debidamente continuada en los fallos: “Gottschau”²⁶⁷, “Reyes Aguilera”²⁶⁸ “Mantecón Valdés”²⁶⁹ (nacionalidad), “Pérez Ortega”²⁷⁰, “Z., J. J.”²⁷¹, “Sala”²⁷² (sexo), y “Castillo”²⁷³ (religión).

Ahora bien, la utilización de la doctrina de las “categorías sospechosas” puede tener diferentes consecuencias ya sea que se aplique desde el enfoque de la “igualdad como no discriminación” o la “igualdad como no sometimiento”.

Desde la perspectiva de la igualdad como no discriminación, las categorías sospechosas se referirían a aquellos criterios utilizados para realizar diferencias entre las personas y que nunca parecerían justificarse como criterios que puedan superar el test de razonabilidad, es decir, una correcta adecuación de medios y fines (como el sexo o la nacionalidad). Entonces, si la persona es hombre o mujer, alta o baja, fea o bonita, resulta ser irrelevante y, por lo tanto, la elección de alguno de esos criterios o categorías pondrían en evidencia una decisión fundada en razones “prohibidas” por no ser de tipo funcional o instrumental y, por lo tanto, inconstitucionales²⁷⁴.

Esta noción de la igualdad busca la protección de cualquier clase de clasificación arbitraria en tanto irrazonables, con un cierto ideal universal en la aplicación de la ley. Sin

²⁵⁷ Corte IDH, 26/02/2016, “Duque vs. Colombia”. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf

²⁵⁸ Corte IDH, 31/08/2016, “Flor Freire vs. Ecuador”. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf

²⁵⁹ Corte IDH, 29/05/2014, “Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile”. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

²⁶⁰ Corte IDH, 22/06/2015, “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf

²⁶¹ Corte IDH, 1/09/2015, “González Lluy y otros vs. Ecuador”. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

²⁶² Corte IDH, 20/10/2016, “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf

²⁶³ CSJN, 08/11/1988, “Repetto, Inés M. c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 311:2272.

²⁶⁴ En los votos de los doctores Petracchi y Bacqué afirmaron que toda distinción entre nacionales y extranjeros en lo referido al goce de los derechos reconocidos en la Constitución se encontraría afectada por una presunción de inconstitucionalidad, derivándose de ello que quien pretenda la validez de la norma debe acreditar la existencia de un “interés estatal urgente” que justifique su empleo, no bastando la mera razonabilidad. Si bien no se utilizó de forma expresa el término “categoría sospechosa”, fue la primera vez que se hacía referencia a un “interés estatal urgente” para justificar la distinción.

²⁶⁵ CSJN, 24/02/1998, “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo”, Fallos: 321:194

²⁶⁶ CSJN, 16/11/2004, “Hooft, Pedro C.F c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 327:5118

²⁶⁷ CSJN, 08/08/2006, “Gottschau, Evelyn P. c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, Fallos: 329:2986.

²⁶⁸ CSJN, 4/09/2007, “R.A., D. c/ Estado Nacional”, Fallos 330:3853

²⁶⁹ CSJN, 12/08/2008, “Mantecón Valdés, Julio c/ Poder Judicial de la Nación”, Fallos: 331:1715

²⁷⁰ CSJN, 21/08/2013, “Pérez Ortega, Laura F. c/ Honorable Cámara de Diputados”, Fallos: 336:131.

²⁷¹ CSJN, 20/08/2014, “Zartarian Juan J. c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”, causa Z.9.XLVIII.

²⁷² CSJN, 13/05/2015, “Salas, Alberto A. c/ Provincia de Corrientes”, causa S.431.XLVII.

²⁷³ CSJN, 12/12/2017, “Castillo, Viviana C., y otros c/ Provincia de Salta”, Fallos: 340:1795.

²⁷⁴ Saba Roberto, *(Des)igualdad estructural* en Alegre Marcelo, Gargarella Roberto, *Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012, 2ª ed., p. 168.

embargo, no aspira a la protección de grupos o clases históricamente excluidos. Por ejemplo, la categoría “sexo” al referirse tanto a varones como a mujeres, implicaría que su utilización deviene en irrazonable en tanto no se funda acerca de su idoneidad o cualidades necesarias para alcanzar un fin legítimo, es decir la protección ante la arbitrariedad es simétrica para ambos.

Otro problema que presenta esta interpretación es que cualquier distinción (acciones afirmativas) que trate de manera preferencial a grupos estructuralmente desiguales, como podría ser el caso de las mujeres, no sería posible. Ello, pese a que negar al Estado la posibilidad de la utilización de estos criterios terminaría perpetuando la situación de desigualdad de estos grupos.

Desde la perspectiva de la igualdad como no sometimiento, no toda distinción sobre la base de un criterio prohibido (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, posición económica, entre otros) va a ser considerada como categoría sospechosa, sino solo aquellas que perpetúen una situación histórica de desigualdad estructural, situaciones que la Constitución Nacional ordena dismantelar a través del empleo de las acciones afirmativas (conf. art. 75 inc. 23).

Si se advierte que hay una regulación poseedora de un motivo vedado que afecta a un grupo que no puede participar efectivamente del proceso político que se trate, podrá entonces concluirse que se está frente a una categoría sospechosa porque no puede confiarse que ese proceso lo protegerá del mismo modo en que resguarda a la mayoría²⁷⁵.

De esta manera, el criterio escogido va a quedar sometido a un tipo de revisión judicial severo o estricto que versará sobre: a) la existencia de fines sustanciales (y no meramente convenientes); b) la existencia de medios que promueven efectivamente esos fines; c) la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego; d) si luego de la argumentación subsisten las dudas acerca de la validez de la norma, prevalece la presunción de inconstitucionalidad²⁷⁶.

Por tanto, pasamos de un mero control de razonabilidad (relación medio-fin) a uno más complejo cuyo análisis deberá centrarse en las repercusiones respecto de grupos que fueron sojuzgados históricamente. Es así que no habría categorías sospechosas *a priori* y será necesario analizar cada categoría o situación específica, además del impacto del trato diferente en la situación de cada grupo específico²⁷⁷.

Esta interpretación no solo exige un análisis más integral de cada situación, sino que es acorde con la implementación de medidas que tienden a revertir la situación de exclusión y segregación de estos grupos.

Ahora bien, *¿de qué manera se podrían conciliar estas nociones de igualdad en el tratamiento judicial?* Consideramos que cuando los tribunales estén frente a una regulación que utiliza un criterio de distinción vedado en los tratados de derechos humanos, lo correcto sería afirmar que se está ante una categoría “potencialmente” sospechosa (no directamente calificarla como tal) y ejercer un control de mera razonabilidad que partirá de presumir su constitucionalidad, siendo deferente hacia las elecciones hechas por los demás poderes políticos.

En segundo lugar, si se corrobora que la regulación adoptada importa una afectación a una clase que demanda una protección reforzada, recién ahí dejará de ser potencialmente sospechosa para efectivamente pasar a serlo y en consecuencia, se procederá a la aplicación excepcional del escrutinio estricto. Por ejemplo: si se estableciera como requisito para el acceso a concursos públicos ser “varón” esta distinción debería estar sujeta a un control estricto porque se vulnera la posibilidad a un grupo históricamente excluido -ser “mujer”- y que demanda una

²⁷⁵ Sánchez Caparrós Mariana, *Categorías sospechosas*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, 1ª ed., p. 95.

²⁷⁶ Amaya, Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 2ª ed., p. 462.

²⁷⁷ Saba, Roberto, ob cit, p. 124

protección especial. En cambio, si el requisito establecido fuera tener determinada “altura” en esta situación se debería aplicar un control de mera razonabilidad.

IV. Una situación compleja de desigualdad: la población trans en las cárceles comunes

Una realidad susceptible de analizar a la luz de los elementos desarrollados es cómo se deben concebir políticas públicas respecto a las personas trans que se hallan privadas de su libertad en el servicio penitenciario. A continuación se va a tratar, aunque sin arribar a conclusiones definitivas pues lo que se propone es colaborar en el debate aportando elementos innovativos, cómo puede entenderse el principio de igualdad en el marco de las vivencias de esta población en las cárceles comunes.

Es palmario que las personas que integran el grupo colectivo trans están necesariamente incluidas en los grupos históricamente vulnerados que, como tales, merecen que el Estado les preste especial atención.

Además de que las personas trans son merecedoras de una protección especial por parte del Estado en todo momento de sus vidas, cuando se trata de evaluar las circunstancias particular de hallarse privadas de la libertad en las cárceles, tal atención se acentúa e, incluso, se pone en jaque el modo de materializar la protección efectiva.

Por un lado, se sostiene que no deben hacerse “distinciones” entre el grupo trans y las personas cis-género y que, consecuentemente, aquél que sea el género auto percibido va a ser el determinante para colocar al sujeto en el pabellón que corresponda, pues se concibe una organización dicotómica -femenino y masculino-.

Por otro lado, se encuentra la posición de que las personas trans deben ser distinguidas no por el género auto percibido, sino por el hecho de pertenecer al colectivo trans, de manera que la organización penitenciaria debe ser tricotómica -femenino, masculino, trans-.

Quienes sustentan lo primero, consideran que lo segundo puede ser un modo de discriminación -segregación, específicamente- y no permite normalizar la autopercepción de género como un proceso volitivo que conlleva pertenecer a uno u otro género, afectando la identidad de género del sujeto trans; y quienes afirman lo segundo, consideran que lo primero no permite reconocer las problemáticas propias del grupo poblacional trans conllevando situaciones de desprotección y profundización de la vulneración.

En efecto, la problemática del alojamiento penitenciario para las personas que integran el colectivo LGBT+ lejos de ser novedosa, es recurrente y merece una atención urgente.

IV. 1. Igualdad como no discriminación: ¿una organización dicotómica para evitar desigualdades entre la población presidiaria?

El tratamiento de cuestiones vinculadas con el colectivo LGBT+ obliga a considerar, en primer lugar y por sobre todo, a las opiniones que nacen de su seno ya que lo primordial es aprender y aprehender lo que sustenta el colectivo afectado, y luego intentar aportar al debate.

Por ello, se trae a cuentas lo expuesto por la Red Internacional de Trabajo con Personas LGBT+ en Privación de Libertad (**Corpora en Libertad**) quien se expidió sobre esta materia en una solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación con “*Aproximaciones al Trato Diferenciado a Personas Privadas de la Libertad*” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁷⁸.

Con respecto a la alternativa de destinar lugares específicos y exclusivos para las personas trans, Corpora en Libertad expresa una posición interesante: “*En la región, el alejamiento de las personas LGBT+ dentro de los establecimientos penitenciarios es una cuestión de discriminación y marginalización. En general la tendencia observada es que los criterios que rigen el alojamiento se encuentran regidos por criterios de presunta seguridad, separación y segregación de la población por cuestiones genitalistas cisnormativas que inobservan la autopercepción de la persona, así como también su voluntad de donde alojarse. Desconociendo sus derechos al reconocimiento legal de la identidad, libre desarrollo de la*

²⁷⁸ Corpora en Libertad (Red Internacional de Trabajo con Personas LGBT+ en privación de la Libertad). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/56_Red_Corpora_Libertad.pdf

personalidad, libertad personal, igualdad y no discriminación, libertad de expresión y vida privada. En algunos casos, para evitar lidiar con las personas LGBT+ a lo interno de los centros penitenciarios se les designa un área exclusiva bajo el alegato de que es por su seguridad, regalándoles a un constante aislamiento. Esta presunta seguridad es la excusa discriminatoria que opera a nivel interno para aislar y en algunos casos, segregar a las personas LGBT+ del resto de la población de las personas reclusas, lo cual da lugar a severos episodios de depresiones, que acompañados de la ausencia de atención psicológica y/o psiquiátrica, constituyeron un escenario mortal, tal y como ha ocurrido en Argentina, donde se registraron tres suicidios en un año”

Ahora bien, Corpora en Libertad no sostiene que es una alternativa inviable la de disponer espacios separados para la población trans, sino que advierte sobre una segregación inadmisibles que devendría en causal de intensificación de la discriminación.

En este análisis, donde el foco está en la igualdad como no discriminación, se podría sostener que la no distinción de los grupos poblacionales -la dicotomía femenino y masculino- es acorde con el mandato constitucional siempre y cuando supere el test de razonabilidad.

Podría argüirse, entonces que: 1) el fin genuino es el respeto a la identidad de género; 2) el medio adecuado para alcanzar el fin es evitar distinciones en razón de si se es trans o cis, sino solamente cernirse al género autopercibido y en función de ello determinar dónde debe alojarse el presidiario; 3) que el medio elegido no es lesivo de otros derechos en juego porque se enfoca en ser respetuoso estrictamente de la identidad de género; 4) en la medida en que se respete la identidad de género del sujeto particular, no surge a simple vista cuál es la compensación del derecho afectado que hay que ponderar con el beneficio de la norma.

Ahora bien, aflora rápidamente la insuficiencia del criterio de igualdad como no discriminación porque se limita a la evaluación del fin y el medio en particular, su adecuación y proporcionalidad, pero no contempla otras causales que rodean a la problemática: ¿qué ocurre con las violencias que viven las personas trans en el pabellón que le corresponde por su autopercpción de género? ¿Respetar la identidad de género implica exclusivamente una organización separada en género femenino/masculino? ¿Qué hacer con aquellas personas trans que no se identifican como “mujer” u “hombre” sino como “mujer trans” y “hombre trans”?

De lo que se trata es de poner en duda si concebir la igualdad estrictamente como no discriminación es el criterio conveniente que debe guiar la política penitenciaria o si, conforme fuera expresado *ut supra*, se torna insuficiente para abordar la temática con las particularidades que presenta.

Es decir, bajo el discurso del respeto a la identidad de género -identificarse como género femenino o masculino únicamente-, se sostiene estrictamente que la organización penitenciaria debe ser dicotómica. Luego, se puede estar produciendo una falsa defensa de los derechos humanos que se hallan en juego: si bien la segregación es inadmisibles, igualmente hay que tener en cuenta las condiciones particulares que presenta la población trans en situación de privación de la libertad. Al respecto, hay que tener en cuenta que *“De acuerdo con el Relator Especial de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, esta mayor exposición a la violencia se debe a tres factores principales, a saber: (i) la percepción de inferioridad que tienen otros prisioneros respecto de las personas LGBTI, (ii) su detención en condiciones peores que las del resto de la población carcelaria, y (iii) la incitación y tolerancia de los actos violentos por parte del personal penitenciario. En atención al panorama anteriormente descrito, la Corte ha considerado imperioso que se tenga en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas LGBTI privadas de la libertad, inter alia, de sufrir agresiones físicas y psicológicas.”*²⁷⁹

Emana posible, en estos términos, concebir alternativas que no se limiten a “no segregar” -no discriminar-, sino a plantear un enfoque multicausal que deba recurrir a la

²⁷⁹ Considerando 231, Opinión Consultiva OC- 29/22 de 30 de mayo de 2022 “Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad” (Corte IDH)

distinción de la población trans del resto poblacional carcelario sin necesidad de generar una violación a la identidad de género.

En definitiva, cuando nos ubicamos en la perspectiva de la igualdad como no discriminación, no debemos caer en creer erróneamente que el respeto a la identidad de género no admite distinciones. Si bien la distinción en razón de la identidad de género no debe provocar una segregación disvaliosa -vrg. aislamientos de la población trans-, igualmente se debe reconocer la importancia de contemplar el deber de los Estados de asumir un rol activo en el tratamiento de esta problemática. Solamente “no discriminar” -y por lo tanto, rechazar la posibilidad de distinguir- es insuficiente para construir una política penitenciaria acorde a las necesidades de la población trans.

IV. 2. Igualdad como no sometimiento: la necesidad de una política tricotómica presidiaria por las condiciones materiales de existencia.

En un pronunciamiento reciente, del 3 de marzo de 2017, el Juzgado de Garantías N° 6 del Departamento Judicial Quilmes, con sede en Florencia Varela, en el marco de un incidente de habeas corpus correctivo HC N°13-02-000001-17, promovido en favor de D. L. B, resolvió que el Servicio Penitenciario de la Provincia debía realizar los cambios propugnados respecto a las personas alojadas en los pabellones 2 y 11 de la Unidad 32 de modo tal que sean exclusivamente destinados a internas mujeres trans o travestis.

En ese sentido, se ordenó que aquellos pabellones funcionen exclusivamente para el grupo poblacional de mujeres trans o travestis, debiendo contar con el personal femenino mínimo para garantizar su intervención en requisas o cualquiera otra medida necesaria a realizarse dentro del Pabellón.

El fallo en mención concibe la necesidad imperiosa de construir una realidad presidiaria tricotómica, en donde haya distinción entre grupos cis femeninos, grupos cis masculinos y grupos de, en este caso, mujeres trans o travestis (no se ha mencionado al grupo de varones trans o travestis). Para así decidir, se ha motivado en que *“el error de mantener en el mismo lugar de encierro a personas cisgénero con personas trans y travestis, hace que se generen relaciones desiguales, serviles, abusivas y humillantes; tal como se ha documentado en este expediente y a mayor abundamiento da cuenta el Manual Sobre Reclusos con Necesidades Especiales de la ONU”*.

Además, se señaló que *“...la separación de los grupos reducirá la violencia y los problemas de convivencias y los inconvenientes que subsistan deberán ser sorteados, por todos los actores involucrados”*.

Luego, agregó que *“...una simple manifestación de identidad de género no basta para producir el ingreso de una persona a un determinado pabellón”* (tal como fue señalado *ut supra*). Por ello, remarca que *“en la actualidad las mujeres trans y travestis están alojadas en unidades penitenciarias para personas masculinas y por ende todo el personal del SPB que interactúa con la población de mujeres trans y travestis es masculino”*.

Del precedente se desprende que el medio para alcanzar el fin de proteger la identidad de género -entre otros objetivos concurrentes- es destinar pabellones exclusivamente a ser habitados por personas trans, de manera tal que la acción positiva que se le impone al Estado es la inversión en reestructurar -desde las disposiciones de los pabellones hasta la contratación de personal- las condiciones existentes en las cárceles. Esto es, se debe concebir una distinción clara entre los sujetos presidiarios y debe haber una acción positiva tendiente a ello.

Ahora bien, parecería que es suficiente con destinar pabellones exclusivos a la población trans para satisfacer las obligaciones del Estado en lo que respecta a la protección de los derechos humanos de las personas trans privadas de la libertad. Sin embargo, si se decide que la acción positiva será la separación por razones de autopercepción, varias consideraciones merecen hacerse a fin de que esa acción sea realmente positiva, y no un subterfugio a una segregación inconstitucional e inconvencional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en la Opinión Consultiva OC- 29/22 de 30 de mayo de 2022, que *“Varios instrumentos internacionales sobre el*

tratamiento de las personas privadas de libertad reconocen un principio general de la separación de las personas en razón de su sexo, luego de haber consignado dicho dato personal en los registros del centro penitenciario. En el marco del procedimiento consultivo se ha señalado que los ambientes penitenciarios fueron pensados no sólo desde un punto de vista androcéntrico (supra párr. 126), sino también desde las lógicas dominantes de la binariedad del sexo, la cisonormatividad y la heteronormatividad. Ello presenta especiales desafíos para el respeto y garantía de los derechos de las personas trans, así como de las personas con identidades de género no-binarias. De este modo, la falta de reconocimiento de la identidad de género en el contexto penitenciario implica un riesgo de vulneración de sus derechos y una mayor exposición a la violencia de estas personas (supra párrs. 230 a 232). Además, existe consenso en el marco del derecho internacional de los derechos humanos en que, de forma general, la clasificación y separación de las personas privadas de la libertad jamás podrá justificar un trato inferior al recibido por otras personas reclusas, ni implicar tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”²⁸⁰

Si se sostiene la separación de los grupos poblacionales, entonces debe considerarse que la Corte IDH ha dicho que *“Al referirse a la ubicación de las personas LGBTI en centros penitenciarios, la Corte ha hecho referencia al Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el cual señala que las personas privadas de libertad LGBTI no deben alojarse en celdas con otros prisioneros que pueden poner sus vidas en riesgo. Dicho instrumento dispone que los Estados deberían aplicar un sistema de clasificación que “reconozca las necesidades especiales de protección de las personas homosexuales, bisexuales y transexuales” y se ajuste al principio esencial de asignar un “entorno que garantice mejor su seguridad”. Para ello, se recomienda: a) tomar en consideración la voluntad y temores de las personas privadas de libertad; b) no ubicar a los reclusos homosexuales, bisexuales y transexuales en dormitorios o celdas junto con reclusos que puedan significar un riesgo para su seguridad; c) no asumir que es apropiado alojar a personas trans de acuerdo con su sexo asignado al nacer, sino en cambio, **consultar con los reclusos implicados y considerar las diferentes necesidades de alojamiento**, y d) garantizar que no exista discriminación en la calidad del alojamiento dado a los grupos homosexuales, bisexuales y transexuales”²⁸¹*

En fin, que *“A la luz de los estándares internacionales en la materia, la Corte considera que la ubicación de una persona LGBTI dentro de un centro penitenciario debe ser determinada por las autoridades estatales **de conformidad con las particularidades de cada persona y su situación específica de riesgo**, en atención al contexto especial de cada Estado, pero siempre teniendo como principios rectores el respeto a la identidad y expresión de género, evitando cualquier situación que produzca problemas de convivencia; la participación de la persona interesada, y la protección contra la violencia en su contra y en relación con el resto de la población penitenciaria”²⁸²*

Por lo expuesto, se puede proponer una combinación entre la igualdad como no discriminación y la igualdad como no sometimiento: mientras habrá sujetos que puedan optar por no ser distinguidos del género autopercebido, habrá otros que requerirán una distinción especial y específica que contemple su contexto individual, razón por la que se les debe ofertar la alternativa de un espacio contemplativo de su condición de vulnerabilidad.

Tal es la acción positiva que puede construirse en la posterioridad, básicamente un sistema que reconozca la amplitud de vivencias que tiene el colectivo trans y la diversidad de

²⁸⁰ Considerando 237, Opinión Consultiva OC- 29/22 de 30 de mayo de 2022 “Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad” (Corte IDH)

²⁸¹ Considerando 239, Opinión Consultiva OC- 29/22 de 30 de mayo de 2022 “Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad” (Corte IDH)

²⁸² Considerando 247, Opinión Consultiva OC- 29/22 de 30 de mayo de 2022 “Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad” (Corte IDH)

tratamientos que merece la situación particular de encontrarse en privación de la libertad, pues nunca puede admitirse que el ser presidiario implique admitir un trato inhumano o un valladar al deber del Estado de proteger los Derechos Humanos: *“Los instrumentos específicos relativos al tratamiento de las personas privadas de libertad desarrollados tanto a nivel universal como interamericano también hacen hincapié en la centralidad de la dignidad, como uno de los valores más fundamentales de la persona humana, en el desarrollo de toda política penitenciaria. Del mismo modo, las Reglas Nelson Mandela establecen que “[t]odos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos”*²⁸³

IV. 3. Consideración especial sobre lo expuesto

El estudio de la situación de la población trans en el servicio penitenciario es altamente complejo y requiere de una extensión que no puede ser abarcada en el presente trabajo, pues la interrelación de los derechos humanos que se encuentran correlacionados en la temática obliga a la evaluación individualizada de cada uno de ellos para luego arribar a una conclusión realmente integral.

Pese a ello, el presente análisis pretende circunscribirse al tratamiento de una problemática particular que se presenta en discusiones cotidianas -dada la fluctuación natural que tiene la identidad de género- y a pensar a dónde debe apuntar una política pública presidiaria y el modo más compatible con el sistema que impone el bloque de constitucionalidad federal que guía el accionar público.

Esto es, aproximarnos a concebir lineamientos para una política pública de este calibre obliga a intentar aportar elementos que diluciden el panorama mediante un enfoque en el principio de igualdad consagrado en el Artículo 16 de nuestra Carta Magna.

Así, penetrar el contenido del principio de igualdad como no discriminación y el principio de igualdad como no sometimiento y subsumirlo en la praxis penitenciaria con enfoque en la población trans, permite alcanzar, al menos, la punta del iceberg de esta problemática. Una vez más, el desarrollo de lo expuesto pretende colaborar en el debate a partir de incorporar elementos de estudio, no arribar a conclusiones inamovibles o incuestionables.

Luego, se destacan las siguientes reflexiones que pueden resultar de interés:

(1) Las acciones positivas que el Estado debe hacer para proteger activamente a la población trans privada de la libertad no debe limitarse a proponer un sistema dicotómico, ocultada en el slogan de la “no discriminación” por el “respeto a la identidad de género”, dentro del cual cada sujeto deba “encajar” en uno u otro género femenino/masculino;

(2) Tampoco se debe caer en una segregación inadmisibles donde se coloque a la persona trans en un aislamiento que derive en la generación de adicionales daños producto de una política que se dice ser antidiscriminatoria. Esto es, que, por la distinción, devengan violaciones a otros derechos humanos. No debe confundirse el respeto a la identidad de género, con el aislamiento en función de aquella identidad auto percibida;

(3) **Se debe especialmente oír lo que la persona desee de acuerdo a su identidad de género y las particularidades del caso puntual.** Respetar la identidad de género obliga a contemplar la individualidad del sujeto y no concebir políticas que se construyan de manera unilateral -presunciones que pueda hacer el Estado- sino de manera permanente y continua en interrelación con el presidiario especialmente vulnerable por su autopercepción.

En fin, las acciones positivas que deben hacerse para este grupo poblacional no pueden importar categorías sospechosas de inconstitucionalidad -distinguir a la persona trans de manera arbitraria como serían los supuestos del punto 1 y 2- sino que deben tender a una distinción constitucional: que si el camino para el respeto integral de los derechos humanos de las personas LGBT+ amerita una atención especial, el producto que se construya no puede ocultar una manera de profundización de la vulnerabilidad, sino tender hacia un verdadero sentido de la igualdad real.

²⁸³ Considerando 37, Opinión Consultiva OC- 29/22 de 30 de mayo de 2022 “Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad” (Corte IDH)

V. Conclusión

El estudio del imperativo constitucional “Igualdad” presenta un desarrollo doctrinario y jurisprudencia de una densidad compleja, abarcativa de perspectivas que, aun cuando puedan contraponerse, también se complementan. Es esa interrelación permanente entre las nociones de la igualdad lo que debe guiar la concepción de las acciones positivas que se colocan en cabeza del Estado a efectos de evitar una desnaturalización de verdadero sentido perseguido: que la acción afirmativa no sea un disfraz a la perpetuación de la desigualdad entre los seres humanos a partir de presentar categorías sospechosas de inconstitucionalidad.

El objetivo buscado en el presente trabajo es poner en cuestionamiento la concepción histórica de la igualdad -como no discriminación- y defender una noción más actual y acorde -no sometimiento- a la evolución de las funciones de respeto a los Derechos Humanos que a partir de la incorporación del bloque de constitucionalidad federal han acaecido en obligaciones del Estado.

Luego, abordar una problemática específica -población trans privada de la libertad- da cuenta de la complejidad del estudio de la igualdad y la trascendencia de concientizar este nuevo escenario jurídico.

Non bis in idem en la jurisprudencia del TFN

**Abog Cattenazzi, Lucio N.
Colegio de Abogados de San Martín**

TEMA:

El presente trabajo tiene por objeto analizar el principio jurídico “non bis in idem” en la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación con relación al derecho penal aduanero.

I.- Fuentes del Principio “non bis in idem”:

El principio “non bis in idem” cuya acepción proviene del latín, es traducido por la doctrina jurídica en español como “garantía contra el doble juzgamiento”²⁸⁴.

Dicho principio adquiere estatus constitucional expreso con la reforma del año 1994, encontrándose actualmente receptado por el artículo 14 apartado 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁸⁵ y por el artículo 8 apartado 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁸⁶, ambos tratados internacionales con jerarquía constitucional por disposición del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Asimismo el principio se consideraba implícito en la Constitución, ya sea como:

a) parte integrante del artículo 18 de la Constitución, ya que de no existir como tal el resto de las garantías penales consagradas en dicho artículo se verían desdibujadas.

b) o como un desprendimiento de los derechos implícitos del artículo treinta y tres de la Constitución Nacional.

Asimismo, dicho principio se encuentra en el artículo primero del Código Procesal Penal²⁸⁷ (receptado por el CA en el artículo 1017 inciso 2)²⁸⁸ y en lo que nos interesa para el presente trabajo, el principio se encuentra recepcionado en el Código Aduanero en el artículo 897.²⁸⁹

II.- Jurisprudencia.-

a.- MINASSIAN JUAN MIGUEL C/ DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS S/ RECURSO DE APELACIÓN

²⁸⁴ Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, autor Maria Angélica Glli, Página 419

²⁸⁵ “7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

²⁸⁶ “4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

²⁸⁷ “Artículo 1° - Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.”

²⁸⁸ Artículo 1017. (...) 2. Cuando se tratare de los procedimientos por infracciones y por delitos aduaneros, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Procedimientos en lo Criminal la Justicia Federal y los Tribunales de la Capital y Territorios Nacionales, las que prevalecerán sobre las indicadas en el apartado 1.

²⁸⁹ “Nadie puede ser condenado sino una sola vez por un mismo hecho previsto como infracción.”

a.1.- Hechos²⁹⁰:

Al Sr. Minassian y a la empresa Bovan S.A le inician dos expedientes, con la siguiente numeración 604453/96 y 602594/96, a través de una denuncia efectuada por la Div. Fiscalización de Importación por Incumplimiento a lo Dispuesto en la Disp. Anmat n° 2145/95 y Res. Ana N° 2016 en relación a la mercadería documentada en el D.I N° 18070-2/96.

Asimismo se comprueba que ambas denunciadas, a pesar de tener distintos números de expediente, son idénticas en cuanto a la mercadería involucrada, el despacho de importación por el cuál se documentan, la infracción imputada y el funcionario del servicio aduanero actuante.

Que en el expediente N° 604453/96 mediante el fallo 4703/02, del día 21.10.02, se absuelve al Sr. Minassian y se condena a la persona jurídica, pero en cambio en el expediente N° 602594/96 se condena a ambos. La condena se fundamenta en ambos casos en el artículo 954, ap. 1°, inc b) del Código Aduanero.

El Sr. Minassian apela ambas resoluciones condenatorias pidiendo en el primero la absolución de la empresa y en el segundo la absolución de ambos. Que a pesar de haber argumentado que solicita la absolución a los fines de evitar que la empresa sea condenada y que esto le traiga cuestiones por responsabilidad civil, es que le desestiman cualquiera oportunidad de representación atento su falta de acreditación y que bajo ninguna posibilidad tiene el derecho representar a dicha empresa.

a.2. Voto minoritario: apelar una absolución.

Por lo que en el considerando IX se analiza la idea de sí el Sr. Minassian puede apelar una resolución en donde fue absuelto. Por lo que se expresa la conformidad con la idea de que ambos expedientes del ámbito administrativo aduanero al ser idénticos pero con resultados contradictorios deben ser tratados conjuntamente por ser una única causa que solo puede tener culminación en una único fallo. Atento lo dicho, se le concede al Sr. Minassian la posibilidad de apelar la resolución y que estas se traten conjuntamente.

a.3.1 Voto minoritario: interpretación amplia del non bis in idem.

Por lo que se realiza un análisis del caso y luego en el considerando XI aparece por primera vez en todo el fallo, el principio en análisis “non bis in idem”, desde ya el vocal hace mención, por todo lo nombrado anteriormente, que el principio se encuentra violado y menciona especialmente que no solo en cuanto a las resoluciones contradictorias que ponen fin a las mismas sino también a la prosecución de las causas.

a.3.2 Voto minoritario: Fuente; efecto jurídico de la aplicación del principio; tipos de nulidad y oportunidad de dictarla.

Asimismo recepta dicho principio como parte de la garantía del debido proceso (artículo 18 de la Constitución Nacional) y en el art 1 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina (aplicable por el 1017 inc 2 CA) y determina que ambos procesos están viciados de nulidad desde su inicio. Luego analiza la nulidad que le ocupa a estos expedientes de una manera muy interesante, ya que determina que ambos expediente son nulos por el tipo de nulidad impropia,

²⁹⁰ Se toma para análisis la narración de los hechos realizada por el voto minoritario, a la cuál también adhiere el voto mayoritario.

ya que sus irregularidades son reflejos, atento que el contenido viola normas jerárquicamente superiores a la ley procesal y cita los artículos descritos en el principio de este párrafo. Por lo que establece que a pesar de que los actos de la causa fuera individualmente “formalmente” válidos, los procesos y resoluciones recaídos, son nulos por estar en violación a principios y garantías institucionales. Y determina que este tipo de nulidad puede ser declarada de oficio por aplicación del artículo 168 del Código Procesal Penal de la Nación.²⁹¹

a.3.3: Voto minoritario: El consentimiento del recurrente y la nulidad de la resolución absolutoria:

Que atento la riqueza de la interpretación que hace el Dr. Krause es necesario detenerse y reflexionar en cómo justifica la nulidad de la resolución consentida que absuelve al recurrente. La justificación parte de que la resolución absolutoria está en contradicción por los mismos hechos e imputación con la condenatoria y que por ende constituye una única situación jurídica, que por ser contradictoria y violatoria de los principios constitucionales y legales debe ser anulada.

a.3.4- Voto minoritario del Dr. Krause Murguiondo:

Que por los argumentos expuestos el Dr. vota lo siguiente:

- a) Desestima la pretensión del Sr. Minassian de representar a la empresa Bovan S.A
- b) Determina que ambas actuaciones N° 604453/96 y N° 602594/96 deben ser declaradas nulas.

a.4. Voto en mayoría de la Dra. Garcia Vizcaíno, al cuál adhirió la Dra. Winkler:

Que la Dra. toma los hechos tal y como los explico la minoría y comparte que el principio “non bis in idem” se encuentra violado.

a.4.1. Legitimación de la aplicación del principio:

a.4.1.1 Fuente del principio:

A diferencia del voto minoritario, la Dra. encuentra la fuente del principio en el art 33 de la Constitución Nacional como implícitamente comprendido en el contexto de las declaraciones, derechos, y garantías de dicho instrumento, aunque asimismo cita el art 1 del CPP. Otra cuestión diferencial de su voto es que toma como fuente del principio el artículo 897 del Código Aduanero e interpreta que el principio si bien está recogido por dicho artículo, es que se encuentra receptado de una forma restringida, ya que habla de condena en vez de persecución y solo se refiere a infracciones. Por lo que abre la posibilidad de que la Aduana, por ejemplo, sancione por infracciones aunque por los mismos elementos objetivos y subjetivos de los hechos hubiera recaído sentencia absolutoria, etc²⁹², ya que en estos casos no hay identidad

²⁹¹ Art. 168. - El tribunal que compruebe una causa de nulidad tratará, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente. Si no lo hiciere, podrá declarar la nulidad a petición de parte. Solamente deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso, las nulidades previstas en el artículo anterior que impliquen violación de las normas constitucionales, o cuando así se establezca expresamente.

²⁹² Extracto del voto a analizar: “Ello importa la posibilidad de que la Aduana sancione por infracciones (v.gr., por tenencia injustificada de mercadería extranjera con fines comerciales o industriales) aunque

de causas porque los jueces y tribunales en lo penal económico y federales no tienen competencia originaria en materia de infracciones aduaneras. Aunque en el caso de aplicación de condena se aplica el artículo 913 del CA y se imponen las penas como delito.²⁹³

a.4.1.2: Alcance de la identidad y doctrina:

Que la Dra. se explaya sobre la identidad de ambas causas y determina que la identidad para funcionar como tal debe ser triple, es decir de sujetos, objeto y causa, asimismo cita doctrina la cuál avala su postura²⁹⁴. Por lo que determina que existe identidad entre las causas y deben ser tratadas conjuntamente.

a.4.1.3: Efectos de la nulidad

Otra diferencia interesante con el voto minoritario es que el voto mayoritario otorga la nulidad, pero no sobre todos los expedientes sino sobre el expediente 602.594/96 cuya resolución condenaba a ambos (despachante y empresa). En tanto justificó que la apertura del sumario de prevención del 18.6.96 que se habría dictado en el expediente 604453/96 invalidó las actuaciones sumariales proseguidas en el expediente N° 602594/96, y que la absolución aprobada por el Subdirector General de Operaciones Aduaneras Metropolitanas mediante Res. 831/2002 del 12.11.02 importó que implícitamente se dejará sin efecto la anterior condena, es decir el fallo del expediente 602594/96.

a.4.2: Voto Mayoritario, y por ende, Resolución del fallo:

- a) Se desestima la pretensión del Sr. Minassian de representar a la empresa Bovan S.A
- b) Se declara la nulidad de la resolución condenatoria, del expediente N° 602594/96.
- a) Se declara la confirmación de la resolución absolutoria del expediente N° 604453/96.

III.- Analisis de la aplicación jurisprudencial del non bis in dem :

Atento el fallo analizado podemos desprender las siguientes conclusiones prácticas sobre el principio en cuestión:

a) Su fuente dentro del ordenamiento jurídico Argentino se encuentra en disputa:

Pudimos apreciar en el fallo Minassian dos posturas diferentes:

por los mismos elementos objetivos y subjetivos de los hechos hubiera recaído sentencia absolutoria (art. 402 del CPP) o auto de sobreseimiento (arts. 334 a 338 del CPP), o, desde luego, se ordenará el archivo de las actuaciones preventivas por no haberse configurado delito (art. 195 del CPP), o se rechazará el requerimiento fiscal (art. 195 del CPP), o simplemente se desestimara la denuncia (art. 180 del CPP) por alguno de los delitos aduaneros contemplados en el título I de la sección XII del CA.” Extracto del voto analizado.

²⁹³ **ARTÍCULO 913 del CA:** Salvo disposición especial en contrario, cuando un mismo hecho configurare simultáneamente una infracción aduanera y un delito, se impondrán las penas previstas para el delito.

²⁹⁴ “Derecho Tributario, Tomo II, ps. 96/97, Depalma Buenos Aires, 2, Edición, 2000.

1) El voto minoritario del Dr. Murguiondo lo ubicaba como implícito en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

2) en cambio la Dra. Vizcaíno lo ubicaba implícitamente dentro del artículo 33 de la Constitución Nacional. Asimismo, la Dra. nombra el artículo 897 del Código Aduanero que recepta este principio, y en cambio, el Dr. no.

Aunque ambos comparten la fuente del artículo primero del Código Procesal Penal.

Lo que tiene como implicancia que a futuro el operador jurídico deberá determinar bien cuál es la génesis de dicho principio a los fines de fundamentar su reclamo y de determinar sus efectos.

b) Los efectos del principio varían según la interpretación:

Pudimos observar en el fallo Minassian dos posturas diferentes.

a) El voto minoritario del Dr. Murguiondo tomó como efecto del principio la nulidad impropia atento a que el contenido de los expedientes violaba normas de jerarquía superior, por lo que en el análisis práctico tuvo por consecuencia la nulidad de ambos expedientes.

b) En cambio la Dra. Vizcaíno tomó como efecto del principio la nulidad de un solo expediente.

Diferencia central en el fallo en cuestión, que tiene como implicancia para el operador jurídico el análisis que deberá realizar a los fines de determinar qué posición jurisprudencial le resulta más conveniente seguir.

c) La determinación de la identidad de los expedientes:

Pudimos analizar en el fallo Minassian dos posturas argumentativas diferentes.

a) El voto minoritario del Dr. Murguiondo tomó como determinante para la identidad de los expedientes en el considerando XI que aquellos compartan los mismos hechos y la misma infracción imputada.

b) En cambio la Dra. Vizcaíno tomó como determinante para la identidad de los expedientes, la triple identidad de sujeto, objeto y causa.

Si bien podemos reconocer que en el fondo la diferencia se corresponde a una mera diferencia de lenguaje, si uno se pone estricto, considero que el criterio utilizado por la Dra. Vizcaíno es más específico y vuelve práctica la tarea de analizar si existe o no identidad y por ende sí es aplicable el principio non bis in idem, por lo que este sistema implicaría al operador jurídico un mejor entendimiento de las causas que tiene bajo su escrutinio.

d) Alcances del artículo 897 del CA.-

Que la Dra. Vizcaíno interpreta el artículo citado en el título de este punto en el fallo Minassian estableciendo que dicho artículo recepta el principio non bis in idem de forma restringida, atento que solo habla de "condenas" e "infracciones", y no incluye por ejemplo el término "persecución", es que podemos concluir que el operador jurídico debe, en caso de fundamentar su pedido de aplicación del "non bis in idem", no solo basarse en dicho artículo

sino en otras fuentes del derecho que amplíen el alcance del mismo, como por ejemplo, siguiendo las fuentes utilizadas en el fallo, el artículo 33 de la Constitución Nacional y el artículo 1 del CPP.

IV.- Recomendaciones:

Por todo esto y a modo de recomendación este trabajo se propone traer a debate a los Colegios de Abogados Departamentales las implicancias prácticas para la profesión liberal del accionar interpretativo del TFN. Ya que es de destacar que un abogado que asesora en lo correspondiente al derecho aduanero debe conocer las interpretaciones que fijan los alcances de los principios fundamentales del derecho.

En particular recomiendo a los Colegios:

a.- La creación de una Comisión Permanente encargada de la recolección de fallos del TFN y asimismo de interpretar el alcance de dichos instrumentos a los fines de conceptualizar sus doctrinas.

b.- Realizar una publicación de carácter semestral a cargo de dicha Comisión a los efectos de sistematizar y volver públicos los conocimientos adquiridos.

c.- Establecer comunicaciones permanentes con el TFN, a los fines de organizar charlas públicas, sobre los temas investigados, con los actores principales de dicha institución.

El Derecho a Compulsar expedientes del Art. 57, segundo párrafo de la ley 5177

Abog Lorente, Juan Ignacio

Colegio de Abogados de San Isidro

Síntesis.

Se intentará en modo breve y concreto, plantear la problemática relacionada con la imposibilidad de acceder a tomar vista de expedientes radicados en órganos de la Justicia Penal y de Familia.

Desarrollo.

En muy buena medida, la labor desarrollada por los y las letradas, se relaciona con el asesoramiento derivado de tomar conocimiento de una situación jurídica determinada y asesorar a la persona consultante al respecto de esta. Para tomar conocimiento de dicha situación, es necesario tomar vista de expedientes. En términos históricos, la vista de causa se realizaba a partir de la exhibición de la credencial, tomando vista física del expediente. A partir de la incorporación del expediente digital y el portal de acceso al sistema, Mesa de Entradas Virtual, no fue más necesaria la presentación de credencial, sino que basta con incorporar en el buscador, la carátula del expediente e indicar el órgano interviniente.

Aquí observamos el primer escollo. Si bien la Corte Bonaerense ya ha anticipado que próximamente se podrá compulsar en términos más generales, tal como se realiza en el portal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la fecha resulta improbable detectar un expediente, de no ser por la búsqueda expresa órgano por órgano. Esto redundaría en una menor probabilidad de acercamiento del justiciable al proceso, en virtud de que estando en conocimiento del transcurso de un posible proceso que lo tenga como parte, no existe una forma organizada de consultar el sistema.

No obstante la imposibilidad de compulsar, a este escollo se suma la incapacidad de tomar vista de expedientes que tramitan en los fueros Penal y de Familia. Aquí bajo una presuntiva “protección” de la identidad de víctimas e imputados, se veda el acceso a los matriculados, aún cuando la presentación se equipare a la “Exhibición” de credencial impuesta por la ley.

Y no es poca cosa destacar que la ley 5177, como ley del derecho público de la Provincia de Buenos Aires, no está sujeta a la autoridad del gobierno federal, en atención a que es una atribución no delegada a este. Y es por ello que bajo ningún punto de vista norma alguna emanada del Congreso de la Nación, podría modificar lo prescripto.

En primer orden, no todos los temas atendidos por los órganos aludidos, corresponden a procesos cuya ocurrencia deba guardarse en secreto. En segundo orden, el legislador ya ha previsto esta situación, y ha entendido que las y los profesionales son capaces de comprender la sensibilidad de los temas tratados, razón por la que no deberíamos hacer publicidad de los mismos, siendo responsables por la difusión, por ante los órganos que la propia ley establece como garantes de su cumplimiento.

Es por ello que comprendo que vedar de acceso a la toma de vista de la totalidad de expedientes de los fueros ya mencionados, resulta un acto arbitrario y contrario a toda la matriculación. Pero particularmente hace mella en las y los colegas que iniciando el ejercicio profesional, debemos realizar varios pasos procesales sin estar obligados por la ley.

Un juicio de alimentos, en donde un progenitor resulta accionado por otro, si bien se basa en el derecho de los niños, niñas y adolescentes, no deja de ser un juicio de neto corte patrimonial. Sin embargo, para el criterio de la Cámara de Apelaciones de Zárate Campana, tal lo vertido en los autos “ZC - 10132 - 2023, GARCIA, FLORENCIA ANDREA C/ CINCOTTA, FACUNDO SIMON S/ ALIMENTOS”, no es derecho de los letrados compulsar los expedientes, de no mediar autorización de una de las partes. Ello por lo normado en el art. 708 del Código Civil y Comercial de la Nación, que reza: “Acceso limitado al expediente. El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso”. De un análisis no muy acabado, resulta evidente que no todos los procesos que son sometidos a la jurisdicción de un juzgado de familia corresponden a procesos de familia.

Entonces, cuál sería un modelo razonable. A priori, resulta de importancia destacar, que la Mesa de Entradas Virtual, es de acceso público, cualquier ciudadano puede crear su propio usuario y realizar consultas. Y no tendría ningún sentido que cualquier lego pueda acceder a expediente alguno. Sin embargo, poco importa a la SCBA que un ciudadano pueda tomar conocimiento de las discusiones familiares inherentes a un proceso sucesorio, o que cualquier ciudadano/a pueda leer información sensible sobre un juicio por daños. Porque, en definitiva, lo que resulta evidente, es que a partir del bloqueo al acceso, bloquean la llegada del patrocinante al proceso. Pudiendo actuar a escondidas por más tiempo.

Esto resulta más que evidente en las causas penales, en donde esa imposibilidad de acceso permite el avance a velocidades supersónicas, debiendo los y las profesionales aguardar al siguiente día hábil, para que con buena voluntad se provea. Y a su vez, se exija la fundamentación del pedido y se acompañe autorización de una de las partes o actores procesales. Con disculpas por la reiterancia, siendo obligados a hacer lo que la ley no manda.

Y retornando sobre el modelo posible, es dable pensar en dos posibilidades. La primera, que todos las y los letrados tengamos acceso irrestricto a todas las causas, con la excepción de solamente aquellas por cuya temática se deba reserva. P.Ej, todas las que investiguen los delitos contenidos en el artículo 119 del Código Penal (Delitos Sexuales). O bien que se restrinja la lectura de nombres y apellidos sobre los mismos, y que se deje constancia de la vista de la causa - siempre en forma automática, y nunca dependiendo de la buena voluntad del empleo judicial- de modo que quien haga pública información que pueda afectar derechos de terceros, sea responsable por sus actos.

En conclusión, resulta de máxima relevancia, que la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, imprima velocidad en las mejoras tecnológicas que permitan la compulsión real, por nombre y apellido, de la existencia de cualquier tipo de causa, de cualquier fuero. Y por seguir, resulta de máxima prioridad también que se garantice el acceso a la totalidad de causas, tramiten en el fuero que tramiten, a las y los profesionales del derecho.

Conclusión:

Es preciso que arbitren los medios para garantizar el acceso de profesionales a la compulsión de causas que tramitan en los fueros PENAL y de FAMILIA.

Jaque a la reina. Vacantes en la justicia bonaerense

Abog Cáceres Beltrán Claudia Inés (Colegio de Abogados de Mar del Plata) y Abog Leiria Matias Ezequiel (Colegio de Abogados de San Isidro)

1. - Abstract – 2. - Introducción - 3. - La importancia de los ausentes – 3.1 - El valor del capital humano – 3.2 - El factor tiempo – 3.3 - Las vacantes - 4.-Conclusión – 5. - Propuesta

1.- Abstract

El Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires se encuentra desde hace mucho tiempo atravesando un problema que atenta tanto, a los judiciales como a los profesionales del derecho. Las vacantes existentes en los distintos juzgados, tribunales y demás dependencias son una problemática que enfrentamos las abogadas y los abogados dentro de la provincia de Buenos Aires, durante nuestra actividad laboral, y que repercute directamente en nuestro devenir profesional. Se trata de un contratiempo que se da con independencia del fuero en el cual nos desarrollemos y que lamentablemente merma la confianza que se le debe tener a uno de los poderes basales de nuestra sociedad.

2.- Introducción

Las vacancias dentro del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, es de seguro un tema que no pasa inadvertido dentro de los distintos colegios de abogados y abogadas. Que de seguro es discutido y debatido en algún instituto colegial para encontrar una solución, más no por ello puede ser ajeno la abogacía joven.

Sabemos que las realidades de cada uno de los departamentos judiciales son distintas, pero ello no es óbice para no pensar que lo que ocurre en departamentos como Mar del Plata o San Isidro, puede no ocurrir en Morón o Necochea y viceversa. Las vacancias son un flagelo transversal a toda la justicia bonaerense.

Es necesaria una solución que permita neutralizar el impacto negativo que producen las vacancias dentro del Poder Judicial bonaerense, por lo cual la presente ponencia tiene como objetivo poner de resalto un tema que, si bien es hartamente conocido, no deja de ser preocupante para la abogacía en general y joven en particular. No nos es ajeno que es un problema que como dijimos viene desde hace tiempo, pero no por ello sin solución y ello es lo que intentaremos brindar.

3.- La importancia de los ausentes.

Si bien pueden existir cuestiones que a veces nos son ajenas o pasan desapercibidas, no por ello dejan de influir en nuestra labor cotidiana. Tal es el caso de los ausentes. La importancia de los ausentes es trascendental para nuestra labor como letradas y letrados. Muchas son las áreas del derecho, pero todas están en juego cuando existen huecos en la estructura judicial.

Los ausentes están más presentes que nunca y su “presencia” repercute en nosotros y en los distintos procesos de los que formamos parte. Un claro ejemplo de esto es en el derecho penal, donde quizás se encuentra en juego uno de los bienes jurídicos más importantes, como es “la libertad” y en el cual los tiempos son sumamente importantes al igual que nuestro desempeño en cada causa.

Las vacancias no son otra cosa que la ausencia de personas y por ello es necesario poner de resalto el valor de esas personas. El capital humano y el tiempo son los dos elementos que hacen a las vacancias y por ello es necesario saber de qué hablamos antes de entrar de lleno en el problema de las vacantes.

3.1.- El valor del capital humano

Si bien cualquier trabajo requiere de distintos presupuestos para su correcto funcionamiento, el principal es el ser humano. El tiempo, el conocimiento y la tecnología son sin duda herramientas indispensables a la hora de nuestro desenvolvimiento como letradas y letrados, pero con ello no alcanza. Somos una sola parte de la cadena y, si desde el Poder Judicial no están cubiertos los puestos de trabajo, de nada sirve que seamos expertos en alguna materia o contemos con la mejor tecnología, ya que la cadena está rota.

El ser humano tiene un rol fundamental en todo trabajo y si no está ese trabajo, no puede ser cumplido. El principal motivo de la afirmación anterior se basa en que toda la capacidad efectiva de transformación queda depositada en un solo recurso. En nosotros, las personas, en el capital humano.

Somos los seres humanos quienes tenemos la competencia de transformar. Esta cualidad se pone de manifiesto a través de la formación continua y específica, los conocimientos, las habilidades y la experiencia adquirida, la pertinencia y competencia de cada individuo para actuar en un entorno y en una función particular.

Es por eso que la tarea de un empleado público y más precisamente de un auxiliar de la justicia es multidimensional. No se trata solamente de “administrar” expedientes, de controlar cedulas, de conceder autorizaciones en causas y demás actividades. La tarea tiene como objetivo concebir un equipo con capacidad y efectividad para brindar servicios para cumplir objetivos, garantizar la continuidad de la gestión y el avance hacia más y mejores resultados. En resumen, para brindar un mejor servicio de justicia.

La ausencia de personal dentro de un Juzgado, Tribunal u otra dependencia del Poder Judicial atenta contra el servicio de justicia ya que merma la capacidad operativa de esa dependencia judicial. Como consecuencia de ello, se atenta contra el normal desarrollo de los expedientes, o mejor dicho de los problemas de las personas que ante ello se ventilan.

En cada jurisdicción, en cada organismo, este desafío cobra un nuevo significado por múltiples formatos y razones. Sin embargo, la principal necesidad es que los Juzgados, Tribunales u otras dependencias del Poder Judicial como por ejemplo las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones cuenten con personal. Es imposible una justicia sin personas que trabajen en ella.

3.2. - El factor tiempo

Es innegable que el tiempo es una condición natural que no nos ofrece ninguna ventaja competitiva y que solo debe administrarse en debida forma. Sin embargo, es en esa administración donde la existencia de vacantes dentro del Poder Judicial repercute. Cuando se acude a la Justicia se pretende de ella, una respuesta casi inmediata y ello trae aparejados problemas. El tiempo de los justiciables, no es el mismo que el tiempo de los procesos. Mientras muchas veces los procesos se alargan innecesariamente, las personas pretenden que su problema se resuelva de un día para el otro, extremo que es casi imposible de realizar. Por ello, es que es necesario que exista un equilibrio entre ambos tiempos ya que de esa forma se logra un proceso efectivo.

La existencia de vacantes dentro del Poder Judicial afecta directamente ese equilibrio temporal que debería existir ya que la triada entre partes, judicatura y profesionales del derecho pierde un eslabón trascendental y no funciona de manera aceiteada produciéndose por ello que el proceso se vuelva lento. Un claro ejemplo de esto es cuando el juzgado o tribunal pierde a su juez permanente y en su lugar es remplazado por otro juez suplente de la misma índole o por uno de distinta jerarquía quien debe ponerse a tono con cada proceso o cuando existe una sobrecarga de tareas que no solo afectan la labor del juez, sino que se derraman sobre los demás miembros de la dependencia judicial, afectando el normal desenvolvimiento de la misma.

Un proceso lento no solo atenta contra las distintas partes involucradas sino, que también contra la tutela judicial efectiva que debe estar siempre presente. No debemos olvidar que la misma no solo se garantiza permitiendo el acceso a la justicia de forma igualitaria, sino estando presente durante todo el proceso de manera permanente permitiendo el resguardo de las garantías constitucionales, la bilateralidad, la doble instancia cuando el fuero lo permite y el asesoramiento legal, extremos que se ven afectados ante la existencia de vacantes dentro del Poder Judicial ya que el normal desenvolvimiento de un proceso se ve trastocado.

El tiempo y la efectividad son una familia. Si alguno de los dos se ve afectado, el otro ha de sentir el impacto.

3.3.- Las vacantes

Carácter alimentario de honorarios ley 14967 vs. Artículo 8 del acuerdo 2579/1993 de la SCBA.

Abog Mévoli, Cristian F.
Colegio Abogados Junín

I.- Abstract: El motivo de esta ponencia es proponer la inconstitucionalidad del art. 8 del Acuerdo 2579.- El mismo exige la firmeza de la resolución que ordena transferencias de honorarios profesionales de abogados contrariando de forma palmaria el carácter alimentario de los mismos establecido por la nueva Ley.-

II.- Preludio: La Ley 14967, sin dudas, introdujo cambios significativos en materia de honorarios profesionales, derogando el viejo decreto de la dictadura.- La nueva normativa busca revalorizar el rol del Abogado estableciendo preceptos que son, hoy día, de orden público.- Es decir, deben ser respetados indefectiblemente por el Poder Judicial.- Entre dichos preceptos, uno de los más importantes es el **carácter alimentario de los Honorarios profesionales**.- Hoy en día, sin embargo, a cinco años de haber entrado en vigencia, nos encontramos con Juzgados a lo largo de la Provincia que aún no respetan numerosas directrices que da la ley, o tienen criterios, como mínimo, cuestionables.-

III.- El carácter alimentario y de privilegio de los Honorarios profesionales: Según se desprende del artículo primero de la Ley 14967, los honorarios de los abogados tienen carácter alimentario: *«Los honorarios de abogados y procuradores devengados en juicio, gestiones administrativas, actuaciones extrajudiciales y trámites de mediación, deben considerarse como remuneraciones por el trabajo personal del profesional, poseen carácter alimentario y se regirán por las disposiciones de la presente ley, que es de orden público en función de su necesaria participación para el adecuado servicio de Justicia, de aplicación exclusiva y excluyente en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.»* En el mismo norte, se direccionan los artículos 2585 y 590 del Código Civil y Comercial de la Nación y Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, respectivamente.-

ARTICULO 2585.- *Reserva de gastos. Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor.*

ARTÍCULO 590.- *Preferencias. Mientras el ejecutante no esté totalmente desinteresado, las sumas depositadas no podrán aplicarse a otro destino, salvo que se trate de las costas de la ejecución, o del pago de otro acreedor preferente o privilegiado.*

Si bien este último artículo refiere a los procesos ejecutivos, denota el mismo espíritu del artículo citado anteriormente y de la ley 14967.-

Sentadas dichas bases respecto al carácter alimentario y de privilegio de los Honorarios profesionales, es menester poner de resalto que, tal como se dijo, pareciera que determinados Juzgados y Tribunales a lo largo de la Provincia aún no han reparado en que estamos ante una ley de orden público y se cercenan de las más diversas maneras los emolumentos regulados de los letrados.-

IV.- El acuerdo 2579 del año 1993 de la SCBA: Quiero centrarme hoy, en la infame aplicación del artículo 8 del acuerdo 2579 del año 1993 de la SCBA.-

Recordemos que dicho acuerdo versa sobre la reglamentación del trámite para las cuentas, depósitos y libranzas judiciales.- Hoy en día continúa vigente, y el mencionado artículo 8 es aplicado en algunos departamentos judiciales de forma, al menos, curiosa.-

El mencionado artículo 8 establece: *«Cuando la suma sea dada en pago, se procederá en forma inmediata a la expedición del giro o formulario de libramiento; cuando la suma*

depositada no fuera dada en pago, deberán consentirse el auto por las partes. El giro o formulario de libramiento, en ambos casos, será presentado por el Secretario al Presidente del Tribunal o Juez, que aquél sellará y firmará con firma entera.»

En numerosos departamentos judiciales de la Provincia los juzgados utilizan artículo precedente aplicándolo a las transferencias referidas a honorarios profesionales. Lo que en un principio, parece acertado, se torna lisa y llanamente contrario a ley de honorarios hoy vigente y al espíritu del legislador a medida que se analizan los casos particulares.-

He aquí donde cobra vital importancia recordar el carácter alimentario y de privilegio de los emolumentos profesionales.- El hecho de que el artículo 8 del acuerdo, establezca que los giros y transferencias deban quedar consentidas por ambas partes, nos lleva, en materia de honorarios a casos sumamente preocupantes.- Uno de ellos, y en el que voy a centrarme para ejemplificar, es el caso de los procesos ejecutivos.-

En este habitual tipo de Juicios en donde se busca satisfacer el cobro de un crédito contenido en algún tipo de papel de comercio, nos encontramos con que muchas de las veces el ejecutado, no se presenta.- A pedido del letrado patrocinante del actor, el juzgado procede a tenerlo por notificado en los estrados en concordancia con lo establecido por el Art. 41 del Código Ritual.- A medida que avanza el Juicio, se procede al embargo de sumas de dinero y la Sentencia Definitiva.- Firme la misma, se procede a practicar la liquidación final.- Firme la liquidación, el Juez regula los honorarios del Abogado.- Firmes los mismos, el letrado solicita transferencia a su cuenta particular.-

He aquí el meollo del asunto: el letrado solicita la transferencia de honorarios y muchos juzgados deciden aplicar de forma, cuanto menos oscura, el artículo 8 del acuerdo 2579.- ¿Por qué digo esto? Porque al no tener contraparte, con cuestionable criterio, deciden que la transferencia debe, de todas formas, **quedar firme**, esto es: el letrado debe esperar aún cinco días hábiles más desde el siguiente día al de notificación por nota para ver los estipendios en su poder.- (a veces más si tenemos en cuenta que los bancos, unas vez notificados, suelen tardar de 2 a 3 días en transferir).- Lo expuesto, no resulta una cuestión baladí en el contexto socio económico actual, y por si fuera poco atenta contra lo establecido por la Ley 14967.- Analícemos, en este caso concreto:

A.- Tenemos un demandado que nunca se presentó a estar a derecho.-

B.- Tenemos un demandado que queda notificado en los estrados del Juzgado.-

C.- Tenemos una Sentencia que no ha sido objeto de embates.- Es decir, no ha sido objeto de recurso alguno.-

D.- Tenemos una liquidación practicada, firme y consentida.-

E.- Tenemos una regulación de honorarios firme y consentida.-

Con todo lo expuesto anteriormente, resulta, claramente contrario a la ley de honorarios, que el abogado deba esperar cinco días hábiles más para poder percibir una suma que, teniendo en cuenta todo lo dicho, llega a su poder totalmente devaluada.-

Inclusive resulta casi un sinsentido que teniendo una sentencia firme, una liquidación y una regulación de honorarios firmes, el abogado deba esperar todavía más para percibir sus honorarios.-

Ejemplifiquemos, si al letrado de un caso como el expuesto le regulan honorarios el día miércoles 15/02/2023, dicha regulación quedará notificada el día viernes 17/02/2023, por lo que transcurridos 5 días hasta que quede firme la regulación, el abogado podrá pedir la transferencia a su cuenta particular el día 27/02/2023.- Con el criterio de la firmeza de la transferencia por aplicación del artículo 8 del acuerdo, el abogado debe esperar **5 días más** para que el juzgado ordene la misma.- Es decir, suponiendo que el Juzgado provea la solicitud de transferencia del letrado al día siguiente, es decir el 28/02/2023, el abogado deberá esperar hasta el día 13/03/2023 para que el banco reciba la orden del Juzgado.- (Se notifica el 03/03/2023 y queda firme el 13/03/2023).- Resumiendo, desde la regulación, hasta la firmeza de la transferencia solicitada transcurre **UN MES**.-

Dicha circunstancia, que para los tiempos judiciales, en apariencia no parece mucho tiempo, en la realidad atenta lisa y llanamente contra todo lo pretendido por la nueva ley de honorarios, sobre todo, atenta directamente sobre el carácter alimentario de los mismos.- Sobre todo al tener en cuenta el espiral inflacionario imperante en nuestro país.-

Decidí centrarme en el caso más palpable y contundente posible, pero es una realidad que los juzgados bonaerenses, utilizan este acuerdo de la Corte en infinidad de casos análogos en distintos tipos de procesos, lo cual sin duda es contrario a la ley 14967 que es, recordemos, de orden público.-

V.- Conclusiones: sin dudas, el artículo 8 del acuerdo 2579 no debe aplicarse en materia de honorarios profesionales, resulta inconstitucional por atentar contra el carácter alimentario de los honorarios establecido por la ley 14967, como así también al Código Civil y Comercial.- Considero necesario que los juzgados se aparten de aplicar dicho criterio.- Aparece la necesidad de diferenciar entre cualquier tipo de giro o transferencia de fondos y aquellas que son de carácter alimentario, como las que están comprendidas dentro de la ley de honorarios.-

Por último, casi por cuestión lógica, podría decir que la aplicación del art. 8 del acuerdo 2579 resulta hasta caprichosa. Sobre todo en procesos en donde la contraparte no contestó demanda, no apeló sentencia, y no apeló la regulación de honorarios profesionales.- Resulta una irrazonable fruslería suponer que la contraparte va a presentarse a observar una transferencia de honorarios ya firmes.- Sin embargo eso interpretan los juzgados de distintos departamentos judiciales bonaerenses.-

Como colofón, debo resaltar que, como se dijo, si bien no todos los Departamentos Judiciales adoptan este criterio, el objetivo de esta ponencia es que no se haga extensivo y comience a aplicarse, pues resulta prácticamente un golpe directo al carácter alimentario de los honorarios profesionales de los abogados.- Declarar la inconstitucionalidad por su colisión con la ley 14967 resulta hoy, el remedio más apropiado en estos casos.-

VI.- Propuestas: I.- Declarar la inconstitucionalidad del artículo 8 del acuerdo 2579 por su colisión con la ley 14967, II.- Encomendar al COLPROBA que arbitre los medios necesarios para que, conjuntamente y en diálogo con la SCBA procedan a reformar dicho artículo estableciendo que los giros o transferencias desde cuentas judiciales a cuentas de letrados en concepto honorarios profesionales se encuentran exentos de los plazos para quedar firmes o consentidas, ello en razón de su carácter alimentario y de la ley de orden público.-

Los Abogados No trabajan

Abog Sorhanet, Oscar Fabián

Colegio de Abogados de Morón

Abstract

La propuesta es repensar sobre la historia y etimología de las palabras "abogacía" y "trabajo". Se menciona que la abogacía ha sufrido cambios a lo largo de los años y se define como el acto y oficio de abogar con apoyo en la ley.

Por otro lado, se explica que la palabra "trabajo" ha tenido una pesada historia asociada al sufrimiento y la tortura, y que nunca fue un término en común con la abogacía.

Además, se destaca la importancia de la vocación profesional y la labor del abogado como un ejercicio profesional embestido en ética, honestidad y congruencia.

Es importante destacar la diferencia entre el concepto de trabajo y el ejercicio profesional de la abogacía, que se basa en la honestidad, la integridad de una buena labor.

En definitiva, el análisis etimológico de las palabras nos permite comprender mejor su significado y su importancia en la sociedad actual para el desarrollo del ejercicio profesional.

I. Introducción.

Descubrir la historia detrás de la historia del ejercicio profesional, analizando los orígenes etimológicos de los términos que utilizamos, nos brindará una perspectiva nueva y hasta curiosa, nos permitirá, escuchar el llamado de una vida consagrada a la vocación profesional, reconocer y utilizar nuestros dones y convertirlos en talentos.

En primer lugar la palabra Abogacía, una profesión de más de 2.000 años ha sufrido notables cambios que se aprecian con facilidad en las distintas actualizaciones del diccionario de la Real Academia Española, desde su creación en 1780, se llevaron a cabo 23 ediciones hasta el 2020.

Por otro lado la palabra Trabajo, atravesó un camino de muchos cambios, etimológicamente, con una pesada historia, asociada a lo más aberrante que el ser humano se atrevió, muy lejos del significado de hoy en día, o no tan lejos... castigo, sufrimiento, daño físico o psíquico infligido a una persona con el fin de mortificarla. Abogacía y trabajo nunca fueron términos en común, todo lo contrario, muy lejos de ser trabajo.

II. Abogados y Abogadas

La primera definición escrita sobre el significado de la palabra Abogado procede del latín advocatus, letrado que defiende o acusa en juicio, es el acto de abogar y el oficio con apoyo en la ley. Esta definición del Dr. Bernardo Alderete canónigo de la Santa Iglesia de la Catedral de Córdoba, España (1674) para el año 1726¹ se va a definir como "el acto y oficio de abogar" que según las reglas de castilla de 1943¹ "se prohíbe el ejercicio a siervos, ciegos, excomulgados, sordos, locos, menores y esclavos. En 1837 se agrega a la definición el termino profesión, y en 1947¹ se sustituye "abogar", por "del abogado" quedando así para 1970¹ "profesión o ejercicio del abogado".

Un tratamiento distinto tuvo el término "abogada" que se definió como una alternativa al abogado, el defensor de causas, o la esposa del abogado, recién para el año 1925 se define como "Mujer que se halla legalmente autorizada para profesar y ejercer la Abogacía" siendo que en muchos países se autoriza el termino en masculino para designar el femenino, por ejemplo en los títulos profesionales Rosa es Abogado. Según la Real Academia Española, en la última actualización define: Abogado/da Licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramiento jurídico y que ejerce la defensa de las partes en los proceso judiciales o en los procedimientos administrativos, Intercesor o mediador. Según el Google, Persona legalmente autorizada para asesorar y defender los derechos e intereses de otra persona en materia jurídica y representarla en un

pleito. "abogado defensor" Persona que está licenciada en derecho. Lo curioso, que analizado un rápido recorrido histórico y examinado las dos fuentes más consultadas, por la mayoría de nosotros, ninguna relaciona al abogado con el trabajo.

3. Lineamientos y reflexiones sobre el término trabajo

En la antigüedad, el término trabajo, era asociada a la idea de tortura, esta palabra nació siendo "tripalium" vocablo del Latín del siglo VI, era un objeto de tres patas, o estacas usado para torturar, a los que cometían crímenes graves. Durante el imperio Romano se utilizó para sostener a los detenidos, surge allí el verbo "tripaliare" que significa torturar. A través del tiempo este término se comenzó a aplicar para describir un sufrimiento o una situación dramática, como por ejemplo una labor que generaba un gran esfuerzo físico (sacrificio) para el siglo X se comienza a utilizar el vocablo "trebajo" que el desarrollo del lenguaje Español, se termina pronunciando "trabajo". Indicando que para ganar algo, hay que sufrir frase oculta en la palabra familia, esta debe su origen al vocablo latino "famel", cuyo significado era "siervo", por lo que algunos asocian el concepto a las posesiones totales o el patrimonio del hombre de la antigüedad, incluyendo a toda su familia y a sus siervos o esclavos, estos esclavos (famel, o grupo de familia) que debían trabajar para sostener a su grupo (la familia) trabajo es el instrumento de tortura por el cual te vas a sacrificar porque "ganaras el dinero con el sudor de tu frente" "sin sacrificio, no hay recompensas" "trabajo, por mi familia".

Todo este escenario es muy distante del ejercicio profesional del abogado. Aquí aparece la primera diferencia que nos relaciona a la actividad del abogado o mejor dicho su "Labor" el ejercicio "Profesional" veamos entonces:

La palabra profesión podemos sintetizarla en "ejercer un oficio", el "oficio" es una obra a través de un dicho, lo que decimos hacemos de manera justa, para que este en equilibrio. La persona es lo que profesa, lo que se ve a través de su profesión, se emana el valor, el profesional se dirige innegociablemente a mejorar, no terminamos de estudiar cuando nos recibimos, al contrario, comienza el camino de crecer y multiplicar el valor para brillar.

Por ejemplo en la medicina, René Favaloro, tenía profesionalismo, una ofrenda, un llamado, invento el bypass, su don fue una ofrenda al mundo, el no ganaba dinero, no le importaba el reconocimiento, llevo su labor y su dedicación, al último llamado, después de todos los "No" se pegó un tiro al corazón, gracias a ese tiro, se lograron muchas cosas, él dio la vida por su vocación! Es donde podemos ver la gran diferencia entre, el trabajo, el profesional y la vocación!

Un Abogado tiene la capacidad de analizar situaciones problemáticas, aplicar el derecho positivo, diseñar diferentes estrategias jurídicas, es un investigador, tiene percepción psicológica y jurídica de obrar en razón del derecho que corresponde.

El abogado ejerce su labor, de manera profesional, embestida en ética, siendo honesto y congruente, con la sabiduría aplica las palabras "justas" a la Justicia.

4. Conclusión

Existen muchas estadísticas, positivas o negativas, según la perspectiva. Tanto en universidades públicas como privadas, de los matriculados ingresantes, solo el 20% llega a graduarse, una proyección de 5 a 6 años de cursada, un 80% tarda 8 o 9 años. La etimología de la palabra alumno, en latín lumno, alimentado, deriva de discipulus (discípulo) "sin luz" Debemos iluminar al alumno universitario, darle valor, desde el principio, dejar de ser alumnos (sin luz) para comenzar a ser "**abogados en formación**", ser valientes, tener valor de llevar la profesión a un nivel más alto, con el mejoramiento de las personas que hacen el oficio, con creatividad, engrandecer la abogacía.

La universidad nos da el conocimiento, el "saber" depende de nosotros.

Nuestra labor debe ser sagrada. Somos nuestra propia obra, un camino que construimos día a día, tenemos que ser puentes, peregrinos del camino.

Resolviendo Disputas en la Era Digital: Arbitraje Especializado en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías

Abog_Spinetta, Ramiro Fernández
Colegio de Abogados de San Isidro

I.- Resumen – II. - Introducción - III.- Antecedentes del Arbitraje - III.1 Marco Legal - III.2 Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires - IV.- La Nueva Realidad- V.- Conclusión- VI.- Propuesta - VII.- Bibliografía

I.- Resumen

En la presente ponencia analizaremos el panorama actual del arbitraje en Argentina, destacando sus ventajas, así como su marco legal y su papel en la resolución de conflictos comerciales en el país, se explorará la importancia del arbitraje especializado en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías, como un medio eficaz y adecuado para abordar estas disputas en la era digital.

II.- Introducción

Estamos en una etapa en que la innovación y la creatividad se entrelazan con avances tecnológicos constantes, la era digital ha transformado radicalmente la forma en que creamos, compartimos y consumimos contenido. Este cambio ha dado lugar a nuevas oportunidades, pero también ha planteado desafíos significativos en el ámbito de la propiedad intelectual. Con la creciente interconexión global y aparición de tecnologías innovadoras, la resolución de disputas, se ha vuelto más compleja que nunca. En este contexto, el arbitraje especializado en propiedad intelectual y nuevas tecnologías, emerge como una herramienta valiosa para abordar estas disputas de manera eficiente y equitativa.

II.- Antecedentes del Arbitraje

El arbitraje, es el medio de resolución de conflictos más antiguo en la historia, y se remonta a diferentes épocas en las que se recurrió a terceros para dirimir controversias de manera imparcial, se origina cuando los seres humanos toman conciencia de la necesidad de organizarse y de confiar en un tercero la solución de sus conflictos.

En Grecia, se utilizaba para evitar la guerra y regular las relaciones con otros Estados o entre Ciudades.

En la antigua Roma, el arbitraje ya era utilizado en el ámbito del comercio internacional y de los mercados internos, el árbitro asumía una función conciliadora. La influencia Romana dio lugar a un arbitraje compromisario, de un carácter contractual regulado a partir del siglo II a.C., en el que dos o más personas acordaban someter un conflicto ante uno o varios árbitros elegidos por ellos o designados por el pretor, así como colaborar en la instrucción del arbitraje y cumplir lo decidido por el árbitro. En Roma la Ley de las Doce Tablas contenía disposiciones relativas a los árbitros (la Legis Actio Per Iudicis Arbitrive Postulationem) que consistía en el nombramiento de un juez privado para que se pronunciase sobre la controversia. (1)

En la Edad Media, el arbitraje era la forma de resolución de controversias, como consecuencia del auge del comercio y la existencia de las asociaciones gremiales, a la cuales acudían los comerciantes para resolver sus conflictos. “la burguesía encontró en el arbitraje, el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pesada fue dejada de lado por los nuevos mercaderes”. (2)

El arbitraje, tiene sus orígenes en la historia de la humanidad, nació como elemento de pacificación social, siendo la alternativa primaria al uso de la fuerza.

III.- Arbitraje en Argentina

III.1 Marco Legal

El arbitraje como mecanismo alternativo y voluntario de resolución de disputas, se encuentra contemplado, por un lado, en el Libro III, Título IV, Capítulo 29 del Código Civil y

Comercial de la Nación, Ley 26.994 para disputas nacionales. Por otro lado, sancionada la Ley 27.449 para disputas comerciales internacionales, además de resultar Argentina signataria mediante Ley 22.921 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; por Ley 23.619 del Convenio de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras; y mediante Ley 24.322 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial.

¿Qué se entiende por arbitraje? Es un procedimiento de origen contractual en virtud del cual quienes resultan ser partes de una controversia o disputa, en orden a obtener una rápida y económica solución final para los puntos de su discrepancia, seleccionan en forma voluntaria juzgadores arbitrales de su propia elección, y por mutuo consentimiento. (3)

Conforme el artículo 1649 CCyC "Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público." Define el objeto del contrato. El contrato debe ser escrito y puede constar en una cláusula incluida en el mismo (cláusula arbitral) o un acuerdo independiente (compromiso arbitral).

En cuanto a la forma el artículo 1650 CCyC expresa "El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato."

Materias Arbitrales: Son arbitrales los conflictos que emanan de una relación jurídica contractual o no contractual y que esas relaciones deben ser de derecho privado y no se comprometa el orden público.

El art. 1651 del CCyC establece las materias excluidas del contrato de arbitraje, las cuales son

- las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas;
- las cuestiones de familia;
- las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores;
- los contratos de adhesión cualquiera sea su objeto;
- las derivadas de relaciones laborales.

- las disposiciones de este código relativas al contrato de arbitraje no son aplicables a las controversias en que sean parte los Estados nacional o local. Además, el art. 2664 del CCCN establece que solo los jueces argentinos pueden conocer en materia de derechos reales sobre muebles situados en la República, limitación que excluye la jurisdicción arbitral para estas controversias.

La regla es que todas las materias litigiosas son arbitrales, salvo las que surgen del art. 1651 CCyC, quedando reservado el arbitraje para los conflictos en los que se dirimen derechos patrimoniales libremente disponibles por las partes. Resumiendo, podemos decir, que se puede someter al arbitraje todas las cuestiones que puedan ser objeto de transacción.

Clases de arbitraje:

1) Arbitraje de derecho o arbitraje de equidad (árbitros amigables componedores)

Es de derecho cuando para resolver el conflicto se aplica derecho de fondo y, para el trámite se debe utilizar un procedimiento.

El arbitraje de amigables componedores o también llamado de equidad, los árbitros laudarán según equidad y aplicando su "leal saber y entender".

El art. 1652 expresa "pueden someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que pueden ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o

si no se autoriza expresamente a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se debe entender que es de derecho.”

2) Arbitraje Institucional o “Ad Hoc”

El arbitraje institucional se dará cuando intervenga una institución arbitral, que es elegida por las partes, y se someten a las reglas establecidas por dicha institución.

En el Arbitraje “Ad Hoc”, las partes involucradas, son quienes eligen libremente al tribunal, fijando las reglas del procedimiento al que se van a someter para resolver la controversia.

3) Arbitraje Doméstico o Internacional

Esta clasificación radica en la existencia, o en la inexistencia, de elementos de internacionalidad, y lo complejo es determinar qué es un elemento de internacionalidad.

La necesidad de distinguir si un arbitraje es doméstico o internacional, se basa en la determinación de la normativa aplicable. Otro criterio para establecer si el arbitraje es doméstico o internacional, es la localización del arbitraje. El concepto de Localización se refiere a la situación espacial de la sede del arbitraje, es decir, si un arbitraje tiene su sede en la República Argentina, será un arbitraje doméstico. Caso contrario, será extranjero.

III.2 Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Competencia arbitral

El art. 17 del Reglamento Único de Conciliación y Arbitraje Institucional Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires establece que la competencia arbitral podrá convenirse en forma inequívoca por los siguientes medios:

1. Mediante Cláusula Compromisoria (Insertándola en convenios y otros instrumentos).
2. Mediante Compromiso Arbitral ante el Tribunal.
3. Mediante Intercambio de comunicaciones fehacientes entre las partes (Propuesta y aceptación).
4. Por petición expresa de una de las partes requiriendo el procedimiento arbitral.
5. Por acuerdo de partes durante un proceso judicial en cualquier estado del mismo.
6. Por voluntad del testador para solucionar diferencias surgidas entre herederos o legatarios, que pudieren ser objeto de transacción.

Procedimiento: El procedimiento arbitral se abrirá mediante demanda escrita que se formalizará ante el Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados Departamental.

Iniciación de demanda. Traslado y Notificación. Contestación. Requisitos (Art. 31 Reglamento Único de Conciliación y Arbitraje Institucional)

Traslado en 3 días contados a partir de la promoción de la acción. Plazo para contestar: 10 días. (Art. 32)

Excepciones: incompetencia, cosa juzgada, litispendencia y prescripción. (Art. 36)

Sorteo de Árbitros: a los 5 días de contestada la demanda o vencido el plazo para ello. (Art.37)

Audiencia Preliminar (Art. 38)

1ra. Etapa: conciliatoria;

2da. Etapa: determinación de los puntos arbitrales. Auto de apertura a prueba. Fijación de la audiencia de vista de causa en plazo máximo de 45 días.

Audiencia de vista de causa. (Art.45)

1ra. Etapa: conciliatoria;

2da. Etapa: evaluación de la prueba informativa, testimonial, confesional. Alegatos.

Plazo para laudar: 30 días contados desde el vencimiento de presentación de alegatos o desde la celebración de la vista de causa. Ese plazo se reducirá a 15 días, tratándose de árbitro único. (1ºparrafo Art.50)

Irrecurribilidad del laudo: (Art. 57). Recursos admitidos: Aclaratoria. Nulidad.

Causales: fallar o laudar fuera de término.

Laudo Arbitral: es la denominación de la resolución que dicta un árbitro y que sirve para dirimir un conflicto entre dos o más partes.

El equivalente al laudo en el orden jurisdiccional es la sentencia, que dicta un juez. La diferencia radica en que, mientras que la jurisdicción del juez viene impuesta por la ley, la jurisdicción del árbitro viene dictada por la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, el arbitraje debe ser aceptado por ambas partes (ya sea de forma previa, a través de un contrato, o posteriormente, cuando ya ha surgido el conflicto) como forma de resolver el litigio.

El laudo será fundado en derecho, interpretando el derecho aplicable con equidad y se emitirá por mayoría de votos de los integrantes del tribunal, que deberán expedirse individualmente, sobre cada una de las cuestiones sometidas a decisión, pudiendo dejarse constancia en los fundamentos de las disidencias que hubiere. (2° párrafo Art.50)

Ventajas del arbitraje:

- Elección de los Jueces - Especialidad.

Una de las grandes ventajas del arbitraje es que quienes han de juzgar el caso, los árbitros, son elegidos por los propios interesados.

- Certeza.

Cliente y Abogado que utilizan el sistema arbitral para la solución de sus conflictos pueden contar con especialistas en la materia que someten al arbitraje y esperar una mayor certeza en el resultado del juicio.

- Libertad de las partes de adecuar el procedimiento.

Ambas partes de común acuerdo, podrían establecer un procedimiento, siempre ajustado a los lineamientos que impone el Reglamento Único de Conciliación y Arbitraje Institucional, a los efectos de la abreviación de los tiempos de resolución del litigio planteado.

- Inmediatez.

Otra ventaja que brinda es la posibilidad de tomar contacto directo con los árbitros en oportunidad de la celebración de las audiencias obligatorias establecidas por el Reglamento de Arbitraje Institucional.

- Confidencialidad.

La actuación del procedimiento arbitral es reservada y solamente conocida por las partes que se someten al tribunal para dirimir su conflicto.

- Flexibilidad.

El arbitraje es un procedimiento informal y abierto a ser definido por las partes, acomodándolo a sus necesidades y complejidad del caso.

- Celeridad y rapidez

El arbitraje posee una ventaja respecto al litigio judicial, ya que sus tiempos son muchos más breves y atrae una disminución en el enfrentamiento de las partes. La duración promedio de los procesos es de aproximadamente 120 días.

- Medidas cautelares.

El tribunal podrá disponer todas las medidas precautorias establecidas por la legislación procesal. (art.25 Reglamento Único de Conciliación y Arbitraje Institucional)

IV.- La Nueva Realidad

El Colegio de Abogados de Córdoba, que ya contaba con tribunal arbitral, creo recientemente la Corte de Arbitraje especializada en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías (CAEPINCTCAC), la cual tendrá autonomía funcional del Colegio de Abogados de Córdoba, se trata del primer tribunal de este tipo, creado por un colegio profesional, que tendrá exclusivamente como destinatarios a empresarios y/o emprendedores vinculados con la economía del conocimiento. Podrán ser sometidos a este arbitraje controversias de índole comercial, de propiedad intelectual y de tecnología. El tribunal estará conformado por árbitros especializados en nuevas tecnologías.

Procedimiento: El demandante transmitirá la solicitud de arbitraje a la corte y al demandado. La fecha de comienzo del arbitraje será aquella en que reciba la solicitud de arbitraje. Luego, informará al demandante y al demandado que ha recibido la solicitud de arbitraje y les comunicará la fecha de comienzo del proceso.

Aquella deberá contar con una serie de datos: descripción del conflicto, objeto de la demanda y cuantía del reclamo y, de proceder, la identidad del tercero financiador.

Notificado el demandado, éste tendrá 30 días para contestar la demanda y a los 45 días quedará constituido el tribunal. Las partes podrán ser representadas por personas de su elección. La corte contará con número impar de árbitros convenidos por las partes, de no más de tres miembros. Cuando éstas no hayan convenido el número de árbitros -quienes podrán ser recusados si existieren razones fundadas-, el proceso lo juzgará un solo árbitro, salvo cuando la corte determine la necesidad de contar con más de uno.

Antes de iniciar el proceso, el tribunal organizará una conferencia preparatoria con las partes vía telefónica, videoconferencia u otro mecanismo en línea en un plazo de 30 días, luego de lo cual elaborará la llamada acta de misión.

Una vez sometidas al laudo, las partes podrán convocar a testigos y pedir peritajes. El cierre de las actuaciones ocurrirá cuando hayan tenido oportunidad de presentar sus argumentos y pruebas. La decisión se dictará por escrito.

Cuando sea posible y no medie acuerdo de prórroga por las partes, las actuaciones deberán haber sido declaradas cerradas a más tardar dentro de los nueve meses siguientes al envío de la contestación de la demanda o de la firma del acta de misión, lo que ocurra último. Sumados esos nueve meses a los tres para dictar el laudo, el reglamento estima concluir todo el proceso dentro de los 12 meses de presentado ante la corte. (4)

V.- Conclusión

Podemos decir que la utilización del Arbitraje en nuestro país es poco frecuente, por el desconocimiento que existe sobre este medio alternativo para la resolución de conflictos, con este trabajo se busca mostrar como el arbitraje ofrece a las partes una alternativa eficaz y flexible para resolver sus disputas comerciales, generando confianza en su uso y aprovechando sus ventajas frente a tener que recurrir a los Tribunales Judiciales.

VI.- Propuesta

Teniendo en cuenta lo mencionado, propongo:

La creación de un tribunal arbitral similar al ideado por el Colegio de Abogados de Córdoba, que cuente con mecanismos ágiles y especializados para la resolución de disputas en las áreas comerciales, de propiedad intelectual y tecnología.

VII.- Bibliografía

(1) Di Pietro, Alfredo - Lapieza Elli, Ángel Enrique, Manual de Derecho Romano - págs. 171 y 172

(2) El arbitraje - Feldstein Sara L.- Hebe M. Leonardi de Herbon - Abeledo Perrot 1998 - pág. 37

(3) <https://www.casi.com.ar/ARBITRAJE2>

(4) <https://abogado.org.ar/caepintcac/> - Resolución N° 33653 y Anexos I y II

Lenguaje Claro en los Escritos y Resoluciones Judiciales: Acceso a la justicia y comunicación efectiva

Abog Borrelli, Guido Andres

Introducción

La claridad en el lenguaje judicial es fundamental para garantizar el acceso a la justicia y la comprensión plena de las leyes y sentencias. En este contexto, es esencial abordar la importancia del lenguaje claro en los escritos y resoluciones judiciales para asegurar una comunicación efectiva entre los profesionales del derecho y las partes involucradas, así como para promover la transparencia y la confianza en el sistema judicial. En esta ponencia, exploraremos la relevancia del lenguaje claro en el ámbito legal y las medidas que pueden implementarse para mejorar la comunicación en el contexto judicial.

I. Importancia del Lenguaje Claro en el Ámbito Judicial

I. 1. Preliminar.

En los escritos y resoluciones judiciales suelen aparecer una serie de errores tanto gramaticales como de estilo, que de tanto leerlos, se han vuelto “norma” para los abogados y funcionarios públicos.

A través de la Resolución N° 2640, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación elaboró lineamientos generales para optimizar el servicio de Justicia y favorecer a “la sociedad en su conjunto” la lectura del lenguaje jurídico y eso me ha llevado a escribir esta ponencia.

Los impulsores del lenguaje claro proponen técnicas para comunicar a los destinatarios de la información lo que necesitan saber de una forma directa y sencilla, con una estructura gramatical simple.

El lenguaje claro **simplifica la forma, pero no su contenido**. Es decir, redactar en lenguaje claro no supone una simplificación en sentido negativo ni una actitud condescendiente hacia el receptor. Implica claridad y precisión, pero no pérdida de contenido.

I. 2. Escribe Claro Quien Piensa Claro.

Todo proceso de aprendizaje -aprender a aprender- pasa por un ejercicio de construcción de ideas y pensamientos, como requisito indispensable para luego comunicarlos verbalmente o por escrito. Esto significa que, para expresarse con originalidad, se requiere **organizar el pensamiento**; es decir, poner en orden los datos que se desea manejar en la presentación oral o escrita de un asunto. **Escribe claro, pues, quien piensa claro**; y éste es el punto de partida en el campo de la comunicación escrita.

Podemos tener las ideas claras y los argumentos bien pensados, pero si los presentamos en un escrito o resolución judicial a destiempo (muy pronto o muy tarde), en forma desordenada o, peor, incomprensible; por más ideas brillantes o argumentos irrefutables que tengamos, todo quedará anulado si se redacta de manera inapropiada.

A la claridad mental o de ideas debe corresponder un lenguaje fácil, basado en palabras transparentes y frases breves, con el firme propósito de que el pensamiento de quien escribe llegue a la mente del lector desde la primera lectura del escrito; una relectura obligada del mismo estaría mostrando su oscuridad o su rareza, en tanto que su relectura voluntaria o interesada indicaría que ha resultado atractivo o importante para el lector.

I. 3. Características de la Buena Redacción.

El sitio online de la Asociación Internacional de Plain Language conocida como PLAIN por su abreviatura en inglés, da la siguiente definición de lenguaje claro: *“Una comunicación está escrita en lenguaje claro si el lenguaje, la estructura y el diseño son tan claros que el público al cual se dirige puede rápidamente encontrar lo que necesita, comprender lo que encuentra y utilizar dicha información”*.

La característica primera de la buena redacción es la **claridad**. Las ideas claras deben corresponder una construcción de la frase basada en un orden lógico y sin palabras rebuscadas.

La claridad implica el empleo de términos de uso común, y que esto no significa emplear un lenguaje corriente en el sentido peyorativo de esta palabra.

La segunda característica del lenguaje claro es la **concisión** que genera rapidez y viveza en el estilo de nuestra redacción, mediante el empleo de verbos activos y dinámicos. Debemos emplear aquellas palabras que sean absolutamente precisas para expresar lo que queremos decir.

Lo contrario es la vaguedad, la imprecisión, el exceso de palabras; lo que vulgarmente se dice *retórica*".

Y como tercera característica, **la sencillez**, que no quiere decir vulgaridad; que con palabras de uso común se pueden expresar elevados pensamientos, y que esta obligación del buen redactor va de la mano con la *naturalidad*. Ser sencillo es huír de lo enredado, de lo artificioso, de lo complicado. Sencillo es aquel escritor que utiliza palabras de fácil comprensión; y natural, quien al escribir se sirve de su propio vocabulario, de su habitual modo expresivo.

I. 4. Democratizando el Acceso a la Justicia: La Responsabilidad de los Profesionales del Derecho en la Adopción del Lenguaje Claro en Escritos y Sentencias Judiciales.

No estamos entrenados para escribir en forma accesible para todos. Escribimos imitando el estilo de las piezas de doctrina o escritos judiciales que nos gustan, porque consideramos que eso hace a nuestra identidad como abogados y no queremos desentonar.

La ambigüedad y lo denominado "jerga legal" pueden llevar a malentendidos costosos y demoras en los procedimientos judiciales. La complejidad innecesaria en la terminología legal dificulta la comprensión para las partes involucradas y el público en general.

Los profesionales del derecho a menudo enfrentamos la tentación de aferrarnos a la tradición y la formalidad arraigadas en el sistema judicial. Esta resistencia puede surgir de la creencia de que la complejidad y la ambigüedad inherentes a la jerga legal son signos de erudición y competencia profesional. Sin embargo, en la era moderna, donde la transparencia y la participación ciudadana son valores fundamentales, es crucial que los profesionales del derecho superemos esta resistencia.

Los escritos y las resoluciones judiciales, como documentos fundamentales en el proceso legal, tienen un impacto directo en la vida de las personas comunes. Estos documentos no deben ser inaccesibles ni incomprensibles para el público en general. Al contrario, deberían ser claros y comprensibles para cualquier persona, independientemente de su nivel educativo o experiencia en asuntos legales. Este enfoque tiene el potencial de democratizar el acceso a la justicia, permitiendo que todos comprendan no solo el resultado final de un caso, sino también los razonamientos y fundamentos detrás de las decisiones judiciales.

Adoptar un lenguaje claro en los escritos judiciales y en las sentencias no solo cumple con el requisito ético de hacer que la justicia sea accesible para todos, sino que también fortalece la confianza pública en el sistema judicial. Cuando los ciudadanos pueden entender claramente el razonamiento detrás de las decisiones judiciales, se promueve la confianza en la imparcialidad y la equidad del sistema legal. Además, un lenguaje claro facilita la participación ciudadana informada y activa en cuestiones legales y sociales, lo que enriquece el debate público y fortalece la democracia en su conjunto.

En última instancia, los profesionales del derecho y los jueces tienen la responsabilidad moral y ética de garantizar que sus escritos y sentencias sean accesibles para la ciudadanía en general. Esta responsabilidad implica un compromiso con la claridad y la transparencia en la comunicación legal. Al hacerlo, no solo cumplen con su deber hacia la sociedad, sino que también contribuyen significativamente a un sistema judicial que refleje los valores democráticos de equidad, justicia y participación ciudadana.

I. 5. La Importancia del Lenguaje Claro como Derecho Fundamental.

El ciudadano es el principal destinatario de las normas, resoluciones y de la información pública que emite el Estado, quien tiene, además de la obligación de cumplirla, derecho a entenderla. El lenguaje claro no solo es entendido como un derecho ciudadano sino como una obligación de los funcionarios públicos.

Por su parte, nuestra Constitución Nacional en su artículo 18, al consagrar el debido proceso, dispone la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos. No se

trata de una cuestión simplemente gramatical propia del lenguaje judicial, sino del derecho a comprender de los ciudadanos como parte de la garantía del debido proceso. El acceso a la justicia comprende sin duda el derecho a la información en lenguaje claro, ya que no alcanza con que esté al alcance del usuario, sino que también debe ser comprensible para aquel.

Existe una tendencia mundial a brindar información jurídica en lenguaje claro para facilitar su comprensión a través de la adaptación de las normas a un lenguaje claro o de la elaboración de normas, redacción de escritos o resoluciones judiciales en lenguaje claro.

La comprensión clara de los escritos judiciales es esencial para que todas las personas comprendan sus derechos y obligaciones legales garantizando el acceso a la justicia.

El lenguaje claro en las sentencias y documentos legales promueve la transparencia en el sistema judicial, lo que a su vez genera confianza en la administración de justicia.

Es imprescindible que los organismos públicos encargados de administrar justicia brinden a sus usuarios información clara y precisa. Justamente una manera importante de medir la legitimidad de los jueces es por la calidad y la claridad con que se expresan. Es decir, para ellos obtener una legitimación democrática, respetando todas las garantías, no alcanza con que sus decisiones sean debidamente fundadas, sino que deben asegurar su comprensión por parte de los destinatarios y ciudadanía en general. Para ello necesariamente deberán utilizar un lenguaje accesible a sus litigantes y a la sociedad, donde, reduciendo al mínimo posible la complejidad de sus textos, recién ahí podremos decir que el juez en su sentencia resguarda el debido proceso y la tutela judicial efectiva.

El ciudadano tiene derecho a entender los documentos que rigen su vida cívica y que ello profundiza el acceso a la información pública. Además, el acceso a la información en la esfera del Estado estimula la participación ciudadana en los contenidos públicos, facilita la deliberación y la formulación de políticas.

II. Conclusión.

La implementación del lenguaje claro en los escritos y resoluciones judiciales es esencial para garantizar el acceso a la justicia y fomentar una comunicación efectiva en el sistema legal. A través de la concientización, la capacitación y la adopción de prácticas innovadoras, es posible superar los desafíos asociados con la complejidad del lenguaje legal.

Al priorizar la claridad en la comunicación judicial, se puede construir un sistema legal más accesible, transparente y confiable para todas las personas.

En definitiva, tener siempre presente que quien va a leer las resoluciones o sentencias que se dicten, deben entender claramente de que se trata, a quienes involucra, que se pidió en cada caso, que se probó o no se probó y que se resolvió en definitiva.

III. Propuestas para Promover el Uso del Lenguaje Claro en los Escritos y Resoluciones Judiciales.

III. 1. Desarrollo de Pautas Oficiales:

Encomendar a Colproba y a la SCBA a establecer pautas oficiales para el uso del lenguaje claro en los escritos y resoluciones judiciales. Estas pautas deben incluir directrices específicas sobre cómo simplificar la redacción legal sin perder precisión jurídica.

III. 2. Creación de Recursos Educativos:

Desarrollar recursos educativos, como manuales y tutoriales en línea, que estén disponibles para profesionales del derecho y el público en general. Estos recursos pueden proporcionar ejemplos prácticos y consejos sobre cómo redactar documentos legales de manera clara y comprensible.

III. 3. Estímulo a la Investigación:

Financiar a través de CIJUSO investigaciones académicas y estudios empíricos sobre la efectividad del lenguaje claro en la comprensión de las leyes y las sentencias judiciales. Estos estudios pueden proporcionar datos y análisis que respalden la necesidad de adoptar prácticas de redacción más claras.

III. 4. Programas de Capacitación:

Implementar programas de capacitación sobre lenguaje claro para abogados, jueces y otros profesionales del sistema judicial.

III. 5. Desarrollo de Herramientas Tecnológicas:

Invertir en el desarrollo de herramientas tecnológicas avanzadas, como inteligencia artificial y procesamiento del lenguaje natural, que puedan analizar documentos legales y ofrecer sugerencias para simplificar la redacción sin comprometer la precisión legal.

IV. Bibliografía

1. Martín Vivaldi, Gonzalo. *Curso de Redacción*, México, Prisma, sin fecha, 496 pp.
2. Marina, Fucito. *Curso Practico de Redacción para Abogados. Recomendaciones para mejorar el estilo de los escritos judiciales*. Buenos Aires (2019).
3. Pérez Bourbon, Héctor. *Manual de Técnica Legislativa*. - 1a ed. - Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, (2007).
4. Racionero, Luis, *El arte de escribir. Emoción y placer del acto creador*, Madrid, Temas de Hoy, (1995).
5. Zavala Ruíz, Roberto, *El libro y sus orillas*, México, UNAM, 1997, 400 pp.
6. Basulto, Hilda, *Curso de redacción dinámica*, México, Trillas, 1998, 180 pp.
7. Máximo José Apa. *El lenguaje judicial y el derecho a comprender*. Buenos Aires, sin fecha.

