



# #2 EJ

---

**REVISTA**  
ESCUELA  
JUDICIAL

---



---

**REVISTA**  
ESCUELA  
JUDICIAL

---

Año 2 - N° 2 - ISSN 2796-874X

Moreno, Guillermo Raúl - Director // Lara, Martín Nahuel - Editor

**Revista de la Escuela Judicial**

**Periodicidad:** Semestral - Año: 02 / N° 2 ; 414 pp. ; 15 x 22 cm.

La Plata, Mayo de 2022

ISSN 2796-874X

**Entidad Editorial:** Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura  
de la provincia de Buenos Aires

Diag. 79 n° 910, La Plata - [www.escuelajudicial.gov.ar/revista](http://www.escuelajudicial.gov.ar/revista)

## **INTEGRANTES**

Consejo de la Magistratura  
de la provincia de Buenos Aires

### **PRESIDENTE**

Dr. Sergio Gabriel TORRES

### **VICEPRESIDENTE**

Dr. Alfredo Diego BONANNO

### **POR EL PODER JUDICIAL**

*Suprema Corte de Justicia  
de la Provincia de Buenos Aires*  
Dr. Sergio Gabriel TORRES

#### *Consejeros titulares*

Juez de Cámara  
Dr. Camilo Eduardo PETITTI

Ministerio Público  
Dra. Patricia Fabiana OCHOA

Juez de Primera o Única Instancia  
Dr. Alfredo Diego BONANNO

#### *Consejeros suplentes*

Juez de Cámara  
Dra. Patricia Cecilia TOSCANO

Ministerio Público  
Dra. Karina Paola DIB

Juez de Primera o Única Instancia  
Dr. Pablo Gabriel QUARANTA

**POR EL PODER LEGISLATIVO**  
**HONORABLE SENADO**

*Consejeros/as titulares*

Dra. Nidia Alicia MOIRANO

Dr. Gustavo SOOS

*Consejeros/as suplentes*

Dra. Gabriela DEMARÍA

**POR EL PODER EJECUTIVO**

*Consejeros/as titulares*

Dr. Julio César ALAK

Dr. Federico Gastón THEA

*Consejeros/as suplentes*

Dr. Inti Nahuel PÉREZ AZNAR

Dr. Carlos Lisandro PELLEGRINI

**POR EL COLEGIO DE ABOGADOS**

*Consejeros/as titulares por el conurbano*

Dra. María Victoria LORENCES

Dr. Marcos Darío VILAPLANA

*Consejeros/as suplentes por el conurbano*

Dr. Santiago Gabriel QUARNETI

Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO

*Consejeros/as titulares por el interior*

Dr. Damián Alcides PIMPINATTI

Dr. Pablo Miguel RASUK

*Consejeros/as suplentes por el interior*

Dr. Marcelo Rodolfo FIORANELLI

Dr. Gastón Mario Marcelo ARGERI

**Secretario**

Dr. Osvaldo Favio MARCOZZI

**Director de la Escuela Judicial**

Dr. Guillermo Raúl MORENO

**Subsecretaria administrativa**

Cra. Graciela Judith GONZÁLEZ

**Asesor legal**

Dr. Gustavo A. MAMMONI

**Prosecretaria**

Dra. Romina MARTÍNEZ

**Secretario de la Escuela Judicial**

A.C. Mariano MARTÍNEZ CONTE

**Jefa del Área Contable**

Cra. María Fernanda BERARDI

**Secretario de Presidencia**

Lic. Juan Manuel MONTOYA

## **REVISTA ESCUELA JUDICIAL**

Escuela Judicial, Consejo de la Magistratura  
de la provincia de Buenos Aires

### **Web**

[www.escuelajudicial.gov.ar](http://www.escuelajudicial.gov.ar)

### **Dirección**

Diagonal 79 N° 910, La Plata, B1900FLN, provincia de Buenos  
Aires, República Argentina

### **Teléfono**

(0221) 427-3350 int.: 306

### **Correo electrónico**

[escuelajudicialpba@gmail.com](mailto:escuelajudicialpba@gmail.com)

### **Correo electrónico para recepción de trabajos**

[revistaescuelajudicial@gmail.com](mailto:revistaescuelajudicial@gmail.com)

## **EQUIPO EDITORIAL**

### **Dirección**

Guillermo Raúl MORENO

### **Diseño y diagramación**

Erica Anabela MEDINA

### **Corrección**

María Eugenia LÓPEZ

### **Edición general**

Martín Nahuel LARA

### **Asistencia en edición**

Mariano MARTÍNEZ CONTE, Silvana DI LORENZO, Santiago RIVAS,  
Julieta GOYA, Violeta RIZZO

### **Fotografía**

Franca Nerea RUEDA

---

# Contenidos

## Secciones

- 01.** Doctrina
- 02.** Comentarios  
a jurisprudencia
- 03.** Trabajos científicos  
de cursantes y egresados/as  
de la Escuela Judicial
- 04.** Entrevistas y opiniones: sección  
especial por los 25 años  
del Consejo de la Magistratura  
de la provincia de Buenos Aires

## **SECCIÓN 01. Doctrina**

Criminología realista. Dimensiones epistemológicas y metodológicas <i>Por Camilo Eduardo Petitti</i>	15
Microtransformaciones <i>Por Ezequiel Cortelletti</i>	41
Derecho procesal electrónico en el fuero penal. Presentaciones y notificaciones por medios electrónicos <i>Por Pablo Alberto Little</i>	63
Marco jurídico normativo de la atención intercultural de las mujeres mapuce. El caso de los servicios sanitarios de Neuquén <i>Por Cintia Daniela Rodríguez Garat</i>	95
Trabajo dependiente y jubilación pública en la provincia de Buenos Aires. ¿Incompatibilidad o discriminación? <i>Por Gerardo Raúl Mosquera</i>	125
Violencia contra las mujeres en prácticas judiciales <i>Por Vanesa Margarita Ferrara</i>	155
La prisión preventiva como ejercicio desnudo del poder en los conceptos de Michael Foucault <i>Por Gabriel Horacio Gómez Benítez</i>	175
Derechos humanos y humedales, con especial referencia a la Reserva Natural Santa Catalina de la cuenca Matanza-Riachuelo <i>Por Manuel Roig</i>	199

Abuso sexual en las niñas y adolescencias: un aporte neuropsicopedagógico para su abordaje	225
<i>Por Luciana Pereira Corvalán</i>	

## **SECCIÓN 02. Comentarios a jurisprudencia**

La utopía del derecho humano a migrar: el caso Huang en la Corte Suprema de Justicia de la Nación	243
<i>Por Camila Wanda Landeyro</i>	

## **SECCIÓN 03. Trabajos científicos de cursantes y egresados/as de la Escuela Judicial**

El plazo razonable en el proceso penal. El problema de quién debe establecer dicha razonabilidad	265
<i>Por Juan Manuel Fernández Cora</i>	

Derecho y trabajo en la era de la inteligencia artificial	289
<i>Por Luisina Ortiz</i>	

La acción de amparo como herramienta judicial para cuestionar la implementación del pase sanitario	315
<i>Por Carolina Elizabeth Cardoso y Mariel Zelenic</i>	

La autonomía de la voluntad en el proceso. Una presentación a los acuerdos procesales	341
<i>Por Sebastián Manuel Sarde</i>	

El problema de la compensación económica entre cónyuges	365
<i>Por Laura Alicia Mucci</i>	

**SECCIÓN 04. Entrevistas y opiniones: sección especial  
por los 25 años del Consejo de la Magistratura  
de la provincia de Buenos Aires**

Entrevista al Dr. Osvaldo Favio Marcozzi en el marco  
de los 25 años del Consejo de la Magistratura de la provincia  
de Buenos Aires 395

Entrevista al Dr. Carlos Alfredo Botassi en el marco  
de los 25 años del Consejo de la Magistratura de la provincia  
de Buenos Aires 405

**01.**

Doctrina

Criminología realista. Dimensiones epistemológicas y metodológicas

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 31/03/2022

**Aprobado:** 8/04/2022

## Criminología realista. Dimensiones epistemológicas y metodológicas

*Realistic Criminology. Epistemological and methodological dimensions*

*Por Camilo Eduardo Petitti<sup>1</sup>*

*Universidad del Salvador*

**Resumen:** La criminología realista tiene un interés central en construir un puente sólido entre el campo teórico y la política criminal. Haciendo foco en esta directriz, buscaremos aproximarnos al punto de partida epistemológico de sus reflexiones y a la forma en que el mismo se conecta con el desarrollo de un pensamiento crítico basado en la experiencia. Vamos a explorar esta cartografía bajo la guía de Roger Matthews, destacado científico social cuyos trabajos han contribuido activamente a la renovación de la criminología. Al cierre de nuestro recorrido estaremos en condiciones de apreciar cómo el realismo crítico asumió dinámicamente una identidad radicada en el compromiso de diseñar políticas públicas receptivas de las demandas de la ciudadanía, afirmadas en un soporte teórico

---

<sup>1</sup> Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mercedes. Consejero de la Magistratura. Abogado (Universidad del Salvador). Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Matanza). Diplomado en Gestión y Control de Políticas Públicas (FLACSO). Egresado de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7588-1610>.

consistente, ajustadas a las circunstancias concretas del territorio al cual aplican y, por sobre todo, fácticamente realizables.

**Palabras clave:** Criminología – Realismo – Teoría crítica – Praxis.

**Abstract:** *Realistic criminology has a central interest in building a solid bridge between the theoretical field and criminal policy. Focusing on this guideline, we will try to approach the epistemological starting point of his reflections and the way in which it connects with the development of critical thinking based on experience. We will explore this cartography under the guidance of Roger Matthews, a leading social scientist whose work has actively contributed to the renewal of criminology. At the end of our route we will be able to appreciate how critical realism dynamically assumed an identity based on the commitment to design public policies responsive to citizen's demands, affirmed on a consistent theoretical basis, adapted to the specific circumstances of the territory to which they apply and, above all, factually realizable.*

**Keywords:** *Criminology – Realism – Critical theory – Praxis.*

## Introducción

Todas las visiones retrospectivas de la evolución del pensamiento criminológico establecen un vínculo directo entre el denominado realismo de izquierda y la criminología crítica radical.<sup>2</sup> Dentro de un amplio abanico de hermenéuticas admisibles, ese vínculo puede ser descripto como de tipo ambivalente, dado que en su génesis cohabitan rupturas y continuidades. La orientación normativa escapa al destino disidente al reivindicar, en el núcleo de ambas corrientes, la búsqueda de la justicia social y el propósito de aliviar el sufrimiento. Más allá de este acuerdo fundamental, las continuidades son más tenues que las variaciones. El quiebre de dirección, es bueno aclararlo, no estaba lógicamente implícito en las ideas seguidas por los criminólogos radicales; antes bien, sus raíces se hunden en la arena pública, específicamente en el agotamiento de una posición (académica) que se volvió insostenible al no ofrecer una alternativa portadora de viabilidad en el campo político. Como siempre sucede, “el fracaso de las reglas existentes es el que sirve de preludio a la búsqueda de otras nuevas” (Kuhn, 1992, p. 114).

Fue así que, abriendo un camino desmarcado de las preocupaciones exclusivamente macro, e incluyendo en el marco teórico de sus análisis condiciones a las que no aplicaba el calificativo de estructu-

---

<sup>2</sup> Para una historia pormenorizada de las relaciones existentes entre la criminología crítica radical, el realismo de izquierda y la criminología realista, es recomendable la lectura de Anitua (2015). Entre los autores especializados hay una coincidencia poco menos que absoluta en torno a que el libro *La nueva criminología*, publicado en 1973 por Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, abrió el camino a un debate profundo sobre las bases teóricas y políticas de la criminología crítica.

rales, un número importante de criminólogos radicales –anglosajones en su gran mayoría– convergieron,<sup>3</sup> entrados los años ochenta, en la intención de dirigirle una mirada más realista a los fenómenos delictivos. Sencillamente no estaban de acuerdo con postulados que tendían a consentir un nuevo determinismo social (Larrauri, 1991) y que consumían a la ciencia en una crítica puramente negativa y reactiva. En esta perspectiva, Downes y Rock (2011) recuerdan que “la victimología feminista le creó enormes problemas teóricos al paradigma radical de la criminología” (p. 405), encerrado por entonces en un idealismo que apostaba a la transformación (futura) de la estructura social y se desentendía del dolor (presente) de las víctimas actuales de los delitos.

La propuesta de una nueva articulación macro-micro en el espacio criminológico sacará del confinamiento a la etiología. Así, mientras los puntos de vista macro renovarán la pregunta por las causas del delito afiliadas a las estructuras sociales, serán puestas en circulación otras miradas dirigidas a examinar los motivos por los cuales el delito, al impactar diferencialmente sobre la población más débil y vulnerable, incrementa las desigualdades. Tomar el crimen en serio exigirá distanciarse de la visión romántica del delincuente que llegaron a instalar algunos idealistas de izquierda: ni el delito constituye un ataque frontal al sistema ni sus autores son los precursores de una nueva ética llamada a transformar la sociedad. Lejos entonces de cualquier justificación teórica de la prescindencia estatal en el campo del control del delito, los criminólogos realistas acordaron en la necesidad de participar activamente en el diseño e implementación de políticas concretas. Al apartar el manto de sospecha con que

---

<sup>3</sup> En este grupo, los principales nombres que se destacan son los de Jock Young, Richard Kinsey, John Lea, Roger Matthews y Geoff Pearson.

habían sido cubiertas las agencias del Estado, renació –sin abandono del trasfondo crítico– la confianza en las posibilidades constructivas del poder.<sup>4</sup> La policía y la prevención del delito volvieron a definirse como imprescindibles.

Precisamente aquí, en el entrecruzamiento de la criminología con el ámbito público, emerge otro contradictor (ya más acá en el tiempo) en la trayectoria científica de los realistas. En efecto, ellos no solo entablan un diálogo antagónico con el idealismo de izquierda; también impugnan –aunque con otro nivel de confrontación– los enfoques de la criminología administrativa o gerencial. Autodefinida como pragmática, tecnocrática y no ideológica, esta corriente cree acercarse a un conocimiento libre de valores al tiempo que presume que los hechos son portadores de un significado evidente, exento de la necesidad de problematización e interpretación. Como se señala en forma repetitiva, a raíz de este posicionamiento ateórico, su preocupación fundamental gira alrededor de las técnicas de gobierno basadas en la prevención situacional del delito.

En la criminología administrativa domina el juicio intuitivo sobre el juicio analítico. Esta prevalencia hace que las deliberaciones precedentes a las decisiones políticas alojen dos características negativas. De un lado, la fuerte influencia del accionismo genera confianza en las explicaciones obvias, a la vez que sitúa el punto de

---

<sup>4</sup> Esto no veda que el científico social, como pauta metodológica –o truco, para usar su expresión–, siga al pie de la letra el consejo de Becker (2014) que consiste en dudar de todo lo que diga quien está en el poder. Ciertamente, “las instituciones siempre muestran su cara más atractiva en público. Quienes las dirigen, al ser responsables por sus actividades y reputaciones, siempre mienten un poco: suavizan las asperezas, ocultan problemas e incluso los niegan. Lo que dicen puede ser cierto, pero la organización social les da motivos para mentir” (p. 123).

inicio de la praxis en las soluciones antes que en el análisis de los problemas. Por otra parte, suele presentarse un problema cognitivo consistente en percibir falsos conflictos de intereses, ello en pago de cierta incapacidad para comprender los diversos estratos de la realidad y sus variadas interacciones (Matus, 2007).

Nos adelantamos a decir que las lógicas esencialmente pragmáticas de la criminología administrativa fueron recusadas por los realistas: enfrentar con seriedad la problemática criminal requiere sustentar la praxis política en la teoría criminológica. Sin la función de enlace que desempeña la reflexión teórica, la búsqueda de soluciones se convierte en una exploración poco responsable y por lo general ineficaz.

Aunque nuestra inquietud inicial no haya respondido al afán de historizar la criminología realista, estamos en condiciones de observar que el proyecto alternativo que dio a luz el realismo de izquierda fue corrigiendo, ampliando y profundizando sus fundamentos hasta conformar un núcleo bastante homogéneo de ideas ordenadas por un fin primordial: vincular de un modo eficaz teoría y práctica. De tal suerte, escapando del error antiestadista de la criminología crítica radical, volvió a pensarse en el valor de las intervenciones estatales como proveedoras de libertad.

El itinerario que de ahora en más nos proponemos recorrer comenzará con un examen del significado que asumen los términos “realista”/“realismo” al ser conjugados con el de “criminología”. En el segundo bloque temático nos concentraremos en el papel que desempeña la experiencia en el desarrollo de una teoría crítica. El tercer y último segmento de nuestra indagación girará alrededor del problema representado por la articulación entre teoría y praxis en el campo del saber criminológico.

La lectura de la *Criminología realista*, de Roger Matthews<sup>5</sup> (2015), nos proporcionará una serie de claves de indiscutible valor desde el inicio del camino hasta la llegada a destino. Se trata de una obra de síntesis —escrita por uno de los protagonistas del desenvolvimiento de esta corriente— que aspira a promover una revisión del realismo crítico para así impulsarlo en nuevas direcciones.

## El realismo, centro del enfoque epistemológico

Uno de los objetos principales de la búsqueda filosófica, tradicionalmente desarrollada (y esquematizada) alrededor de la disociación de un conjunto de nociones que dan lugar al surgimiento de pares conceptuales formados por términos en principio opuestos,<sup>6</sup> reside en diferenciar el punto de apoyo que ofrecen visiones dicotómicas del mundo fundadas en *lo real* y en *lo ideal* (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 1994).

Por esta razón, para mejor comprender cuál es el enfoque epistemológico de la criminología realista, será de gran utilidad demarcar el alcance del término “realismo” intencionalmente aplicado a la criminología.

Estamos frente a una expresión de alcance polisémico. Según una matriz dominante durante la época moderna, el término “realismo”

---

<sup>5</sup> Doctorado por la Universidad de Essex, con una maestría en criminología y sociología por la Universidad de Sussex y posgraduado en ciencia social en la Universidad de Middlesex, ejerció la docencia en numerosas casas de altos estudios en el Reino Unido. Falleció en 2020.

<sup>6</sup> Así, por ejemplo, relativo/absoluto, subjetivo/objetivo, individual/universal, multiplicidad/unidad, particular/general, ocasión/causa, acto/persona, devenir/inmutabilidad, abstracto/concreto.

asume, en el plano del lenguaje filosófico, un sentido opuesto al idealismo. Este último prescribe, tal como lo apunta el principio postulado por Berkeley, la imposibilidad de admitir la existencia de las cosas independientemente (adoptando aquí una modulación de mínima) del sujeto cognoscente.<sup>7</sup> De ahí que, al ser el mundo solo producto de nuestras representaciones, el conocimiento tienda a cristalizar en formas extremas de relativismo.

Pese a la existencia de múltiples direcciones del pensamiento social y político contemporáneo desplegadas en torno al realismo, las cuales a su vez exhiben caracteres parcialmente diversos entre sí, podemos identificar que el vínculo que las asocia tiende a la reacción contra el idealismo. En esta perspectiva, el nudo entre sujeto y objeto se ubica en el centro neurálgico de la cuestión: el realismo le asigna primacía al segundo de estos términos, quedando el sujeto inscripto en una relación de dependencia respecto de aquel. Por consiguiente, el punto de partida de la filosofía del conocimiento remite a la preeminencia del mundo objetivo en el abordaje de los fenómenos sociales. Como se ve, para el realismo el camino del co-

---

<sup>7</sup> Veamos cómo es sintetizado por Sciacca (1966) el principio de Berkeley: "Los objetos de nuestra mente, dice Berkeley, son ideas y solamente ideas. Ahora bien, es característica de la idea el existir solo en cuanto es percibida; la idea es un hecho mental y no puede existir más que en la mente. Cuando decimos que una cosa existe no decimos más que la percibimos; existe un color y una figura en cuanto son percibidos por la vista y por el tacto. El ser de las cosas consiste en ser percibidas: *'esse est percipi'*. Desde el punto de vista gnoseológico no tiene sentido admitir las cosas como existentes fuera de la mente. Por lo tanto, el problema de la correspondencia entre las ideas y las cosas es un pseudo problema. En efecto, o las llamadas cosas externas son perceptibles y entonces son ideas y, como tales, no pueden existir fuera de la mente; o no lo son, y entonces, ¿cómo puede decirse, por ejemplo, que un color es semejante a algo invisible?" (p. 358).

nocimiento no se inicia en los contenidos ideales ubicados al interior del entendimiento humano, sino en las cosas que están llamadas a ser develadas en tanto existen con independencia del conocimiento.<sup>8</sup>

Durante las fases de surgimiento e instauración de la criminología realista, por comprensibles motivos políticos, esta actitud filosófica se tradujo en el sencillo propósito de llegar a las cosas y a los hechos tal como existen en el mundo real.<sup>9</sup> Estamos hablando, para decirlo de otra manera, de la actitud de quien razona dándole preeminencia a los hechos del modo en que se han configurado y poniendo al descubierto tanto la negación de los mismos como su interpretación forzada o desviada por la intervención de las ideas. En dirección inversa, el idealismo de izquierda quedó asociado a reducciones y a distorsiones que modificaban (en el dominio de la teoría) el significado de lo existente.

No podemos dejar de aclarar que la producción de un saber criminológico adherido a esta tipología del realismo (como teoría del conocimiento) resulta perfectamente compatible con una visión materialista de la historia (como teoría de la realidad). Esto quiere decir que no sería artificioso invocar la prelación de la realidad ma-

---

<sup>8</sup> Hay que entender, con Searle (1997), que "los esfuerzos humanos reales para obtener representaciones verdaderas de la realidad están influidos por todo tipo de factores: culturales, económicos, psicológicos, etc. La objetividad epistémica completa es difícil, y a veces, imposible, porque las investigaciones reales parten siempre de un punto de vista motivado por todo tipo de factores personales, y se ubican en un determinado contexto cultural e histórico" (p. 160).

<sup>9</sup> La primacía de los hechos va a la par del reconocimiento de valores e ideales que se despliegan en el seno de los mismos y constituyen variables operativas capaces de promover cambios en las situaciones dadas. Estamos en presencia de un realismo de la acción, solidario con el principio de que el hombre está en el centro de las situaciones mientras aparece condicionado por una multitud de factores limitantes de su capacidad de acción.

terial –fluctuante en el desarrollo histórico– frente a la conciencia que se esfuerza por desentrañar su sentido.<sup>10</sup>

Justamente aquí, un aspecto de máxima importancia a considerar es hasta qué punto la criminología realista cesa de adherir al constructivismo social que estuvo tan enraizado en el idealismo de izquierda. Como observó Elena Larrauri (1991), “si anteriormente la imagen del mundo aparecía reificada, objetiva, ‘esto es así’, la década de los sesenta parecía decir que todo era una construcción del hombre y que todo era, por consiguiente, susceptible de ser reconstruido (de otra forma)” (p. 39). Una línea de pensamiento así concebida imaginaba el delito como una construcción arbitraria, absolutamente libre de sustrato ontológico.

Ahora bien, para dar cuenta de la lectura renovada que el realismo propone de esta problemática, es imprescindible efectuar algunas distinciones.

Si por construcción se entiende el producto durable de una serie de procesos anteriores cuya forma todavía se sigue estructurando, resulta legítimo observar una objetividad construida del mundo social. De aquí que advertir la presencia de un mundo socialmente

---

<sup>10</sup> Horkheimer y Adorno (2007) realizan un sobrevuelo descarnado sobre las fronteras de esta clase de visión materialista de la realidad. Ya en los Estados Unidos, escriben: “En este país no hay ninguna diferencia entre el destino económico y los hombres mismos [...] Cada cual vale lo que gana, cada cual gana lo que vale. Experimenta lo que es en las alternativas de su vida económica. No se conoce como otra cosa. Si la crítica materialista de la sociedad había sostenido, frente al idealismo, que no es la conciencia lo que determina al ser, sino el ser a la conciencia, y que la verdad sobre la sociedad no se encuentra en las representaciones idealistas que esta tiene de sí misma, sino en su economía, la autoconciencia actual se ha desprendido entre tanto de dicho idealismo. Los individuos valoran su propio sí-mismo según su valor en el mercado y aprenden lo que son a través de lo que les acontece en la economía capitalista” (p. 225).

construido no desemboque en forma inexorable en un relativismo extremado. Así modelizada la idea de la realidad de lo socialmente construido, no es de extrañar entonces que uno de sus ejes funcionales busque desnaturalizar ideas y categorías,<sup>11</sup> tomar conciencia de su historicidad y autorizar el esclarecimiento de las fases de interiorización. Además, esta formulación del constructivismo no es contraria a considerar que los objetos e instituciones que habitan el mundo social le ofrecen puntos de apoyo a la acción a la vez que la restringen. En contrapartida, el constructivismo idealista lleva al límite el subjetivismo al soslayar (e invalidar) los condicionamientos a los que acabamos de hacer referencia.

Otra cuestión a distinguir, de igual relevancia a la ya reseñada, es que para un buen número de criminólogos realistas ciertos conceptos son portadores de una materialidad (o realidad ontológica, si se prefiere la expresión) en mayor o menor medida independiente de la especificidad histórica y cultural. Lo dicho se manifiesta, si lo llevamos a la problematización de la noción de delito, en una hipótesis relativa a la existencia de un compacto núcleo de delitos que tienen una constitución transhistórica junto al cual coexiste otro nutrido grupo de tipos penales forjados en el proceso histórico, escenario de interacción entre la libertad y los valores.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Este momento deconstructivo diluye toda posibilidad de emparentar al realismo crítico con versiones más o menos puras del positivismo.

<sup>12</sup> Es útil señalar el sentido de la trasposición que destaca Strauss (2006): “la distinción clásica entre naturaleza y convención, según la cual la naturaleza posee una dignidad mayor que la convención, ha sido recubierta por la distinción moderna entre naturaleza e historia, según la cual la historia (el reino de la libertad y los valores) posee una dignidad mayor que la naturaleza (que carece de propósitos y valores); por no afirmar, como se ha hecho, que la historia incluye a la naturaleza que es esencialmente relativa para la mente esencialmente histórica” (p. 31).

Siguiendo este ángulo de abordaje, para Matthews (2015)

los realistas pueden aceptar una forma débil de construccionismo social, que enfatiza en la naturaleza socialmente construida del conocimiento y de las instituciones, pero rechazan la forma fuerte que sugiere que no podemos identificar exitosamente objetos reales que existan con independencia del investigador. Para los realistas críticos, el mundo social es relativamente inaccesible, precisamente porque no es reducible a nuestra construcción de él. Conceptos como “clase” y “delito” poseen materialidad y objetividad y no son fácilmente revisables mediante el cambio de las definiciones y las concepciones subjetivas. (p. 64)

## **El desarrollo de una teoría crítica fundada en la experiencia**

Al asignarle un lugar prioritario a la dimensión objetiva de la realidad social, la criminología realista no queda atrapada en un cerco de ingenuidad montado en torno al convencimiento de que los hechos hablan por sí mismos y expresan su sentido en lugares comunes donde se deposita la verdad auténtica. Al contrario, acomete una interpelación crítica de la realidad en vez de aceptarla como algo evidente. Por cierto, este procesamiento reflexivo de los hechos salvaguarda la autonomía del realismo crítico frente a un tipo de realismo conservador, el cual suele aparecer amalgamado a la criminología administrativa. Y, si bien este último enfoque tiene la ventaja relativa de circular en la pista de las ideas socialmente aceptadas, no logra romper con posiciones

dependientes de la asunción ingenua de un conjunto de categorías dadas o establecidas. Pensemos, a título de ejemplo, en ideas tales como que la cárcel funciona, que la intensificación de los castigos es el camino idóneo para la reducción del delito y que este último no es un concepto problemático.

En resumen, la criminología realista, en vez de localizarse en el examen de los fenómenos delictivos sobre la base de sus apariencias inmediatas, busca perforar las superficies cognoscitivas y aprehender la multiplicidad de factores sobre los cuales gravita la cuestión criminal. Podemos reconocer (y ejemplificar) esta perspectiva en la siguiente afirmación de Lea y Young (1993): “la criminología convencional ve la naturaleza antisocial del delito; en esto tiene razón, pero ignora la base social de su génesis” (p. 263).

Quizá convenga, con el fin de ahondar en el caudal de este recurso metódico, tomar en préstamo de la sociología la noción de ruptura epistemológica. Esta nos induce a pensar en la posibilidad de admitir un corte entre el conocimiento científico propio de los criminólogos y las percepciones espontáneas (sobre la cuestión criminal) realizadas por otros actores sociales. Muy probablemente, en efecto, alejarse críticamente de los tópicos y nociones más rutinizadas sea una herramienta del todo eficaz para abrir caminos dirigidos a renovar la conceptualización. Sin embargo, es importante reparar en que luego de este distanciamiento bien puede producirse un retorno (dentro de una amplia gama de matices) al significado convencional del concepto debatido. Entre paréntesis, conviene advertir que a través de este juego del par apariencia/realidad los criminólogos realistas vuelven a sancionar su desacuerdo con los sistemas constructivistas más férreos.

Ahora bien, de ninguna manera puede avanzarse en la senda elegida dándole la espalda a la investigación. Frente a la tendencia teo-

ricista del idealismo de izquierda,<sup>13</sup> la criminología realista necesita adoptar una política de puertas abiertas a los datos empíricos. Esta toma de posición asegura el rigor científico de su actitud sin dejar de reconocer que la teoría debe dirigir la investigación. En efecto, el punto de partida del proceso de indagación requiere teorizar sobre las capacidades del objeto de estudio. Ninguna situación de la experiencia circundante se transforma en un problema científico fuera del marco de una teoría determinada que la contextualiza, la condiciona e incluso la determina (Mancuso, 1999).

Desde un punto de vista metodológico, los criminólogos realistas se inclinan por una investigación pluralista, abierta a la combinación de diversas estrategias, entre las cuales se incluye –como nota característica– el análisis cualitativo. Por eso, lejos de ceñir el objeto de abordaje a lo medible, el universo a explorar contiene motivaciones, actitudes, valores y otros elementos no cuantificables inscriptos en los procesos sociales.

Indudablemente, tender al objetivo de volcar en un único registro conceptos e investigación no es una postura congruente –ya lo adelantamos– con una recepción acrítica de la experiencia. Todo lo contrario: los datos empíricos necesariamente deben pasar por un tamiz valorativo, las evidencias deben ser desagregadas, reagrupadas y comparadas por sus intérpretes, ser sometidas a una lectura inteligente, si se quiere alcanzar el objetivo de edificar un territorio científico equilibrado en el cual los conceptos resulten regulados por la realidad.

Aun a riesgo de incurrir en repeticiones, anotaremos que normalmente la experiencia cumple una función diagnóstica, al tener

---

<sup>13</sup> De aquellos teóricos, advierte Matthews (2015), que se alejan de los asuntos sobre los cuales intentan teorizar para perderse en sus propios mundos conceptuales.

la capacidad de poner al descubierto las negaciones, los errores y las desviaciones interpretativas del pensamiento aislado de los datos concretos proporcionados por la investigación social y política. Por consiguiente, no debe extrañarnos que, cuando el trabajo intelectual de los criminólogos excluyó como su objetivo primordial que las ideas armonizaran más entre sí que con la realidad y se comprometió con el análisis de la experiencia concreta, quedaran desarticulados algunos de los ejes centrales del idealismo de izquierda.

Bajo este nuevo programa se comprendió que “el delito de la clase trabajadora es realmente un problema para la clase trabajadora”. Y sin dejar de mostrarse de acuerdo con que la criminalidad simboliza en sentido fuerte la naturaleza antisocial del capitalismo, el realismo crítico se hizo cargo de correr los velos que ocultaban que “la clase trabajadora es víctima del delito que proviene de todas las direcciones [y] que una forma de delito se acumula a la otra, agravándola, como ocurre con los problemas sociales” (Lea & Young, 1993, p. 263).

Pero los criminólogos realistas no se detienen en este estadio de la observación. Al profundizar el estudio (volviendo a atravesar la experiencia mediante el análisis crítico), perciben que la génesis social del delito entra en una relación de contradicción con sus consecuencias: estas son reaccionarias y terminan encauzándose por conductos y dispositivos que tienden a consolidar la constitución inequitativa de la sociedad.

El error de menospreciar el delito padecido por la clase trabajadora habría surgido, según la tesis de Lea y Young (1993), “de la creencia de que los delitos contra la propiedad están orientados hacia la burguesía y que la violencia contra las personas es cometida por ‘Robin Hoods’ amateurs cuando intentan redistribuir la riqueza con justicia” (p. 261). El idealismo de izquierda había terminado por oscurecer un

dato clave: el delito es una respuesta individualista que malversa las energías sociales.

Hemos tomado las anteriores ideas conductoras con el fin de exhibir (en forma muy sencilla) cómo los criminólogos realistas desarrollan explicaciones impregnadas de juicios de valor que le asignan sentido a una multitud de hechos y datos que conforman la realidad y son extraídos de ella por la investigación.

Con idéntico fin se puede traer a colación la querrela análoga que contra el idealismo traza la criminología feminista. Son las mujeres quienes experimentan un grado de victimización que sobrepasa en gran medida el sufrido por los hombres y que también contiene mayor intensidad, si se le dirige una mirada de tipo cualitativo. Bajo esta luz, Downes y Rock (2001) explican que

el realismo de izquierda, entonces, tuvo un punto de partida en su énfasis en la víctima femenina [...] Una encuesta tras otra desmitificó la desmitificación radical del delito. Se volvió cada vez más evidente que las principales víctimas del delito no pertenecían a la burguesía sino al proletariado, que este era menos capaz de enfrentar el delito cuando era victimizado y que el delito era un problema central en sus vidas, un problema que amenazaba con subvertir la comunidad y destruir la felicidad. (p. 409)

Advertimos entonces que el cristal a través del cual mira la criminología realista permite distinguir lo causal de lo contingente, identificar las múltiples causas intervinientes en el problema de la criminalidad y detectar los mecanismos idóneos para producir cambios en el marco de una serie de circunstancias concretas imposibles de evadir. Estamos indicando que los criminólogos

realistas descreen de las miradas universalistas proclives a la exportación e importación de ideas.

De este modo, los realistas concentrarán sus energías en la elaboración de una teoría que intencionalmente busca impactar en la esfera de las decisiones políticas. Vale decir que el realismo criminológico reconoce el imperativo de articular eficazmente teoría y praxis política. Young y Matthews (1993) justificaron de un modo tan riguroso como sintético este punto de vista:

es precisamente porque los niveles más abstractos de la teoría son los que fijan el marco de referencia en el que se seleccionan los lugares y estrategias de intervención, y en el que se priorizan ciertos temas y objetivos, que la idea de tratar de integrar teoría y práctica se mantiene como un ejercicio necesario [...] el compromiso práctico, cualquiera sea el nivel, es un componente crucial a la hora de crear, probar y dar forma a las ideas. (p. 24)<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Aquí es conveniente no perder de vista lo que enseña Habermas (Rorty & Habermas, 2007) sobre la imbricación de los discursos en el mundo de la vida: "Las convicciones desempeñan en la acción un rol diferente que en el discurso, y 'prueban su verdad' en el primero de una manera diferente que en el segundo. En las prácticas cotidianas, un 'enfrentarse con el mundo' prerreflexivo decide si las convicciones 'funcionan' o son arrastradas al torbellino de la problematización, mientras que en la argumentación esto depende únicamente de las razones que dicen si las pretensiones de validez controvertidas merecen un reconocimiento racionalmente motivado. Es verdad que la pregunta sobre la relación interna entre justificación y verdad se plantea solamente en el nivel reflexivo; sin embargo, solo la interacción entre acciones y discursos permite una respuesta a esta pregunta" (p. 130).

Para tomar un ejemplo, el desarrollo de prácticas encaminadas a abordar la problemática de los delitos atravesados por la violencia de género tiene que estar escoltado por deliberaciones intensivas acerca de la sociedad patriarcal, el contenido de las relaciones de género y las formas de intervención del poder estatal; luego, la especificación de los dispositivos a implementar dependerá del perfil de las conclusiones alcanzadas en esa instancia de análisis.

## La conexión entre teoría y praxis

Antes de seguir adelante, nos convendrá recuperar algunas nociones. El fenómeno criminal no es materia exclusivamente destinada a ser reflejada de modo descriptivo-especulativo. Por lo tanto, más allá del valor de verdad que encierren sus aportes científicos, la capacidad política de una criminología puramente especulativa es nula. Al integrar la galaxia de los saberes prácticos, la criminología tiende necesariamente a la acción, a intervenir sobre un segmento de la realidad (su objeto de estudio), previamente teorizado en forma crítica, para transformarlo. Puesto en otros términos: la criminología posee una vocación proyectista, debe trazar objetivos y arbitrar los medios orientados a conseguirlos.

Para Matthews (2015),

la paradoja contemporánea [...] es que mientras la criminología administrativa está interesada en la formación de políticas, sus limitaciones teóricas y metodológicas hacen que sea incapaz de realizar esta tarea con eficacia, en tanto la criminología liberal intenta teorizar cuestiones criminológicas de manera aparen-

temente radical, pero su formación política es notablemente superficial. (p. 51)

Esta ruptura bicéfala del nexo articulador entre teoría y praxis tiene como desenlace la actualización de un reto: “superar esta brecha y desarrollar una criminología que sea crítica, teóricamente sofisticada y políticamente relevante” (*ibid.*).

Ya destacamos en un comienzo que entre la criminología idealista liberal y el realismo crítico existe un horizonte compartido: las diferencias se vuelven patentes al considerar cuál es el camino para hacer efectivos los acuerdos normativos que pivotean alrededor de las ideas centrales de justicia social y alivio del sufrimiento.

Los realistas no atacan principalmente a los idealistas de izquierda por el lado de la razón. Es indudable que muchos componentes de su arsenal de argumentos críticos pueden ponerse en tela de juicio, ser discutidos, pero este no es el punto de mayor importancia. La amonestación que adquiere primacía le reprocha haber perfilado un sistema de ideas que conduce a una dislocación radical entre teoría crítica y praxis política realizable. Entonces, si le concedemos validez al axioma que afirma que en el dominio de los saberes prácticos lo que no es ejecutable es falso, pueden advertirse los problemas de validez hospedados en teorías con severas dificultades para volverse operantes.

Tensando con mayor firmeza este vector, algunos criminólogos realistas han llegado a advertir que el rol asumido por sus colegas liberales e idealistas, en tanto renuncian a intervenir en el campo político, adopta por regla general la forma específica de complicidad (por omisión) con los grupos sociales hegemónicos. Por lo tanto, no puede sorprendernos que Young y Matthews (1993) subrayen, en línea con Ian Taylor, que el impacto diferencial de la victimización,

la complejización de otras desigualdades y los efectos atomizantes del delito en las comunidades significa que *ley y orden* debe verse más propiamente como un tema de la izquierda y no de la derecha, y que hay una imperiosa necesidad de reformular una respuesta social democrática a la cuestión criminal.

En suma, en su matriz realista la criminología mostró una acentuada preferencia por derribar las barreras (móviles) que la separaban del ámbito público. De esta forma, aspiró a producir una mejora de la capacidad de gobierno en un escenario donde los criminólogos teorizan y proponen (diseñan estrategias de intervención) como actores sociales y no como nudos investigadores.

Asimismo, queda en claro que implicarse en el diseño de políticas públicas no equivale a participar de los postulados de la criminología administrativa. En tajante ruptura con esta corriente, el realismo crítico inhibe los programas dirigidos a trabajar directamente en la búsqueda de soluciones sin la mediación de la teoría. Es importante enfatizar que la criminología administrativa, especie de gerencialismo acrítico, recostado en una débil base empírica y con una mirada fija en el corto plazo, aplica coerción a los hechos a fin de escindirlos de los valores, bajo la inalcanzable pretensión de producir conocimiento y diseñar políticas públicas asépticas. De hecho, es muy plausible que la neutralidad de la técnica pretenda encubrir la lógica y la racionalidad de la dominación. Por este andarivel, al fin de cuentas, las justificaciones científicas de la criminología administrativa terminan promoviendo una relación funcional, de tipo subordinado, del mundo académico con el político.

Retomando observaciones ya asentadas, vale insistir con que, al contrario de los idealistas de izquierda, que tienen una fuerte tendencia a ser antiestadistas, los realistas críticos comprenden y aceptan la necesidad de involucrarse en las agencias del Estado con

el fin de impulsar los procesos de cambio que el análisis teórico descubre como vías conducentes a la construcción de un sistema penal más justo. Esta participación en la vida estatal no cancela la esencia crítica del realismo: se interviene sobre situaciones que se saben afectadas por un imaginario que enmascara diagnósticos y lecturas erróneas de la realidad, oculta el daño causado por las intervenciones estatales y distorsiona la evaluación de los indicadores de gestión disponibles.

Una vez dicho esto, tiene importancia referirse a la concepción del poder que subyace a la decisión de involucrarse en el funcionamiento de las agencias estatales. Matthews (2015) realiza aquí una imprescindible exploración de la obra de Foucault. Al emprender este camino, pone en alto que el “poder no es solo represivo, sino también productivo y positivo”. Por lo demás,

antes que percibir al poder principalmente en términos de ley o de expresión del control estatal, Foucault alcanza a verlo como una multiplicidad de fuerzas en incesantes luchas y confrontaciones. Entonces, el ejercicio de poder es siempre inestable y en un sentido, está siempre en juego. (p. 71)

Con todo, el análisis histórico da cuenta del predominio de poderes centralizados y monolíticos que por cierto tienden a eclipsar el carácter productivo que se le asigna al poder en el plano de las ideas.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Cierta vez, al ser interrogado acerca de su visión de las relaciones entre poder y libertad, Foucault (2000) respondió: “Si existen relaciones de poder a través de todo el campo social, es porque existen posibilidades de libertad en todas partes. No obstante, hay que señalar que existen efectivamente estados de dominación. En muchos casos, las relaciones de poder son fijas, de tal forma

Pero justamente al admitir la disociación fáctica de ambas nociones (hablamos del ejercicio histórico del poder concentrado y del carácter productivo de su práctica ideal-situación deseada) es que se abre la perspectiva del cambio y de la consecuente participación en la actividad estatal manteniendo cierto nivel de intervención “contra el Estado desde su interior”.

Apartándose nuevamente de los idealistas de izquierda, los realistas no reniegan de los cambios sociales parciales. En vez de apostar todo por una transformación de la sociedad de tipo radical (aspiración impregnada de componentes utópicos), entienden que consolidar pequeñas mejoras graduales que sirvan de plataforma para una agudización del cambio, a través de reformas ulteriores, resulta una estrategia que merece la aprobación en términos políticos. Bajo este prisma, “los realistas apuntan a profundizar en la observación de aquello que funciona, con el objetivo de identificar los mecanismos que lo generan” (Matthews, 2015, p. 76).

Para concluir: la criminología siempre estará inevitablemente inmersa en la complejidad de las relaciones entre los discursos y las prácticas, entre los saberes y las instituciones. Lo que el realismo crítico propone en este entorno (cuya textura conflictiva resulta muy poco factible de ser cuestionada) es formular alternativas de solución de cara a las demandas de la ciudadanía –con acento en la protección de los sectores más vulnerables de la población– y teóricamente sustentadas en el análisis de datos empíricos. Saben los criminólogos

---

que son perpetuamente disimétricas y que el margen de libertad es extremadamente limitado [...] Pero la afirmación: *usted ve poder por todas partes; en consecuencia, no existe lugar para la libertad*, me parece absolutamente inadecuada. No se me puede atribuir la concepción de que el poder es un sistema de dominación que lo controla todo y que no deja ningún espacio para la libertad” (p. 111).

realistas que la adopción de la decisión por parte de los poderes públicos no es un proceso exclusivamente técnico; el juego político interviene en un continuo. Saben los criminólogos realistas que esta etapa institucional es la etapa de derecho en la cual se juega en gran parte el destino de la cuestión criminal.

## Bibliografía

- ANITUA, G. I. (2015). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Didot.
- BECKER, H. (2014). *Trucos del oficio. Cómo conducir su investigación en ciencias sociales*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- DOWNES, D. & ROCK, P. (2011). *Sociología de la desviación*. México: Gedisa.
- FOUCAULT, M. (2000). *Hermenéutica del sujeto*. La Plata: Altamira.
- HORKHEIMER, M. & ADORNO, T. (2007). *Dialéctica de la ilustración*. Madrid: Akal.
- KUHN, T. S. (1992). *La estructura de las revoluciones científicas*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- LARRAURI, E. (1991). *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI.
- LEA, J. & YOUNG, J. (1993). *¿Qué es lo que se debe hacer con la ley y el orden?* Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- MANCUSO, H. R. (1999). *Metodología de la investigación en ciencias sociales*. Buenos Aires: Paidós.
- MATTHEWS, R. (2015). *Criminología realista*. Buenos Aires: Didot.
- MATUS, C. (2007). *Teoría del juego social*. Lanús: Ediciones de la UNLa.
- PERELMAN, CH. & OLBRECHTS-TYTECA, L. (1994). *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- RORTY, R. & HABERMAS, J. (2007). *Sobre la verdad: ¿validez universal o justificación?* Buenos Aires: Amorrortu.
- SCIACCA, M. F. (1966). *Historia de la Filosofía*. Barcelona: Miracle.

SEARLE, J. R. (1997). *La construcción social de la realidad*. Barcelona: Paidós.

STRAUSS, L. (2006). *La ciudad y el hombre*. Buenos Aires: Katz.

TAYLOR, I., WALTON, P. & YOUNG, J. (1977). *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu.

YOUNG, J. & MATTHEWS, R. (1993). “Reflexiones sobre el ‘realismo’ criminológico”. En: *Delito y Sociedad*, N° 3.

Microtransformaciones

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 14/03/2022

**Aprobado:** 11/04/2022

## Microtransformaciones

### *Micro-transformations*

**Por Ezequiel Cortelletti<sup>1</sup>**

*Universidad Católica de La Plata*

**Resumen:** Ciertos ámbitos dentro de las estructuras del Poder Judicial suelen ser reticentes a modificar dinámicas de funcionamiento. Bajo esa mirada –que no es una realidad que comprenda a todos– se proponen algunas herramientas de cambio. No descreo de los grandes planes impuestos desde las cabezas de las instituciones, pero muchos, en ocasiones, son más difíciles de implementar. Ante esta realidad, planteo algunas microtransformaciones que pueden generar grandes evoluciones en las organizaciones, la forma de trabajo y la manera de percibir las tareas que se realizan.

**Palabras clave:** Justicia – Cambio – Transformación – Organización.

**Abstract:** *There are certain spots in the structure of the judicial power that tend to be reluctant to modify their own functional dynamics. In that perspective, although it is not a worldwide reality, some tools towards change are proposed in this article. I do not misbelief of the high institutional plans, but many of them are*

---

<sup>1</sup> Relator letrado de la Suprema Corte de la Justicia de la provincia de Buenos Aires. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Diplomado en Gestión Judicial y Nuevas Tecnologías y en Innovación y Gestión Judicial Tecnológica. Correo electrónico: ezequiel.cortelletti@gmail.com.

*difficult to conduct. Facing this reality, some micro transformations are presented in this paper, in order to generate bigger changes among the organizations, the patterns of work, and the ways of perceptions of the daily tasks conducted.*

**Keywords:** *Justice – Change – Transformation – Organization.*

Cualquier situación es esencialmente dinámica y mutante. Basta para demostrarlo pensar en el impacto que tuvo la pandemia de covid-19 en la manera de desarrollar nuestro trabajo. Nuestra voluntad puede acompañar estos procesos de cambios permanentes, serles indiferente o resistirlos.

Hay una *regla* no escrita que usualmente se verifica cuando se aborda este tipo de procesos: 1) surgen necesidades (condicionadas por conflictos o problemas), 2) hay respuesta por una parte del sistema (que releva, planifica y elabora un plan de mejora), y, a partir de esto, 3) se genera un cambio.

Esta mecánica, que asumo como frecuente en muchas organizaciones, no tiene un correlato lineal en su aplicación al Poder Judicial. Si bien no todos/as los/as encargados/as de la toma de decisiones ni los actores del sistema tienen –en principio– actitudes refractarias al cambio, al evaluar la gestión se observa que hay *algo* que muchas veces no funciona o se verifican situaciones que merecen una intervención.

La realidad nos demuestra que la ciudadanía no vincula el accionar del Poder Judicial con la satisfacción de sus necesidades concretas. Esto se constata tanto en encuestas de clima social como en trabajos de campo que demuestran la disvaliosa percepción social sobre la Justicia (Salanueva, 2020).

Este ensayo busca dotar a quien quiera asumir el desafío de ser agente de cambio de algunas herramientas de transformación para dar pequeños pasos con gran impacto en las tareas que se desarrollan. De esta manera, se podrá dar respuesta a la creciente demanda social sobre la Justicia, con base en las ideas que se detallarán (lo que no excluye los planes que en tal sentido puedan –o no– darse desde el propio sistema).

Propongo en concreto efectuar algunas microtransformaciones a implementarse personal o institucionalmente.

Fundamento este trabajo en la firme defensa y convicción del poder dinamizador de las personas por sobre las organizaciones y en creer que cada individuo puede generar microtransformaciones aun en instituciones que no son proclives a esos procesos; la convicción de que toda mejora tiene impacto y le puede cambiar la vida a alguien: a quien la efectúa o a quien resulta beneficiario de ella (el hecho de intentarlas ya es valioso); y la percepción de que los cambios estructurales son complejos y suelen estar *fuera de nuestras manos*, por lo que se puede producir una sensación de insatisfacción o desánimo.

## El inicio

Para poder efectuar microtransformaciones, es necesario esclarecer qué se entiende por *cambio*. En principio, es el proceso a través del cual una organización llega a ser de modo diferente de lo que era antes de esa intervención.

Todas LAS instituciones –se lo propongan o no– cambian. El desafío es hacerlo en la dirección que les interesa a quienes buscan influir en ellas.

Se puede describir el Poder Judicial como una organización de corte verticalista y poco participativa. Este análisis puede desalentar la construcción y visión de conjunto que se requiere para poder encarar este tipo de desafíos. El Poder Judicial no suele ver las transformaciones como ventajas.

Algunas conductas que se observan en los ambientes que encaran procesos de transformación son:

*Negación*: refleja la condena de los/as agentes al proceso, pues no desean salir de su zona de confort ante una situación que requiere algún tipo de modificación y que genera miedo a lo desconocido. Temen perder en

el intento por cambiar. Toman conciencia de que se debe encarar una transformación, pero la evaden haciendo caso omiso a los requerimientos, ignorando la realidad, haciendo hincapié en situaciones pasadas (en las que no se necesitó de reformas) y reafirmando su actual seguridad. Creen que bajo estas premisas la necesidad de cambiar desaparecerá. Las consecuencias de esta etapa son que se pospone lo inevitable, se pierden oportunidades y no se planifican ni se realizan las reformas a tiempo.

*Resistencia:* los/as involucrados/as se enojan, frustran, temen a lo nuevo, y el cambio es visto como una amenaza y no como una oportunidad de mejora. Se genera desconfianza y la sensación de pérdida de poder. Se culmina aceptando que lo que antes era confortable ya no lo será. Algunos motivos de resistencia para aceptar transformaciones organizacionales son:

- *Incomprensión:* lo que conlleva que quien gestione el cambio debe ser claro con la organización y formular planteos comprensibles.
- *Contaminación:* se puede interpretar mal el proceso por rumores y malos entendidos que provocan inestabilidad y descontento.
- *Boicot:* de personas que no están involucradas en esta nueva etapa pero quieren estar presentes para entorpecerla. Se las conoce como detractores del cambio.

Si identificamos estas fases iniciales, podremos encarar mejor cualquier plan de cambio organizacional, con las herramientas que se busca aportar desde este trabajo o las que cada quien pueda imaginar en su entorno.

## Propuestas

Planteo tres líneas de intervención a modo de *kit* para facilitar la generación de las microtransformaciones: la evaluación perso-

nal y del personal, el lenguaje claro y un modelo de justicia abierta y accesible.

Adicionalmente, se deben contemplar la innovación y el uso de la tecnología. La primera, porque son bienvenidas las propuestas que incorporen una nueva mirada, soluciones alternativas, nuevos enfoques. El segundo, ya que, contando con ventajas de soporte tecnológico, sería poco inteligente no utilizarlas. Más allá de la necesidad de aclararlo, no abordo directamente ninguno de los dos en profundidad, porque los concibo transversales y asumidos por quienes encaran este tipo de desafíos.

## Evaluación personal y del personal

Para programar, implementar y sostener los procesos de transformación, es fundamental considerar el factor humano.

Las personas deben confiar, estar motivadas y capacitadas, ya que las reformulaciones son momentos muy duros, tanto a nivel personal como organizacional.

Quien lidere el cambio debe lograr que los involucrados puedan hacer mejor el trabajo, con menor esfuerzo y mayor satisfacción.

Un proceso bien conducido logra modificaciones interiores en las personas, que estarán más alertas y serán más flexibles; por eso, muchas veces se tiene que iniciar un análisis interior y de autoconocimiento. Advierto que los/as destinatarios/as de este *kit* pueden tener o no personal a cargo. Los primeros realizarán el análisis a su equipo de trabajo; ambos deberán hacerlo como autoevaluación.

Asumida la tendencia natural de resistencia al cambio, se debe crear y desarrollar una actitud y una mentalidad abierta a las modificaciones, una cultura que permita acoger las buenas iniciativas. Para ello, previo

a realizar la evaluación del personal –e incluso la autoevaluación–, hay que transmitir tranquilidad y seguridad a los/as involucrados/as de que la futura nueva situación no los/as afectará. La confianza es un requisito esencial para lograr un ambiente de trabajo agradable y de franca cooperación. En un mundo globalizado y competitivo en el que nada parece seguro, no resulta extraño que haya casi desaparecido del ambiente laboral. Los/as empleados/as desconfiados/as se comprometen menos y son menos eficaces. Los/as directivos/as que desconfían de sus dependientes malgastan su tiempo controlándolos/as, y ni unos ni otros se concentran en sus tareas y responsabilidades.

Se logra motivar a los recursos humanos cuando se alinean las metas de la organización con las de las personas que la integran, creándose una verdadera energía que facilita el proceso de cambio.

Una forma eficaz de transmitir los objetivos es comunicarlos al grupo y hacer una encuesta/evaluación de cómo perciben su rol dentro de la organización y cómo sienten que los puede afectar un eventual cambio.

Para lograr resultados en un plan de evaluación, los grupos deben perder el miedo.

A continuación, enunciaremos algunas tareas previas.

### ***Detección de perfiles***

Previo al proceso de relevamiento, se deben conocer los perfiles con los que nos podemos encontrar.

*Agentes colaborativos/as:* celebran el camino encarado y lo perciben como una oportunidad de ser oídos/as y mejorar su posición dentro de la organización. Serán los/as aliados/as naturales.

*Agentes con potencial complejidad:* tienen cierto poder de decisión y pueden ser una amenaza para el proceso.

*Agentes complejos*: dispersan rumores, generan malestar y conflictos.

*Agentes anticambio*: sienten agradables las tareas estáticas y estructuradas, por lo que, al encontrarse con una situación de cambio, su respuesta es el rechazo.

Por estos perfiles, trabajar sobre los aspectos emocionales de quienes integran el proceso resulta clave para que el mismo sea exitoso.

### ***Definición de los datos a relevar***

Se deben establecer parámetros de análisis indispensables para describir el sistema organizacional, las relaciones entre sus elementos y las maneras de identificar problemas y los asuntos que se consideran más importantes. Hecho esto, se tiene que ordenar el cuestionario de forma tal que permita visualizar de forma clara lo que realmente se quiere saber.

Redactar con lenguaje claro y poniéndose en lugar de la persona evaluada serán garantías de un buen inicio. La redacción del cuestionario puede generar reacciones indeseadas, como el temor a la pérdida del puesto de trabajo, el sentimiento de descalificación o de ser poco útil, etcétera, lo que atenta contra el objetivo del relevamiento. Transmitir confianza es indispensable. Al efecto, se debe garantizar la confidencialidad (y el anonimato, si es que así se dispone) y la falta de represalias sobre lo que se responda. En gran medida, el éxito del proceso dependerá de que aquello que se conteste sea cierto, pues de lo contrario se arribará a conclusiones distorsionadas.

Superada esta instancia, se tiene que elegir el formato de los planteos y cuestionamientos: ¿damos opciones?, ¿permitimos que se expliquen? De la definición por la cual optemos dependerá el volumen de información a contar y procesar.

Otro tema a precisar será si el relevamiento lo efectúa un/a superior/a (a modo de entrevista), examinadores/as externos/as, o si cada

uno/a lo completará en forma personal. También debe considerarse el medio, que va desde una encuesta en papel hasta un formulario digital (dentro de las muchas herramientas tecnológicas que hay disponibles).

Finalmente, se comunicará el destino de la información relevada, con el compromiso –o no– de una devolución. Esto es importante para no generar expectativas que no se pueden cumplir, lo que atenta contra el proceso de cambio.

Con la información adquirida se pueden encarar dos procesos indispensables en todo plan de cambio:

*Diagnóstico organizacional:* compilada la información, se interpreta y diagnostica, tratando de identificar preocupaciones, problemas, sus consecuencias, establecer prioridades y objetivos.

*Acción de intervención:* se selecciona la intervención más adecuada para solucionar uno o más problemas organizacionales. Esta no es la fase final del proceso de cambio (que es continuo), pero sí una etapa primaria de implementación de transformaciones,

Es menester también establecer plazos, tanto para elaborar las respuestas como para su envío, y comunicar –si corresponde– el tiempo en que se efectuará la devolución.

### **Algunos beneficios de encarar evaluaciones**

- El aporte de ideas y sugerencias por parte de los/as empleados/as.
- Convertir la institución en una organización que aprende de sí misma continuamente.
- Lograr que los/as agentes se sientan dueños/as de lo que hacen.
- Generar que los/as agentes actúen de forma creativa y trabajen motivados.

- Tomar decisiones que hagan coincidir los objetivos de la organización con las expectativas de los/as agentes.

### **Autoevaluación**

Sugiero asimismo la conveniencia de realizar una autoevaluación conforme las preguntas señaladas. Esto puede hacerse tanto por ausencia de este tipo de procesos dentro de la organización como para determinar el propio conocimiento de los ítems listados y efectuar un plan de mejora, replantear la carrera profesional o simplemente contar con datos que permitan conocer mejor la propia realidad laboral.

### **Primera conclusión**

La evaluación es una herramienta que podemos sumar a nuestro *kit* de microtransformaciones, con independencia del rol que ocupemos en la organización.

## **Lenguaje claro**

Si pensamos en modificar algunas cosas dentro del Poder Judicial, seguramente lo imaginamos más participativos, democrático e inclusivo. ¿Cómo hacemos desde lo individual para hacer una *bajada* de esos valores?

Una forma es superar el obstáculo que el lenguaje plantea en el acceso a la justicia, comprendiendo que es tutelado como derecho fundamental por la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos.

El lenguaje jurídico es anacrónico y no se condice con la época en que vivimos. No es solamente un tema de estilo sin mayores implicancias, ya que muchas veces ese estilo obra como una barrera

que genera inseguridad, desconfianza, y conduce a la vulneración de derechos.

Los ciudadanos manifiestan dificultades para comprender el lenguaje usado por la Justicia. El *derecho a comprender* del que gozan quienes interactúan con el sistema judicial es la posibilidad de entender en forma clara los conceptos que se le plantean para poder discernir y actuar con libertad, garantizando la adecuada defensa en juicio.

El lenguaje claro es una herramienta que incorporo al *kit* de microtransformaciones, porque permite acercarnos a el/la destinatario/a de nuestra tarea (a los que somos miembros del Poder Judicial, y también a aquellos/as que ejercen la profesión desde otros ámbitos). Implica una redacción simple, eficiente e inclusiva, marcada por expresiones cortas y una estructura lingüística ordenada.

Los documentos legales presentan inconvenientes para ser comprendidos: términos en latín, castellano antiguo, conceptos técnicos no aplicados en la vida cotidiana, frases construidas sobre usos y costumbres del ámbito judicial. Al no ser códigos compartidos por toda la ciudadanía, la comunicación se debilita.

La falta de comprensión de los escritos, resoluciones y sentencias judiciales es una barrera que afecta directamente a la sociedad y que menoscaba el ejercicio de sus derechos.

### ***Del muro al puente***

Se dice que los/as jueces/zas hablan por sus sentencias. Ante esto, podemos preguntarnos: ¿a quién le hablan? Se dirigen inicialmente a los/as interesados/as en los procesos, pero también se incluye a la sociedad toda. ¿Qué ocurre cuando lo que el/la juez/a dice no es comprendido por el/la destinatario/a? El lenguaje opera como un muro entre la comunidad y el Poder Judicial, cuando debería ser un puente.

Si hiciéramos un “test de claridad”, nos sorprendería que aquello que para los/as empleados/as judiciales es evidente, para el resto de la comunidad muchas veces es incomprensible.

Se logra superar estos obstáculos y garantizar el acceso a la justicia de la ciudadanía con una comunicación eficaz y accesible para todas las personas. El lenguaje claro cobra en esto una especial dimensión.

### ***A la motivación no se renuncia***

Esta forma de escritura que propicio no implica dejar de lado la argumentación jurídica, sino eliminar ritualismos arcaicos que muchas veces esconden la falta de fundamentación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señaló que la motivación es “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a la conclusión”<sup>2</sup>. Con esto se reafirma que el deber de fundamentación es una obligación vinculada con la correcta administración de justicia que protege a los/as habitantes. La motivación demuestra además que las partes fueron debidamente oídas y brinda la posibilidad de criticar la decisión y lograr la revisión en instancias superiores.

El propio Código Civil y Comercial, en su artículo 3, nos recuerda que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada.<sup>3</sup> Para que las resoluciones judiciales cumplan con su fin, deben desarrollar una buena argumentación jurídica, que a su vez debe ser complementada con la utilización del lenguaje claro, ya que, de ser incomprensible para el/la destinatario/a, se estaría desnaturalizando.

---

<sup>2</sup> Caso “Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador”. Sentencia del 21/11/2007.

<sup>3</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#2>.

Para que un texto cumpla con estos parámetros y resulte útil, eficiente y transparente, su destinatario/a debe poder encontrar lo que necesita, entender lo que encuentra y usar lo que encuentra para satisfacer sus necesidades.<sup>4</sup>

Esta práctica garantiza el derecho al debido proceso y el derecho a comprender. Si un fallo necesita de un/a intérprete entre la Justicia y el/la destinatario/a, no cumple con su fin.

### ***Pautas para la implementación del lenguaje claro***

*Discurso centrado en el/la interlocutor/a:* si el mensaje va dirigido a un/a ciudadano/a que no es operador/a del sistema judicial (imputado/a, testigo, víctima, etcétera), se debe adaptar la redacción, el uso de las palabras y la presentación. Si hay cuestiones técnicas que deben ser incorporadas, no debemos presumirlas conocidas, por lo que habrá que explicarlas en lenguaje adecuado para que, sin perder rigor técnico, sean comprensibles para todos.

*Sobre el mensaje:* se comienza definiendo qué queremos decir y luego diagramando la forma de presentar la solución con toda la información que deba contener. Un escrito judicial no debe prescindir de: identificar las partes pertinentes, listar los datos relevantes para el proceso, detallar los planteos, precisar el tema a resolver o la controversia, brindar la solución debidamente motivada.

La empatía es esencial en la redacción, en tanto nos llevará a preguntarnos si lo que para nosotros es comprensible o evidente lo es también para quien será su lector/a. Con esta respuesta puedo readecuar el texto para que todos/as puedan comprenderlo.

---

<sup>4</sup> Disponible en: <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/manual-de-lenguaje-claro-de-mexico/>.

De haber partes resolutivas, deben ser claras y congruentes con los planteos iniciales. No se puede agregar nada que no haya sido debidamente incorporado previamente.

El uso de cuadros y diagramas no es una facultad privativa de las ciencias de la administración o la ingeniería, y pueden ser utilizados en el ámbito judicial.

*Pautas para la elección de las palabras:*

- Elegir las más habituales, conocidas y precisas.
- No abusar de los sinónimos.
- Mantener la coherencia en cuanto al género y número.
- Usar el vocabulario técnico con prudencia y describirlo para que el/la ciudadano/a lo comprenda.
- Utilizar lenguaje inclusivo y no discriminatorio. Debemos incorporar la Resolución N° 14.1 de la UNESCO (de 1987)<sup>5</sup> y la ley nacional de identidad de género (Ley N° 26.743)<sup>6</sup>. Entre sus recomendaciones se encuentran: abandonar, en la medida que no luzca forzado, el uso del genérico gramatical masculino y referir al uso de la variable los/las y sustantivos abstractos en cuanto sea posible; nombrar a las personas en forma simétrica sin distinción, por ejemplo, de hombres por apellido y mujeres por nombre de pila; elegir pronombres sin marca de género, por ejemplo, niñez, juventud, ciudadanía, población; en los casos en que se conozca al/la destinatario/a, referir en el género de la persona a la cual dirige.

---

<sup>5</sup> Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000114950>.

<sup>6</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>.

*Oraciones:* deben ser cortas y concretas. La premisa es: una oración = una idea.

Se sugiere evitar las que tengan excesiva cantidad de subordinadas.

Se recomienda colocar los complementos cerca del núcleo que modifican y controlar el uso de oraciones impersonales.

Debe primar la economía verbal. Es recomendable evitar las formulaciones que no agregan nada al mensaje.

*Títulos y párrafos:* los párrafos deben ser cortos y no agrupar más de dos o tres oraciones (las cuales deben tener conexión directa entre ellas).

Se recomienda realizar enumeraciones en las providencias simples que dispongan varias medidas, de forma tal que puedan individualizarse correctamente. Por ejemplo, si tenemos que dejar sin efecto una audiencia, fijar una nueva y notificar a las partes, se deben poder identificar claramente los tres pasos.

El uso de títulos también es una buena práctica que ordena el texto y orienta al lector sobre aquello a lo que nos vamos a referir. De la mano de los títulos aparecen los ordenadores de los documentos, como pueden ser los números o las letras. Su uso es bienvenido, y debe cuidarse la correlatividad y la lógica de la numeración o identificación.

### ***Los beneficios del lenguaje claro***

- Acorta la distancia entre la ciudadanía y los/as operadores/as del Poder Judicial.
- Aumenta la confianza de la ciudadanía en las instituciones.
- Ahorra recursos al simplificar las operaciones.
- Reduce la discrecionalidad, fomenta la transparencia y la rendición de cuentas.
- Fortalece la democracia.

### **Segunda conclusión**

El lenguaje claro es parte del *kit* de microtransformaciones, porque todos/as—con independencia del lugar que ocupemos dentro de la organización— podemos comunicarnos en forma más eficiente.

## **Justicia abierta y accesible**

Los miembros del Poder Judicial somos de alguna manera representantes de la institución, al menos mientras estamos en el ejercicio de la función judicial. En consecuencia, la forma en que actuamos puede reforzar los preconceptos que pesan sobre *los/as judiciales* o empezar un silencioso camino de revinculación con la ciudadanía.

El buen trato se presume y es debido a cada uno/a por la misma dignidad que ostenta cada persona, y más aun la que acude a la Justicia para la resolución de sus conflictos.

A las responsabilidades personales sobre accesibilidad —las cuales descuento y presumo—, se suman las institucionales. El Poder Judicial debe repensar la forma de comunicación con la sociedad. No existe posibilidad de cambio e innovación a puertas cerradas. La comunicación debe darse tanto vertical como horizontalmente, por todos/as y cada uno/a de los integrantes del sistema.

La Justicia debe ser transparente y participativa, y para eso, sus miembros también deben serlo.

Urge fijar políticas que, ajustadas a las intervenciones de los distintos actores del sistema, garanticen un adecuado acceso a la información. Este mecanismo permitirá conocer más en profundidad el funcionamiento del Poder Judicial, facilitando la comprensión y confianza en el sistema de administración de justicia.

La proximidad entre la gente y la Justicia es una deuda pendiente en la que debemos seguir trabajando, en plena articulación con todos los estratos estatales, y entre estos y la ciudadanía.

Existen soluciones que requieren de definiciones macro y que pueden escapar a nuestro alcance, y otras que podemos implementar individualmente.

### ***Soluciones institucionales***

La organización (Poder Judicial) debe comprometerse con el objetivo de implementar una Justicia abierta y accesible. Superada esta etapa, inicial e indiscutible, se puede avanzar en algunas herramientas de gestión que permitan brindar resultados.

*Transparencia y rendición de cuentas:* mucho se escribe sobre los datos abiertos, y en algunos casos esto fue regulado legislativamente o autodeterminado por las cortes locales interesadas.

*Uso de redes sociales:* el Poder Judicial debe innovar en los canales de comunicación con la ciudadanía. Es cada vez más frecuente que utilice distintas redes sociales para comunicar sentencias, resoluciones, novedades y toda aquella información que la sociedad requiera.

Contar con un sitio web con estética moderna, actualizado y de simple navegación, facilita el acceso de la ciudadanía a la justicia y refuerza la imagen de transparencia.

*Lenguaje claro:* el uso de dicha herramienta resulta esencial en este proceso.

*Estadísticas:* parte de la información con la que se debe contar será tomada de las estadísticas que genere el propio sistema sobre su funcionamiento. Como ejemplo: ingreso vs. egreso de causas, tiempo de

trámite de las causas, aumento de litigiosidad, vacantes de funcionarios/as, casos de violencia de género, etcétera.

*Manuales de procedimientos:* todo lo que pueda estandarizarse para una mayor unificación de criterios debe ser llevado a un manual o un instructivo digital (o la forma que la tecnología nos brinde) para poder conocer cómo es el procedimiento y lograr su difusión y homogeneización.

*Participación y colaboración ciudadana:* entre los mecanismos de vinculación y fomento de la participación ciudadana que existen, menciono: programas de educación ciudadana, programas de colaboración institucional, juicio por jurados, avance de la oralidad, mediación como etapa prejudicial, ingreso democrático a los puestos de trabajo en la Justicia, concursos para la selección de funcionarios/as.

*Innovación tecnológica:* la evolución de los sistemas y nuevas tecnologías –con las facilidades que traen para la vinculación de la población con la Justicia– es indispensable para profundizar el proceso de integración, accesibilidad y transparencia. Entre algunos hitos, podemos nombrar: el expediente electrónico o digital, la firma digital, los nuevos medios de notificaciones, las audiencias por videoconferencia.

Otras herramientas para considerar son:

*Idioma:* la comunicación institucional y de los actos que se generen (resoluciones, sentencias) debe poder ser comprendida por sus destinatarios/as. En una audiencia donde un/a testigo no hable castellano, debe procurarse un/a traductor/a, herramienta que también puede usarse para hacer comprensible un escrito.

*Accesibilidad:* es la obligación de eliminar barreras edilicias para facilitarles el ingreso a las personas con movilidad reducida (rampas, baños, etcétera). De saberse que alguno/a de los/as destinatarios/as de la producción judicial tiene limitaciones visuales, esta se puede replicar en forma audible o instar su impresión en braille.

### ***Buenas prácticas individuales***

Las soluciones institucionales enunciadas requieren de un compromiso que muchas veces puede parecerse lejano o imposible. La apuesta –una vez más– es a las *microtransformaciones* que podemos generar con el trabajo particular. Algunas sugerencias:

*Tener actitud empática:* pensemos cómo nos gustaría que nos atendieran si fuéramos quienes acudimos a la Justicia. Reflexionemos sobre las audiencias, en las cuales la gente no está familiarizada con las formalidades, los usos y costumbres y el ambiente judicial. Podría suceder que esa sea la única vez que un/a ciudadano/a se presente a la Justicia, o la única oportunidad de ser oído/a. De nuestra actitud dependerá probablemente la imagen que se forje del Poder Judicial. Siempre resulta aconsejable ser cercanos/as, comprensivos/as, y evitar los prejuicios y la revictimización.

*Atender todas las inquietudes:* muchas veces, quien se vincula con el sistema, con solo contar su expectativa o necesidad y ser escuchado/a, se va satisfecho/a. La escucha activa es esencial y debe ser acompañada por la proactividad en la búsqueda de soluciones.

Evitemos frases como “este tema no lo llevo yo y no está la persona encargada”, “esto pregúnteselo a su abogado”, “la información está disponible en la web”. Aunque sea cierto, siempre se puede dar un paso más en el compromiso y mostrar diligencia.

Si se recibe un llamado, evitemos la derivación indefinida. Tomemos nota de quién llama, qué requiere, y tratemos de reencauzar su pedido o transmitirlo al/la responsable.

*Buscar soluciones alternativas:* en la práctica nos topamos con barreras en la comunicación que pueden ser desde culturales hasta regulatorias. Ante esto, puede surgir la frustración o la exploración de canales alternativos de solución de conflictos. Por solo citar un ejemplo: cuando

se piden en préstamo expedientes mixtos (escritos y digitales), puede advertirse que hay piezas que no están digitalizadas. Ante esto, se puede requerir a las partes que acompañen en formato digital aquellas que posean, o que identifiquen qué actuaciones les parece esencial digitalizar, o puede ser el mismo órgano quien digitalice los escritos. Un problema, varias soluciones, no todas contempladas por el ordenamiento procesal.

*Facilitar los medios de comunicación:* el mundo luce hiperconectado, con sobreabundancia de información en línea. El Poder Judicial va encarando algunos procesos de comunicación por los carriles ordinarios y suma nuevos medios. Sin embargo, nada obsta para que cada dependencia judicial pueda facilitar otros canales de comunicación. De no existir limitaciones procesales o regulación específicas, se puede avanzar en notificaciones por WhatsApp, trasmisión de sentencias por canales de YouTube o cualquier otra modalidad que facilite y garantice la comunicación entre la Justicia y sus destinatarios/as.

*Ser creativos/as:* las herramientas y pautas mencionadas precedentemente solo son una aproximación a tantas otras que pueden implementarse. Es importante pensar con creatividad y no dejar de explorar soluciones innovativas para continuar acercado la Justicia a la sociedad y, a su vez, hacerla más accesible. Cito como ejemplo el caso de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, que, ante los constantes inconvenientes y denuncias en la realización de subastas, implementó un sistema para hacerlas en línea.<sup>7</sup>

### **Tercera conclusión**

La accesibilidad y la apertura deben ser incorporadas en el *kit* de microtransformaciones, ya que permiten revincular la Justicia con la sociedad, sea desde lo institucional o desde lo personal.

---

<sup>7</sup> Disponible en: <https://www.scba.gov.ar/paginas.asp?id=41600>.

## Bibliografía

BOURDIN, M. & MÉNDEZ, P. (comps.) (2016). *Justicia argentina online*. Buenos Aires: Altuna. Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/nota-19953-El-CIJ-presenta-su-publicaci-n--Justicia-Argentina-Online.-El-nuevo-modelo-comunicacional-.html>.

DIRECCIÓN GENERAL DE SIMPLIFICACIÓN REGULATORIA DEL GOBIERNO DE MÉXICO (2007). *Lenguaje Claro*. México: Secretaría de la Función Pública del Gobierno de México. Recuperado de: <http://lenguajeclaroargentina.gob.ar/manual-de-lenguaje-claro-de-mexico/>.

EQUIPO DE TRABAJO DEL JUZGADO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N° 13 DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (2020). *Justicia abierta. De la idea a la práctica*. Buenos Aires: Jusbaire. Recuperado de: <https://juzgado13pcyf.webnode.com/nuestro-libro/>.

ISAACSON, W. (2011). *Steve Jobs*. Buenos Aires: Debate.

PRÍCOLO, M. V. (2019). *Glosario Jurídico en Lenguaje Claro*. Buenos Aires: Jusbaire. Recuperado de: <http://editorial.jusbaire.gob.ar/libro/cargar/242>.

SALANUEVA, O. (coord.) (2020). *Confianza en la administración de justicia. Lo que dicen les abogades*. La Plata: UNLP. Recuperado de: <https://libros.unlp.edu.ar/index.php/unlp/catalog/download/1528/1510/4917-1>

TULA DEL MORAL, L. & NUÑEZ GELVEZ, P. (2021). *Manual de lenguaje claro y estilo*. Buenos Aires: Jusbaire. Recuperado de: <http://editorial.jusbaire.gob.ar/libros/320/online>.

Derecho procesal electrónico en el fuero penal. Presentaciones y notificaciones por medios electrónicos, el Acuerdo 4040/21 vigente desde el 1/11/2021

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 14/03/2022

**Aprobado:** 21/03/2022

## Derecho procesal electrónico en el fuero penal. Presentaciones y notificaciones por medios electrónicos

*Electronic procedural law in criminal jurisdiction. Submissions and notifications by electronic means*

**Por Pablo Alberto Little<sup>1</sup>**

*Universidad Católica Argentina*

**Resumen:** Se analizan los alcances del Acuerdo 4040/21 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, vigente desde el 1º de noviembre 2021, con mención de las principales normas dictadas para implementar las TIC en el proceso penal bonaerense.

**Palabras clave:** TIC – Presentaciones electrónicas – Notificaciones electrónicas – Domicilio electrónico.

---

<sup>1</sup> Juez de la Cámara Penal de Buenos Aires. Docente (Universidad Católica Argentina). Especialista en derecho penal (UCA), en derecho administrativo económico (UCA), en problemas sociales con enfoque en derechos humanos (Universidad de la Rioja, España). Diplomado en transparencia pública y prevención corrupción. Doctorando. Primera promoción de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: pablo.little@pjba.gov.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0990-1820>.

**Abstract:** *The scope of the SCBA Agreement 4040/21 in force since November 1, 2021 is analyzed, with mention of the main rules issued to implement ICT in the Buenos Aires criminal process.*

**Keywords:** *ICT – Electronic presentations – Electronic notifications – Electronic address.*

El nuevo paradigma instaurado a partir de la *despapelización* mediante la confección del expediente digital, la celebración de audiencias virtuales, la notificación electrónica, el acceso virtual a los procesos, las presentaciones y proveídos con firma electrónica o digital y las notificaciones electrónicas, entre otros, posibilita una mayor eficiencia del servicio de administración de justicia. Su adecuado uso acorta los tiempos procesales (art. 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires; art. 18 de la Constitución nacional; art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]), reduce el uso del soporte papel en los expedientes judiciales (conforme la aspiración progresiva reconocida con carácter general por el art. 48 de la Ley N° 25.506, a la que la provincia de Buenos Aires adhirió por Ley N° 13.666, en la que se encuentra interesada la protección del medioambiente)<sup>2</sup>. A la vez, entrega mayor eficiencia, control y publicidad de los actos procesales con especial relevancia en el ámbito penal (art. 8.5 de la CADH y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCyP]).

Según sostiene Osvaldo A. Gozáini (2017), al prologar la obra de Bielli y Nizzo, el derecho procesal informático reconoce trayectos y preocupaciones que se asocian con la evolución tecnológica y el impacto que trae en el funcionamiento de los procedimientos. El derecho procesal electrónico<sup>3</sup> o

---

<sup>2</sup> Cf. art. 41 de la Constitución nacional y art. 28 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

<sup>3</sup> La mayoría de las publicaciones sobre el tema aluden al derecho procesal “electrónico”. El diccionario de la Real Academia Española (RAE) define como electrónico el estudio y la aplicación del comportamiento de los electrones en diversos medios, el vacío, los gases y los semiconductores, sometidos a la acción de campos eléctricos y magnéticos. En la compilación de acuerdos y resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires de enero de 2022 y en el dossier, preparado en conjunto por las Bibliotecas Judiciales y el Área Digesto, también se lo indica como derecho procesal electrónico. Esa denominación apa-

informático<sup>4</sup> introduce las bondades de los avances tecnológicos, evitando la concurrencia a los estrados y dependencias afines en lo que no resulte indispensable.<sup>5</sup> El laudatorio proceso llevado a cabo por la Suprema Corte

---

rece en los cuadernos de doctrina legal, de acceso libre y gratuito en el sitio de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, coordinados por Carlos Enrique Camps, quien se pronuncia sobre el derecho procesal electrónico como el “sector del derecho procesal que se dedica al estudio (descripción, sistematización, difusión) de dos materias: a) la forma en que es abordada por los órganos del Poder Judicial o arbitrales la pretensión informática y b) la forma en que se desarrolla el proceso electrónico o expediente digital, entendido como las reglas de empleo de las TIC para una más adecuada prestación del servicio de justicia y respecto de todo tipo de pretensiones procesales, sean o no informáticas” (Camps, 2019, p. 3). Bajo tal referencia tuvo lugar la Primera Jornada Nacional de Derecho Procesal Electrónico, celebrada en Mercedes, provincia de Buenos Aires, durante septiembre de 2018, y más tarde las Segundas Jornadas Moronenses de Derecho Procesal Electrónico, realizadas en noviembre del mismo año. Para Obeso Rodríguez (12 de mayo de 2021), conceptos “como ‘derecho digital’, ‘derecho informático’ o ‘derecho tecnológico’, pueden ser entendidos como sinónimos del derecho electrónico. No obstante, creemos que, por la jerarquía de conceptos y definiciones, la palabra ‘electrónico’ abraza a palabras como ‘digital’ o ‘tecnológico’, y no de manera inversa, por lo que ‘derecho electrónico’ es el concepto más adecuado para la doctrina”. En sentido similar, un documento electrónico es el conjunto de campos magnéticos aplicados a un soporte de acuerdo con un determinado código (Falcón, 2009).

<sup>4</sup> El diccionario de la RAE define el término “informático” como el conjunto de conocimientos científicos y técnicos que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de computadoras. Ese término lo adoptan Bielli y Nizzo, autores del capítulo X “Domicilio electrónico y notificaciones electrónicas” del tratado dirigido por Camps, op. cit. Bajo similar epígrafe, Tato (s. f.), entre otros. Molina Quiroga prefiere hablar de “documento digital” en lugar de “electrónico”, definiéndolo como aquel que es “conservado en formato digital en la memoria central del ordenador o en las memorias de masa, y que no puede ser leído o conocido por el hombre sino como consecuencia de un proceso de traducción que hace perceptible y comprensible el código de señales digitales” (en Ordoñez, 2019, T. II, p. 49).

<sup>5</sup> Sostiene Ordoñez (2019) que “desde antaño y hasta la intromisión de la informática en la gestión judicial, el acceso al expediente se caracterizó por ser

de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA),<sup>6</sup> que comenzó con la incorporación de equipos informáticos en escasos órganos jurisdiccionales durante la década del ochenta del siglo XX,<sup>7</sup> cobró un impulso determinante a partir de la creación de sistemas operativos específicamente diseñados para los requerimientos de los distintos fueros. Tuvo su concreción con la decisión de informatizar todos los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público, junto a la instrumentación del expediente digital cuya implementación definitiva se encuentra pendiente en algunos aspectos.

A la par de la incorporación de las factibilidades técnicas para alcanzar el cometido, tuvo lugar un laborioso proceso regulatorio protagonizado por la SCBA, con énfasis inicial en las áreas del derecho

---

exclusivamente presencial. Los abogados, las partes y cualquier interesado en su compulsa, e incluso los mismos empleados y funcionarios judiciales, sólo podían tomar conocimiento del expediente con su lectura en la sede del órgano jurisdiccional, donde debía apersonarse físicamente para anoticiarse de las resoluciones judiciales, como así también para efectuar cualquier tipo de petición, presentación o comunicación. Con la creación y posterior progreso de los sitios web judiciales, floreció una nueva forma de consulta del expediente, que enlazó el sistema de gestión de expedientes con el ciberespacio, permitiendo a los litigantes tomar conocimiento de este o de algunos de sus actos procesales, sin necesidad de apersonarse en la sede del órgano jurisdiccional y sin importar el día y horario de funcionamiento de la dependencia” (p. 59).

<sup>6</sup> Tal como señala Ordoñez (2019), en la provincia de Buenos Aires la Suprema Corte de Justicia tomó las riendas del cambio y efectuó un denodado esfuerzo para poder dotar de firma digital a todo el ámbito jurisdiccional. En ese entendimiento, se dictaron los acuerdos 3098/2003, 3399/2008, 3491/2010 y 3540/2011, y se otorgaron certificados a operadores internos y externos.

<sup>7</sup> Ordoñez (2019) refiere que el maestro Guibourg, allá por el año 1988, avizoraba que una administración de justicia para los días que corren no puede constituirse sin contar con los medios que la tecnología pone a nuestra disposición para hacer frente al manejo eficaz de grandes cantidades de información.

procesal civil, comercial, contencioso administrativo y laboral, que con matices fue extendido a las áreas del fuero penal y de la responsabilidad juvenil. Así se optimizó el derecho a obtener adecuada protección judicial mediante el acceso rápido y sencillo a la justicia (art. 25 de la CADH; art. 14 del PDCyP; arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional).

La puesta en funcionamiento del sistema informático y su marco regulatorio –fundamentalmente implementado a través de acuerdos y resoluciones de la SCBA– se llevó a cabo inicialmente a través de experiencias piloto en juzgados de primera instancia de distintos fueros y jurisdicciones con reglamentos de gestión procesal que fueron modificándose a partir de las conclusiones obtenidas y del aporte de múltiples participantes.

## **Antecedentes normativos del sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas**

Con el propósito de descongestionar la concurrencia en los juzgados civiles y comerciales y los tribunales de trabajo en procura de una mejor calidad de atención al público y a los abogados, luego de una experiencia piloto llevada a cabo en el departamento judicial de Mar del Plata y conforme a un plan gradual de implementación, la SCBA, mediante la Resolución N° 31/99 (del 15/1/1999), dio inicio a la Mesa de Entradas virtual (MEV), disponiendo que en los juzgados del fuero civil y comercial de los departamentos judiciales de La Plata, Lomas de Zamora, Morón, Quilmes, San Isidro y San Martín y en los tribunales de trabajo con sede en tales cabeceras se realizara la carga completa de datos de los expedientes en trámite mediante el sistema de gestión e información provisto por la Subsecretaría de Información, debiendo los magistrados adoptar las medidas necesarias para

que el empleo del sistema informatizado abarcara la registración de los relativos a las partes, objeto del juicio, profesionales intervinientes, providencias y pronunciamientos y todo otro que permitiera conocer el estado de cada trámite cumplido.

Mediante el Acuerdo N° 2678/17 (del 20/12/2017), la SCBA habilitó el acceso electrónico a la información de gestión de expedientes en los juzgados de Responsabilidad Penal Juvenil, de Ejecución Penal y en lo Correccional, tribunales en lo Criminal, Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal y Tribunal de Casación Penal, mediante el sistema MEV. Encomendó a la Dirección de Servicios Legales, juntamente con la Secretaría Penal, la Secretaría de Planificación y la Subsecretaría de Tecnología Informática, la elaboración de un protocolo que estableciera, con el mayor grado de precisión posible, pautas claras respecto de la carga de datos en el sistema de gestión de los órganos jurisdiccionales y el procedimiento a seguir. Estableció que, en una primera etapa, hasta tanto se elaboraran las pautas de trabajo aludidas y se capacitara a los operadores de los órganos jurisdiccionales, con la finalidad de evitar vulneraciones a los derechos tutelados por la Ley N° 25.326, se limitara el acceso al sistema de consulta virtual a las partes legítimamente constituidas en el expediente como así también a quien exhibiera un interés legítimo en el proceso, debiendo el magistrado o funcionario habilitado evaluar la solicitud en cada caso y otorgar el permiso correspondiente mediante el software dispuesto al efecto, reproduciendo en el ámbito digital lo establecido para el formato papel.

A través de la RC 923/18, dispuso que, sin perjuicio del supuesto previsto en el artículo 280 de Código Procesal Penal, las partes y los letrados representantes o patrocinantes tuvieran acceso directo al sistema MEV en cada causa en la que intervinieran. El magistrado del fuero penal o de la responsabilidad penal juvenil

debería otorgar el permiso correspondiente, a través del sistema de gestión judicial, al momento de cargar o verificar los datos de cada parte que surgieran de las presentaciones iniciales –o posteriores con nuevo letrado– que realizaran en el proceso, para lo cual se habilitaría informáticamente dicho mecanismo. Para ello, los interesados deberían requerir en sus presentaciones el acceso respectivo, denunciando su carácter de parte, representante o letrado y su nombre de usuario de la MEV. Toda otra persona que exhibiera un interés legítimo en el expediente, para obtener el permiso de acceso electrónico al mismo, debería solicitarlo a través de un formulario disponible en la página oficial de la SCBA. Ello generaría automáticamente un segmento (set) exclusivo y reservado para el alojamiento de datos indicativos de la causa cuyo acceso fuera autorizado. Dicha autorización sería solicitada por el usuario mediante escrito, en cualquiera de sus soportes, con copia en cada expediente donde quisiera tomar intervención. El órgano, sin perjuicio del supuesto previsto en el artículo 280 del Código Procesal Penal, dispondría el permiso correspondiente mediante un software habilitado al efecto. El mecanismo de autorización también sería aplicable para aquellas solicitudes realizadas por las partes y sus letrados que no se encontraran incluidos en las presentaciones indicadas.

Pionera de las experiencias de prueba sobre notificaciones electrónicas resultó la regulada mediante el Acuerdo SCBA N° 3399/08 (del 5/11/2008) –para entonces, sin base legal en algunos aspectos, al haber sido previo a la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia–. Al respecto, se aludía al expediente 3001-134/2007 en el que tramitaba el proyecto titulado “Reglamento de la Dirección de Receptorías de Expedientes, Archivos, Mandamientos y Notificaciones”, así como a las resoluciones de la SCBA N° 800/07, 145/07 y 829/08 y la Resolución de la Presidencia N° 462/08.

Tal ensayo guía se dispuso que tendría inicio el 17 de noviembre de 2008 de modo gradual para los órganos que participaran y contarán con el sistema de gestión de expedientes GAM, y a partir del 27 de noviembre de 2008 para los que utilizaran el sistema de gestión de expedientes Lex-Doctor. La experiencia se instrumentó en el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 14 de La Plata, el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 de Olavarría y el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata, con el propósito de implementar una modernización en la realización de los actos de comunicación procesal a través de la incorporación de los adelantos tecnológicos y los desarrollos informáticos existentes.

Para alcanzar los objetivos trazados, resultó determinante que la SCBA optara por establecer domicilios constituidos electrónicos –que es el servicio de red oficial utilizado para recibir y enviar notificaciones, como así también otro tipo de comunicaciones o presentaciones, en el marco de un proceso judicial, a través de sistemas informáticos reglamentariamente reconocidos que permiten la instantaneidad e inalterabilidad del acto y la identificación del remitente y del destinatario (Ordóñez, 2019)– en un sitio propio que permitiera eventuales procesos de auditoría, incorporando la tecnología de firma electrónica y digital para obtener mayores niveles de seguridad, en lugar de inclinarse por el de casillas de correo constituidas por las partes y los letrados (Tanco, 2015).

También fue auspicioso el envío por parte de la SCBA de un proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial destinado a incorporar los mecanismos de notificación electrónica en tal ámbito de enjuiciamiento, a partir del que se sancionó la Ley N° 14.142 (publicada el 26/7/2010) que modificó varios artículos, así como la Ley N° 11.653 –aplicable al trámite del fuero laboral– tal como se indica en el Acuerdo N° 3399/2008 en paralelo al expediente 3001-889/00.

Vigentes las reformas que daban andamiaje legal al diseño inicial, y superada la primigenia etapa piloto, la SCBA aprobó el “Reglamento para la notificación por medios electrónicos” por el Acuerdo SCBA N° 3540/11 (del 30/3/2011) –considerado como el pilar fundamental del sistema de notificaciones electrónicas en la provincia de Buenos Aires– de conformidad con las disposiciones adjetivas introducidas en el Código Procesal Civil y Comercial. Para la utilización del sistema de notificaciones electrónicas, al que se le brindó un tratamiento conjunto con el de presentaciones judiciales electrónicas, resultó imprescindible contar con un certificado de firma digital alojado en un dispositivo de almacenamiento removible (token), disponiéndose que fuera provisto a los letrados por los Colegios de Abogados departamentales.

De tal modo, para las presentaciones electrónicas, originariamente fue aprobado por el Acuerdo SCBA N° 1827/12 (del 11/7/2012) un reglamento en función de la prueba piloto a llevarse adelante en el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 de Azul, con asiento en Olavarría, el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 14 de La Plata, el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 de Mar del Plata y el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 14 de San Isidro.

Mediante la Resolución SCBA N° 157/15 (del 15/12/2015), el presidente de la Suprema Corte extendió la aplicación de lo normado por el Acuerdo N° 3733/14 (del 20/11/2014), a partir del 1° de febrero de 2016, a los órganos del fuero penal y del de responsabilidad juvenil que operaban con el sistema Augusta, disponiendo que las notificaciones y presentaciones electrónicas que involucraran a los juzgados de garantías y los juzgados de garantías del joven, que utilizaban el SIMP, comenzaran a implementarse a partir del 1° de abril de 2016.

Por la Resolución N° 707/16 (del 27/4/2016) a instancias del Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires, la SCBA autorizó hasta el 1° de agosto de 2016 la coexistencia del sistema de

notificaciones y presentaciones electrónicas con el tradicional esquema en formato papel, haciendo saber que ello no resultaba óbice respecto de la vigencia de las disposiciones contenidas en la Resolución N° 582/16 y –en lo pertinente– el Acuerdo N° 3733/15. También encomendó a la Subsecretaría de Tecnología Informática elevar un informe en el que constara el grado de utilización por parte de los órganos judiciales del sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas a fin de arbitrar las medidas del caso, y convocó al Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires a prestar la colaboración necesaria en relación con la situación descrita en su presentación, detallando los posibles inconvenientes que se presentaban en cada uno de los órganos judiciales.

A través de la Resolución N° 1407/16 (del 13/7/2016), la SCBA autorizó a los titulares de los órganos de los fueros Civil y Comercial, de Familia, Contencioso Administrativo, Laboral y de la Justicia de Paz, en situaciones o circunstancias particulares que afectaran el uso del sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas, a solicitud del profesional interesado de manera fundada, a exceptuar su aplicación hasta el 16 de febrero de 2017. Para los fueros Penal y de la Responsabilidad Penal Juvenil mantuvo la coexistencia del sistema electrónico y en formato papel para el diligenciamiento de las notificaciones y presentaciones judiciales. Encomendó a la Secretaría de Planificación y a la Subsecretaría de Tecnología Informática el seguimiento del empleo de los mecanismos electrónicos para las presentaciones y notificaciones en tales fueros y la elaboración de la reglamentación acorde. Asimismo, oficializó la funcionalidad del “Aviso de cortesía” a través del envío diario a los usuarios del sistema de un correo electrónico recordándoles el estado de su domicilio electrónico que incluiría un informe sobre la cantidad de notificaciones recibidas y presentaciones electrónicas que cambiaron de estado desde su último ingreso al portal, señalando que dicha

prestación no sustituía la forma en que operaban las notificaciones en los procesos y procedimientos.

A través del Acuerdo N° 3845/17 (del 22/3/2017), la SCBA aprobó un nuevo “Reglamento para la notificación por medios electrónicos”, de aplicación obligatoria a todos los procesos en los que rigiera el régimen de notificaciones previsto en el Libro I, Título III, Capítulo VI del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia, haciendo lo propio con el modelo único de cédula a utilizarse en todos los fueros e instancias en los supuestos en que debiera practicarse una notificación electrónica, a partir del 2 de mayo de 2017, derogando los artículos del Anexo único del Acuerdo N° 3540, de la Resolución N° 3415/12, de la Resolución N° 1407/16 y toda otra norma que se opusiera. Encomendó a la Subsecretaría de Tecnología Informática realizar los ajustes técnicos necesarios a fin de implementar con antelación suficiente las funcionalidades de adjunción de copias, de remisión electrónica de cédulas a diligenciar en formato papel, así como las medidas de seguridad adicionales para dichos instrumentos y la operatoria de comunicaciones entre órganos judiciales y de estos con entidades públicas. También dispuso el modelo único de cédula a utilizarse en todos los fueros e instancias en los supuestos en que debiera practicarse una notificación electrónica, además de encomendar al Instituto de Estudios Judiciales la organización de actividades de capacitación relativas a esta nueva reglamentación.

Conforme al Acuerdo N° 3975/20 (del 17/4/2020), la SCBA aprobó el nuevo “Reglamento para los escritos, resoluciones, actuaciones, diligencias y expedientes judiciales”, disponiendo que comenzara a regir con alcance general el 27 de abril de 2020. En el caso de los fueros Penal y de la Responsabilidad Penal Juvenil, sería a partir del 1° de junio de 2020, a excepción de los aspectos que fueran de aplicación antes de esa fecha, conforme lo establecieran

las normas dictadas por la Suprema Corte, y al cumplirse el plazo previsto quedaría derogado en su integridad el Acuerdo N° 2514 y toda otra normativa que se opusiera.

Finalmente, mediante el Acuerdo N° 4013/21 (del 21/4/2021) y con expresa referencia a la persistencia de la pandemia de covid-19, el estado de emergencia sanitaria, el desarrollo de la situación epidemiológica y la continuidad de las limitaciones a las actividades presenciales y las medidas de distanciamiento físico, así como la necesidad de actualizar los instrumentos reglamentarios y técnicos para mejorar la eficacia del servicio de justicia, la SCBA aprobó un nuevo “Reglamento para las Presentaciones y las Notificaciones por medios electrónicos” y el “Modelo de Formulario de Notificación Electrónica”. Dispuso que, en caso de que resultara indispensable la notificación por cédula, deberían observarse las reglas específicas que había establecido en el Anexo III. Agregó expresamente para determinados actos, siempre que el destinatario no tuviera un domicilio electrónico inscripto en el Registro de Domicilios Electrónicos por no estar comprendido en el ámbito de aplicación del reglamento, que la notificación podría diligenciarse, a opción de la parte interesada, a través de telegrama electrónico, de conformidad con la reglamentación específica que dictara el tribunal y los convenios que hubiera celebrado. Fue considerada la tarea continua, realizada por la SCBA, orientada a la consolidación de grados crecientes de mejora en la gestión por medio del uso intensivo de las tecnologías de la información y la comunicación aplicadas al servicio y el entorno de extrema dificultad junto a la transformación del desempeño judicial, acelerado por la crisis sanitaria. El Acuerdo N° 4013/21 fue modificado por el Acuerdo N° 4039/21 (del 14/10/2021), producto de los aportes recibidos en la instancia de consulta pública, junto a su aclaratoria dispuesta por RC N° 1968/21.

Más allá de la relevancia de las distintas regulaciones que expresamente se omiten, las indicadas representan los principales hitos decididos por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires para dar luz al Acuerdo N° 4040/21 que aprobó el “Reglamento para las Presentaciones y las notificaciones por medios electrónicos para los fueros Penal y de la Responsabilidad Juvenil”.

En la mención de las normas dictadas para alcanzar la adecuada regulación de las TIC, es ineludible la Ley N° 25.506 (publicada el 14/12/2001), que prevé el expediente digital, a la que la provincia de Buenos Aires adhirió mediante la sanción de la Ley N° 13.666 (publicada el 15/5/2007), de aplicación en el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, los Municipios, la Administración centralizada y descentralizada, los organismos de la Constitución, entes autárquicos y todo otro ente en que el Estado provincial o sus organismos descentralizados tengan participación suficiente para la formación de sus decisiones.

El inesperado arribo de la pandemia producto del SARS-CoV-2 operó como estímulo definitivo para implementar el sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas, mejorando los resultados que venían obteniéndose en la época en la que resultaba indispensable la concurrencia a las sedes judiciales y las oficinas de mandamientos y notificaciones.

La reciente regulación en el ámbito provincial de los derechos y garantías de las víctimas a través de la sanción de la Ley N° 15.232 (publicada el 18/1/2021), cumpliendo con una asignatura pendiente, que en el ámbito nacional se instrumentó a través de la Ley N° 27.372 (publicada el 13/7/2017), para que en todas las etapas del proceso se les brinde a las víctimas de presuntos delitos asesoramiento, asistencia jurídica, representación y protección personal y resulten anoticiadas de toda decisión relevante en relación con la

libertad del imputado, no contempla el domicilio electrónico.<sup>8</sup> De allí que resulte adecuada la aplicación de lo previsto por el artículo 121 del Código Procesal Penal, producto de la reforma introducida por la Ley N° 13.943 (publicada el 10/2/2009), que propició el uso de medios tecnológicos de acuerdo con las posibilidades técnicas a las que las partes, el juez, tribunal o agente fiscal tengan acceso, fundamentalmente a la hora de convenir el modo de implementar las comunicaciones.

En otro sentido, las dificultades en la instrumentación de las TIC no siempre deben asociarse a la carencia de recursos técnicos. Muestra de ello resultó el juzgamiento mediante el procedimiento de flagrancia establecido por obra de la Ley N° 13.811 (publicada el 7/4/2008), por el que –con idénticos recursos tecnológicos y humanos a los existentes entonces, sin relegar derechos ni garantías de los interesados– operó un cambio copernicano que demostró que resultaba posible agilizar significativamente los plazos procesales bajo un sistema reglado por la presencia de las partes, la oralidad, y con resguardo digital íntegro de los actos procesales celebrados. Los logros obtenidos en el juzgamiento de delitos en flagrancia se encuentran pendientes de ser introducidos en el sistema tradicional. La instauración en este último de la firma digital y de las notificaciones electrónicas representa un progreso que, si bien imprime celeridad a los trámites procesales, aguarda la introducción de mayores avances.

El “Reglamento para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos para los fueros Penal y de la Responsabilidad Penal

---

<sup>8</sup> El artículo 8 del Acuerdo N° 3989 (del 21/20/2020), por el que fue creado el “Registro de domicilios electrónicos del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires”, prevé que cualquier persona jurídica o humana podrá inscribirse voluntariamente en el registro a los fines de la actuación judicial en los fueros pertinentes.

Juvenil”, aprobado mediante el Acuerdo N° 4040/21 que comenzó a regir el 1° de noviembre de 2021 derogando el artículo 1° de la Resolución N° 1647/16 y toda otra normativa que se le opusiera, plasmó las esenciales modificaciones que se analizan. Las restricciones al público relativas a la concurrencia a los ámbitos jurisdiccionales en mérito del ASPO (aislamiento social preventivo y obligatorio) y DISPO (distanciamiento social preventivo y obligatorio) sirvieron como test de su adecuado funcionamiento.

### **Alcances del Acuerdo N° 4040/21 para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos en el fuero Penal y de la Responsabilidad Penal Juvenil**

Al elaborar la norma reglamentaria para el uso de los medios electrónicos para la realización de presentaciones y notificaciones electrónicas en los procesos judiciales de los fueros de Responsabilidad Penal y de Responsabilidad Penal Juvenil, a través del Acuerdo N° 4040/21 (publicado el 18/10/21), la SCBA consideró la labor realizada en el ámbito de la mesa de trabajo creada por Resolución N° 3272/15 (ampliada por Resolución N° 1074/16 y Resolución N° 2808/18). A la vez, la creación del Consejo Participativo de Gestión Judicial, armonizando la normativa vigente que regulaba el mecanismo de presentación y notificación por medios electrónicos (Acuerdo N° 4013/21) con los preceptos que regulan estos procesos (Ley N° 11.922 y Ley N° 13.634), resultando de aplicación supletoria en todo lo que no se opusiera a la normativa procesal vigente. Estimó que, además de las certezas que la reglamentación generaba, contribuiría a la inclusión del proceso penal en el camino emprendido hacia el expediente digital. Asimismo, tuvo en cuenta las gestiones

llevadas a cabo conjuntamente con la Procuración General por la Resolución N° 1015/20, por las que se concretó la implementación del mecanismo que permite la interoperabilidad técnica de los sistemas informáticos de gestión judicial que funcionan en las órbitas de la SCBA y de la Procuración General (Augusta y SIMP), citando las atribuciones previstas por el artículo 32 incisos ll y s de la Ley N° 5827 y el artículo 5 del Código Procesal Penal y lo dispuesto en el Acuerdo N° 3971/20 (suscripto el 15/4/2020).

Dispone que todas las presentaciones que realicen las partes, sus letrados y los auxiliares de justicia ante un órgano jurisdiccional en un proceso judicial deben ser generadas y efectuadas en soporte digital, así como rubricadas con tecnología de firma digital, lo que requiere la utilización de certificados digitales emitidos por la autoridad certificante de firma digital AC-ONTI (Autoridad Certificante de la Oficina Nacional de Tecnología de Información), aportados por los interesados o emitidos por la Suprema Corte en los casos que esta lo dispusiera.

En el caso de que las partes tengan un certificado propio, emitido por la AC-ONTI, pueden requerir a la Subsecretaría de Tecnología Informática la asignación de un domicilio electrónico vinculado con él. La Subsecretaría de Tecnología Informática de la SCBA es la encargada de proveer lo conducente para el acceso a los certificados digitales de conformidad con las reglamentaciones vigentes.

El Acuerdo prohíbe a los órganos jurisdiccionales recibir escritos en soporte papel, con excepción de:

- a) Las presentaciones o requerimientos vinculados a una medida de coerción que se presenten fuera del horario de atención al público (lunes a viernes de 8 a 14.00 hs. –vg. Hábeas Corpus, eximición de prisión,

solicitudes de dictado de prisión preventiva, de concesión de la excarcelación u otro beneficio alternativo o de morigeración de esta, salidas especiales, peticiones relativas a la modalidad de cumplimiento de la medida restrictiva, cambios de lugar de alojamiento, de asistencia médica, entre otras—). b) Cuando se alegue una grave causa o una situación de urgencia que impidiera efectuar la presentación por medios electrónicos, la que deberá ser debidamente justificada por el presentante. c) Las realizadas por el imputado o la víctima sin la intervención del letrado. d) Las presentaciones que provengan de personas que no revistan en la causa el carácter de parte, letrado o auxiliar de Justicia, salvo cuando éstas hayan celebrado un convenio con la Suprema Corte de Justicia que las habilite a realizar las presentaciones en forma electrónica, en cuyo caso se estará a los términos del acuerdo respectivo.

En los supuestos abarcados por los incisos a y b, los presentantes deben encargarse de digitalizar e ingresar en el sistema de gestión judicial una copia digitalizada del escrito confeccionado en formato papel, como así también de la documentación adjunta a él, si la hay, dentro del siguiente día hábil de la presentación. En los casos de las presentaciones aludidas en los incisos d y e, son los funcionarios especialmente indicados en cada órgano judicial quienes deben digitalizarlas e incorporarlas al sistema de gestión judicial.

En el escenario en el que un órgano jurisdiccional reciba un escrito en formato papel que no encuadre en las excepciones mencionadas, debe limitarse a señalar que el peticionario no cumplió con lo dispuesto en el Acuerdo, salvo las peticiones que no admitan demora en su proveimiento.

El Acuerdo prevé que la presentación electrónica debe tenerse por efectuada “en la fecha y hora en que quede disponible para el organismo jurisdiccional de destino en su domicilio electrónico”, pudiendo ser ingresada cualquier día y a cualquier hora y, si se registra “fuera de los días y horas de oficina, el cómputo del plazo para su proveimiento comenzará a partir del día y hora hábil siguiente”. De allí que resulte conminatorio para los funcionarios o agentes designados por cada órgano jurisdiccional compulsar, al menos al principio y al final del horario judicial, el sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas para posibilitar el pronto despacho de las peticiones.

Las presentaciones cursadas en el marco de la investigación penal preparatoria entre funcionarios del Ministerio Público pueden efectuarse mediante el mecanismo tecnológico que disponga la Procuración General.

## **La regulación de las notificaciones dispuesta por el Acuerdo N° 4040/21**

El Acuerdo N° 4040/21 dispone que se notifiquen en el domicilio electrónico constituido por las partes, los letrados y los auxiliares de justicia todas las resoluciones judiciales que deban ser notificadas en forma personal o por cédula en el domicilio constituido, debiendo adjuntarse en forma digitalizada los documentos que deban acompañarse, pudiendo efectuarse en forma automatizada.

Como el sistema de gestión judicial predetermina la comunicación automatizada asociada a la firma del respectivo acto procesal, al perfeccionarse el acto con la firma digital del magistrado o funcionario se produce la inmediata notificación automatizada a los domicilios electrónicos de los destinatarios con la adjunción de la resolución. Tal me-

canismo no obsta el empleo de otros medios informales de notificación que las partes puedan acordar con el secretario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 del Código Procesal Penal, de lo cual debe dejarse constancia en el expediente en la primera presentación.

Solo quedan exceptuados de las formas previstas los supuestos en que el sujeto destinatario no hubiera constituido domicilio electrónico en el proceso en los términos del artículo 8 del Reglamento, ni cuente con domicilio electrónico inscripto en el Registro de Domicilios Electrónicos establecido en el Acuerdo N° 3989, por no estar comprendido en su ámbito de aplicación.

Todas las personas que tengan que constituir domicilio en un proceso penal deben indicar el domicilio electrónico donde serán notificadas. Los funcionarios del Ministerio Público son notificados en los domicilios electrónicos oficiales asignados a sus respectivas dependencias, cuestión que resolvió los inconvenientes que presentaba la comunicación ante suplencias o intervención de colegas por licencias o ausencias momentáneas.

De tal modo, la notificación electrónica demanda cumplir las exigencias normadas en el artículo 121 y concordantes del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires. En caso de adjuntarse un documento electrónico, se lo consignará expresamente, debiéndose en todas las notificaciones indicar, además de los datos establecidos por las reglamentaciones vigentes, el número de investigación penal preparatoria (art. 1° de la Resolución N° 2661/05).

La notificación se tiene por cumplida el día y la hora en que queda disponible para su destinatario en su domicilio electrónico declarado. Si ello se produce en día u hora inhábil, será el día hábil inmediato posterior (sin previsión acorde en el Código Procesal Penal). En aquellos supuestos en que la reglamentación vigente o el tipo de decisión a notificar impongan plazos breves, deben arbitrarse mecanismos de

gestión complementarios que aseguren la efectividad de la toma de conocimiento del interesado tal como venía realizándose, por ejemplo, mediante una comunicación telefónica.

En el caso de las vistas, el principio general es que, hasta tanto se cuente con el expediente íntegramente en formato digital, el órgano debe efectivizarlas conforme lo normado en el artículo 134 del Código Procesal Penal. Cuando el expediente o las constancias de las que deba correrse vista se encuentren en formato digital, el plazo comenzará a computarse desde el momento en que estuvieran disponibles para la compulsa del destinatario en el domicilio electrónico declarado.

En la medida en que estén dadas las condiciones tecnológicas, deben ser diligenciadas por los organismos jurisdiccionales a los domicilios electrónicos preestablecidos, a través del Portal de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas, las notificaciones efectivizadas por los organismos jurisdiccionales a través de Policía o Servicio Penitenciario de la provincia de Buenos Aires y la RC N° 1176/20 (desde el 2/11/2020), para todas las notificaciones que se realicen desde un órgano jurisdiccional hacia el Servicio Penitenciario Bonaerense.

Resulta de aplicación en lo pertinente lo dispuesto por Acuerdo N° 4013/21 de la Suprema Corte de Justicia en todo aquello que no se oponga a la normativa procesal penal vigente ni a tal reglamentación

## **El domicilio electrónico en el Acuerdo N° 4040/21**

Luego de las diversas reformas introducidas a la Ley N° 11.922 (publicada el 23/1/1997), y a pesar de que varias resulten posteriores a la decisión de la SCBA de implementar las TIC, el Código Procesal Penal impone a las partes la obligación de constituir domicilio dentro de la ciudad de asiento del órgano interviniente conforme lo

prevé el actual artículo 123, aludiendo al domicilio procesal los artículos 66, 77, 124 y 442. Ninguna norma del Código Procesal Penal menciona el electrónico, haciéndolo solo el artículo 8 del Acuerdo N° 4040/21, que impone a toda persona que deba constituir domicilio en un proceso penal la obligación de indicar el domicilio electrónico donde será notificada.<sup>9</sup>

La previsión del domicilio electrónico, además de facilitar la notificación de los actos procesales según el análisis de los acuerdos y resoluciones reseñados, descarta los conflictos que se presentaban ante la interposición de los recursos de casación y extraordinarios, al igual que con el de apelación, cuando la sede del *a quo* resulta distinta a la del *ad quem*. En ese sentido, la interpretación literal del tercer párrafo del artículo 92 del Código Procesal Penal importa que, ante el pase del expediente de un departamento del interior al Tribunal de Casación o a la Suprema Corte, el imputado deba ser defendido por el defensor del Tribunal de Casación o por el defensor general de la provincia, según corresponda, mientras el abogado de confianza particular no fije domicilio en aquella sede. Producto de los trastornos ocasionados por la falta de constitución de domicilio en la otra sede, o de la comunicación al superior de la intervención de nuevas defensas por parte de los órganos inferiores, por Resolución de la SCBA N° 665/10 se impuso la obligación a los jueces de notificar a las partes y a los tribunales superiores cualquier modificación operada en la causa

---

<sup>9</sup> La RC N° 1472/20 dispone que los domicilios electrónicos previstos en el Acuerdo N° 3989 (t.o. Res. Pres. SPL N° 74/20) son espacios de almacenamiento para cada usuario en una base de datos que permiten la utilización del sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas de la Suprema Corte de Justicia, con un formato abierto y apropiado para el soporte de documentos electrónicos y propiedades de autenticación, integridad, trazabilidad y auditoría a través del referido sistema.

respecto de la defensa técnica del imputado. También la de intimar al letrado de confianza que no hubiera fijado domicilio dentro del radio del Tribunal de Casación o de la SCBA, bajo apercibimiento de dar intervención a la defensa oficial y proceder a su sustitución (art. 92 del Código Procesal Penal). En el caso del recurso de apelación, el artículo 442 prevé que cuando la sede del tribunal *ad quem* fuera distinta de la del órgano que dictó la medida impugnada, la falta de constitución de domicilio en aquella provoqué que se lo tenga por fijado en los estrados de la cámara interviniente.

La vigencia del domicilio electrónico donde son notificadas las resoluciones resuelve los conflictos que generaba su falta de constitución en la sede *ad quem*.

Resultaría auspicioso incorporar la obligación de constituir domicilio electrónico y una sanción por no hacerlo, entre otras, en el Código Procesal Penal. Ello evitaría eventuales cuestionamientos acerca de la facultad atribuida a la SCBA por el artículo 5 del Código Procesal Penal para dictar las normas prácticas necesarias para aplicar dicho código sin alterarlo.

El ordenamiento procesal penal carece de norma similar a la prevista por el artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial, que obliga a constituir, además del domicilio dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal, un correo electrónico;<sup>10</sup> tampoco posee sanción para el caso de no hacerlo, tal

---

<sup>10</sup> Debe repararse que la SCBA tempranamente había optado por el “domicilio electrónico”. Conforme la opinión de Tanco (2015), el artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial regula la “casilla de correo electrónico”, por lo que la reglamentación en relación con el primero (electrónico) dispuesta por la SCBA es pasible de similar cuestionamiento al realizado en el ámbito penal. Nótese que artículo 8 de la Ley N° 14.142 (publicada el 26/7/2010) dispuso que “la Suprema Corte de Justicia reglamentará el uso del correo electrónico como medio de no-

como la dispuesta por el artículo 41.<sup>11</sup> Esta última tampoco se encuentra prevista en el Acuerdo N° 4040/21, para lo que resulta indispensable el cumplimiento de lo previsto por el artículo 92 del Código Procesal Penal previo a que opere la sustitución del defensor oficial, en tanto impone aceptar el cargo y constituir domicilio (art. 92). A partir de la vigencia de la obligación prevista por el artículo 8 del Acuerdo N° 4040/21, cabe exigir la indicación del domicilio electrónico, pues la regulación del domicilio procesal que las partes deben constituir “dentro de la ciudad del asiento del órgano interviniente” prevista por el artículo 123 del Código Procesal Penal no alude al electrónico.

Resulta útil y adecuada la previsión del artículo 121 del Código Procesal Penal, segundo párrafo, en tanto las partes pueden acordar con el secretario el modo en que serán notificadas, propiciando el uso de medios tecnológicos, de acuerdo con las posibilidades técnicas a las que ellas, el juez, tribunal o agente fiscal tengan acceso, cuyo uso evita sortear inconvenientes con el defensor de confianza que se encuentre actuando sin haber indicado el domicilio electrónico. En este caso, de no convenirlo con el actuario ni cumplir lo impuesto por el artículo 8 del Acuerdo N° 4040/21, siempre que se encontrara interviniendo, en resguardo de las garantías del debido proceso y

---

tificación y uso obligatorio para litigantes y auxiliares de la justicia”, sin previsión acerca del domicilio electrónico.

<sup>11</sup> En este punto también resulta pasible de observación la ausencia de previsión del artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial, puesto que alude a “casilla de correo electrónico” y no al “domicilio electrónico”. *Mutatis mutandis*, cabe extender lo considerado sobre las facultades de la SCBA respecto del artículo 5 Código Procesal Penal en relación con el artículo 834 del Código Procesal Civil y Comercial de las disposiciones transitorias (la numeración de las disposiciones transitorias del Libro IX no ha sido modificada por la Ley 11.453, que incorporó el Libro VIII, artículos 827-853, conservando la numeración introducida por el Decreto Ley N° 7861/72).

para no afectar el derecho de defensa en juicio, debería ordenarse el libramiento de cédula papel al domicilio constituido dentro de la ciudad de asiento del órgano interviniente (art. 123 del Código Procesal Penal), pese a lo dispuesto por el artículo 1° del Acuerdo N° 3733/14 (del 20/11/2014), que solo excepcionalmente autoriza hacerlo. Ello, más allá de que a partir de la vigencia del Acuerdo N° 4040/21 todas las presentaciones que realicen las partes, sus letrados y los auxiliares de justicia ante un órgano jurisdiccional en un proceso judicial deban ser generadas y efectuadas en soporte digital, así como rubricadas con tecnología de firma digital (art. 1°), lo que demanda contar con domicilio electrónico.<sup>12</sup>

En relación con los recaudos a adoptar en los supuestos excepcionales, es válido reseñar lo decidido por la SCBA en el ámbito del ordenamiento procesal civil y comercial vinculado a la falta de constitución de domicilio electrónico y la sanción consecuente de tenerlo por constituido en los estrados del juzgado, fundamentalmente a la hora de evaluar las consecuencias de un excesivo apego al rigor formal. En tal sentido, en la causa C. 121.320,<sup>13</sup> la SCBA concluyó que la Sala III de la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, que declaró desierto el recurso de

---

<sup>12</sup> El artículo 14 de la Resolución SCBA N° 1472/20 (del 29/12/2020), que aprobó el reglamento del "Registro de Domicilios Electrónicos del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires", dispone que el titular del domicilio electrónico podrá autenticarse y acceder al domicilio electrónico en el sistema de notificaciones y presentaciones electrónicas con o sin certificado de firma digital en el marco de la Ley N° 25.506. En el primer caso, podrá verificar las notificaciones recibidas y el estado de las presentaciones realizadas, así como firmar y enviar presentaciones electrónicas. En caso de no contar con el referido certificado, no podrá firmar ni enviar presentaciones.

<sup>13</sup> Caso "Herrera, Ricardo Horacio y otro/a contra Herrera, María Aurora. Desalojo". Sentencia del 3 de octubre de 2018.

apelación articulado por los demandados, había actuado con excesivo rigor formal por haber tenido –previamente– por constituido el domicilio electrónico de los apelantes en los estrados del tribunal y por notificados *ministerio legis* del requerimiento para expresar agravios, considerando que el apercibimiento fijado resultó sorpresivo y gravosamente desproporcionado para la parte recurrente, configurando una vulneración de su derecho de defensa en juicio. En sentido adverso, en la causa C. 121.591<sup>14</sup> resolvió que la decisión de la Cámara no desconocía el precedente sentado en el caso “Herrera”, en tanto el *a quo* había suspendido el trámite recursivo en pos de arribar a un criterio uniforme a través del Acuerdo Plenario, notificando esa suspensión mediante cédula papel al domicilio físico constituido por la parte, por lo que el apercibimiento aplicado (deserción) no resultó sorpresivo ni desproporcionado para el apelante, ni configuró una vulneración de su derecho de defensa.

En consecuencia, la falta de previsión del domicilio electrónico –o del correo electrónico– del Código Procesal Penal, más allá de la previsión dispuesta por el artículo 8 del reglamento aprobado por el Acuerdo N° 4040/21, torna incierta la sanción a aplicar una vez operada la aceptación del cargo, sin perjuicio de que, en lo sucesivo, quien no lo indique y se encuentre obligado a hacerlo no podrá realizar nuevas presentaciones.

Es menester señalar que las disposiciones aludidas no alcanzan al actor civil, al civilmente demandado y al asegurador citado en garantía, pues el artículo 69 del Código Procesal Penal (texto según Ley N° 12.059) dispone la aplicación supletoria de las normas del Código

---

<sup>14</sup> Caso “Monte Maria Haydee C/ Ortiz Hugo Ruben Y Otro/A S/ Daños Y Perj. Por Uso Automot. (C/ Les. O Muerte) (Sin Resp. Est.)”. Sentencia del 21 de noviembre de 2018.

Procesal Civil y Comercial de la provincia, adecuadas a los trámites del procedimiento penal, rigiendo también lo previsto en el Acuerdo N° 4013/21 y sus modificaciones.

Solo a estos últimos interesados y ante reclamos patrimoniales en el proceso penal podría aplicárseles lo dispuesto por el artículo 41 del Código Procesal Civil y Comercial, que señala que de no constituirse el domicilio y correo electrónico o no comparecer quien haya sido debidamente citado, quedará automáticamente constituido el domicilio legal en los estrados del juzgado o tribunal –salvo el caso del segundo párrafo del artículo 59–, donde se practicarán las notificaciones de los actos procesales que correspondan, en la forma y oportunidad determinadas por el artículo 133, y que si no se denunciara el domicilio real o su cambio, las resoluciones que deban notificarse en dicho domicilio se notificarán en el lugar que se haya constituido y, en defecto también de este, se observará lo dispuesto anteriormente.

La previsión del artículo 834 (de las disposiciones transitorias del Código Procesal Civil y Comercial), que atribuye funciones a la SCBA para dictar las medidas reglamentarias que aseguren el mejor cumplimiento de las normas del Código Procesal Civil y Comercial tiene su correlato en el artículo 5 del Código Procesal Penal en tanto las normas prácticas que dicte la Suprema Corte de Justicia no alteren lo previsto en este último código.

## Conclusión

Como consecuencia del proceso regulatorio de las TIC, actualmente rige en el ámbito de la provincia de Buenos Aires el reglamento para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos en materia procesal civil y comercial, aprobado mediante el Acuerdo

N° 4013/21 (con las modificaciones dispuestas por el Acuerdo N° 4039/21 del 14/10/2021 y la aclaración resuelta por la Resolución N° 1968/21). Para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos del fuero penal y de la responsabilidad penal juvenil, el adoptado por el Acuerdo SCBA N° 4040 del 15 de octubre de 2021 que entró en vigor el 1° de noviembre de 2021 y derogó el artículo 1° de la Resolución N° 1647/16 junto a toda otra normativa que se le opusiera; y supletoriamente, en tanto no se opongan, las primeras.

Fue necesario un laborioso proceso en procura de instrumentar las TIC en la Justicia bonaerense, en el que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires resultó indiscutible protagonista. Los mecanismos previstos por los reglamentos para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos significaron un avance inusitado en el ámbito procesal. Las restricciones de circulación impuestas con motivo de la pandemia de covid-19 (ASPO y DISPO) demostraron su éxito.

Resta implementar mecanismos más ágiles y eficientes en relación con los actos vinculados con los integrantes de las fuerzas de seguridad, a quienes, al igual que acontece con los del Poder Judicial, es menester capacitar adecuada y continuamente.

Un excesivo apego al rigorismo formal en la implementación de las TIC provoca tensión con el ejercicio de la defensa en juicio y el debido proceso. La prudencia de los operadores judiciales permitirá mitigarlo, en procura de no afectar las garantías de las partes, tal como lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en diversos precedentes.

## Bibliografía

- ANZIT GUERRERO, R., TATO, N. S. & PROFUMO, S. (2017). *El derecho informático: aspectos fundamentales*. Buenos Aires: Catedra Jurídica.
- BIBLIOTECAS JUDICIALES (última actualización: 31/1/2022). *Derecho procesal electrónico: doctrina publicada en revistas jurídicas*. La Plata: Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.scba.gov.ar/novedadesconfoto.asp?id=21&cat=83>.
- BIBLIOTECAS JUDICIALES Y ÁREA DE DIGESTO (última actualización: 22/2/2022). *Derecho procesal electrónico: compilación de acuerdos y resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires*. La Plata: Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.scba.gov.ar/novedadesconfoto.asp?id=21&cat=83>.
- BIELLI, G. E. & NIZZO, A. L. (2017). *Derecho procesal informático: sistemas del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires y del Poder Judicial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.
- CAMPS, C. E. (2017). *Notificaciones electrónicas*. Buenos Aires: Erreius.
- CAMPS, C. E. (coord.) (2021). *Derecho procesal electrónico. Cuadernos de doctrina legal*, N° 5. La Plata: Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Recuperado de: <https://www.scba.gov.ar/jurisprudencia/14%20-%20Derecho%20Procesal%20Electr%C3%B3nico.pdf>.

CAMPS, C. E. (dir.) (2019). *Tratado de derecho procesal electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DE DERECHO INFORMÁTICO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LOMAS DE ZAMORA (2021). *Manual 2021: Notificaciones electrónicas en la Justicia bonaerense*. Lomas de Zamora: Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. Recuperado de: <https://www.calz.org.ar/descargue-el-primer-manual-de-notificaciones-electronicas-en-la-justicia-bonaerense-2021/>

FALCÓN, E. M. (2009). *Tratado de la prueba. Tomo I*. Buenos Aires: Astrea.

GOZAÍNI, O. A. (2017). “Prólogo”. En: BIELLI, G. E. & NIZZO, A. L., *Derecho procesal informático: sistemas del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires y del Poder Judicial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.

OBESO RODRÍGUEZ, S. (12 de mayo de 2021). “¿Derecho digital?, ¿Derecho electrónico? o ¿Derecho informático?”. Recuperado de: <https://www.derechoelectronico.com/post/el-derecho-electronico>.

ORDÓÑEZ, C. J. (2019). “Actos procesales electrónicos”. En: Camps, C. E. (dir.), *Tratado de derecho procesal electrónico. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

SANFILIPPO, H. A. (2017). *Notificaciones y presentaciones electrónicas en la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: D&D.

TANCO, M. C. (2015). “Actos procesales electrónicos”. En Camps, C. E. (dir.), *Tratado de derecho procesal electrónico. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

TATO, N. S. (s. f.). “El derecho informático como una nueva rama del derecho”. Recuperado de: <https://www.tato.net.ar/contenido/6/9-el-derecho-informatico-como-una-nueva-rama-del-derecho.html>.

Marco jurídico normativo de la atención intercultural de las mujeres mapuce. El caso de los servicios sanitarios de Neuquén

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 29/03/2022

**Aprobado:** 02/05/2022

# Marco jurídico normativo de la atención intercultural de las mujeres *mapuce*. El caso de los servicios sanitarios de Neuquén<sup>1</sup>

*Normative legal framework of the intercultural care of mapuce women. The case of the health services of Neuquén*

Por Cintia Daniela Rodríguez Garat<sup>2</sup>

Universidad de Quilmes

**Resumen:** En el presente artículo abordaremos el marco político y jurídico de la atención sanitaria intercultural de mujeres indígenas en Argentina, en particular, en la provincia de Neuquén. El objetivo es realizar una revisión sistemática del marco jurídico normativo producido en los distintos programas sanitarios que propician la atención de salud con un enfoque intercultural, centrada concretamente en las mujeres *mapuce* de Neuquén. Finalmente, nos enfocaremos en

---

<sup>1</sup> El presente artículo es una adaptación del segundo capítulo de la tesis de maestría “La atención intercultural de las mujeres *mapuche* en los servicios de salud de Las Coloradas, provincia de Neuquén”.

<sup>2</sup> Doctoranda en Filosofía (UNLP). Magíster en Filosofía (UNQ). Especialista y diplomada superior en Bioética (Flacso). Licenciada en Educación (UES XXI). Profesora en Filosofía y en Educación Especial. Con estudios de posgrado en Ciencia Política y Sociología y en NEE, PI y TEA (Flacso). Investigadora de INFoD (Ministerio de Educación). Correo electrónico: [cintiadanielarodriguez@gmail.com](mailto:cintiadanielarodriguez@gmail.com). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6914-9565>.

la contradicción que se produce cuando, por un lado, se defiende un enfoque sanitario intercultural desde los marcos político-discursivo y jurídico, y, por el otro, se aplica un modelo sanitario biomédico, con tintes patriarcalistas.

**Palabras clave:** Salud intercultural – Mujeres indígenas – Neuquén – Políticas sanitarias.

**Abstract:** *In this article we will address the political and legal framework of intercultural health care for indigenous women in Argentina, and in particular in the province of Neuquén. The objective is to carry out a systematic review of the regulatory legal framework produced in the different Health Programs that promote health care with an intercultural approach, specifically focused on Mapuce women from Neuquén. To do this, we will critically analyze these regulatory frameworks, taking into account the specific application of Intercultural Programs in the health field, aimed at indigenous women. Finally, we will focus on the contradiction that occurs when, on the one hand, an intercultural health approach is defended from the political-discursive and legal frameworks, and on the other, a biomedical health model is applied, with patriarchal overtones.*

**Keywords:** *Intercultural Health – Indigenous women – Neuquén – health policies.*

## Marco jurídico nacional y de la provincia de Neuquén respecto de las políticas sanitarias interculturales

Las políticas sanitarias producidas desde un enfoque intercultural deben ser concebidas como el conjunto de lineamientos que direccionan el proceso sanitario, a partir de la interrelación entre Estado, sociedad y salud, en un marco históricamente situado. Este marco es la condición de posibilidad para que se planteen las normas y principios para el ámbito sanitario y las dimensiones de sentido a través de las cuales se genera la atención sanitaria de pacientes indígenas.

Con este fin, partimos de considerar que es importante conocer el marco político en el que se desarrollan las políticas públicas sanitarias,<sup>3</sup> puesto que este es justamente el que favorece la puesta en marcha de los programas sanitarios interculturales. Conviene anticipar que para pensar en el concepto de salud con perspectiva intercultural debemos deliberar acerca de la construcción de un espacio de consenso, respeto y búsqueda de puntos de encuentro entre la medicina “oficial” (biomédica, científica y occidental) y la medicina tradicional de cada comunidad (Rodríguez, 2021b).

Como establece el Ministerio de Salud, el marco político debe promover ciertos factores que permiten: voluntad política de las máximas

---

<sup>3</sup> Según Tobar (2012), “una Política de salud implica la definición de la salud como un problema público en el cual el Estado asume un rol activo y explícito. Definir políticas de salud es decidir qué rol desempeña el Estado en salud” (p. 2). Del mismo modo, según el Ministerio de Salud (2018), “las políticas públicas se pueden entender como un proceso que se inicia cuando un gobierno o una autoridad pública detecta la existencia de un problema y efectúa las acciones para eliminarlo o mejorarlo y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema” (p. 11).

autoridades de la salud pública a nivel nacional y provincial para llevar adelante la propuesta; invitación abierta a las Universidades desde el Ministerio de Salud de la Nación a la participación en la iniciativa desde el acuerdo y la cooperación; convicción ideológica y compromiso del equipo central para llevar a cabo el programa (Ministerio de Salud, 2018).

En este artículo nos centraremos en las políticas públicas sanitarias con carácter intercultural producidas en Argentina, para luego analizar los programas sanitarios interculturales planteados a nivel nacional y provincial (Neuquén). Resulta pertinente aclarar que entendemos la estructura del sistema de salud, a partir de la toma de decisiones políticas y sus consecuentes aplicaciones, desde tres enfoques: una perspectiva macro –la que tiene el responsable político del sistema–, eminentemente política; una perspectiva meso –la que tienen los responsables político-administrativos–, político-técnica; una perspectiva micro –la que tienen los profesionales asistenciales–, eminentemente técnica (Ministerio de Salud, 2018).

Aquí nos ajustaremos estrictamente a la perspectiva macro del sistema de salud. A partir de considerar que todas las políticas expresan, implícita o explícitamente, una determinada racionalidad instrumental, elecciones estratégicas, fines y valores,<sup>4</sup> comenzaremos a exponer las políticas sanitarias promovidas en Argentina, para concentrarnos específicamente en aquellas que se centren en un abordaje intercultural. Resulta interesante considerar la relación existente entre los cambios producidos en las últimas décadas en la estructura económica y

---

<sup>4</sup> Resulta claro que la formulación de una política será la función resultante de la combinación de una determinada estrategia con los fines y valores con los que ha sido concebida (Ministerio de Salud, 2018).

social argentina<sup>5</sup> y la evolución del sistema de atención médica del país (Belmartino y Bloch, 1980).

Para analizar la situación nacional debemos paralelamente tener en cuenta los sucesos que se desarrollaron respecto de la mirada intercultural en un contexto geopolítico más amplio. Es pertinente partir por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (se puso en vigencia en 1976 y Argentina lo ratificó en 1986),<sup>6</sup> que garantiza expresamente el derecho a la salud como un derecho fundamental. En su artículo 12, establece que los Estados deben reconocer el derecho de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Sy & Remorini, 2008). Este pacto y todos los tratados internacionales de derechos humanos<sup>7</sup> fueron incorporados en la reforma constitucional de 1994

---

<sup>5</sup> En este sentido, seguimos la línea argumental plateada por Belmartino y Bloch (1980): "Existiría una relación directa entre la puesta en práctica de políticas económicas destinadas a contraer el salario real, restringir el consumo interno y posibilitar el establecimiento de las grandes corporaciones multinacionales, facilitándoles una fuerza de trabajo de bajo costo, y políticas sanitarias restrictivas, donde el Estado pretende desvincularse de su responsabilidad como garante obligado y principal financiador de las acciones de salud. Por el contrario, cuando la estrategia de desarrollo aplicada pasa por la ampliación del mercado interno, la política de redistribución progresiva del ingreso cuenta con un importante instrumento en las políticas sociales aplicadas por el Estado, que sirven, además, para proporcionar una mano de obra sana y calificada a las industrias en expansión" (p. 1).

<sup>6</sup> Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

<sup>7</sup> Entre los tratados internacionales de derechos humanos incorporados con la reforma se encuentran la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés (art. 12); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); los artículos 1.1 y 26 de la Convención Americana de Dere-

a la sección sustantiva de la Constitución nacional, transformándose de este modo en obligaciones para el Estado argentino.

Durante las décadas de 1980, 1990 y primeros años del 2000, se desarrollaron diversas propuestas y acciones de salud intercultural en la mayoría de los países de América Latina (Menéndez, 2016). La finalidad de estos proyectos se planteó a partir de la necesidad de articular el sector salud y la biomedicina con la medicina tradicional, a través de establecer relaciones paralelas. El objetivo que perseguían estas articulaciones apuntó no solo a reducir o eliminar las relaciones de exclusión, subordinación y hegemonía/subalternidad dominantes, sino también a buscar estrategias que promoviesen mayor equidad en la distribución de bienes y servicios en las poblaciones.

En el contexto de la reforma constitucional argentina, cuando se incorpora la salud como un derecho protegido, también se plasma, mediante la lucha de los pueblos originarios, un cambio de paradigma. A partir de allí se reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas del territorio y se establece un pacto de convivencia entre estos y el Estado que exige desarrollar las condiciones de posibilidad de la vida común en una sociedad pluralista (Ministerio de Salud, 2020). Sin embargo, el pueblo mapuce<sup>8</sup> de Neuquén, pese a haber creado

---

chos Humanos; la Declaración Americana de Derechos del Hombre (art. XI); el Protocolo de San Salvador (art.10), haciendo especial énfasis en la necesidad de satisfacción de los grupos de más alto riesgo (inc. f). “A su vez, la CEDAW agrega la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica” (Cicchitti, 2020, p. 3).

<sup>8</sup> Emplearé el término “mapuce” según el Grafemario Raguileo, que es el que adopta la comunidad dentro de la lengua que profesa. En este alfabeto no existe la letra h, y la consonante c se pronuncia siempre como la ch del castellano. Por este motivo, la confederación se autodenomina como Confederación Mapuce.

una alianza con los convencionales constituyentes (es decir, con el obispo Jaime De Nevares y Edith Galarza, una abogada de derechos humanos), denunció que, para el poder público, la incorporación de la preexistencia de los pueblos originarios en la reforma constitucional era una cuestión meramente simbólica (Schvartzman, 2017).

Del mismo modo, esta incorporación no representó un efectivo goce del derecho, específicamente en los sectores vulnerables, puesto que:

Las políticas neoconservadoras ejecutadas ampliamente durante la década de los noventa han promovido la descentralización y privatización de los servicios sociales, así como también la focalización de las acciones para responder a las necesidades críticas de los sectores más desprotegidos. (Femenías & Vidiella, 2005, p. 2)

Como es sabido, en Argentina históricamente se ha producido una alternancia entre períodos signados por proyectos de desarrollo basados en la ampliación del mercado interno y períodos caracterizados por administraciones neoconservadoras en los que se han aplicado “políticas restrictivas, destinadas a controlar problemas que se consideran como los obstáculos fundamentales para lograr el crecimiento sostenido” (Belmartino & Bloch, 1980, p. 1). En los primeros se ha enfatizado el desarrollo de distintas estrategias tendientes a la implementación de políticas de redistribución progresiva del ingreso, estrategias monetarias y fiscales expansivas, con la consiguiente ampliación del consumo. En los segundos, “las políticas de estabilización han llevado a la restricción de la oferta monetaria y crediticia, y a redistribuciones negativas del ingreso, con la resultante retracción del consumo” (Belmartino & Bloch, 1980, p. 2).

Ciertamente, “las políticas de salud, como las demás políticas sociales, aparecen así impregnadas, matizadas, corregidas o deforma-

das por las contradicciones emergentes a nivel político y económico” (Belmartino & Bloch, 1980, p. 16). De ahí que, con la vuelta a la democracia, surja la necesidad de plantear la reformulación de los servicios a partir de la premisa de promover la participación social en el ámbito de la salud.<sup>9</sup> Sin embargo, este objetivo no ha sido conseguido aún de manera contundente, puesto que “en las políticas de salud la participación difícilmente supera el carácter declarativo” (Tobar, 2012, p. 15).

En la década del noventa, las políticas sanitarias se fueron restringiendo para dejar al sistema cada vez más en manos del “mercado”, situación que marcó la incapacidad operativa del Estado para asistir a la enorme demanda sobre el sector público generada en la debacle de 2001-2002. Entre las numerosas complicaciones que sufrió la salud en este período se encuentra el sistema de provisión pública y privada de medicamentos, que cayó en un proceso de franco deterioro. Esta

---

<sup>9</sup> El modelo de Estado burocrático-autoritario que se instala en la Argentina a partir de 1976 busca erradicar las bases del Estado de compromisos en los que asumía funciones de intervención, entre ellos: la salud. Tal como afirma Tobar (2012), “esto repercute en la esfera de salud primando los componentes liberales y tecnocráticos, avalando el desmantelamiento de los servicios sociales en manos del Estado, y su traspaso a la actividad privada” (p. 12). De ahí que la mercantilización de la provisión de bienes y servicios de salud requiera instaurar flujos estables de financiación, pero con una mínima intervención del Estado. Para ello se necesita la fragmentación del sistema, la descentralización de los servicios, el fortalecimiento del sector privado, la focalización de provisión pública, el arancelamiento de servicios públicos y un abordaje con tintes tecnocráticos (Tobar, 2012). Sin embargo, esta fragmentación aún subsiste, incluso con la vuelta a la democracia. Puesto que, “con la recuperación de la democracia surge un nuevo proyecto que intenta integrar al sistema a través de un Seguro Nacional de Salud por medio de la unificación financiera del sistema, admitiendo en su interior una oferta pluralista de servicios de atención médica [...] El proyecto fue muy resistido por los sectores sindicales” (Tobar, 2012, pp. 12-13).

situación se debió principalmente al incremento de los precios que se generó con la desregulación del mercado de medicamentos (Belló & Becerril-Montekio, 2011). Según Belló y Becerril-Montekio (2011), a esto se le añadió el deterioro en los ingresos de las obras sociales, derivado de la caída de los empleos formales y la disminución de los salarios. Esto imposibilitó el cumplimiento adecuado de las prestaciones obligatorias. Sumado a ello, hubo una fuerte declinación de la cobertura de la seguridad social y de las empresas de medicina prepaga, que desplazaron la demanda de atención de manera muy significativa hacia los servicios públicos de salud.

A partir de 2003 fueron reconstruyéndose las políticas públicas en salud mediante la inversión sostenida, con una presencia firme del Estado nacional en los territorios, y, especialmente, el aumento de los trabajadores de la salud (Kreplak, 2020). Sin embargo, se planteó una evolución asimétrica y diferente de cada programa y área. Esta situación trazó una paradoja: se avanzó al punto de hacer palpable la necesidad de una reforma profunda de las políticas sanitarias que tendiera a la integración del sistema. En efecto, resulta claro que el modelo neoliberal sostenido hasta el momento en el ámbito sanitario solo redundó en la consolidación de tendencias “hacia la descentralización y la desmercantilización mínima de los servicios, incorporando la tercerización y la compra y venta de servicios desde la esfera pública” (Tobar, 2012, p. 15).

Partiendo de las dificultades de integración del sistema sanitario, el objetivo planteado en 2003 se plasmó en la formulación del Plan Federal de Salud 2004-2007,<sup>10</sup> que implicó una reforma progresiva y sustentable, cuyo fin fue establecer un modelo basado en la estrategia

---

<sup>10</sup> Propuesto por Ginés González García, ministro de Salud durante el gobierno de Néstor Kirchner.

de atención primaria de la salud (APS) como la respuesta sanitaria más contundente para garantizar el acceso universal, la distribución equitativa de recursos, la calidad de la atención y la participación de la comunidad en el cuidado de su salud. El Plan ha conseguido contribuir con la organización de los servicios, a partir de distintos niveles de complejidad, aportando a un ordenamiento territorial regionalizado (Ministerio de Salud, 2012).

De este modo, el dilema suscitado con los precios de los medicamentos durante la emergencia de 2002 fue resuelto mediante la formulación de una política tendiente a garantizar la accesibilidad de toda la ciudadanía a estos bienes esenciales. Paralelamente se promovió un uso racional de los mismos, por medio de la ley de prescripción de medicamentos por nombre genérico y el programa Remediar, implementado en centros de atención primaria (Ministerio de Salud, 2012).

Con el objetivo de generar una plataforma de acción para fortalecer las capacidades en salud de los Gobiernos municipales, se desplegó en todo el territorio el programa nacional Municipios y Comunidades Saludables. Con esta estrategia política se buscó generar acuerdos de gestión y consensos de trabajo entre diferentes jurisdicciones y actores, con el propósito de implementar, a nivel local, políticas públicas de promoción de la salud (Ministerio de Salud, 2012).

Asimismo, en el marco de la atención primaria de la salud como política de Estado, se ejecutó, en el año 2004, el Programa Médicos Comunitarios (PMC),<sup>11</sup> destinado a fortalecer la formación de los

---

<sup>11</sup> "En octubre de 2009 el Ministerio de Salud de la Nación organizó un *Taller sobre Interculturalidad en Salud*, convocado por el Área de Salud Indígena del Programa Médicos Comunitarios-Equipos de Salud del Primer Nivel de Atención. Se trató de un encuentro donde todos los Pueblos que están en contacto

profesionales del primer nivel de atención. Fue realizado a partir del acuerdo entre el Ministerio de Salud de la Nación, los Gobiernos provinciales, los Municipios y las Universidades públicas y privadas de la Argentina. Resulta fundamental remarcar que recién a partir del PMC se incorporó a los efectores del primer nivel de atención: agentes sanitarios, auxiliares de enfermería y miembros de pueblos originarios –elegidos por sus comunidades y desde un abordaje intercultural– asumieron el rol de promotores de salud indígenas (Ministerio de Salud, 2012).

En 2005 se substancia el Plan Nacer,<sup>12</sup> que favorece la accesibilidad a los servicios de mujeres embarazadas, puérperas y niños menores de seis años en Argentina. El plan fue potenciado en 2012 con el programa Sumar, que incorpora como beneficiarios a los niños y adolescentes hasta 19 años y a las mujeres hasta los 64 años.

En 2009 se impulsa la Asignación Universal por Hijo (AUH), una prestación monetaria destinada a desocupados y trabajadores informales con hijos menores de 18 años para protección social; complementándose en 2011 con la Asignación Universal por Embarazo (AUE), destinada a mujeres embarazadas sin empleo formal u otra asignación familiar de todo el país. También en 2009, el Ministerio de Salud de la Nación y las gestiones provinciales establecen

---

con el programa se reunieron para compartir, tratar y discutir, su visión sobre el modo de construir salud para sus comunidades. Como resultado del taller los representantes de Organizaciones Indígenas de todo el país construyeron y presentaron su propuesta para mantener relaciones interculturales en salud, en el documento llamado *Propuesta de salud de los Pueblos Originarios en el marco del bicentenario*" (Ministerio de Salud, 2020, p. 75).

<sup>12</sup> Según Ballesteros (2017), "este programa cambia la lógica del financiamiento por presupuesto hacia el pago según resultados. Los recursos se transfieren a las provincias, 40% en función de objetivos y 60% según los padrones de beneficiarios captados" (p. 165).

conjuntamente un Plan para la reducción de la mortalidad materno-infantil, de las mujeres y adolescentes.

Todos estos programas, entre otros tantos,

tuvieron como principal o (dependiendo el caso) única instancia de ejecución los Centros de Atención Primaria de la Salud (CAPS),<sup>13</sup> jerarquizando el primer nivel de atención y permitiendo que el ministerio nacional regrese como actor en el entramado de servicios de salud.<sup>14</sup> (Ballesteros, 2017, p. 164)

Partiendo del estado de situación del desintegrado sistema sanitario vigente durante la emergencia de 2002, las políticas sanitarias desarrolladas en los años siguientes, sin lugar a dudas, fueron de innegable avance en materia sanitaria para nuestro país. Se establecieron

---

<sup>13</sup> La presencia del Estado nacional en los territorios vulnerables y periféricos mediante los CAPS funciona como un imperativo para el cumplimiento del derecho a la salud. De este modo se contrarresta la monopolización de los gestores sanitarios y grupos empresariales, de las decisiones sanitarias de los grupos vulnerables en nombre del hipotético mejoramiento de la calidad de atención. Tal como afirma de Ortúzar (2017), "al igual que el concepto de gobernanza, se confunde aquí la gobernanza en salud con su gobernabilidad (legitimidad). Las decisiones sanitarias 'legitimadas' solo refuerzan las injusticias de base. Por ejemplo, la defensa a ultranza de la autonomía individual en salud ignora el problema de la interculturalidad; al desconocer el derecho de las comunidades indígenas a ejercer el consentimiento comunitario y su principio de disidencia (Ej. 'Declaración de Ukupseni', 1997)" (pp. 50-51).

<sup>14</sup> "Sin embargo, la articulación de CAPS con los establecimientos de segundo y tercer nivel varía fuertemente entre jurisdicciones, y es frecuente que se encuentren con altos niveles de desarticulación" (Ballesteros, 2017, p. 167).

en el marco de un sector considerablemente complejo<sup>15</sup> y fragmentado, con el objetivo de propiciar en todos los habitantes, al menos de manera progresiva, el acceso al inalienable derecho a la salud y a su provisión pública. Sin embargo, es de notar que durante este período consiguieron consolidarse las inequidades generadas por la desregulación de las obras sociales.<sup>16</sup> Tal como plantea Ballesteros (2017),

a pesar de la recuperación financiera del subsector, resulta claro que continúa existiendo, entre las distintas obras sociales, una gran diversidad en: la cantidad de afiliados, los recursos por afiliados, y en sus estructuras poblacionales (edad y sexo). Esto converge en la persistencia de las desigualdades en las prestaciones que brindan. (p. 165)<sup>17</sup>

Sin desmérito de los avances conseguidos en los últimos años, es evidente que el sistema sanitario continúa caracterizándose por la falta de articulación y control entre las distintas instancias que lo componen.<sup>18</sup> En este sentido, la provincia de Neuquén, al igual que Chaco

---

<sup>15</sup> Como afirma Chiara (2018): "El sistema de salud argentino se caracteriza por la organización de sus instituciones en tres subsectores (seguridad social, privado y estatal), la convergencia en el subsector estatal de tres niveles gubernamentales (nación, provincia y municipios) y el derecho (teórico) de todos los habitantes a la provisión pública de salud" (p. 9).

<sup>16</sup> Si bien estas diferencias ya existían previamente a las reformas de los noventa, se agravan en los últimos veinte años.

<sup>17</sup> Esta situación se ve incrementada cuando se permite que una misma obra social ofrezca planes diferenciales, generando que las desiguales coberturas no solo se produzcan entre las distintas obras sociales, sino también en su interior (Ballesteros, 2017).

<sup>18</sup> Hay algunas provincias en las que prácticamente todos los centros de salud tienen dependencia municipal (Buenos Aires y Córdoba); en otras conviven

y La Pampa, poseen prácticamente todos los centros de salud con dependencia provincial (Ballesteros, 2017).

Pese a estos aspectos, el sistema sanitario argentino, desde 2002 hasta 2016, planteó numerosas políticas públicas tendientes a reducir las inequidades históricas en el acceso a la salud,<sup>19</sup> que se vieron obstaculizadas cuando en 2016 se degrada el Ministerio de Salud al rango de Secretaría. Esta acción, según Gollan (2018), plantea “una retirada del Estado del ámbito público con un consiguiente avance de las lógicas privatistas”. De este modo, no solo se contribuye a la limitación de la capacidad de los funcionarios en la toma de decisiones, sino que también se le añade un franco desfinanciamiento al sector.

Estas políticas neoconservadoras, que se materializan además bajo el discurso universalista de la Cobertura Universal en Salud (CUS), tienen claros objetivos que orientan todo su accionar hacia el empleo del poder estatal para transferir fondos públicos al sector privado. Tal como afirma de Ortúzar (2018):

Al mismo tiempo que enarbolan la bandera del “derecho universal a la salud” desmantelan hospitales públicos a través de políticas de ajuste; instalando – bajo el discurso de la modernización– un extrapolado

---

proporciones importantes de ambos tipos (provincial y municipal), con mayor presencia de establecimientos provinciales (Corrientes, Entre Ríos, Mendoza y Santa Fe) (Ballesteros, 2017).

<sup>19</sup> Tal como afirma Gollan (2018), “la presencia de Nación en programas preventivo-promocionales había permitido logros sanitarios, arrinconando las enfermedades inmunoprevenibles, alcanzando las metas de los Objetivos del Milenio en mortalidad materna y bajando la mortalidad infantil por primera vez a un dígito, es decir, por debajo de diez por mil nacidos vivos” (pp. 10-11).

modelo de *e-gobernanza* en salud (HCE; ETS) que no responde a nuestras prioridades sanitarias ni favorece a la igualdad en salud, beneficiando principalmente al sector privado. (p. 104)

Evidentemente, la degradación del Ministerio de Salud colabora con el desentendimiento de las obligaciones constitucionales propias del Estado para garantizar el derecho a la salud de la población, dado que entre sus funciones se encuentran la vigilancia y el rol compensador de las inequidades sociales y geográficas en salud como una responsabilidad indelegable (Remorini & Palermo, 2015). Asimismo, esta contracción del Ministerio impacta sobre la progresiva construcción de federalismo de los últimos años, y pronuncia, consecuentemente, una creciente desigualdad en las condiciones sociosanitarias, a la vez que fortalece, nuevamente, la fragmentación institucional del sector sanitario.

Resulta claro que, si nos centramos en este proyecto sanitario con tintes neoliberales, en última instancia se privilegiarán “las decisiones tomadas por las organizaciones privadas más poderosas, por los monopolios o laboratorios, en función del mercado y no de necesidades propias de la comunidad” (Ortúzar, 2017, p. 54). De ahí que “los participantes más débiles no pueden –aun reclamando y denunciando la injusticia–, cambiar los acuerdos a los que llegan los participantes más fuertes” (*ibid.*). En este marco, los programas con pretendido enfoque “intercultural” quedan cercenados de toda posibilidad.

El análisis precedente nos permite concluir que el creciente desfinanciamiento sanitario, sumado a las numerosas dificultades de organización del sistema de salud argentino (fragmentación, descentralización, superposición), conduce a una inexorable prolongación de las situaciones de inequidad y barreras en la accesibilidad a bienes y

servicios, vulnerando el derecho a la salud de los pueblos indígenas,<sup>20</sup> esencialmente en el acceso a prestaciones de mayor nivel de complejidad (Remorini & Palermo, 2015).

En síntesis, resulta claro que el desmantelamiento del sistema sanitario conduce a políticas sanitarias de ajuste que consiguen homogenizar la atención sanitaria, negándoles a las comunidades indígenas el acceso a la salud desde un enfoque intercultural, centrado en una concepción de justicia epistémica.<sup>21</sup>

Surge la imperiosa necesidad, desde el plano político, de disputar contra las políticas mercantiles, las decisiones plasmadas en las políticas públicas que amenazan el acceso a los derechos conquistados.

## **Marco jurídico-normativo de la atención sanitaria referida a los partos respetados y la atención materno-infantil en mujeres indígenas**

En este apartado nos centraremos en el marco jurídico normativo referido a la salud de las comunidades indígenas, a partir de analizar específicamente la aplicación de programas sanitarios inter-

---

<sup>20</sup> Evidentemente, el perjuicio en el acceso a la salud será generalizado para todos los sectores vulnerables del país, acentuándose en el caso de las mujeres. Como plantean Martos y Fonseca (1996), la salud de la mujer no puede ser analizada en forma simple y aislada de su ubicación a través de la historia. Es necesario relacionarla con el contexto socioeconómico, cultural y político en el cual la mujer se desenvuelve, por estar directamente relacionado como determinante del proceso salud-enfermedad.

<sup>21</sup> Este daño se plantea primordialmente respecto del acceso a la salud, en tanto derecho cultural, y también en relación con la libre determinación con la que el pueblo mapuce plantea su cosmovisión acerca del "vivir bien", en correspondencia con su identidad y sus normas del *Kvme Felen*.

culturales para estas comunidades. Nos enfocaremos concretamente en la regulación de la atención intercultural de partos en mujeres mapuce en Neuquén.

Tal como fue expresado en el apartado precedente, la reforma constitucional de 1994<sup>22</sup> ha sido en la Argentina la primera incorporación explícita,<sup>23</sup> en el plano legal, de la salud como un derecho protegido. Sin embargo, como afirman Femenías y Vidiella (2005), este avance en la legislación no se condice con el goce efectivo del mismo, especialmente en referencia a los sectores más desprotegidos del país. Es decir, durante la década del noventa, más allá del estatus de reco-

---

<sup>22</sup> La Constitución de la Nación Argentina, con la reformada de 1994, incorporó tratados de derechos humanos en su artículo 75 incisos 22 y 17: reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; y asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Asimismo, tomando como base lo estipulado en el inciso 17, la Ley N° 23.302 crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) “con el propósito de asegurar el ejercicio de la plena ciudadanía a los integrantes de los pueblos indígenas, garantizando el cumplimiento de los derechos consagrados constitucionalmente”. Respecto del funcionamiento del INAI, Carrasco (2002) afirma que: “los pueblos indígenas concentran sus demandas al INAI en dos grandes temas: 1) la urgente instrumentación de un plan de entrega de tierras en propiedad a sus comunidades y organizaciones; 2) la directa participación de los mismos en la toma de decisiones de todos los temas que les conciernen” (p. 11).

<sup>23</sup> Esta incorporación inició un camino que promovió una mayor visibilidad de las diversas luchas indígenas por la defensa de sus territorios y proyectos de vida alternativos. Incluso posibilita tematizar el resurgimiento de las organizaciones indígenas en el país, que había comenzado a mediados de las décadas de 1980 y 1990. Del mismo modo, reposiciona los procesos de reemergencia étnica o de etnogénesis que vienen desarrollando miembros de comunidades y pueblos indígenas en los últimos años (en Gómez & Trentini, 2020, p. 106).

nocimiento legal de la salud, no hubo políticas sanitarias claras,<sup>24</sup> con base en la justicia social, que resultaran consecuentes.

A partir de 2001, resulta fundamental la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),<sup>25</sup> que plantea un marco legislativo y jurídico sustancial para los pueblos indígenas. La importancia de este instrumento radica en que es capaz de influir en la ley positiva de los Estados y mejorar las relaciones de poder en los diálogos entre los pueblos indígenas y los Gobiernos. El Convenio<sup>26</sup> promueve la participación de las comunidades indígenas

---

<sup>24</sup> Según Ballesteros (2017), “la década del 90 estuvo marcada por el aumento del desempleo, la subocupación y sobreocupación, la precarización, la inestabilidad laboral y la caída del salario real [...] Producto de estos procesos, la población afiliada a algún sistema de salud descendió de 63,1% en 1991 a 51,9% en el 2001 (según los datos de los censos poblacionales realizados en dichos años). Este es otro de los aspectos que reduce la importancia del subsector de obras sociales y genera una mayor población, como potencial usuaria del subsector de servicios públicos o que accede al subsector privado realizando un gasto de bolsillo” (pp. 162-163).

<sup>25</sup> El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes constituye la herramienta jurídica más importante para la defensa de los derechos indígenas. Fue ratificado en Argentina a través de la Ley N° 24.071, sancionada el 4 de marzo de 1992 y promulgada el 7 de abril (publicada en el Boletín Oficial el 10 de abril de 1992). El Poder Ejecutivo dictó el instrumento de ratificación el 17 de abril de 2000 y depositó dicho instrumento en la OIT el 3 de julio de ese año. Según la reglamentación internacional, el “Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación” (art. 38.3); por ello, se afirma que rige en Argentina desde el 3 de julio de 2001.

<sup>26</sup> El Convenio 169 de la OIT no es la única herramienta que sienta las bases jurídicas internacionales en la Argentina respecto a las comunidades indígenas, puesto que también son marcos de acción la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre la Diversidad Biológica, de las Naciones Unidas.

en las medidas que les conciernen, fundamentalmente desde la toma de decisiones en las instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole que sean responsables de políticas y programas que les competan en particular. Asimismo, plantea la obligación de los Estados de poner a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados, o bien de proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. Estos servicios, organizados a nivel comunitario, deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados, teniendo en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales (Ministerio de Salud, 2020).

El marco del Convenio 169 y la Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades aborígenes (Ley N° 23.302), reglamentada en 1989, funcionan como encuadre jurídico normativo para preservar y ordenar el cuidado del parto y la atención materno infantil.<sup>27</sup> Esta normativa dio origen a la creación de programas específicos de salud indígena, como el Programa de Apoyo Nacional de Acciones Humanitarias para poblaciones indígenas (ANAHI), en el año 2000, y el subprograma Equipos Comunitarios para Pueblos Originarios (dentro del programa nacional Médicos Comunitarios), en 2005, constituyendo el primer antecedente en Argentina de salud intercultural. Ambos programas se enmarcaron dentro del Plan Federal de Salud, política rectora del sector (Lorenzetti, 2009).

---

<sup>27</sup> La Ley N° 23.302 ordena, en el artículo 20 inciso d, el cuidado especial del embarazo y parto y la atención de la madre y el niño.

En este período, con igual relevancia, se legisla la Ley N° 24.956, que establece la inclusión del autorreconocimiento de la identidad indígena en el Censo de 2001 (Ministerio de Salud, 2020). Este hecho no es menor, puesto que posibilita poner en evidencia la situación concreta de vulnerabilidad de estas comunidades en el mapa argentino. Entre otros datos, permite mostrar factores que resultan comunes a todas las comunidades indígenas argentinas: dificultades económicas, distancia geográfica, barreras culturales e idiomáticas, etcétera. En el ámbito de la salud, concretamente, se muestra cómo estos factores afectan el acceso a la atención sanitaria. De modo que patentiza la escasez de leyes y políticas públicas orientadas a abordar sus problemas particulares.

En esta misma línea, en 2005 se crea un Área de Salud Indígena dentro del Programa de Médicos Comunitarios - Equipos de Salud del Primer Nivel de Atención, que recibe financiamiento de agencias y organismos internacionales y que está dirigida a las provincias del norte y nordeste del país (Salta, Jujuy, Santiago del Estero, Formosa, Chaco, Tucumán, Corrientes, Misiones, agregándose de a poco otras provincias) (Estrella, 2017). Sin embargo, estos “programas de salud intercultural que responden a políticas de reconocimiento forjadas entre 1990 y 2000, y dirigidas a población indígena, no fueron implementados en la provincia en Neuquén” (Estrella, 2017, p. 64).

En 2006 se gesta el programa Funciones Esenciales de Salud Pública (FESP), financiado por el Banco Mundial, que tiene como áreas de cobertura aquellas políticas en las que se activa la Política de Pueblos Indígenas del Banco Mundial. No obstante, las prioridades de este programa son identificadas con base en su “costo-efectividad e impacto en la carga de muerte y enfermedad de la población indígena” (Lorenzetti, 2009, p. 51).

Resulta importante marcar que en este lapso se produce la reforma de la Constitución de Neuquén. Con ello, a partir de 2006,<sup>28</sup> dicha provincia reconoce la diversidad cultural y étnica (art. 105) y la interculturalidad (art. 107). Pero la principal reforma consiste en los derechos establecidos en el artículo 53, puesto que allí se establece que: “La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”. Sin embargo, en cuanto al área de salud de los pueblos indígenas, no se identifican programas específicos.

En 2009, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que las recomendaciones de la Reunión de Winnipeg y las resoluciones CD37.R5 (de 1993) y CD40.R6 (de 1997) establecen cinco principios para el trabajo con las comunidades indígenas. Estos se centran en el reconocimiento de que cada pueblo indígena tiene sus creencias y prácticas únicas en lo referente a la salud, como así también sus propios recursos comunitarios para la promoción de la salud, la prevención de enfermedades o la cura de los males comunes (OPS, 2008). Sin embargo, según plantean Sy y Remorini (2008):

---

<sup>28</sup> Con esta reforma, la Confederación Mapuce de Neuquén dejó de respetar las normativas y exigencias relativas a la personería jurídica, es decir, decidió dejar de someterse a las asambleas con presencia del Estado (puesto que este supervisaba que se hicieran según la Ley de asociaciones civiles). A partir de ese momento, empezó a hacer parlamentos, *traun*. El pueblo mapuce tiene su sistema de administración de justicia: el *Nor Feleal*. Desde entonces, el parlamento funciona con la ley mapuce como ley mayor (Schvartzman, 2017).

Pareciera que, desde lo programático, se enuncian propuestas e intenciones que resultan acordes y coherentes al marco de derechos constitucionales vigentes, sin embargo, luego [en la práctica] se considera que [la aplicación de] un modelo estándar será adecuado para su cumplimiento. (p. 18)<sup>29</sup>

Evidentemente, estas situaciones que complejizan las posibilidades de acceso a la salud de las comunidades indígenas de nuestro país deben ser fiscalizadas de manera juiciosa y permanente por parte del mismo sistema sanitario, de modo tal que se propicie el acceso efectivo a este derecho. Para ello, se debe adoptar una perspectiva de género e intercultural, a fin de prevenir, investigar, enjuiciar y sancionar todas las formas de violencia contra estas comunidades indígenas;<sup>30</sup> planteando el reconocimiento de la medicina ancestral para la im-

---

<sup>29</sup> Las autoras plantean que la escasez de estadísticas vitales segregadas por grupos étnicos agrava aún más la problemática. Esta carencia es un escollo para la generación de políticas y procesos de gestión, constituyendo de este modo una enorme dificultad para establecer prioridades y realizar el seguimiento y evaluación de las medidas y servicios de salud destinados a las poblaciones indígenas.

<sup>30</sup> Esta violencia es ejercida de manera cotidiana, por lo que resulta ser naturalizada. Por este motivo, frente a estos esquemas institucionalizados, Verónica Huillipán afirma que: "Cuanta más represión haya como respuesta a la demanda de reconocimiento de derechos, criminalización y persecución, habrá mayor organización y movilización del mundo indígena. En el caso concreto de las mujeres, tiene que ver con el intento de silenciarnos o invisibilizarnos dentro del mundo indígena. Cuanta más violencia recaiga sobre nosotras, más visible será nuestra presencia física y nuestra voz. Por nuestra naturaleza, si no encontramos esos espacios en los ámbitos culturales, los construimos". Disponible en: <https://canalabierto.com.ar/2020/07/03/veronica-huillipan-la-dirigenta-indigena-que-llego-al-ministerio-de-las-mujeres/#:~:text=Cuanta%20m%C3%A1s%20represi%C3%B3n%20haya%20como,invisibilizarnos%20dentro%20del%20mundo%20ind%C3%ADgena.>

plementación de políticas interculturales de salud, como también la transformación sobre bases interculturales del sistema institucional y las prácticas médicas hegemónicas (Ministerio de Salud, 2020).

Por otra parte, adentrándonos en el marco legal de los partos, en 2004 Argentina sanciona la Ley de Parto Humanizado (Ley N° 25.929), que promueve el respeto a la familia en sus particularidades (raza, religión, nacionalidad), enfatizando la necesidad de que se acompañe la toma de decisiones seguras e informadas. Esta ley, que fue reglamentada recién en 2015, se complementa con la Ley N° 26.485, sancionada en 2009, que protege a las mujeres de la violencia obstétrica. Sin lugar a dudas, si se plantea desde un enfoque epistémico, este encuadre jurídico normativo puede brindar un marco de acción que garantice un abordaje apropiado en la atención sanitaria de partos en mujeres mapuce.

Sin embargo, tal como afirma Estrella (2017),

los dispositivos de intervención basados en la educación para la salud desarrollados por los agentes sanitarios en comunidades indígenas en Neuquén desde hace más de 30 años no han incorporado los discursos de valorización de lo cultural como capital social. (p. 65)

Este suceso tiene correspondencia con las políticas promovidas por el Movimiento Popular Neuquino (MPN), puesto que, en una primera instancia, “uno de los objetivos centrales de las políticas de bienestar llevadas a cabo por el MPN estaba orientado a crear una población neuquina homogénea, minimizando las diferencias, desmarcándolas, o invisibilizándolas” (Estrella, 2017, p. 67).

Sobre este aspecto, consideramos enfáticamente que, para poder promover la autonomía y la dignidad de las personas en la atención

sanitaria, resulta imprescindible el compromiso por parte de los Estados con el reconocimiento epistémico de las comunidades indígenas (Rodríguez, 2021a). En este sentido, en pos de propiciar enfoques que superen la minorización y el epistemicidio, es fundamental que los Estados garanticen que sus instituciones democráticas vinculadas al sistema de salud sean deliberativas, amplias e inclusivas, conforme al derecho internacional relativo a los derechos humanos.

## Reflexiones finales

A partir de lo desarrollado, resulta interesante poner en cuestión la distancia existente entre el reconocimiento en términos de justicia social (Fraser & Honneth, 2006) planteado discursivamente en las propuestas plasmadas en los marcos jurídicos normativos que encuadran la atención sanitaria intercultural y las efectivas condiciones de aplicabilidad de dichos marcos regulatorios en la práctica sanitaria concreta. En el caso analizado de Neuquén, podemos evidenciar que la interculturalidad, independientemente del marco legal abordado, no ha sido planteada como una propuesta política específica en el ámbito de la salud (Rodríguez, 2021a).

Por tal motivo, consideramos que no es suficiente la existencia de los encuadres políticos y jurídico-normativos para el real cumplimiento y ejecución de derechos, puesto que, si bien funcionan como un instrumento importante que sienta las bases para la acción, esta depende de las políticas públicas que el marco político ejecute no solo con discursos, sino fundamentalmente con partidas presupuestarias que persigan vehementemente el objetivo de resolver las necesidades básicas históricas de acceso a los derechos humanos por parte de las comunidades indígenas de nuestro país.

## Bibliografía

- BALLESTEROS, M. S. (2017). “El sistema sanitario argentino: un análisis a partir de la evolución de los establecimientos de salud desde mediados del siglo XX a la actualidad”. En: *Millcayac - Revista Digital De Ciencias Sociales*, vol. IV, N° 6. Recuperado de: <http://revistas.uncu.edu.ar/ojs/index.php/millca-digital/article/view/886>.
- BELLÓ, M. & BECERRIL-MONTEKIO, V. M. (2011). “Sistema de salud de Argentina”. En: *Salud pública de México*, vol. 53, supl. 2. Recuperado de: <https://www.scielosp.org/pdf/spm/2011.v53suppl2/s96-s109>.
- BELMARTINO, S. & BLOCH, C. (1980). “La política sanitaria argentina y las estrategias de desarrollo”. En: *Cuadernos Médico Sociales*, N° 14. Recuperado de: <http://capacitasalud.com/biblioteca/wp-content/uploads/2016/02/Cuadernos-Medico-Sociales-N-14.pdf>.
- CARRASCO, M. (2002). “Una perspectiva sobre los pueblos indígenas en Argentina”. En: CELS, *Derechos Humanos en la Argentina. Informe 2002*. Recuperado de: [https://www.cels.org.ar/common/documentos/informe\\_2002\\_cap\\_11.pdf](https://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2002_cap_11.pdf).
- CHIARA, M. (2018). *La salud gobernada: política sanitaria en la Argentina 2001-2011*. Los Polvorines: Universidad Nacional de General Sarmiento.
- CICCHITTI, A. (s. f.). “El lugar de las mujeres indígenas”. Recuperado de: <http://revistasoberaniasanitaria.com.ar/el-lugar-de-las-mujeres-indigenas/>.
- ESTRELLA, P. V. (2017). “La salud pública en territorio mapuche: Relaciones interculturales, estrategias etnopolíticas y disputas en

torno a las políticas de reconocimiento en la Comunidad Payla Menuko, San Martín de los Andes, Neuquén”. Tesis de doctorado. Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: <http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/4592>.

FEMENÍAS, M. L. & VIDIELLA, G. (2005). “El derecho de las mujeres a la salud”. En: *Perspectivas Bioéticas*, Año N° 10, N° 18.

FRASER, N. & HONNETH, A. (2006). *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata.

GOLLAN, D. (2018). “Una desvalorización que comenzó en 2016”. En: *Soberanía sanitaria*. Recuperado de: <http://revistasoberaniasanitaria.com.ar/una-desvalorizacion-que-comenzo-en-2016/>.

GÓMEZ, M. & TRENTINI, F. (2020). “Mujeres mapuches en Argentina: acciones colectivas, formas de resistencia y esencialismo estratégico”. En: ULLOA, A. (ed.), *Mujeres indígenas haciendo, investigando y reescribiendo lo político en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Estudios de Género.

KREPLAK, N. (2020). “Política sanitaria. Fundación Soberanía Sanitaria”. Recuperado de: <http://revistasoberaniasanitaria.com.ar/politica-sanitaria/>.

LORENZETTI, M. (2009). “La construcción de la salud intercultural como campo de intervención”. VII Jornadas de Salud y Población del Instituto Gino Germani, Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: <http://jornadassaludy poblacion.sociales.uba.ar/ediciones-previas/>.

MARTOS, M. V. E. P. & FONSECA, R. M. G. S. da (1996). “Género y políticas de salud de la mujer en América Latina: caso Perú (Parte I)”. En: *Revista da Associação Médica Brasileira*, vol.

30, N° 2. Recuperado de: [https://www.researchgate.net/publication/290907717\\_Genero\\_y\\_politicas\\_de\\_salud\\_de\\_la\\_mujer\\_en\\_America\\_Latina\\_caso\\_Peru\\_parte\\_II](https://www.researchgate.net/publication/290907717_Genero_y_politicas_de_salud_de_la_mujer_en_America_Latina_caso_Peru_parte_II).

**MENÉNDEZ, E. L.** (2016). “Salud intercultural: propuestas, acciones y fracasos”. En: *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 21, N° 1. Recuperado de: <https://www.scielo.br/j/csc/a/xKHjCpmDcQrS-8HP6GJLcsTv/?format=pdf&lang=es>.

**MINISTERIO DE SALUD, PRESIDENCIA DE LA NACIÓN** (2012). *El derecho a la salud. 200 años de Políticas Sanitarias en Argentina*. Recuperado de: <https://www.msal.gob.ar/index.php/ayuda/385-el-derecho-a-la-salud-200-anos-de-politicas-sanitarias-en-argentina>.

— (2018). *Políticas de Salud. Curso en Salud social y comunitaria*. Recuperado de: [https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2018-10/0000001030cnt-modulo\\_5\\_politicas-salud.pdf](https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2018-10/0000001030cnt-modulo_5_politicas-salud.pdf).

— (2020). *Interculturalidad y salud. Capacitación en servicio para trabajadores de la salud en el primer nivel de atención*. Recuperado de: [https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-08/0000000945cnt-Interculturalidad\\_y\\_Salud\\_17.pdf](https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-08/0000000945cnt-Interculturalidad_y_Salud_17.pdf).

**ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD [OPS]** (2008). *Una visión de salud intercultural para los pueblos indígenas de las Américas Proyecto de la Salud del Recién Nacido, Niño y Joven Área de Salud Familiar y Comunitaria*. Recuperado de: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2009/54-VisionSaludInterculturalPI.pdf>.

**ORTÚZAR, M. G. de** (2017). “El desplazamiento del poder en salud... Hacia un nuevo horizonte”. En: *Astrolabio. Revista interna-*

*cional de filosofía*, N° 20. Recuperado de: [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.9471/pr.9471.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.9471/pr.9471.pdf).

- (2018). “Cobertura Universal de Salud -CUS- vs. Derecho a la Salud. Un análisis ético y político sobre lo ‘universal’ en salud en ‘tiempos de restauración conservadora’”. En: *Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 12, Año 12. Recuperado de: <http://www.ojs.unsj.edu.ar/index.php/reviise/article/view/279/pdf>.

**REMORINI, C. & PALERMO, M. L.** (2015). “Salud materno-infantil y políticas públicas para pueblos originarios”. En: LANGDON, E. J. & CARDOSO, M. (orgs.), *Políticas comparadas em saúde indígena na América Latina*. Florianópolis: EdUFSC.

**RODRÍGUEZ, C. D.** (2021a). “La atención intercultural de las mujeres mapuche en los servicios de salud de Las Coloradas, provincia de Neuquén”. Tesis de maestría. Universidad Nacional de Quilmes, Argentina. Recuperado de: <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/3017>.

- (2021b). “El derecho a una salud intercultural”. En: *Revista de Filosofía y Teoría Política*, N° 51. Recuperado de: <http://portal.amelica.org/amelica/journal/83/832897004/832897004.pdf>.

**SCHVARTZMAN, A.** (23 de enero de 2017). “Tienen que hacerse cargo de que la realidad somos nosotros también”. Recuperado de: <http://159.65.255.251/index.php/2017/01/23/tienen-que-hacerse-cargo-de-que-la-realidad-somos-nosotros-tambien/>.

**SY, A. & REMORINI, C.** (2008). “Hacia un abordaje integral e intercultural de la salud de los niños Mbya. Contribuciones de la investigación etnográfica y desafíos para la gestión”. Ponencia. En: VI Jornadas Nacionales de Investigación social sobre la Infancia, la adolescencia, la Convención Internacional de Derechos

del Niño y las Prácticas sociales “Oportunidades”. Bahía Blanca:  
Universidad del Sur.

**TOBAR, F.** (2012). “Breve historia del sistema argentino de salud”.  
En: Garay, O. (coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos.  
Ética, Bioética y Jurídica. Civil y Penal*. Buenos Aires: La Ley.

Trabajo dependiente y jubilación pública en la provincia de Buenos Aires. ¿Incompatibilidad o discriminación?

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 28/03/2022

**Aprobado:** 17/04/2022

## Trabajo dependiente y jubilación pública en la provincia de Buenos Aires. ¿Incompatibilidad o discriminación?

*Dependent work and Public Retirement in the province of Buenos Aires. Incompatibility or discrimination?*

*Por Gerardo Raúl Mosquera<sup>1</sup>  
Universidad Nacional de La Plata*

**Resumen:** El trabajo busca poner al descubierto la discriminación que padecen los hombres y mujeres jubilados en la provincia de Buenos Aires, a quienes se les priva por esa sola circunstancia de percibir otra remuneración o ingreso proveniente de una relación de dependencia, ya sea de carácter pública o privada, siendo mucho más evidente en el caso de los docentes. Para ello, analizamos la norma previsional de facto a la que están sometidos quienes desempeñan su labor para el Estado provincial o municipal a la luz del nuevo plexo normativo

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Egresado de Escuela Judicial del Concejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Doctorando en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Diplomado en Derecho procesal penal (CALP). Asesor letrado del Ministerio de Trabajo de la provincia de Buenos Aires (deleg. Reg. Saladillo). Ex abogado de la Asesoría General de Gobierno de la provincia de Buenos Aires. Ex abogado del Consejo de Reforma del Estado de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: gerardoraulmosquera@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4253-1195>.

surgido luego de la reforma constitucional de 1994, demostrando su contradicción y la primacía del bloque de convencionalidad por sobre hacer cesar la afectación de los derechos que sufren los trabajadores jubilados.

**Palabras clave:** Discriminación – Jubilados – Docente – Incompatibilidad – Derechos humanos – Principios.

**Abstract:** The work seeks to uncover the discrimination suffered by retired men and women in the Province of Buenos Aires, who are deprived for that sole circumstance of receiving other remuneration or income from a dependency relationship, whether of a public nature or private, being much more evident in the case of the jubilee teachers. For this purpose, we have analyzed the de facto provisional norm as some women have been designing in their work for the Provincial and Municipal State in the light of the new normative plexus passed by the constitutional reform law of 1994, demonstrating its contradiction and the blockade of agreement on sovereignty, concluding with the need to modify the article of the provisional law to make the affection of the rights that suffers the workers and workers jubilees

**Keywords:** Discrimination – Jubilation – Teachers – Incompatibility – Human Rights – Principles.

## Planteo del tema

El artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 sancionado durante el Gobierno de facto reza textualmente:

Será incompatible la percepción del haber jubilatorio con el desempeño de cualquier actividad en relación de dependencia, con excepción de los servicios docentes. Es incompatible asimismo, la percepción de jubilación por edad avanzada, con el de otra jubilación o retiro nacional, provincial o municipal.

Como se desprende del término literal de la norma, resultaría incompatible, es decir, estaría prohibido, cobrar el haber previsional conjuntamente con la remuneración que pudiera derivarse de una actividad en relación de dependencia. La norma admite como única excepción al cobro simultáneo de remuneraciones los servicios docentes, sin aclarar si los profesionales de la educación que obtuvieron su jubilación por su actividad como tal pueden efectivamente percibir su haber previsional al mismo tiempo que cualquier otro estipendio o ingreso, sea de una relación de empleo público o privado. Más adelante me ocuparé con mayor detenimiento de esa distinción que indica el precepto en análisis.

El Instituto de Previsión Social de la provincia de Buenos Aires –cuya misión es la de orientar la política de previsión social en el territorio de la provincia de Buenos Aires, asesorar a los poderes públicos en materia de previsión social y aconsejar al Poder Ejecutivo la adopción de medidas tendientes a su perfeccionamiento, así como recaudar los recursos, conceder y pagar las prestaciones, disponer la inversión de fondos y rentas de cada sección y realizar los demás actos administrativos inherentes a la naturaleza del Ins-

tituto, bajo la responsabilidad personal y solidaria de los miembros del directorio—, apegándose al texto citado, priva a todo aquel que lleva a cabo tareas como dependiente en cualquier organismo del Estado provincial o municipal, o incluso en la órbita privada, del beneficio previsional al que hubiera accedido, para lo cual es preciso reunir los requisitos legales —en su mayoría, años de aportes al sistema previsional y la edad necesaria para alcanzar el beneficio—, quitándoles a quienes tengan un empleo público o privado de percibir su sueldo y el haber previsional de manera conjunta, so pena de interrumpir el pago de la prestación previsional y generar un cargo en su contra por los importes que hubieran recibido en forma sincrónica.

Nos preguntamos entonces si esta incompatibilidad que la norma pregona es legítima o representa una discriminación abierta, expresa y manifiesta. Anticipamos desde ya nuestra opinión en contra de su validez constitucional. Intentaremos, en lo que sigue, dar los fundamentos de ello.

## **Inconstitucionalidad del artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650. Al infinito y más allá**

El artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 se ha perpetuado en el tiempo, traspasando las fronteras de un “gobierno de hecho”, extendiendo su vigencia en la nueva república que tuvo lugar con el retorno a la democracia en 1983, fortalecida con la sanción de la reforma constitucional de 1994. Sin embargo, ello no empece que lo consideremos abiertamente inconstitucional, especialmente a la luz del contenido de los tratados de derechos humanos que forman parte del bloque de convencionalidad producto de la incorporación de los mismos a nuestro ordenamiento jurídico (art. 75 inc. 22 de la

Constitución nacional) y del orden jerárquico que consagra el artículo 31 de la carta magna. Ello, por las siguientes razones.

En primer lugar, dicha norma es inconstitucional desde su origen, por haber sido dictada por un Gobierno de facto, lo que no puede ser soslayado por el juez intérprete de la ley. Una norma dictada por una fuerza armada que toma el poder sin el voto popular, sin respetar la Constitución nacional ni provincial, recurriendo a la fuerza irresistible y a la tortura como método para sembrar el miedo y evitar cualquier planteo discursivo sobre cualquier disposición, emanada del Gobierno más autoritario y nefasto que ha existido en Argentina, no puede nunca resultar constitucional. Su vigencia ofende el sistema democrático y los principios republicanos, habiéndose incurrido en una inconstitucionalidad por omisión.

Pero el decreto-ley no solo es inconstitucional por su génesis, sino que además lo es porque conculca derechos humanos fundamentales, como el derecho de propiedad sobre un haber jubilatorio, el derecho a la protección de la seguridad social y a no ser excluido del beneficio previsional por el mero hecho de ser jubilado.

Por supuesto que, más que una declaración de inconstitucionalidad, debería promoverse la sanción de una nueva norma legal que de manera expresa y contundente permitiera el cobro del haber previsional aun cuando el beneficiario tuviera un vínculo dependiente del Estado o de una persona física o jurídica privada.

El reconocimiento del poder constituyente y de los poderes políticos constituidos, entre ellos, las potestades legislativas a autoridades no democráticas ni republicanas –que, entre otras cosas, prescinden del funcionamiento del Congreso nacional–, importa la concesión de “facultades extraordinarias” y la “suma del poder público”, en los términos del artículo 29 de la Constitución nacional, siendo los actos dictados por el Gobierno provincial que sancionó el Decreto-ley N°

9.650 absolutamente nulos; dicha nulidad se encuentra reforzada actualmente por el artículo 36 de la Constitución nacional.

La Corte Suprema confirmó la declaración de nulidad insanable de las normas de facto y la privación de sus efectos cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos (fallos 309:1692).

Las leyes emanadas del Congreso nacional o provincial, en tanto en cuanto son el resultado de la deliberación democrática, tienen una presunción de validez moral y, por consiguiente, deben ser aplicadas por la judicatura. Pero no puede ocurrir lo propio con una norma de facto como el Decreto-ley N° 9.650, que adolece de la presunción de legitimidad desde su nacimiento.

La validez de las leyes de facto durante los Gobiernos constitucionales ha planteado debates doctrinarios y discrepancias jurisprudenciales, existiendo dos posturas diferentes acerca de este problema, que llamaremos “doctrina de la equivalencia” y “doctrina de la inequivalencia”.

La doctrina de la equivalencia fue el criterio general de la Corte Suprema de Justicia hasta el Gobierno constitucional de 1983, como lo demuestran la Acordada de la Corte Suprema del 7 de junio de 1943 (fallos 196:5), “Arlandini”, del año 1947 (fallos 208:184) y “Ricardo F. Molinos”, de 1968 (fallos 270:367). Esta doctrina atribuye a las normas emanadas de los Gobiernos de facto la misma validez que a los actos legislativos de los Gobiernos de jure, y reconoce su capacidad para otorgar derechos adquiridos –por ejemplo, beneficios jubilatorios–, así como su ultraactividad cuando fuesen normas penales –principio de la ley penal más benigna–.

En cambio, la doctrina de la inequivalencia otorga una validez solo precaria a los actos y leyes de los Gobiernos de facto. Esta doc-

trina, inaugurada por la Corte Suprema de 1983, se plasmó en decisiones históricas como “Aramayo”, del año 1984 (fallos 306:72). En este caso, sostuvo que existe una diferencia esencial entre los actos y las normas de los Gobiernos de facto y los de jure, que deriva de la diferente naturaleza de los Gobiernos que las originan. Para la Corte, la restitución del orden constitucional requiere que los poderes del Estado nacional o los de las provincias, en su caso, ratifiquen o desechen, explícita o implícitamente, los actos del gobierno de facto. En “Dufourq”, de 1984 (fallos 306:174), extendió la doctrina a las leyes de facto, sosteniendo que su validez está condicionada a que el Gobierno constitucionalmente elegido las ratifique, explícita o implícitamente.

Si bien en el caso del Decreto-ley N° 9.650 podría decirse que existió una confirmación implícita de su validez por los Gobiernos constitucionales que prosiguieron desde el retorno a la democracia en 1983, ello no impide la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus artículos cuando, como acontece en el caso del artículo 60, se afectan derechos constitucionales reconocidos en un *corpus iure* cuya superioridad normativa no está en discusión, encabezado por la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos y hasta la propia ley suprema provincial.

Si se realizase un control y escrutinio estricto de la norma cuestionada, podría advertirse que estamos en presencia de una clara discriminación por la condición de ser jubilado, violando igualmente, el citado artículo 60, el derecho de propiedad al cobro del haber jubilatorio, el derecho a la seguridad social, el principio protectorio, el *pro homine*, el de progresividad, el de buena fe, el de sustitutividad, el de integridad y el de irrenunciabilidad, por citar algunos, todos ellos de aplicación a la relación de empleo público o privado.

## **Alternativas para superar la prohibición legal de percibir un sueldo como dependiente y el haber jubilatorio**

La limitación impuesta por el artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 puede ser superada de tres maneras: planteando la inconstitucionalidad de la norma, modificando el precepto legal legislativamente, realizando una interpretación “aggiornada” de la norma cuestionada con el resto del ordenamiento jurídico.

### ***Plantear la inconstitucionalidad de la norma***

En este caso se necesita de un caso judicial y del compromiso del juzgador, quien deberá salir de su zona de confort y atreverse a adoptar un rol activo.

Las reformas normativas introducidas a nivel constitucional en 1994, especialmente la incorporación al bloque de constitucionalidad federal de los tratados internacionales de derechos humanos indicados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución nacional, exigen que el sistema jurídico argentino recepte, plenamente y en todas sus ramas, las reglas y principios constitucionales de nuestro Estado social y democrático de derecho.

Los nuevos pilares sobre los que se funda el Código Civil y Comercial ponen a disposición de los jueces herramientas fundamentales para la reconstrucción del derecho desde la óptica de los principios, los valores, la ética, la igualdad, la no discriminación, la equiparación real ante una situación visiblemente desfavorable; en definitiva, la apertura del sistema a soluciones más justas, la reconstrucción de la ciencia jurídica, vista como una práctica social compleja, en la que los derechos vuelven al centro de la escena.

Al respecto, no puede soslayarse que el artículo 1, con el que comienza el “Título Preliminar”, categóricamente sostiene que: “Los

casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte”. Concordantemente, el artículo 2 dispone que

La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

La incorporación de estos enunciados y su trascendental ubicación en el nuevo código no es casual. Este esquema de fuentes supone explicitar un denominador común entre las normas constitucionales y el derecho privado, consistente en la protección de la persona.

Ahora existen varias fuentes del derecho que compiten con reclamos de autoridad legítimos por su primacía en los casos. La Constitución, los tratados internacionales, la ley, las decisiones judiciales nacionales, extranjeras, regionales o internacionales, son algunas de ellas, y su legitimidad proviene a veces de la deliberación mayoritaria, a veces de la lógica contramayoritaria de los derechos, y a veces de la necesidad de mantener consistencia en el lenguaje del derecho a lo largo del tiempo.<sup>2</sup>

El Código Civil y Comercial, al menos desde un punto de vista teórico, recepta aquel desafío, otorgando a los tratados internacionales de los que la nación es parte —en particular, los de derechos humanos— un papel fundamental en el nuevo ordenamiento. En este aspecto

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”. Sentencia del 27 de noviembre de 2012.

innova profundamente al aceptar explícitamente la constitucionalización del derecho privado y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

No parece haber interpretaciones disímiles, al menos las que se exteriorizan públicamente, en cuanto al rol que deben asumir los jueces en el nuevo sistema que impone la reforma. Con los principios que recoge el nuevo código y el andamiaje de derechos consagrados en la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, el juez debe resolver pensando en el ciudadano de a pie, con base en principios sociales. De allí el deber de resolver razonablemente (art. 3). Lejos de ser una puerta a la discrecionalidad judicial, son límites a ella. La idea es que los jueces resuelvan los problemas de la sociedad –de eso se trata el derecho–. La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas. En ese escenario, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones; y con ello, la posibilidad, por conducto de principios, de conectar la política con el derecho (Berizonce, 2014).

El nuevo ordenamiento deposita su confianza en los jueces, pone en sus manos un conjunto formidable de facultades y deberes para que cumplan con sus funciones, pero en esta faena no solo les señala las reglas, sino que también les indica los principios y valores. En tal inteligencia, los principios que el código se encarga de destacar se presentan como complementos heurísticos que facilitarán el trayecto del razonamiento decisional, que constitucionalmente está impuesto como deber del juez de motivar la decisión, con un costado particularmente destacado en la consideración democrática de las sentencias judiciales (Morello, 1994).

En tal sentido, cabe destacar que, desde la perspectiva de las normas previsionales, la posibilidad de continuidad de la relación laboral

con el trabajador jubilado es una realidad cada vez más presente en el contexto económico actual y con los efectos negativos que aún tiene la pandemia de covid-19.

La Ley N° 24.241, en su artículo 34 –texto sustituido por el artículo 6 de la Ley N° 24.463–, admite la posibilidad de que el trabajador jubilado vuelva a la actividad remunerada estableciendo la compatibilidad entre ambas situaciones sin suspensión del beneficio previsional. Expresamente, dice: “Los beneficiarios de las prestaciones del régimen previsional público podrán reingresar a la actividad remunerada tanto en relación de dependencia como en carácter de autónomos”. Es decir que un trabajador puede incluso haber laborado siempre bajo las órdenes de un mismo empleador, jubilarse y reingresar como dependiente del mismo empleador, con goce de la jubilación obtenida en ese mismo empleo.

En el ámbito provincial, sin embargo, la Ley N° 9.650 impide esa posibilidad, sin que exista una razón suficiente ni se explicita cuál es el interés general protegido con dicha prohibición.

El haber jubilatorio forma parte del derecho de propiedad que la Constitución nacional reconoce en los artículos 14 y 17 y se encuentra en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es que la prestación previsional que el trabajador percibe viene a sustituir el ingreso que tenía el jubilado como consecuencia de su labor (fallos 289:430; 292:447; 293:26; 294:83, entre otros). Ergo, impedirle a un trabajador o trabajadora que perciba su haber previsional so pretexto de que mantiene una relación de dependencia conculca su derecho de propiedad sobre el beneficio previsional, garantizado por los artículos 14, 14 bis y 17 de la Constitución nacional y por la propia ley suprema provincial (arts. 10 y 31), así como también la posibilidad de que el flamante jubilado pueda tener una vida digna (art. 12 inc. 3 de la Constitución provincial; art. 11 inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 13 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales), implicando un grosero incumplimiento de los deberes que tiene el Estado de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona mayor.

Argentina, al aprobar por Ley N° 27.360 la “Convención interamericana sobre protección de los derechos humanos de las personas mayores”, tiene la obligación de salvaguardar los derechos humanos y las libertades fundamentales de dichas personas enunciados en la convención –entre los que se encuentran la prohibición de discriminar por edad y la obligación de proteger la dignidad de los adultos mayores–, debiendo a tal fin adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar las prácticas contrarias (art. 4 inc. a); implementar medidas afirmativas y realizar los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la convención, absteniéndose de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma (art. 4 inc. b); adoptar y fortalecer todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia, a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos (art. 4 inc. c).

Privar a un jubilado de su haber previsional por el hecho de que mantiene una relación de empleo público o privado implica lisa y llanamente un incumplimiento grosero por parte del Estado de la obligación que le compete, siendo pasible, por ello, de responsabilidad internacional. Además, de este modo se afecta también el principio de substitutividad del haber jubilatorio, el cual implica que, como la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral, una vez cesada esta y como débito de la comunidad por dicho servicio, el beneficio jubilatorio le debe permitir al jubilado mantener el estatus de vida que tenía mientras se encontraba en actividad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Quiroga, Carlos Alberto c/ ANSeS s/ Reajustes Varios” (fallos 337: 1277), puso particular énfasis en el carácter integral de los beneficios de la seguridad social. La fuente más encumbrada del derecho positivo, la Constitución nacional, en su artículo 14 bis, prescribe en forma expresa que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social con carácter de integrales e irrenunciables. Es una directiva suprema categórica que obliga a los jueces de la seguridad social a velar por la inmutabilidad e integridad de tales derechos, fulminando toda norma o acto del Estado o de los particulares que en forma actual o inminente los lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta (art. 43).

El aludido carácter integral que le atribuye la Constitución a las prestaciones de la seguridad social indica que la protección que otorga a sus titulares debe ser acorde con sus necesidades económicas, sociales y asistenciales. Tal es el propósito que procura el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuando prescribe que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En torno a esta cualidad primaria que distingue a las prestaciones de la seguridad social, la Corte Suprema también ha puntualizado lo siguiente:

Que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que

guardan las prestaciones aseguradas al trabajador, con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna, encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad. Cualquier situación que impidiera el goce efectivo de los beneficios de la seguridad social, tal como han sido creados por el legislador siguiendo el mandato constitucional, ya sea disminuyéndolos o aniquilándolos, tornaría irrisoria la cláusula constitucional y vacíos de contenidos los principio que ella consagra.<sup>3</sup>

El alto tribunal de la nación ha dicho que debe realizar

una consideración particularmente cuidadosa a fin de que en los hechos no se afecten los caracteres de ‘integrales’ e ‘irrenunciables’ de los beneficios de la seguridad social, ya que el objeto de estos es la cobertura de los riesgos de ‘subsistencia’ y ‘ancianidad’, momentos en la vida en los que la ayuda se hace más necesaria. Sus titulares son ciudadanos y habitantes que al concluir su vida laboral supeditan su sustento, en principio absolu-

---

<sup>3</sup> Caso “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”. Sentencia del 17 de mayo de 2005, considerando 5.

tamente, a la efectiva percepción de las prestaciones que por mandato constitucional le corresponde.<sup>4</sup>

La Cámara Federal de Paraná, en autos “Cuesta Jorge Antonio c/ AFIP s/ Acción de Inconstitucionalidad”, puntualizó en idéntico sentido que “el beneficio jubilatorio no es ganancia en los términos de la ley tributaria, sino un débito social que se cumple reintegrando aportes efectuados al sistema previsional”.

La Suprema Corte ha sostenido con reiteración que la jubilación es un derecho que se adquiere al cumplirse con los requisitos exigidos por la ley respectiva,<sup>5</sup> y solo a partir de allí puede reputarse incorporado a la propiedad del beneficiario y tutelado por la inalterabilidad de los derechos adquiridos.<sup>6</sup>

De este modo, sería contrario a la doctrina legal citada que se le prive a los jubilados del derecho al cobro del haber jubilatorio.

### ***Modificar el precepto legal legislativamente***

La modificación del cuerpo legal en crisis, y en particular el artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650, es tal vez la opción más directa, aunque para ello se deben reunir varias voluntades dispuestas

---

<sup>4</sup> Caso “Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ Queja”. Sentencia del 25 de agosto de 1988, considerando 4.

<sup>5</sup> Causas B. 53.529, “Soler”, sentencia del 27 de abril de 1993; B. 53.916, “Portiansky”, sentencia del 4 de julio de 1995; B. 57.240, “Bianchi de Paez”, sentencia del 24 de noviembre de 1998; B. 58.492, “Palacios”, sentencia del 21 de junio de 2000; B. 58.399, “Mingolla”, sentencia del 12 de julio de 2000; y B. 57.384, “Gazzola”, sentencia del 6 de septiembre de 2006.

<sup>6</sup> Causas B. 61.255, “Bidart”, sentencia del 21 de mayo de 2008; y B. 61.256, “Milillo”, sentencia del 15 de junio de 2016; Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos: 317:219, 329:2146.

a eliminar la injusta situación que padecen los jubilados docentes, para lo cual es preciso una fuerte participación de los sectores involucrados, gremios, legisladores y los representantes del Ejecutivo, de manera de moldear un nuevo estatus jurídico que le permita a todo trabajador público percibir su jubilación aun cuando mantenga una relación de subordinación.

### ***Realizar una interpretación “aggiornada” de la norma cuestionada con el resto del ordenamiento jurídico***

Si los magistrados quieren conservar la norma cuestionada con su texto original, es necesario entonces realizar una interpretación de la misma a la luz de todo el plexo normativo que conforma hoy el derecho argentino, procurando compatibilizar dicho precepto con la Constitución provincial, la Constitución nacional, los tratados de derechos humanos, las leyes análogas y los principios y valores jurídicos, así como la finalidad de la ley, como lo ordenó el legislador a partir del año 2015 y surge de la lectura de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, debiendo amoldar los términos del decreto-ley a las pautas que imponen las normas de relevación superior, aprobadas por medio de un procedimiento democrático, haciendo posible que de esa interpretación coherente con todo el ordenamiento no se le quite a los jubilados su derecho adquirido al haber previsional, a fin de evitar un trato discriminatorio a quienes reúnen la condición de jubilados.

Esa interpretación armónica, favorable al derecho de quienes han alcanzado su jubilación, constituye *per se* una medida de acción positiva que los magistrados deben utilizar como recurso para cumplir con la manda del artículo 75 inc. 23 de la Constitución nacional.

## **La situación del docente jubilado en relación de dependencia. Metamorfosis de una tutela preferente en categoría sospechosa**

Si ya aparece visible la discriminación que sufren los jubilados por encontrarse en la situación de que la norma previsional bonaerense les impide cobrar sus haberes si mantienen una relación de dependencia, mucho más evidente es la situación de vulnerabilidad y el trato adverso que les dispensa a los docentes el organismo previsional, siempre con fundamento en lo normado por el artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650, una vez que obtienen su jubilación por su desempeño en la enseñanza.

Es extraño y contradictorio que se les brinde en actividad un trato favorable y preferente y luego, al momento del cese, cuando se jubilan, se les quiten los beneficios y la consideración especial, privándolos también de los derechos que otrora les fueron otorgados.

En efecto, quienes se desempeñan como docentes en la provincia de Buenos Aires pueden cobrar el sueldo por dicha actividad conjuntamente con la remuneración derivada de trabajos en relación de dependencia, sean del sector público o privado, sin que exista incompatibilidad alguna.

Una segunda “ventaja” que se les concede a quienes se dedican a la enseñanza es la posibilidad de acceder a la jubilación a una edad mucho menor de la del resto de los mortales, ya que podrían hacerlo al alcanzar los cincuenta años de edad y los veinticinco años de aportes previsionales.

Ahora bien, una vez que se jubila —y pese al hecho de que ese beneficio proviene de su actividad como docente, la cual, como dijimos, es compatible con la percepción de un sueldo derivado de un empleo público—, se le impide cobrar su haber jubilatorio si es que mantiene una relación de empleo, pasando de ser un sujeto de preferente tutela

a un verdadero paria, a quien se lo discrimina precisamente por reunir la condición de ser jubilado, a pesar de que la actividad por la que se jubiló era compatible –conforme lo establece el propio Decreto-ley N° 9.650 y el artículo 53 de la Constitución provincial– con la percepción de un emolumento derivado de un empleo público o privado.

En su primer párrafo, el artículo 53 de la Constitución provincial establece: “No podrá acumularse dos o más empleos a sueldo en una misma persona, aunque sea el uno provincial y el otro nacional, con excepción de los del magisterio en ejercicio”. Por su parte, el artículo 60 del decreto-ley consagra como excepción al cobro simultáneo de la jubilación con otro ingreso el proveniente de la actividad docente.

Por lo tanto, si ello es así, no podría prohibirse que un docente jubilado siga cobrando de manera conjunta su haber previsional que proviene de su labor como docente conjuntamente con otros ingresos que pudieran provenir de otras actividades en relación de dependencia, públicas o privadas. Si así ocurriera, se estaría incurriendo en una contradicción y en una discriminación directa y manifiesta basada en el solo hecho de reunir la condición de docente jubilado, transformándose ello en una nueva “categoría sospechosa” y a sus integrantes en marginados y excluidos de los beneficios que tenían cuando se encontraban en actividad, lo que constituye un verdadero dislate, una violación flagrante al principio de no discriminación, al derecho de propiedad, la no regresividad de los derechos y el principio *pro homine*, entre otros, al mismo tiempo que representa una decisión inequitativa y flagrantemente ilegítima por parte del organismo previsional.

Resulta necesario que los magistrados tengan en este caso una actuación comprometida, impidiendo que se concrete un caso de “apartheid” hacia los docentes jubilados, siendo menester que se admita el cobro conjunto de su haber y el de cualquier otro sueldo que provenga de una relación de dependencia.

La solución que proponemos se ajusta al principio de equidad que rige en todo el ordenamiento jurídico y al principio de razonabilidad, haciendo compatibles las normas mediante una interpretación coherente de todas las disposiciones, teniendo como referencia la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>7</sup>

La decisión que propugnamos es también una forma de brindar al justiciable, y en particular a los trabajadores y trabajadoras de la educación que se jubilen, la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 15 de la Constitución provincial, de manera de no tener que postergar su acceso a la misma, para no tener que privarlo del derecho al cobro de una de los dos prestaciones a cargo del Estado.

Debe tenerse presente la finalidad de la ley, a la que se refiere el artículo 2 del Código Civil y Comercial como segunda pauta de interpretación de la norma. En tal sentido, no puede haber duda de que, si el precepto en cuestión –el artículo 60 del decreto-ley en cuestión– le permite a los docentes ejercer su oficio al mismo tiempo que se desempeñan en otra actividad en relación de dependencia, es porque se ha querido proteger y beneficiar a estos trabajadores de manera expresa, constituyendo ello un caso de discriminación positiva, entendiendo que el servicio educativo que brindan representa un fin esencial a la sociedad, adoptándose incluso un régimen diferenciado para promover los servicios docentes que les permita la jubilación a una edad inferior al resto de los empleados y con menos años de aportes debido al desgaste psicofísico que implica la actividad.

Esta interpretación finalista corrige y adapta los términos del artículo 60 del decreto-ley a la necesidad de adecuar esta norma al texto de la Constitución nacional que prohíbe la discriminación (art. 16), al

---

<sup>7</sup> Cf. artículo 2 del Código Civil y Comercial; artículos 28, 31, 75 inc. 22 de la Constitución nacional.

igual que lo hace la Constitución provincial (art. 11) y un sinnúmero de convenios internacionales (arts. 7 y 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), todos ellos, de jerarquía superior a la norma a modificar.

En tal sentido, cabe señalar que la Constitución de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 53, promueve la educación e incentiva la actividad docente, procurando que más personas se dediquen a dicha actividad a fin de que la provincia pueda contar con el personal suficiente y calificado para enseñar los contenidos de cada asignatura que conforma el plan de estudios.

En la interpretación constitucional siempre debe prevalecer el contenido teleológico de la Constitución. El constituyente provincial, al imponer una medida de acción positiva en favor de los trabajadores de la educación, permitiendo que solamente estos tengan el derecho a cobrar más de un sueldo, ha procurado incentivar la educación y la formación de los estudiantes.

Ese privilegio concedido por la Constitución local a los docentes se encuentra reforzado por los principios que positivizó a través del artículo 39 inc. 3: irrenunciabilidad, progresividad e interpretación más favorable al trabajador, jubilado o en actividad, los cuales permiten esclarecer y evidenciar de manera palmaria cuál debe ser la correcta interpretación del artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650/80, teniendo en cuenta la finalidad tuitiva hacia quienes han ejercido el magisterio.

Por tal razón, si se pensara que la carta magna provincial solamente protege al docente en actividad, haciendo posible que cobre el sueldo por esa labor y cualquier otro emolumento proveniente de otro empleo, y luego de que este alcanza el beneficio jubilatorio

le quita o suspende por tiempo indefinido el goce efectivo del haber previsional por la circunstancia de continuar trabajando en el mismo empleo que tenía cuando se desempeñaba como docente, se estaría incurriendo en una interpretación y aplicación opuestas a la expresamente consagrada por el constituyente provincial, quien, a través del artículo 39 inc. 3 y del 53, inauguró la discriminación positiva para brindarles a todos aquellos varones y mujeres que abrazaron con pasión la vocación docente, de manera excepcional, el derecho a cobrar por trabajos docentes y también de otros ámbitos del sector público; por lo que, para ser consecuente con dicha finalidad, no resulta lógico ni ajustado al sentido común y la equidad que, luego de alcanzar la jubilación por su trabajo como educador, se lo obligue a elegir entre el sueldo proveniente del empleo público que siempre tuvo y el haber previsional que es producto de la actividad docente, ya que mientras se encontraba en ejercicio de la docencia pudo percibir ambos estipendios.

Considerar que ese privilegio o permiso se termina cuando el docente se jubila implicaría el nacimiento de una nueva “categoría sospechosa”: la de los docentes jubilados que quieren continuar laborando en sus empleos públicos y al mismo tiempo cobrar su haber previsional al que tienen derecho, de la misma manera que percibían su sueldo docente y la remuneración derivada de su cargo o empleo público conjuntamente.

Si bien una interpretación adecuada a la finalidad de la norma no podría excluir a los jubilados docentes del derecho a percibir su haber por la actividad que otrora llevaron a cabo con vocación, dedicación y entusiasmo, en simultáneo con otros ingresos fruto de su trabajo bajo dependencia del Estado, es necesario dejarlo expresamente aclarado en la norma bajo análisis, de manera de evitar la inequidad que ello genera a quienes se encuentran en dicha situación.

La ley adquiere un contenido distinto a lo largo de su vigencia, debiendo adaptarse la interpretación y aplicación del artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 a las normas jurídicas que conformaron el nuevo plexo jurídico argentino luego del regreso a la democracia, y en particular con posterioridad a la reforma constitucional del año 1994 y la incorporación de los tratados de derechos humanos, y, más recientemente, con la sanción del Código Civil y Comercial, que sigue siendo la fuente en la que abrevan todas las demás ramas del derecho. Sin perjuicio de ello, es necesario que varíe la expresión gramatical para disipar cualquier duda.

Los trabajadores, sean estos activos o pasivos –aquellos que se han jubilado–, son objeto de preferente tutela, según palabras de la Corte Suprema,<sup>8</sup> y requieren del Estado y de cada uno de los poderes que lo componen la adopción de medidas de acción positiva que refuercen sus derechos en lugar de restringirlos o suprimirlos.

En tal sentido, la Corte Suprema ha resuelto en el fallo “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/ acción de amparo” que los jubilados son uno de los “grupos vulnerables” que define nuestra Constitución, debiendo protegerse su prestación previsional por tener la misma, al igual que el salario, neto carácter vital y alimentario (artículo 75 inc. 23 de la Constitución nacional), siendo mandato del constituyente otorgar mayor protección a quienes más lo necesitan.

Existe un colectivo de personas, entre los que se encuentran los niños, las mujeres, las personas con discapacidad y los jubilados, que merecen un trato preferencial y de protección preferente, debiendo ser objeto de una discriminación positiva por manda constitucional, no pudiendo privarse al docente jubilado de su haber previsional aduciéndose una

---

<sup>8</sup> Caso “Kuray, David Lionel s/ recurso extraordinario”. Sentencia del 30 de diciembre de 2014.

incompatibilidad supuesta entre la percepción de dicho haber y el cobro de otra remuneración en relación de dependencia. Si es posible que el docente en actividad perciba ambos emolumentos sin cuestionamiento alguno, lo lógico, propio, coherente y conducente a la finalidad de la norma es que también pueda cobrar el haber previsional que deriva de esa actividad docente cuando ya deja de trabajar, para lo cual hizo los aportes durante veinticinco años –es decir que ni siquiera se trata de dinero que el Estado entrega como una dádiva o gratificación–.

La equidad humaniza el derecho y evita la aplicación de una injusticia.

Por otra parte, si el Estado privara a los educadores jubilados de cobrar su haber previsional, cuyo derecho se han ganado por haber realizado aportes el tiempo que la ley ha establecido, se generaría un enriquecimiento sin causa en su favor y un sacrificio contra todos aquellos que ostentaban un empleo público.

Si el organismo previsional suspendiera el pago de estos haberes, se estaría quebrantando la confianza legítima que supone que el Estado ha de cumplir con las obligaciones a su cargo y que no dañará los intereses de sus habitantes. Si bien ello no constituye un derecho subjetivo, sí constituye una expectativa, un interés que genera en el particular una “confianza legítima”.

Si durante su desempeño como docentes los educadores necesitaron de cobrar su sueldo, conjuntamente con la remuneración proveniente del empleo público que tenían, con mayor razón deberán contar con el haber previsional –cuyo monto es inferior al sueldo– cuando dejen de prestar su labor como docentes y se jubilen por esa actividad. Lo contrario sería condenar a la indigencia a quienes la ley y la Constitución provincial protegen de manera especial.

El llamado “principio de progresividad” está inserto en el diseño del derecho internacional de los derechos humanos en general y en

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en particular, según el cual todo Estado parte se compromete a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos (art. 2.1). Implica la “obligación positiva” de los Estados de “garantizar el ejercicio y disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder, y también en relación con actuaciones de terceros particulares”. Este principio apunta a que las garantías constitucionales de los trabajadores, en virtud de la protección establecida en el artículo 14 bis de la Constitución nacional, no se vean condicionadas por eventuales normas regresivas que atenten contra el orden público laboral.

Si el Instituto de Previsión Social incluye o pretende incluir –en base al artículo 60 del decreto-ley– a los docentes jubilados entre los que no pueden percibir el haber previsional conjuntamente con el sueldo como empleados públicos, cuando sí se les permitía mientras se encontraban en actividad, siendo que el haber previsional no es otra cosa que la continuación del salario que cobraban como docentes, debe concluirse que dicha norma es inconstitucional y que existe por ende una presunción o sospecha grave de ilegitimidad del acto administrativo que dispuso el corte del pago de los haberes previsionales.

En este orden de ideas, es el juez quien debe velar por el cumplimiento del mandato constitucional, protegiendo la cuantía de los haberes previsionales de cualquier quita o disminución que resulte confiscatoria. Cuando exista una norma que se contraponga con tal claro principio, debe ser revisada y desestimada.

La supremacía constitucional, según Bidart Campos (1988), apunta a la noción de que la Constitución formal y revestida de superlegalidad obliga a que las normas y los actos estatales y privados se ajusten a ella. Ello envuelve una formulación de deber ser:

todo el orden jurídico-político del Estado debe ser congruente o compatible con la Constitución formal.

## Reflexiones finales

La palabra “jubilación” proviene del latín *iusbilatio-onis* y significa “acción y efecto de jubilar o jubilarse”, “eximir de servicio por razones de ancianidad o imposibilidad física a la persona que desempeña o ha desempeñado algún cargo civil, señalándole pensión vitalicia o recompensa por los servicios prestados” (Fernández Vázquez, 1981, p. 447).

La jubilación constituye un derecho adquirido de carácter vitalicio para los funcionarios y empleados al servicio de los organismos o entes públicos o privados, y se otorga cumplidos los extremos previstos en la ley o en los convenios laborales. No es un favor: es el pago de una deuda. El derecho a la jubilación no es simultáneo sino sucesivo a la relación laboral y se perfecciona en el momento en que se cumplen los siguientes requisitos legales: edad del empleado y antigüedad en el cargo o, en su defecto, incapacidad física.

El principio de sustitutividad del haber jubilatorio implica que, como la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral, una vez cesada esta y como débito de la comunidad por dicho servicio, el beneficio jubilatorio le debe permitir al jubilado mantener el estatus de vida que tenía mientras se encontraba en actividad. Por lo tanto, dicho principio debe ser asegurado, siendo deber del Estado, por imperio del artículo 14 bis de la carta magna, otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter de integrales e irrenunciables.

El carácter integral que le atribuye la Constitución nacional a las prestaciones de la seguridad social indica que la protección que otorga a sus titulares debe ser acorde con sus necesidades económicas, sociales y asistenciales. Tal es el propósito que procura el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando prescribe que

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial, la alimentación, vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

En torno a esta cualidad primaria que distingue las prestaciones de la seguridad social, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado lo siguiente:

Que la necesidad de mantener una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos, es consecuencia del carácter integral que reconoce la Ley Suprema a todos los beneficios de la seguridad social y de la íntima vinculación que guardan las prestaciones aseguradas al trabajador, con aquellas de naturaleza previsional, que son financiadas primordialmente con los aportes efectuados durante el servicio. Los derechos a una retribución justa y a un salario mínimo vital y móvil dirigidos a garantizar alimentación y vivienda, educación, asistencia sanitaria y, en definitiva, una vida digna, encuentran su correlato en las jubilaciones y pensiones móviles que deben ser garantizadas a los trabajadores cuando entran en pasividad. Cualquier situación que impidiera el goce efectivo de los beneficios de la seguridad social, tal como han sido creados por el

legislador siguiendo el mandato constitucional, ya sea disminuyéndolos o aniquilándolos, tornaría irrisoria la cláusula constitucional y vacíos de contenidos los principio que ella consagra.<sup>9</sup>

Como ha destacado el alto tribunal de la nación:

una consideración particularmente cuidadosa a fin de que, en los hechos no se afecten los caracteres de “integrales” e “irrenunciables” de los beneficios de la seguridad social, ya que el objeto de estos es la cobertura de los riesgos de “subsistencia” y “ancianidad”, momentos en la vida en los que la ayuda se hace más necesaria. Sus titulares son ciudadanos y habitantes que al concluir su vida laboral supeditan su sustento, en principio absolutamente, a la efectiva percepción de las prestaciones que por mandato constitucional le corresponde.<sup>10</sup>

La Cámara Federal de Paraná, en autos “Cuesta Jorge Antonio c/ AFIP s/ Acción de Inconstitucionalidad”, puntualizó en idéntico sentido que “el beneficio jubilatorio no es ganancia en los términos de la ley tributaria, sino un débito social que se cumple reintegrando aportes efectuados al sistema previsional”.

Finalmente debe tenerse presente que tanto la Ley N° 26.485 como la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) prohíben la discrimina-

---

<sup>9</sup> Caso “Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/ reajustes varios”. Sentencia del 17 de mayo de 2005, considerando 5.

<sup>10</sup> Caso “Rolón Zappa, Víctor Francisco s/ Queja”. Sentencia del 25 de agosto de 1988, considerando 4.

ción contra la mujer por cualquier motivo, y que en la actividad docente esta tiene una fuerte presencia y participación. Por lo tanto, si se le prohibiera a las trabajadoras de la educación jubiladas por su labor como docente percibir su haber previsional por el simple hecho de ostentar un cargo o empleo público, cuando ello no era un obstáculo para tener derecho a la remuneración por ese empleo y por su sueldo como educadora, se produciría no solo una discriminación hacia la mujer por su situación como jubilada docente, sino también un supuesto de violencia económica y patrimonial al constituir ello una perturbación en la propiedad de sus bienes; la retención indebida de su haber previsional y derechos patrimoniales; la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; y la limitación o control de sus ingresos (art. 5 inc. 4, apartados a, b, c y d de la Ley N° 26.485), incumpliendo así el Estado con todos los derechos reconocidos por la CEDAW y la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (art. 3 de la Ley N° 26.485).

Creemos que existen razones suficientes para darle al texto del artículo 60 del Decreto-ley N° 9.650 una nueva redacción, inclusiva, que permita que todas las personas que se jubilen y mantengan al mismo tiempo una relación de dependencia puedan percibir ambos haberes sin incompatibilidad alguna, especialmente si se trata de docentes jubilados, pues ya cuentan con una tutela especial por parte de la propia Constitución provincial, por la labor tan relevante y necesaria que desarrollan.

## Bibliografía

- BOUZAT, G. (1997). “La argumentación jurídica en el control constitucional. Una comparación entre la *judicial review* y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad”. En: *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Recuperado de: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica11.pdf).
- BERIZONCE, R. O. (2014). “Prólogo”. En: GUZMÁN, L., *Derecho a una sentencia motivada*. Buenos Aires: Astrea.
- BIDART CAMPOS, G. J. (1999). *El orden socioeconómico en la Constitución*. Buenos Aires: EDIAR.
- FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, E. (1981). *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires: Astrea.
- MORELLO, A. M. (1994). *El proceso justo*. Buenos Aires: Librería Editora Platense - Abeledo Perrot.

Violencia contra las mujeres en prácticas judiciales

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 09/03/2022

**Aprobado:** 22/03/2022

## Violencia contra las mujeres en prácticas judiciales

### *Violence against women in judicial practices*

**Por Vanesa Margarita Ferrara<sup>1</sup>**

*Universidad de Buenos Aires*

**Resumen:** El presente artículo analiza el uso de los estereotipos de género en el sistema de justicia a la luz de los estándares de protección de los derechos humanos. Asimismo, visibiliza cómo esas prácticas pueden constituir violencia contra las mujeres y obstruir el deber del Estado de debida diligencia reforzada para casos de violencia de género.

**Palabras clave:** Estereotipos de género – Violencia contra las mujeres – Prácticas judiciales – Deber de debida diligencia reforzada.

**Abstract:** *The article analyzes the use of gender stereotypes in the justice system in light of the standards of human rights protection systems. It also makes visible how these practices can constitute*

---

<sup>1</sup> Abogada (Universidad de Buenos Aires). Magister en Derecho Penal Internacional (Universidad de Granada). Defensora coadyuvante en el Programa de Asesoramiento y Promoción de los Derechos de las Víctimas del Delito de Trata de Personas de la Defensoría General de la Nación. Correo electrónico: vanesamferrara@hotmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9733-6026>.

*violence against women and obstruct the State's duty of enhanced due diligence in cases of gender-based violence.*

**Keywords:** *Gender stereotypes – Violence against women – Judicial practices – Enhanced due diligence.*

## I

En los últimos años, el derecho internacional en materia de derechos humanos ha ampliado de manera progresiva sus formas de intervención; en particular, ha dirigido su mirada hacia la situación de distintos grupos afectados por discriminación y violencia, entre ellos, las mujeres y los colectivos LGBTI (Fernández Valle, 2020).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer<sup>2</sup> –Convención de Belém do Pará– contiene una definición amplia sobre la violencia contra las mujeres. La explica como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

El instrumento reconoce las formas en las que se manifiesta la violencia y establece que puede tener lugar en el ámbito público o privado. Específica, además, que la violencia contra la mujer comprende supuestos de abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.

Asimismo, afirma que puede ser cometida por particulares o perpetrada o tolerada por el Estado. Instituye una amplia gama de deberes y obligaciones en cabeza del Estado, entre las que se encuentra “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer” (art. 7 inc. e).<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Aprobada por Ley N° 24.632. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>.

<sup>3</sup> Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.

En el ámbito del acceso a la justicia, determina la obligación de los Estados de establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos. También se pronuncia sobre el derecho a la reparación.

Finalmente introduce la noción de debida diligencia en relación con la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia contra las mujeres.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) afirma que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades” (Recomendación General N° 19, de 1992).<sup>4</sup>

De este modo, establece el derecho a la protección contra todas las formas de violencia de género en pie de igualdad con el hombre, de modo que los Estados parte deben adoptar medidas efectivas para superar todas las formas de violencia basadas en el género.

En el ámbito interno, la Ley N° 26.485<sup>5</sup> promueve el acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género y dispone un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzca revictimización (art. 3 inc. g). Contempla específicamente supuestos de violencia directa e indirecta. Esta última se encuentra configurada en toda conducta, acción, omisión,

---

<sup>4</sup> Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>.

<sup>5</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>.

disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón (art. 4).

El artículo 6 de esta norma da cuenta de las distintas modalidades en que se manifiesta la violencia, mencionando entre ellas la violencia institucional, a la que define como aquella realizada por funcionarios/as, profesionales, personal o agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. El concepto abarca la que se ejerce en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil.

La jurisprudencia del sistema interamericano estableció el estándar de “debida diligencia reforzada”. Así, se sostiene que de la articulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>6</sup> y la Convención de Belém do Pará surge un deber de debida diligencia estricta o reforzado de investigar, prevenir, sancionar y reparar en casos de violencia contra las mujeres.

En el caso “González y otras (‘Campo algodonero’) vs. México”<sup>7</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. Particularmente resaltó que deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante

---

<sup>6</sup> Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

<sup>7</sup> Caso “González y otras (‘Campo algodonero’) vs. México”. Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf).

las denuncias. Sostuvo que los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia, y concluyó que en “los casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará” (párr. 258).

En la misma decisión, el tribunal internacional definió los estereotipos de género como

una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...] es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. (párr. 401)

Los estereotipos de género constituyen prejuicios generalizados sobre las características que poseen o deberían poseer los hombres o las mujeres.<sup>8</sup> También promueven la limitación de la capacidad de las

---

<sup>8</sup> Algunos pueden estar centrados en los atributos y las diferencias físicas y psicológicas existentes entre hombres y mujeres, como “los hombres son más fuertes”, “son impulsivos, necesitan usar fuerza física”, “son racionales, saben ne-

personas y su facultad para tomar decisiones, desarrollar actividades laborales, realizar una carrera profesional, ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. Los estereotipos nocivos condicionan el proyecto de vida de los hombres y las mujeres.

## II

En “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas” (2007), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo que

La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. (párr. 155)<sup>9</sup>

También aseveró que esta influencia puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsi-

---

gociar porque no son emocionales como las mujeres”, “son firmes”, “las mujeres son irracionales, sensibles, emocionales”. Otros están constituidos por connotación sexual, a la que vinculan solo con la procreación. Hay estereotipos basados en los roles que atribuyen comportamientos a hombres y mujeres a partir de construcciones sociales y culturales sobre su físico.

<sup>9</sup> Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>.

guiente, “que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales” (párr. 155).

En “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”,<sup>10</sup> la Corte IDH reiteró el concepto de estereotipo de género y concluyó que “los estereotipos de género tuvieron una influencia negativa en la investigación del caso, en la medida en que trasladaron la culpa de lo acontecido a la víctima y a sus familiares, cerrando otras líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores” (párr. 213).

En “Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala”,<sup>11</sup> el tribunal internacional reconoció, visibilizó y rechazó el estereotipo de género por el cual en los casos de violencia contra la mujer las víctimas son asimiladas al perfil de una pandillera, una prostituta o una “cualquiera” y no son consideradas lo suficientemente importantes como para que haya una investigación, haciendo además a la mujer responsable o merecedora de haber sido atacada. También se manifestó en contra toda práctica estatal mediante la cual se justifica la violencia contra la mujer y se culpabiliza a esta, “toda vez que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en el origen, condición y/o comportamiento de la víctima por el solo hecho de ser mujer” (párr. 183).

---

<sup>10</sup> Caso “Véliz Franco y otros vs. Guatemala”. Sentencia del 19 de mayo de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_277\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf).

<sup>11</sup> Caso “Velásquez Paiz y otros”. Sentencia del 19 de noviembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_307\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_307_esp.pdf).

En la misma línea, visibilizó el rol de los estereotipos de género en el caso “J. vs. Perú”,<sup>12</sup> donde cuestionó los argumentos del Estado demandado tendientes a descalificar las denuncias de violencia sexual de mujeres acusadas por delitos de terrorismo de Estado, en el entendimiento de que la finalidad era poner en crisis la legalidad del proceso. El tribunal aseveró que “el inicio de la investigación no puede estar condicionado por quien realiza la denuncia ni por la creencia de las autoridades, antes de iniciar la investigación, de que las alegaciones realizadas son falsas” (párr. 352).

En “Espinoza Gonzáles”,<sup>13</sup> la Corte una vez más reconoció y rechazó “el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales” (párr. 279).

En “Linda Loaiza López Soto vs. Venezuela”<sup>14</sup> el tribunal reiteró que “las prácticas tendientes a devaluar a la víctima en función de cualquier estereotipo negativo y neutralizar la desvaloración de eventuales responsables, deben ser rechazadas y calificadas como incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos” (párr. 239). Señaló que durante la investigación se aludió en varias ocasiones a la relación de pareja en la que se encontraba la víctima con su agresor, lo

---

<sup>12</sup> Caso “J. VS. Perú”. Sentencia del 27 de noviembre de 2013 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf).

<sup>13</sup> Caso “Espinoza Gonzáles vs. Perú”. Sentencia del 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_289\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf).

<sup>14</sup> Caso “López soto y otros vs. Venezuela”. Sentencia del 26 de septiembre de 2018 (fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_362\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf).

que implicó que en la práctica las autoridades no dieran una respuesta oportuna e inmediata, minimizaran institucionalmente la gravedad de la situación y de las afectaciones en su integridad personal, y no trataran el caso en sus etapas iniciales con la exhaustividad que requería, puesto que tradicionalmente el ámbito de las parejas y la familia se ha considerado exento del escrutinio público, es decir, se ha circunscrito a la esfera privada y ha sido, por lo tanto, menos serio o no merecedor de la atención de las autoridades (párr. 237).

En “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México”,<sup>15</sup> la Corte IDH se refirió al trato de los policías con las mujeres:

las formas altamente groseras y sexistas en que los policías se dirigieron a las víctimas, con palabras obscenas, haciendo alusiones a su imaginada vida sexual y al supuesto incumplimiento de sus roles en el hogar, así como a su supuesta necesidad de domesticación, es evidencia de estereotipos profundamente machistas, que buscaban reducir a las mujeres a una función sexual o doméstica, y donde el salir de estos roles, para manifestar, protestar, estudiar o documentar lo que estaba pasando en Texcoco y San Salvador de Atenco, es decir, su simple presencia y actuación en la esfera pública, era motivo suficiente para castigarlas con distintas formas de abuso. La jurisprudencia del sistema interamericano, en los últimos años, se ha pronunciado sobre los estereotipos de género. (párr. 216)

---

<sup>15</sup> Caso “Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México”. Sentencia del 28 de noviembre de 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_371\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf).

En “Atala Riffo y niñas vs. Chile”,<sup>16</sup> la Corte se pronunció sobre la validez de una prueba y concluyó que

existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto [por el contrario] dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. (párr. 237)

El tribunal internacional volvió a pronunciarse sobre los estereotipos vinculados con el rol que cada persona ocupa en una familia en el caso “Fornerón e hija vs. Argentina”.<sup>17</sup> En esa oportunidad sostuvo que

tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad y paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta

---

<sup>16</sup> Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

<sup>17</sup> Caso “Fornerón e hija vs. Argentina”. Sentencia del 27 de abril de 2012 (fondo, reparaciones y costas). Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costa-rica-caso-forneron-hija-vs-argentina-sentencia-fondo-reparaciones-costas-fa125-70019-2012-04-27/123456789-910-0752-lots-eupmocsollaf?>

importancia de la “formalidad” de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a ésta. (párr. 94)

En el reciente caso “Manuela y otros vs. El Salvador”,<sup>18</sup> la Corte endilgó responsabilidad internacional a El Salvador por la violación del deber de motivación, la presunción de inocencia, el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, tomando en cuenta la aplicación de una serie de estereotipos a lo largo del proceso penal, que tuvo el impacto de cerrar ciertas líneas de investigación e impedir el análisis exhaustivo de la prueba. En tal sentido, sostuvo que

los prejuicios personales y los estereotipos de género pueden afectar la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. (párr. 141)

Además, señaló que algunos estereotipos de género también se encontraron presentes en la sentencia condenatoria, los cuales generaron que el tribunal de conocimiento omitiera valorar con exhaus-

---

<sup>18</sup> Caso “Manuela y otros vs. El Salvador”. Sentencia del 2 de noviembre de 2021 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf).

tividad cierta prueba y tuvieron un impacto en la determinación de la responsabilidad penal. Se refirió a estos prejuicios como

nociones basadas en estereotipos que condicionan el valor de una mujer a ser madre y, por tanto, asumen que las mujeres que deciden no ser madres tienen menos valía que otras, o son personas indeseables. En este sentido, además, se impone a las mujeres la responsabilidad de, sin importar las circunstancias, priorizar el bienestar de sus hijos, incluso sobre su bienestar propio. (párr. 144)

En cuanto a la motivación de la sentencia, la Corte valoró que

la utilización de estereotipos de género para fundamentar una decisión judicial puede demostrar que la decisión fue basada en creencias preconcebidas en lugar de hechos. Por tanto, la estereotipación puede mostrar falta de motivación, violaciones a la presunción de inocencia y comprometer la imparcialidad de los jueces. (párr. 151)

### III

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también se ha pronunciado sobre el uso de estereotipos de género por parte de los operadores judiciales y la consecuente violación de derechos y garantías de la víctima. Recientemente condenó a Italia por la violación del artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>19</sup> en un caso en donde la Cámara de Apela-

---

<sup>19</sup> Disponible en: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_spa.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf).

ciones absolvió a los acusados de agredir sexualmente a una mujer, basando tal decisión, principalmente, en estereotipos de género.

El TEDH refirió que

el lenguaje y los argumentos empleados por el tribunal de apelaciones transmiten los prejuicios sobre el rol de la mujer que existen en la sociedad italiana, y pueden representar un obstáculo para la protección efectiva de los derechos de las víctimas de violencia de género a pesar de contar con un adecuado marco legislativo. (párr. 140; traducción propia)

Concluyó que

es fundamental que las autoridades judiciales eviten reproducir estereotipos de género en sus decisiones, y que eviten minimizar la violencia de género y revictimizar a las mujeres mediante el uso de un discurso moralizador que pueda desalentar la confianza de las víctimas en el sistema de justicia. (párr. 141; traducción propia)<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Caso "J.L. Vs. Italia". Registro 5671/16. Sentencia del 27 de agosto de 2021. "La Cour est convaincue que les poursuites et les sanctions pénales jouent un rôle crucial dans la réponse institutionnelle à la violence fondée sur le genre et dans la lutte contre l'inégalité entre les sexes. Il est dès lors essentiel que les autorités judiciaires évitent de reproduire des stéréotypes sexistes dans les décisions de justice, de minimiser les violences contre le genre et d'exposer les femmes à une victimisation secondaire en utilisant des propos culpabilisants et moralisateurs propres à décourager la confiance des victimes dans la justice" (párr. 141).

En “Jurcic v. Croacia”<sup>21</sup> manifestó una vez más la preocupación por la utilización de estereotipos de género por parte de los operadores judiciales.

la Corte no puede más que expresar preocupación por la connotación de las conclusiones de las autoridades locales, que implicaban que las mujeres no deberían trabajar ni buscar trabajo durante su embarazo o ante la mera posibilidad de ello [...] Los estereotipos de género de este tipo presentan un obstáculo serio a la realización de una igualdad de género sustantiva. (párr. 183; traducción propia).

#### IV

Como hemos reseñado, los principales sistemas de protección de derechos humanos detectan la aplicación de estereotipos de género

---

<sup>21</sup> Caso “Jurcic v. Croacia”. Registro 54711/15. Sentencia del 4 de febrero de 2021. “Lastly, the Court cannot but express concern about the overtones of the domestic authorities’ conclusion, which implied that women should not work or seek employment during pregnancy or mere possibility thereof (see in this sense also the conclusions of Gender Equality Ombudsperson cited at paragraph 21 above). In the Court’s view, gender stereotyping of this sort presents a serious obstacle to the achievement of real substantive gender equality, which, as already stated, is one of the major goals in the member States of the Council of Europe (see paragraph 65 above; see also Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, no. 17484/15, §§ 48-54, 25 July 2017). Moreover, such considerations by the domestic authorities have not only been found in breach of the domestic law (see paragraph 32 above) but also appear to have been at odds with relevant international gender equality standards (see the CEDAW, the Istanbul Convention, ILO and the relevant Committee of Ministers Recommendation)”.

en las prácticas judiciales, rechazan su aplicación y condenan a los Estados que la reproducen.

Los organismos internacionales ven configurada la violación a fundamentales derechos humanos, como la igualdad e imparcialidad judicial cuando los/as operadores/as judiciales y funcionarios/as de agencias de prevención del delito imprimen sus prejuicios al momento de desestimar una denuncia, valorar una prueba, tomar una declaración o fundamentar una sentencia.<sup>22</sup>

Una práctica judicial basada en estereotipos de género vulnera la garantía de imparcialidad y obstaculiza el acceso a la justicia. Los jueces y peritos pueden dictar resoluciones o emitir opiniones que se basan en sus propios prejuicios y no en los hechos pertinentes, lo cual los lleva a adoptar una postura rígida sobre lo que perciben como una conducta adecuada y penaliza a las personas que no responden a dichos estereotipos (“Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de la mujer a la justicia”, párr. 26).

Estos hábitos provocan en la víctima reticencia a denunciar y la privan de una oportuna medida de protección, perpetuando la situación de violencia en la que se halla. Asimismo, propician un ambiente de impunidad y desalientan los mecanismos formales para proteger los derechos vulnerados de las víctimas de violencia. Además, se ha

---

<sup>22</sup> Cf. CEDAW, “Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, del 3 de agosto de 2015, párrs. 26 a 28, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/241/93/PDF/N1524193.pdf?OpenElement>; y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Documento de antecedentes sobre el papel del Poder Judicial en el abordaje de los estereotipos nocivos de género en casos relativos a la salud y los derechos sexuales y reproductivos”, p. 5, disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryRoleCounterStereotypes\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/JudiciaryRoleCounterStereotypes_SP.pdf).

sostenido que “la aplicación, ejecución o perpetuación de los estereotipos de género pueden lesionar a las mujeres, o a subgrupos de ellas, de maneras complejas y profundas” (Cook & Cusack, 2010, p. 121).

La Corte IDH ha señalado que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. Así, sostuvo que

su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.<sup>23</sup>

En tal inteligencia, el uso de los estereotipos de género en prácticas judiciales constituye *per se* violencia institucional contra la mujer, en consonancia con lo previsto en el artículo 6 de la Ley N° 26.485.

Los Estados tienen una obligación de debida diligencia reforzada en reprimir, investigar y sancionar los crímenes de género, y de reparar a sus víctimas. Esta obligación se diluye si en las investigaciones se perpetúa la violencia contra la mujer. En efecto, como ha sostenido la Corte IDH<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Disponible en: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/Disp-Form.aspx?ID=1724&source=/Jurisprudencia/forms/fallos.aspx>. Cf. caso “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México” (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C N° 205, párr. 401; y caso “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador” (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 24 de junio de 2020, Serie C N° 405, párr. 188.

<sup>24</sup> Caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”. Sentencia del 29 de julio de 1988. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nid\\_Ficha=189&lang=es#:~:text=%2D%20Declara%20que%20Honduras%20ha%20violado,art%C3%ADculo%201.1%20de%20la%20misma](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nid_Ficha=189&lang=es#:~:text=%2D%20Declara%20que%20Honduras%20ha%20violado,art%C3%ADculo%201.1%20de%20la%20misma).

un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. (párr. 172)

En tal entendimiento, todo proceso sesgado de la aplicación de estereotipos de género infringiría el *corpus iuris* internacional de protección de la mujer contra la violencia de género.

## Bibliografía

- COOK, R. & CUSACK, S. (2010). *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. Recuperado de: [https://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf](https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf).
- FERNÁNDEZ VALLE, M. (2020). “Las temáticas de género en la jurisprudencia interamericana”. En: ÁLVAREZ MEDINA, S. & BERGALLO, P. (coords.), *Violencias contra las mujeres. Relaciones en contexto*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- NASH, C. & SARMIENTO, C. (2007). “Reseña de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006)”. En: FERNÁNDEZ VALLE, M. (ed.), *Anuario de Derechos Humanos 2007*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

La prisión preventiva como ejercicio desnudo del poder en los conceptos de Michael Foucault

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 14/03/2022

**Aprobado:** 28/03/2022

## La prisión preventiva como ejercicio desnudo del poder en los conceptos de Michael Foucault

*Preventive prison as a power's naked exercise in the Michael Foucault's concepts*

**Por Gabriel Horacio Gómez Benítez<sup>1</sup>**

*Universidad de Buenos Aires*

**Resumen:** En este artículo me propongo analizar el instituto de la prisión preventiva, su origen político y su significado histórico. Buscaré descubrir una explicación que dé cuenta de su permanencia en la práctica jurídica actual a través de las ideas de Michael Foucault.

**Palabras clave:** Prisión preventiva – Historia del derecho – Derecho penal – Michael Foucault.

**Abstract:** *In this article, I propose to analyze the preventive prison institute, its political origin and historical significance. I will search*

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad de Buenos Aires). Profesor de Teoría General del Derecho (UBA). Doctorando en la Modalidad de Cursos Intensivos de la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante del equipo de investigación DeCyT 2018-2020, DCT1824, "La obra codificadora de Carlos Tejedor y su significado. Sus ideas a través de la enseñanza del derecho penal", bajo la dirección del profesor Sandro Olaza Pallero. Correo electrónico: gabrieltgomezbenitez@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1542-9830>.

*to discover an explanation that accounts its permanence in current legal practice through the Michael Foucault's ideas.*

**Keywords:** *Preventive Prison – Law history – Criminal law – Michael Foucault.*

Julio Maier (2018) llama a la privación de la libertad o el encarcelamiento preventivo un “sufrimiento con una finalidad meramente procesal” (p. 6). La medida cautelar de prisión preventiva representa una decisión extremadamente delicada, que limita el derecho de libertad personal teniendo como base justificativos de orden procesal que motivan su aplicación.

La complejidad de la prisión preventiva recae en su naturaleza como instituto extremo de ejercicio del derecho punitivo, y representa un tema de debate permanente en sus dos vías, entre quienes la aceptan sin reparo y quienes objetan su aplicación generalizada. Evidentemente, estas posiciones resultan irreconciliables; más aún en la medida en que la aplicación del instituto, según la doctrina universalmente aceptada, debe ser excepcional, cuando no existe ninguna alternativa de medida cautelar que pueda garantizar la comparecencia del procesado al juicio, o para el cumplimiento de la pena impuesta al infractor de la ley.

Sin duda, este tema toca al estudio de los derechos humanos, en lo relacionado con el derecho a la libertad personal, la garantía del debido proceso, y un especial cuidado a la dignidad del hombre.<sup>2</sup> El tema de la prisión preventiva suele verse como un problema medular en el accionar de nuestra Justicia continental. Tanto el juicio penal es castigo, que a menudo hasta el imputado queda sujeto a él, *in vinculis*, como si ya hubiese sido condenado; el problema es que es castigado para saber si debe ser castigado (Carnelutti, 1950).

---

<sup>2</sup> Hervada Xiberta (1991), al definir qué son los derechos humanos, nos enseña que “en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y exigente, portador de unos derechos en virtud de su dignidad, *reconocidos*, pero no otorgados por la sociedad. Unos derechos que no están jeados al arbitrio del individuo –no puede renunciar a ellos– ni de la sociedad y el poder” (p. 226).

La importante obra de Foucault *Las palabras y las cosas (Les Mots et les choses)*, publicada en 1966, lleva un interesante subtítulo: *Una arqueología de las ciencias humanas (Une archéologie des sciences humaines)*. En efecto, el prefacio la presenta como una arqueología antes que como una historia en el sentido tradicional del término. Lejos está de nuestro poder emular al genio francés, pero poco podríamos hacer a su respeto si no trazáramos un devenir histórico de lo que significa la cárcel, y puntualmente la prisión preventiva en el mundo occidental.

## Legislación actual

La presunción de inocencia es un principio jurídico<sup>3</sup> penal que establece la regla de que toda persona tiene *per se* el estado de inocente, que solo puede destruirse a través de un debido proceso o juicio en el que se demuestre la culpabilidad siguiendo reglas establecidas *a priori* por la ley.

En el caso argentino, nuestra Constitución norma el debido proceso en su artículo 18, que permanece sin cambios desde 1860.

Artículo 18. 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

---

<sup>3</sup> Definimos "principio jurídico" con los conceptos del profesor Rabbi-Baldi Cabanillas (2019): "ciertos 'estándares' o 'criterios generales u orientativos' de conducta discernidos en los casos concretos y, desde ahí, elevados a soluciones generales y generalizables, la primera alude a una proposición que actúa ante un supuesto de hecho preciso, de ordinario emanado de costumbres sociales cuya verificación en la realidad genera su inmediata aplicación" (p. 276).

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 aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

El ordenamiento internacional receta también este principio, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Según su artículo 11,

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en un juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa.

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, en su artículo 8 menciona las garantías judiciales: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

La primera “positivación”<sup>4</sup> del principio fue establecida en Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789.

Article 9 – Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.<sup>5</sup>

Es curioso que la primera vez que se establece el principio de inocencia como regla también es la primera vez que se ve la rendija de la excepción.

## La historia del sistema

La historia de las garantías penales, como es sabido, tiene su importante paso en el liberalismo del siglo XVIII. Pero, “sin restarle nada de mérito a Beccaria y a todos los iluministas del siglo XVIII, lo cierto es que el discurso penal crítico surgió mucho antes y no cabe duda de que sus elementos se hallaban presentes –al menos– desde la *Cautio criminalis* de Spee de 1631” (Zaffaroni, 2005, p. 169).

Explicado de una forma más bien burda, el sistema era distinto antes de la Revolución francesa.

---

<sup>4</sup> Siguiendo un tanto libremente el planteamiento de Hervada Xiberta (1980), el término alude al “paso a la vigencia histórica (integración en el sistema jurídico aplicable) de una norma” tanto natural cuanto positiva de derecho (pp. 177-178, nota 42).

<sup>5</sup> “Todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable. Si se estima que su arresto es indispensable, cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona ha de ser severamente reprimido por la ley” (traducción propia).

Atento al sistema inquisitivo prerrevolucionario, el inculpado no era considerado un simple sospechoso, se le detenía para investigar considerándosele culpable, a este, le correspondía la carga de la prueba para destruir su presunta culpabilidad y demostrar su inocencia; en este modelo de enjuiciamiento, se invirtió el axioma *actori incumbit probatio*, al actor le incumbe probar, aun así, cuando el inculpado lograba demostrar su inocencia, como consecuencia natural el acusador proveía medidas cautelares de carácter personal, para quebrar voluntades. (Lozano Guerrero, 2012, p. 318)

Haremos entonces un breve rastreo de antecedentes propios, de nuestro proceso continental hispano, en un recorrido del cambio del derecho germano al derecho medieval, para llegar al Estado moderno. Recordamos que

ya el derecho penal castellano bajomedieval, por efecto de la penetración del derecho común,<sup>6</sup> había iniciado el tránsito de la esfera privada (propia del derecho germánico) a la pública y pasado a ser, de una actividad de interés preferentemente particular, otra predominantemente estatal o real. (Levaggi, 1942, p. 25)

---

<sup>6</sup> El *ius commune* es un concepto dogmático que tiene su origen en la Baja Edad Media (siglos XIV y XV), resultado de un largo proceso histórico, que congloba el derecho romano legado por el *corpus iuris civilis* del siglo V –aunque redescubierto en el siglo XI– y el *corpus iuris canonici* –que comenzó a compilarse en el siglo XII; en conjunción con la considerable labor de intérpretes y juristas sobre ambas obras, en general agrupados en las llamadas escuelas de glosadores y comentaristas.

Un cambio fundamental ocurrió en torno a la finalidad que perseguía el procedimiento penal y, como consecuencia, a su estructura. Recuérdese que el enjuiciamiento germano se resumía en una lucha o combate franco entre acusador y acusado frente a tribunal popular que decidía, sometido a reglas, en procura de que la razón esplendiera a través del triunfo en la lid. Ello, además de representar, con el avance de los tiempos, un método irracional de decisión que sometía a los físicamente débiles, terminó por avalar un sistema de supremacía y poder, cuando se permitió designar representantes para que combatieran por el litigante. Un sistema que concibió la finalidad del procedimiento como método para averiguar la verdad histórica debió imponerse fácilmente por la vía de la razón y de la liberación popular. El Derecho real, abrevado en las fuentes del Derecho romano-canónico, impuso este método más civilizado y culto, aun cuando terminó, en razón de la concepción de sus metas como absolutas, por someter al hombre a la peor servidumbre e indignidad. (Maier, 2004, p. 295)

Es propio de este cambio de época concebir el derecho como una función del Estado, pues los hombres que en él viven conviene –como dicen novedosamente las Partidas de Alfonso X– que sean acordados por igualdad de derecho.

Onde pues que en la quinta Partida deste libro fablamos de todos los pleytos et posturas que los homens facen et ponen entre sí de comienzo á placer de armas las partes, de que nasce contienda que se ha despues á partir por

derecho de justicia; et otro si mostramos en la sexta de los testamentos et herencias de los que mueren, sobre que acaescen grandes desacuerdos, que conviene que sean acordados por egualdat de derecho; queremos aqui mostrat en esta setena Partida daquela justicia que destruyendo tuelle por cruos escarmientos las contiendas et los bollicios que se levantan de los malos fechos, que se facen á placer de la una parte et á daño et á deshonta de la otra; ca ests fechos tales son contra los mandamientos de Dios, et contra buenas costumbres, et contra los establecimientos de las leyes et de los fueros derechos. (Partida Séptima, preámbulo)

Esta concepción, en el campo del derecho criminal, atribuye a la autoridad pública no solo la jurisdicción y la ejecución de las penas, sino el exclusivo interés en el castigo del reo, ya que su finalidad no es la venganza sino el orden, para cuya guarda fue la autoridad instituida “quod gladius qui ad vindictam malorum, laudem vero bonorum ventus extitit, in facinorosos sie saeviat quod innocios tueatur” (Pragmática, de Alfonso IV de Aragón, 1335).<sup>7</sup> Y encuentra su fórmula en una frase de Pedro IV: “cum ipsa stimatio ad nos, ut Principem, et ad nullum alium pertineat” (en López-Amo Marín, 1956, pp. 554-555).

Esta tendencia se orientó en dos direcciones: la primera, la de implantar un sistema de penas de derecho público que sustituyera a la venganza de la sangre. El sistema de la venganza, como la composición, en vez de asegurar el castigo de los crímenes los dejaba con

---

<sup>7</sup> Disponible en: [https://books.google.com.ar/books?id=peQ1AQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.ar/books?id=peQ1AQAAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false).

frecuencia en la impunidad, favoreciendo indirectamente su repetición. (Levaggi, 1942, pp. 25-26)

Venganza era el derecho de castigar al delincuente, aun con pena de la vida, fuera por la parte ofendida, por su parentela o por la comunidad, según los casos. Frente a este derecho, el delincuente se encontraba en estado de *inimicitia*, o sea, de indefensión jurídica, por haberle ocasionado el delito la “pérdida de la paz”. La composición –institución del mismo origen– era la conmutación por acuerdo de partes, pero en favor de la parte ofendida, de una pena de sangre por otra pecuniaria.

La segunda dirección: hacia la conquista del procedimiento inquisitivo. Si no obstante imponer la pena, el poder público solo hubiera podido actuar a instancia o por acusación privada, su autoridad habría sido menguada. De allí que en el prólogo de la Partida VII se lea que los jueces, de tres maneras pueden saber la verdad de los malos hechos que los hombres hacen: por acusación, pero también “por denuncia, o por oficio del juzgador haciendo por ende pesquisa”, con lo cual se dio el paso necesario para que el representante público pudiera acusar al autor del delito, con prescindencia de la parte ofendida. (Levaggi, 1942, p. 26)

La transformación del proceso judicial de una serie de combates a la conclusión de un sumario provocó un evidente cambio de formas. A partir de ahí, el testimonio y la confesión se conformaron en el foco del proceso y base de decisiones judiciales. La necesidad de acomodarse a las nuevas exigencias políticas, que imponían una nueva ideología en la materia, buscó organizar la función judicial con otros fines.

Nace entonces la persecución de oficio, para consolidar la autoridad real, ya que la acción no estaba supeditada al ofendido sino que la paz social importaba un deber de la autoridad. Se afirmó la prevención, la autorización para que los funcionarios investigasen la posible comisión o preparación de un delito, la sospecha de que llegara a ocurrir. *Salus populi suprema lex est* fue el aforismo que se acuñó para interpretar la nueva usanza de la aplicación penal.

Volviendo al eje histórico, la crisis que el feudalismo enfrentó en el siglo XIV se originó en un acrecentamiento de la presión fiscal de los señores sobre los productores que se tornó intolerable. Este aumento de la presión señorial —que en realidad debe ser rastreado en el siglo XIII— tuvo como consecuencias el despoblamiento, las hambrunas y las pestes que asolaron hacia finales de ese siglo y durante casi todo el XIV. La crisis originó un cambio en la estructura agrícola, propició una conmutación de las cargas señoriales e implicó el avance de la monetarización de la economía con un incipiente desarrollo de la industria a domicilio y una participación más concreta de los campesinos en los mercados de la época.

Esta crisis no implicó el fin del feudalismo, sino un golpe estructural que obligó, para el mantenimiento del modo de producción, el cambio básico de cuestiones económicas que podían ser viabilizadas solamente a través de un cambio político fundamental. Hasta ese momento, es decir, hasta los siglos XIII-XIV, las estructuras políticas se caracterizaron por la descomposición de la autoridad monárquica. Los príncipes regionales se apropiaron de las prerrogativas reales que habían sido delegadas en ellos, lo que conllevó una fragmentación que fue de hecho una adaptación de la organización política a las estructuras de la vida material (Duby, 1996).

Esta fragmentación política tuvo su contrapartida en el conflicto entre el Papado y el Imperio. Este conflicto

estaba basado en una ordenación de un espacio único, una utopía en pos de un orden universal. Es una polémica que se desarrolla desde el siglo XI hasta el siglo XIV, que tiene como base la dirección de la *Respublica christiana* y que implicó por parte del papado un intento de fundamentar su independencia y el sometimiento del poder temporal [...] Esta nueva estructura que aparece en la Europa moderna, incipientemente durante el siglo XV pero principalmente desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII, es una nueva forma de la realidad política, una nueva manera de plantear el problema del ejercicio de la soberanía, del ejercicio del poder y del gobierno. (Heffes, 2012, pp. 77-78)

Todo este movimiento en el aspecto político tiene sus derivaciones en los campos institucionales y, en especial, en el espacio jurídico penal.

El resurgimiento del derecho romano, uno de los grandes movimientos culturales del período, correspondía ambigualmente a las necesidades de las dos clases sociales cuyo poder y categoría desiguales dieron forma a las estructuras del Estado absolutista en Occidente. (Anderson, 1996, p. 16)

El resurgir del derecho romano durante la Edad Media condujo, pues, a un esfuerzo de los juristas por “solidificar” y delimitar los conceptos de propiedad, inspirados por los preceptos clásicos ahora disponibles. Pero la “recepción” decisiva del derecho romano –su triunfo jurídico general– ocurrió en la era del Renacimiento, correlativamente con la del absolutismo.

El derecho romano se convirtió en la posibilidad de sustentación del reino, fundamentando el poder discrecional del monarca, y se convirtió, además, en un arma intelectual que permitió la eliminación de la fragmentación política proveyendo a la integración territorial y al centralismo administrativo. (Heffes, 2012, p. 79)

El absolutismo fue esencialmente eso: un aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal [...] El Estado absolutista nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía ni, mucho menos, un instrumento de la naciente burguesía contra la aristocracia: fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada (Anderson, 1996, p. 9)

Como toda institución, el Santo Oficio se constituye en un guardián de los intereses representados por el Estado absoluto, del orden establecido. Intereses y orden vienen impuestos y definidos por la clase dominante. Tal identidad o, mejor dicho, tal supeditación explica la existencia del tribunal durante cerca de 350 años. (Colás Latorre, 1989, p. 224)

Ahora, las garantías penales como óbice al poder del Estado absoluto nacen también en el contexto de la lucha contra el *Ancien régime* para fortalecer el Estado burgués del siglo XVIII y XIX. Las reformas del enjuiciamiento penal fueron emprendidas decididamente por los filósofos prácticos del siglo XVIII, en especial Montesquieu, Beccaria y Voltaire. A partir de la necesidad de imponer un sistema republicano de gobierno para reemplazar el absolutismo monárquico, se llegó a postular un sistema de enjuiciamiento penal bajo la influencia del derecho inglés.

Para ejemplificar, podemos citar los *Cahiers de doléances* (cuadernos de quejas), los memoriales o registros que las asambleas de cada circunscripción francesa –encargada de elegir a los diputados en los Estados Generales– rellenaban con peticiones y quejas. Si bien ya tenían uso desde el siglo XIV, los más importantes fueron redactados en mayo y junio de 1789, durante la Revolución francesa. Algunos puntos relacionados con la materia del procedimiento, que todavía siguen siendo tema de discusión, ya aparecen en las *Peticiones de los Cahiers* (Agudelo Betancur, 1989). En ellas el principio fundamental era la presunción de inocencia –ítem que nos es caro en el presente análisis y en toda nuestra cultura jurídica actual–.

Y de aquí se desgranaban, como consecuencia, resultados fundamentales en la cultura de derecho que se gestaba poco a poco. Si esto es cierto, si el hombre se presume inocente, se decía por el distrito de Montpellier, es necesario que el reo “no sea expuesto a ninguna humillación, y que sea tratado con cuidado y sin rigor por parte de los jueces y guardianes”. Pero además, si es inocente, hay que reconocerle derechos: “Que la instrucción en descarga marche a la par con la instrucción en carga”, o, como se dice hoy, que se investigue tanto lo desfavorable como lo favorable (distritos de Caen, Evreux y Montpellier); además, debe existir igualdad de las partes en el proceso, de tal forma que el acusado tenga tantos medios de justificarse como el otro los tenga para vencerlo”, se reclama por el distrito de Alenzón; en fin, el procesado debe tener derecho a que se le comuniquen los cargos, a presentar testigos y, en todo caso, a deducir desde el principio razones que excluyan su responsabilidad. (Agudelo Betancur, 1989, p. 310)

## En las ideas de Foucault

Ahora intentaremos dar sentido, desde el análisis de Foucault, a ciertas lógicas que subyacen a estas formas procesales. Este pensador argumenta que el cambio de la modernidad trae una nueva forma en que el poder ejerce la soberanía.

Podríamos decir esto: todo sucedió como si el poder, que tenía la soberanía como modalidad y esquema organizativo, se hubiera demostrado inoperante para regir el cuerpo económico y político de una sociedad en vías de explosión demográfica e industrialización a la vez. De manera que muchas cosas escapaban a la vieja mecánica del poder de soberanía, tanto por arriba como por abajo, en el nivel del detalle y en el de la masa. Para recuperar el detalle se produjo una primera adaptación: adaptación de los mecanismos de poder al cuerpo individual, con vigilancia y adiestramiento; eso fue la disciplina. (Foucault, 2001, p. 226)

Este modelo disciplinario se entronca con lo que él llama las técnicas biopolíticas<sup>8</sup>, las cuales se encargarán de poner en entredicho la vida de ciertas poblaciones a través de la administración de la vida, a diferencia de las prácticas disciplinarias, que se encargaban de la nor-

---

<sup>8</sup> Si bien este neologismo no es de la autoría de Foucault, su popularidad se debe sobre todo a su obra. El término identifica una forma de poder específica de la modernidad, el *biopoder*, que se ejerce no ya sobre los territorios sino sobre los individuos y la población; "un poder que se hizo cargo del cuerpo y de la vida o que, si lo prefieren, tomó a su cargo la vida en general, con el polo del cuerpo y el polo de la población" (Foucault, 2001, p. 229).

malización de los individuos. El cuidado de la vida natural de la “masa social” se convierte en la actividad principal del Estado moderno.

A través de la categoría de “gubernamentalidad”, Michael Foucault (1991) intentó dar cuenta de esta relación durante la modernidad: el contacto entre las tecnologías de dominación de los demás y las referidas a uno mismo.<sup>9</sup> Esta palabra alude a tres cosas:

Entiendo el conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma bien específica, aunque muy compleja, de poder que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad. Segundo, por “gubernamentalidad”, la tendencia, la línea de fuerza que, en todo Occidente, no dejó de conducir, y desde hace mucho, hacia la preeminencia del tipo de poder que podemos llamar “gobierno” sobre todos los demás: soberanía, disciplina, y que indujo, por un lado, el desarrollo de una serie de aparatos específicos de gobierno [y por otro] el desarrollo de toda una serie de saberes. Por último, habría que entender la “gubernamentalidad” como el proceso o, mejor, el resultado del proceso en virtud del cual el Estado de justicia de la Edad Media, convertido en Estado administrativo durante los siglos XV y XVI, se “gubernamentalizó” poco a poco. (Foucault, 2000, p. 136)

---

<sup>9</sup> Véase García Romanutti (2014).

Gubernamentalidad es, a la sazón, un concepto inventado por el filósofo francés que hace referencia a una economía específica de poder respecto de un gobierno visto como una forma técnica general que va desde el propio autocontrol hasta el control de las poblaciones; de ahí la biopolítica.

La gubernamentalidad aparece así como el conjunto práctico que pone en juego ciertas tecnologías de gobierno (los dispositivos de seguridad) para ejercer su poder a través de un conjunto de saberes (entre los cuales se destacan la estadística y la economía política) sobre el conjunto de la población. El resultado del lento proceso de gubernamentalización del poder, a través de la articulación de esas técnicas y esos saberes, es el Estado tal como lo conocemos: complejísimo dispositivo en el que se articula un régimen de gubernamentalidades múltiples, campo estratégico que se abre para la acción de los gobernados. (García Romanutti, 2014, pp. 58-59)

Este Estado moderno, con sus incidencias contemporáneas, es el que tiene el problema señalado en un principio y que queremos abordar. Una vez explicado lo anterior, no es difícil imaginar que la contracara de las garantías penales que van forjándose en el liberalismo sea –junto con el control de dispositivos como la prisión– ciertas prácticas judiciales que evaluaríamos como impropias si las viéramos desde la perspectiva meramente legalista.

es precisamente el Estado la institución articuladora y codificadora del resto de las instituciones –la institución médica incluida, y con ella el régimen del biopoder–, y [...] la gubernamentalidad es el campo estratégico en el

cual se articula una economía general del poder concebida como el conjunto de las tecnologías de gobierno y las racionalidades políticas [...] Ello explicará también que Foucault se refiera al liberalismo, es decir, al régimen de gubernamentalidad (neo)liberal, como el marco general de una biopolítica, como su condición de inteligibilidad (desde que los sujetos de derecho sobre los que se ejerce la soberanía política aparecen como una población que un gobierno debe manejar). (p. 59)

Enmarcado el contexto, no debemos dejar de hacer foco en el objetivo que primariamente importarían las instituciones judiciales y carcelarias para poder dar una explicación íntegra al problema señalado.

En uno de sus primeros abordajes sistemáticos de la cuestión biopolítica, Foucault acuñó dos fórmulas que mostraron las diferencias infranqueables que, a su juicio, distinguían la soberanía de la biopolítica. El pensador francés se refirió al accionar propio de la soberanía al decir que “el viejo derecho de *hacer* morir o *dejar* vivir fue reemplazado por el poder de hacer *vivir* o de *rechazar* hacia la muerte” (Foucault, 2002, p. 167).

Otra consecuencia del desarrollo del biopoder es la creciente importancia adquirida por el juego de la norma a expensas del sistema jurídico de la ley [...] Pero un poder que tiene como tarea tomar la vida a su cargo necesita mecanismos continuos, reguladores y correctivos [...] No quiero decir que la ley se borre ni que las instituciones de justicia tiendan a desaparecer; sino que la ley funciona siempre más como una norma, y que la institución judicial se integra cada vez más en un *continuum* de aparatos (médicos, administrativos,

etc.) cuyas funciones son sobre todo reguladoras.  
(Foucault, 2002, p. 174)

Con la mirada del pensador francés, podemos llegar a concluir que el fin del aparato judicial como institución es ordenar, antes que la teológica función de “justicia”. No parece desajustado, consiguientemente, que la prisión preventiva continúe siendo una regla, pese al claro mandato de la norma *a contrario sensu*. El mismo autor sostiene que la elaboración del pensamiento jurídico se hace esencialmente en torno del poder real. “El edificio jurídico de nuestras sociedades se construyó a pedido del poder real y también en su beneficio, para servirle de instrumento o de justificación” (Foucault, 2000, p. 35). “El sistema del derecho y el campo judicial son el vehículo permanente de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfas” (Foucault, 2000, p. 36). Para él, se trata de captar el poder por el lado del extremo cada vez menos jurídico de su ejercicio: esa era la primera consigna dada.

en vez de preguntarse cómo aparece el soberano en lo alto, procurar saber cómo se constituyen poco a poco, progresiva, real, materialmente, los súbditos [*sujets*], el sujeto [*sujet*], a partir de la multiplicidad de los cuerpos, las fuerzas, las energías, las materias, los deseos, los pensamientos, etcétera. (Foucault, 2000, p. 37)

No deja de ser llamativo el rol que cumple el aparato jurídico-legal para la estructuración del poder. En esa relación intrínseca que puede verse como garante en la justificación de esa soberanía cabe preguntarse por la naturaleza de la aludida prisión preventiva. La respuesta que debemos aventurar parece clara: el ejercicio arbitrario de la prisión preventiva es el ejercicio de poder desnudo más elocuente en el Estado de derecho moderno. Un poderío que es ejercido desde lo más central

y neurálgico del poder mismo. Usando lo que Foucault (2002) dice sobre Sade en relación con el sexo, pero pensándolo con afinidad el poder punitivo de la prisión preventiva, este

carece de norma, de regla intrínseca que podría formularse a partir de su propia naturaleza; pero está sometido a la ley ilimitada de un poder que no conoce sino la suya propia; si le ocurre imponerse por juego el orden de las progresiones cuidadosamente disciplinadas en jornadas sucesivas, tal ejercicio lo conduce a no ser más que el punto puro de una soberanía única y desnuda: derecho ilimitado de la monstruosidad todopoderosa. (p. 89)

El ejercicio de este poder no va a ser nunca frenado en su lógica, porque presenta la más descarnada e ilimitada potestad que tiene el *poder juzgatorio* –en manos del magistrado– de disponer de la libertad y la vida del reo. Es la representación más pura de ese poder que se vuelve sobre un individuo, sin importar incluso la negación expresa que clama la norma sobre dicha potestad. Una expresión genuina y sin ningún resorte de la fuerza del *imperium* en toda su grandeza, desplomándose sobre la individualidad despojada del hombre, que ya ni siquiera tiene el resguardo de la ley para abrigarse.

Si ese es el trasfondo, entonces la tarea es más ardua para los operadores del derecho. Podemos así entender por qué la doctrina y la crítica en la academia están de acuerdo en el ideal de la norma; pero aun así, la realidad sustantiva sigue siendo otra. Es por eso que entender estos fenómenos desde esas aristas nos hará eventualmente llegar a mejores soluciones.

## Bibliografía

- AGUDELO BETANCUR, N. (1989). “La revolución francesa y los fundamentos del derecho penal moderno: Beccaria y la ilustración”. En: *Nuevo Foro Penal*, N° 45.
- ALFONSO EL SABIO (2008). *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio: cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia*. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0k2b9>.
- ANDERSON, P. (1996). *El Estado absolutista*. México: Siglo XXI.
- CARNELUTTI, F. (1950). *Derecho Procesal Civil y Penal II*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa.
- COLÁS LATORRE, G. (1989). *Inquisición y Estado Absoluto. Historia de Aragón, Vol. 1. (Generalidades)*. Zaragoza: Institución Fernando el Católico.
- DUBY, G. (1996). *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea. (500-1200)*. México: Siglo XXI.
- FOUCAULT, M. (1991). *Tecnologías del yo y otros textos afines*. Barcelona: Paidós.
- (2000). *Seguridad, Territorio, Población. Curso en el College de France (1977-1978)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2001). *Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2002). *Historia de la sexualidad, 1. La voluntad de saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.

- GARCÍA ROMANUTTI, H.** (2014). “El Estado según Foucault: soberanía, biopolítica y gubernamentalidad”. En: *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 19, N° 66. Recuperado de: <http://www.re-dalyc.org/articulo.oa?id=27937089006>.
- HEFFES, O. D.** (2012). “Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad”. En: *Pensar en Derecho*, N° 1.
- HERVADA XIBERTA, J.** (1991). “Derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”. Recuperado de: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/arsiu/cont/25/dh/dh8.pdf>.
- (1980). *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Eunsa.
- LE GOFF, J.** (1999). *La civilización del occidente medieval*. Barcelona: Paidós.
- LEVAGGI, A.** (1942). *Historia del derecho penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LÓPEZ-AMO MARÍN, Á.** (1956). “El derecho penal español de la baja Edad Media”. En: *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XXVI. Madrid: Ministerio de Justicia.
- LOZANO GUERRERO, F.** (2012). “La presunción de inocencia”. En: CIENFUEGOS SALGADO, D. & FROTO MADARIAGA, G. (coords.), *Los derechos humanos en el momento actual*. México: Editora Laguna.
- MAIER, J. B. J.** (2004). *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto SRL.
- (2018). “La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy”. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46475-privacion-libertad-durante-procedimiento-penal-encarcelamiento-preventivo-hoy>.

- RABBI-BALDI CABANILLAS, R.** (2019). *Teoría del derecho*. 5ª ed. ampliada. Buenos Aires: Abaco.
- ROMANO, R. & TENENTI, A.** (1998). *Los fundamentos del mundo moderno. Edad Media tardía, Reforma, Renacimiento*. México: Siglo XXI.
- ZAFFARONI, E. R.** (2005). “El derecho penal liberal y sus enemigos”. En: *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: B de F.

Derechos humanos y humedales, con especial referencia a la Reserva Natural Santa Catalina de la cuenca Matanza-Riachuelo

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 12/03/2022

**Aprobado:** 01/04/2022

## Derechos humanos y humedales, con especial referencia a la Reserva Natural Santa Catalina de la cuenca Matanza-Riachuelo

*Human rights and wetlands, with special  
reference to the Santa Catalina Nature  
Reserve of Matanza-Riachuelo River Basin*

*Por Manuel Roig<sup>1</sup>*

*Universidad de Buenos Aires*

**Resumen:** Los humedales urbanos, como los que se encuentran en la cuenca Matanza-Riachuelo, no solo son importantes por su valor ecológico, sino también por su valor cultural, social y económico, proveyéndonos de bienes y servicios que contribuyen al cumplimiento de las obligaciones internacionales adoptadas por los Estados en materia de derechos humanos. He aquí la interdependencia entre ambiente y derechos humanos, lo que obliga a los operadores jurídicos a tomar en cuenta esta transversalidad e impone la sanción de una legislación acorde. Este trabajo analizará cómo opera esta integración, para luego abordar el estado actual de los humedales de la

---

<sup>1</sup> Abogado, especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Procesal Civil (Universidad de Buenos Aires). Magister en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Italia). Auxiliar en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Correo electrónico: manuelroig@outlook.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4725-2796>.

cuenca Matanza-Riachuelo, en especial el humedal Santa Catalina, la jurisprudencia más relevante sobre protección de humedales y los urgentes cambios legislativos que se necesitan.

**Palabras clave:** Humedales – Cuenca Matanza-Riachuelo – Derechos humanos – Ambiente.

**Abstract:** *Urban wetlands, such as those found in Matanza-Riachuelo River Basin, are not only important for their ecological value, but also for their cultural, social and economic value, providing us with goods and services that contribute to the fulfilment of the international obligations adopted by States as regards human rights. This is the interdependence between the environment and human rights, which commits legal operators to take into account this transversality and imposes the sanction of appropriate legislation. Therefore, this work will focus on how this integration operates, and then will focus on the current condition of the wetlands of Matanza-Riachuelo Basin, especially the Santa Catalina wetland, the most relevant case law on wetland protection and the urgent legislative reforms that are needed.*

**Keywords:** *Wetlands – Matanza-Riachuelo River Basin – Human rights – Environment.*

## Introducción

El presente artículo busca visualizar la problemática ambiental de los humedales urbanos de la cuenca Matanza-Riachuelo (en adelante, CMR), ecosistemas que cumplen una función fundamental para el saneamiento de la cuenca y nos brindan incalculables bienes y servicios, aun cuando no nos percatemos de sus beneficios e incluso de su existencia.

A tales fines, el trabajo se enfocará en la necesaria integración entre humedales y derechos humanos, tomando como punto de referencia el humedal Santa Catalina, ubicado en el partido de Lomas de Zamora, una zona con gran urbanización y cercana a grandes polos industriales, donde conviven la contaminación y algunos importantes asentamientos poblacionales precarios.

Como se ha señalado, la cuestión ambiental se encuentra interrelacionada con los derechos humanos, produciéndose, por un lado, la “ecologización” del derecho internacional de los derechos humanos, es decir, la incorporación de la cuestión ambiental para resolver problemas de derechos humanos; y, por otro, el desarrollo de un enfoque de derechos humanos al tratar cuestiones ambientales (Esain, 2018).

La integración entre ambiente y derechos humanos, además, ha tenido en América Latina y el Caribe algunos resultados interesantes, como el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), adoptado en Escazú (Costa Rica) el 4 de marzo de 2018, y la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, que reconoció el derecho a un medioambiente sano como un derecho autónomo, el cual constituye un interés universal y un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, pero que

a su vez no solo protege a la persona humana, sino los componentes del medioambiente, como ríos, mares, bosques, etcétera, los cuales merecen protección en sí mismos.<sup>2</sup>

Por estas razones, en primer lugar, se abordará la cuestión de los humedales y su interrelación con los derechos humanos en la Agenda 2030. En segundo lugar, la cuestión de los humedales en la CMR, con especial referencia al humedal Santa Catalina, y algunos fallos relevantes en la materia.

## **Humedales y marco normativo**

Específicamente, en cuanto a la protección de los humedales, la Argentina aprobó, mediante la Ley N° 23.919 de 1991,<sup>3</sup> la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar),<sup>4</sup> suscrita en 1971 en el balneario iraní de Ramsar, modificada según el Protocolo de París de 1982 y enmendada en 1987 en la ciudad de Regina.

La Convención de Ramsar es el principal tratado internacional sobre la cuestión de los humedales y, si bien nació para proteger a las aves acuáticas, hoy posee una protección ampliada, teniendo como misión el uso racional y la conservación de los humedales, su flora y

---

<sup>2</sup> Véase, OC-23/17, Corte IDH, pp. 28-29; y caso "Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat [Nuestra Tierra] vs. Argentina", 2020, Corte IDH, p. 70.

<sup>3</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/319/norma.htm>.

<sup>4</sup> Disponible en: [https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/scan\\_certified\\_s.pdf](https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/scan_certified_s.pdf).

su fauna, ya sea por medio de acciones locales, regionales, nacionales o de cooperación internacional.

En efecto, uno de los compromisos fundamentales que adoptaron los Estados partes es el “uso racional” de los humedales (art. 3 de la Convención). Este se encuentra íntimamente relacionado con el desarrollo sustentable y sostenible y con el “buen gobierno” de los recursos naturales, puesto que este término se refiere “al uso sostenible de los humedales a fin de que se los pueda mantener para las generaciones futuras” (Convención de Ramsar sobre los humedales, 2018, p. 3).

Podemos observar distintas definiciones de humedales, puesto que definirlos de forma simple no resulta una tarea fácil, ya que pueden ser bosques, pastizales, praderas, salares, cuerpos de agua, etcétera. La Convención de Ramsar da cuenta de esta dificultad, por lo que los enuncia de forma amplia:

son humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean estas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros. (art. 1)

El convenio señala además que cada parte contratante designará humedales idóneos en su territorio para ser incluidos en la lista de humedales de importancia internacional (art. 2). En Argentina, la Convención de Ramsar entró en vigor en 1992 y cuenta hasta el día de la fecha con veintitrés “sitios Ramsar” que forman parte de la lista. Asimismo, a través del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la nación se ha desarrollado un “Documento Marco para el Desarrollo del Inventario Nacional de Humedales de Argentina”, que tiene

como fin articular los diversos proyectos de inventario de humedales que se vienen realizando. En este sentido, con el objetivo de integrar el inventario de humedales de la CMR al inventario nacional, se firmó un acuerdo de colaboración mutua entre el ministerio y la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR),<sup>5</sup> entidad que ya había firmado uno con el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) para la realización del inventario.

Los humedales son ecosistemas de un gran valor biológico, ecológico, cultural, social y económico, y se estima que el 40 % de las especies del mundo habita o se cría en ellos. Son ecosistemas de transición entre los terrestres y los acuáticos, lo que hace que alberguen una gran biodiversidad que se adapta a sus condiciones. El agua es su elemento principal. Presentan agua superficial o suelos saturados de forma permanente o temporal (ya sea natural o artificial), y pueden ser de cinco tipos: marino, el cual incluye a los humedales costeros, inclusive lagunas costeras, costas rocosas y arrecifes de coral; estuarial, como los deltas, marismas de marea y manglares; lacustre, humedales asociados con lagos; ribereño, como los humedales adyacentes a ríos y arroyos; y palustre, como las marismas, los pantanos y las ciénagas.<sup>6</sup>

La gran importancia de estos ecosistemas radica en los servicios y beneficios que prestan, los cuales son fundamentales para nuestra existencia, y de aquí que el pleno disfrute de varios derechos humanos, incluidos los derechos a la salud, a la vida, a la integridad personal, a la alimentación, al agua, a la participación en la vida cultural, entre otros, dependa de su protección y conservación. La alteración de estos

---

<sup>5</sup> CONVE-2021-24195088-APN-MAD, del 18 de marzo de 2021. Se trata del acuerdo específico de colaboración técnica. Disponible en: <http://www.acumar.gov.ar/wp-content/uploads/2016/12/CONVE-2021-24195088-APN-MAD.pdf>.

<sup>6</sup> Véase: <https://www.leydehumedalesya.org/archivos/documentoLHY.pdf>.

ecosistemas producto de la agricultura, el desarrollo urbano e industrial, la introducción de especies exóticas, la sobreexplotación de sus bienes naturales, el desecho de residuos domésticos e industriales y el cambio climático provoca un desmedro en la calidad de los bienes y servicios que nos brindan.

Por servicios ecosistémicos de los humedales entendemos “aquellos beneficios tangibles o intangibles derivados de la estructura y funciones de los humedales”<sup>7</sup>. Estos pueden ser: regulatorios, ya que son fundamentales para el almacenamiento o secuestro de carbono y los procesos de mitigación y adaptación al cambio climático, pero además son importantes para la purificación de las aguas, la mitigación de inundaciones, el filtrado de nutrientes y contaminantes, la estabilización y protección de las costas, etcétera; de abastecimiento, ya que son una importante fuente de alimento, agua, materias primas, energía hidroeléctrica y recursos genéticos y médicos; y culturales, ya que en ellos se llevan a cabo tareas de investigación científica, actividades turísticas, de recreación, etcétera, y muchas veces tienen un valor histórico importante o se trata de sitios naturales con valor sagrado o espiritual para ciertas poblaciones locales (PNUD, 2020).

Debido a estos servicios ecosistémicos que nos brindan, la conservación y el uso racional y sostenible de los humedales resultan fundamentales para el cumplimiento de los diecisiete objetivos de desarrollo sostenible (ODS) aprobados por los Estados de las Naciones Unidas en 2015 como parte de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A su vez, los humedales son esenciales para el cumplimiento del Acuerdo de París y el de los objetivos propuestos por el Convenio

---

<sup>7</sup> Proyecto de ley “Régimen de presupuestos mínimos para la protección ambiental de los humedales, 2020, art. 2. Disponible en: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/4184-D-2020.pdf>.

sobre la Diversidad Biológica de 1992,<sup>8</sup> tanto el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011/2020 (y las Metas de Aichi) como las nuevas metas que se fijen.<sup>9</sup>

## **Humedales y derechos humanos en la Agenda 2030**

El Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011/2020 (y sus veinte Metas de Aichi) se encuentra finalizado. Sin embargo, pese a que los Estados quedaron lejos de cumplir los compromisos adquiridos en 2010, este tuvo una visión a futuro, pensando en el año 2050, por lo que los Estados partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica ya se encuentran trabajando en su continuidad (Di Pangraccio, 2020), habiendo sido publicado en julio de 2021 por la Secretaría del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica el primer borrador oficial del nuevo Marco Mundial de la Diversidad Biológica Post-2020.

Al igual que el Plan Estratégico, las nuevas metas propuestas en este borrador son fundamentales para la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, manteniendo la visión de “vivir en armonía con la naturaleza” (ONU, 5 de julio de 2021, p. 3). De esta manera, se desprende que, como señala Di Paola (2018), “la piedra angular [de la Agenda 2030] radica en el sistema de derechos humanos y asimismo en el derecho internacional ambiental” (p. 8).

---

<sup>8</sup> Disponible en: <https://www.cbd.int/doc/strategic-plan/2011-2020/Aichi-Targets-ES.pdf>.

<sup>9</sup> La decimoquinta conferencia de las partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica (COP15) tuvo una primera sesión de forma virtual del 11 al 15 de octubre de 2021, y una segunda sesión en forma presencial del 25 de abril al 8 de mayo de 2022.

En este marco, el borrador contiene veintiún metas urgentes para 2030, sin perjuicio de establecer objetivos a largo plazo para 2050. Un primer grupo se refiere a la reducción de las amenazas contra la diversidad biológica. Un segundo grupo tiene una especial relevancia para la protección de los derechos humanos, ya que se enfoca en el uso sostenible y la distribución de los servicios ecosistémicos. El último grupo se relaciona con la implementación transversal del valor de la biodiversidad, su uso sostenible y conservación en los planes, programas y políticas de gobierno (ONU, 5 de julio de 2021; Convenio sobre la Diversidad Biológica, arts. 6b y 10a<sup>10</sup>).

En 2015, la vigesimoprimer Conferencia de las Partes (COP21) tuvo como resultado el primer acuerdo internacional sobre el clima, esto es, el mencionado Acuerdo de París, que, como se destaca en su artículo segundo, tiene como objetivo mejorar las respuestas a nivel global ante las amenazas del cambio climático. Para ello, llama a los Estados, y especialmente a los países desarrollados, a

mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático.<sup>11</sup>

El mismo año, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas adoptó la mencionada Agenda 2030 para el Desarrollo

---

<sup>10</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29276/norma.htm>.

<sup>11</sup> Disponible en: [https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/acuerdo\\_de\\_paris\\_sp.pdf](https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/acuerdo_de_paris_sp.pdf).

Sostenible. Como ya se ha mencionado, la conservación y restauración de los humedales y el uso sostenible de sus bienes y servicios resultan fundamentales para el cumplimiento de los objetivos de la agenda y para la mitigación del cambio climático.

El 1° de julio de 2018, la Convención de Ramsar publicó su folleto sobre los humedales y los objetivos de desarrollo sostenible en donde estos últimos se analizan íntegramente, así como las metas del Plan Estratégico de Ramsar 2016/2024 y las finalizadas Metas de Aichi.

En relación con la vinculación de los humedales con el cambio climático y el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París y de la Agenda 2030 (ODS 13: “acción por el clima”), “los humedales son los depósitos de carbono naturales más grandes de la Tierra” (Convención de Ramsar sobre los humedales, 2018, p. 2), dejando en evidencia su importancia para evitar la generación de gases de efecto invernadero.

Los ODS 1 y 2 se refieren a la erradicación de la pobreza en el mundo, a poner fin al hambre y a la seguridad alimentaria, lo que se encuentra íntimamente relacionado con el respeto y la garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs). Los humedales brindan servicios como la provisión de agua potable y de calidad, ya sea para consumo humano o para agricultura y ganadería, y la provisión de alimentos (el arroz, por ejemplo, se cultiva en humedales naturales o artificiales).

El ODS 6, sobre agua limpia y saneamiento, también se relaciona con el respeto y la garantía de los DESCAs, como el derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el derecho al agua, el derecho al medioambiente sano, etcétera. Los humedales son ecosistemas fundamentales para lograr este objetivo, ya que “casi todo el consumo de agua dulce del mundo se obtiene directa o indirectamente de los humedales” (Convención de Ramsar sobre los humedales, 2018, p. 5).

Además, los bienes y servicios que nos brindan los humedales se encuentran relacionados con la igualdad de género y el empoderamiento de mujeres y niñas (ODS 5), especialmente aquellas que viven en pueblos indígenas y comunidades locales. En gran parte del mundo, ellas continúan siendo quienes trabajan en la recolección de alimentos y la agricultura y en la recolección y el manejo del agua. Por ello,

los proyectos de conservación, manejo y restauración de los humedales deben tener en cuenta las cuestiones de género y reconocer los diferentes conocimientos, funciones, necesidades y vulnerabilidades de los hombres y las mujeres, así como contribuir a empoderar a las mujeres en la gobernanza y toma de decisiones. (Convención de Ramsar sobre los humedales, 2018, p. 5)

Otro punto interesante se desprende de los ODS 8 y 9, que buscan, por un lado, promover el crecimiento económico sostenido, el pleno empleo y el trabajo decente, y, por otro, la construcción de infraestructuras resilientes, la promoción de la industrialización sostenible y el fomento de la innovación. En líneas generales, esto está íntimamente relacionado con el desarrollo sostenible, además de con otras tendencias económicas, como la “economía verde”, el “crecimiento verde”, el “capitalismo verde”, que ponen el foco en desvincular el crecimiento económico de la degradación de los recursos naturales, buscando promover las llamadas “inversiones verdes” y evitar los eventos extremos. En este sentido, los humedales nos brindan bienes y servicios valiosos para la producción industrial, la agricultura, la ganadería, el turismo sostenible, la promoción de la cultura, y además controlan inundaciones y evitan desastres naturales.

Muchos humedales, como los de la cuenca Matanza-Riachuelo, se encuentran en zonas muy pobladas y con gran parte de su población bajo el umbral de pobreza. Han sido denominados “humedales urbanos”. Una visión integral del uso sostenible y racional de estos ecosistemas, en el marco de la visión transversal del valor de la biodiversidad, ayuda a la consecución del ODS 11, que se refiere a lograr ciudades seguras, resilientes y sostenibles. Estos humedales son una oportunidad para facilitar la educación ambiental y proponer a los ciudadanos el contacto en armonía con la naturaleza.

Por último, los ODS 14 y 15 se refieren a la conservación y el uso sostenible de los océanos, los mares y los recursos marinos, así como a la protección de la biodiversidad en los ecosistemas terrestres. Ya hemos mencionado que el 40 % de las especies del mundo viven y se reproducen en los humedales, por lo que protegerlos es determinante. Por otro lado, el buen funcionamiento de los humedales costeros y marinos resulta esencial para la conservación de los océanos (Convención de Ramsar sobre los humedales, 2018, p. 6).

## **La cuenca Matanza-Riachuelo y la Reserva Natural Santa Catalina**

Una cuenca hídrica es una unidad de terreno en la cual el agua de las lluvias se reúne y escurre a un punto común o fluye a un río, lago o mar.<sup>12</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado que:

---

<sup>12</sup> Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR). Disponible en: <https://www.acumar.gov.ar/caracteristicas-cuenca-matanza-riachuelo/>.

la cuenca hídrica es la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular. La cuenca hídrica es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales.<sup>13</sup>

La CMR es el principal sistema hídrico del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA). En su totalidad, abarca aproximadamente 2.047 km<sup>2</sup>, donde el agua de las precipitaciones forma diversos arroyos (entre ellos, el Santa Catalina) que confluyen en el curso principal de la cuenca, esto es, en el río llamado Matanza en su origen y Riachuelo en su tramo final. Este curso principal recorre 64 km hasta desembocar en el Río de la Plata, atravesando una de las zonas más pobladas e industrializadas del país y catorce municipios de la provincia de Buenos Aires: 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 parte de las comunas 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.<sup>14</sup>

Este territorio está conformado por grandes núcleos poblacionales que ven vulnerados sobremanera sus DESCAs. Esto se refleja en los elevados índices de personas con sus necesidades básicas insatisfechas

---

<sup>13</sup> Caso "Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental". Sentencia del 11 de julio de 2019. Fallos 342: 1203. Considerando 11. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7535693&cache=1644365769837>.

<sup>14</sup> ACUMAR, op. cit.

y la grave e histórica contaminación que sufre la cuenca, siendo uno de los treinta sitios más contaminados del mundo (Nápoli, 2009).

Los humedales que se encuentran en esta cuenta –entre ellos, la Reserva Ecológica Costanera Sur, la Reserva Natural Laguna de Rocha, la Santa Catalina y la de Ciudad Evita– tienen un rol fundamental, dado que sirven para retener el agua de las lluvias y la creciente de los ríos y son ecosistemas fundamentales para su saneamiento, puesto que sirven para la filtración y purificación de las aguas.

La Reserva Natural Santa Catalina se encuentra en el partido de Lomas de Zamora (abarca aproximadamente el 8 % de su superficie total) y cuenta con la protección del Municipio, conforme la Ordenanza Municipal N° 6.561 (de 1992),<sup>15</sup> que le ha dado la categoría de Reserva Ecológica y Parque Didáctico Santa Catalina, y de la provincia de Buenos Aires, pues fue declarada reserva provincial por Ley N° 14.294 (de 2011),<sup>16</sup> ley que hasta el momento no fue reglamentada. Se trata de uno de los refugios de biodiversidad más importantes de la CMR, albergando 1.200 especies de plantas superiores, hongos y algas, así como cientos de especies animales, incluyendo aves, peces, mamíferos, reptiles, anfibios, moluscos e insectos. La reserva conserva el estatus de “reserva micológica” conforme lo dispuesto por la Ley provincial N° 10.907 (de 1990),<sup>17</sup> debido a la gran variedad de hongos y organismos emparentados que presenta. En cuanto a las aves, se registraron 192 especies, lo que representa casi el 50 % de la diversidad de aves de la provincia de Buenos Aires (De Magistris & Furman, 2017).

---

<sup>15</sup> Disponible en: <https://lomasdezamora.eregulations.org/media/Modif%20Ordenanza%206939.pdf>.

<sup>16</sup> Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/VGWJMFVW.html>.

<sup>17</sup> Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/Bo2dyhzx.html>.

La reserva consta de aproximadamente 728 hectáreas, que engloban la laguna de Santa Catalina (de 43 hectáreas) y otros reservorios menores, bosques, pastizales y un humedal de aproximadamente 300 hectáreas. Además de la importante biodiversidad, esta área protegida cuenta con una docena de edificios de valor histórico y educativo, por lo que fue declarada Lugar Histórico Nacional Santa Catalina, por Decreto N° 877/61 del Poder Ejecutivo Nacional, Lugar Histórico Provincial Santa Catalina, por Ley N° 11.242 (de 1992)<sup>18</sup>, y Patrimonio Histórico de Lomas de Zamora, mediante la Ordenanza Municipal N° 16.087 (de 2016)<sup>19</sup>. En su territorio se asienta la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, que por medio de la Facultad de Ciencias Agrarias cuenta con un Museo de Agrobotánica, Historia y Naturaleza (MAgNa Santa Catalina) y lleva adelante tareas de investigación, educación ambiental y conservación.

El humedal de Santa Catalina se encuentra en el margen sur de la zona media de la CMR, la cual se caracteriza por un paisaje mixto que incluye tanto zonas rurales como zonas altamente pobladas, con urbanización en crecimiento. Después de La Matanza, Lomas de Zamora es el partido más populoso del AMBA. Si bien no es uno de los partidos con mayor densidad poblacional, cuenta con más de 600.000 habitantes en una superficie de 87,3 km<sup>2</sup>.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Disponible en: <https://normas.gba.gob.ar/documentos/Bo2dyhzx.html>.

<sup>19</sup> Disponible en: [https://www.concejoldez.gob.ar/resultados?tipo\\_de\\_normativa=&fecha\\_de\\_sancion\\_desde=&fecha\\_de\\_sancion\\_hasta=&numero=16087&categoria\\_nombre=&keywords=](https://www.concejoldez.gob.ar/resultados?tipo_de_normativa=&fecha_de_sancion_desde=&fecha_de_sancion_hasta=&numero=16087&categoria_nombre=&keywords=).

<sup>20</sup> Programa de Estudios del Conurbano. CIDIPROCO: Colectivo de Investigación en Diseño y Producción del Conurbano. Departamento de Arquitectura, Diseño y Urbanismo. UNDAV. Disponible en: <http://www.atlasconurbano.info/pagina.php?id=2>.

Las problemáticas socioambientales de la CMR son de una gran gravedad. Desde la cuenca alta hasta su desembocadura, la contaminación va en ascenso. El principal problema es el alto grado de contaminación del agua debido a las industrias que históricamente se han asentado en la zona y a la descarga de efluentes cloacales, que supera ampliamente la capacidad de autodepuración del curso. Los recursos hídricos subterráneos se ven contaminados por el agua de los pozos negros domiciliarios que alcanzan la napa freática o el volcamiento de residuos industriales, mientras que las aguas superficiales y de los sedimentos se encuentran en un estado de contaminación que las convierte en no aptas para uso alguno (Nápoli, 2009).

En este panorama, Lomas de Zamora es una de las zonas críticas de la CMR. Como explica Nápoli (2009):

las áreas ambientales críticas se concentran en las zonas portuarias y en las industrializadas situadas desde su desembocadura hasta aproximadamente Villa Diamante y Fiorito, y aquellas ocupadas por villas de emergencia o asentamientos poblacionales precarios, como por ejemplo en el entorno de los arroyos del Rey y Unamuno. (p. 6)

Esta situación llevó a que en 2004 un grupo de vecinos de Villa Inflamable, en Dock Sud, y profesionales del Hospital Interzonal de Agudos Pedro Fiorito, de Avellaneda, encabezados por Beatriz Silvia Mendoza, interpusieran una demanda por daños y perjuicios contra el Estado nacional, la provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas, reclamando por el daño colectivo e individual producido por la contaminación de la cuenca y peticionando la recomposición del ambiente.

En una primera resolución de este *leading case* (en adelante, “Mendoza”), el 20 de junio de 2006 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se declaró competente para entender solamente respecto del daño de incidencia colectiva, mientras que rechazó la acumulación de los reclamos por derechos individuales, los cuales debían realizarse conforme las reglas del proceso individual ante el juez correspondiente en razón del territorio. De esta manera, le dio especial preponderancia a la prevención del daño futuro, en segundo lugar, a la recomposición ambiental, y finalmente, ante daños irreversibles, al resarcimiento.<sup>21</sup>

Además, les ordenó a las empresas demandadas la presentación de informes y a los distintos niveles del Estado y al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) un plan integral con el fin de solucionar el conflicto ambiental en cumplimiento de la Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675)<sup>22</sup>. En el marco de la implementación de la resolución, mediante la sanción de la Ley N° 26.168 (de 2006), se creó la ACUMAR, institución creada con el fin de ejecutar el plan y cumplir con los objetivos fijados por la Corte.

Tras varias resoluciones y audiencias públicas, el 8 de julio de 2008 la Corte dictó sentencia definitiva, resolviendo respecto de la recomposición y prevención del ambiente, decisión que tendrá gran relevancia para los ecosistemas dañados de la CMR. En dicha decisión, le ordenó a la ACUMAR, con la responsabilidad concurrente del Estado en sus tres niveles, el cumplimiento de un programa que tendrá tres objetivos: la mejora de la calidad de vida de los habitantes

---

<sup>21</sup> Caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”. Sentencia del 20 de junio de 2006. Fallos 329: 2316. Considerandos 17 y 18. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6044131&cache=1644366115013>.

<sup>22</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>.

de la cuenca, la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos), y la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción. Además, el programa incluye medidas para las empresas existentes en la CMR, medidas para el saneamiento de basurales, medidas para la limpieza de márgenes de río, la expansión de la red de agua potable, la realización de obras de desagüe pluvial y de saneamiento cloacal, y la realización de un plan sanitario de emergencia.<sup>23</sup>

Como suele ocurrir en casos estructurales, la ejecución de la sentencia es de suma complejidad. Por esta razón, la Corte optó por delegar en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes todas las cuestiones concernientes a la misma. En 2011, ante el mencionado juzgado, la Asociación Civil Organización Ambiental Pilmayqueñ interpuso una medida cautelar contra la empresa Cove-  
lia S.A., ACUMAR y la provincia de Buenos Aires, con el fin de que se frenasen las obras y actividades de “zanjeo, drenaje, circulación de vehículos, relleno y apertura de caminos internos” que venía realizando la empresa en el predio y en la laguna de Santa Catalina. El juez de la causa señaló que la laguna, componente principal del humedal, importaba un bien jurídico colectivo que estaba siendo afectado, por lo que decidió hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó a la empresa la paralización de las obras y actividades que se estaban llevando a cabo. Además, le ordenó a la Municipalidad de Lomas de Zamora que se abstuviera de dictar actos administrativos que implicasen habilitar obras en el predio Santa Catalina, y a la ACUMAR y a la provincia de Buenos Aires a que asignasen recursos

---

<sup>23</sup> Caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”. Sentencia del 8 de julio de 2008. Fallos 331: 1622. Considerando 17. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?id=DocumentoSumario=88926>.

necesarios que hicieran cesar el daño ocasionado al ecosistema. Una vez ejecutadas estas órdenes, dispuso que la ACUMAR realizase un relevamiento y control sobre el predio.<sup>24</sup>

Es de destacar que la decisión de la Justicia Federal aceleró la declaración de reserva provincial del predio de Santa Catalina, aunque esta no haya sido implementada hasta el momento. Además, esta cautelar no impide que la reserva se encuentre en riesgo, ya que las actividades ilegales están a la orden del día. La construcción de un camino y un barrio cerrado, los incendios y la ampliación de las vías ferroviarias son algunas de las problemáticas que persisten en la Reserva Provincial Santa Catalina.<sup>25</sup>

La urbanización en áreas de humedal es un problema serio, ya que “los humedales se perciben aún como tierras de descarte, terrenos que son necesarios rellenar, trayendo aparejados negativos impactos

---

<sup>24</sup> Caso “Asociación Civil ‘Organización Ambiental Pilmayqueñ’ s/ medida cautelar”. Exp. 92/11. Recuperado de: <https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/07/06072011-JFQ-STC-cautelar-Covelia-y-LZ.pdf>.

<sup>25</sup> Abundan las noticias en torno a la cuestión ambiental de la reserva natural de Santa Catalina. Ver, por ejemplo: Clarín (21 de junio de 2011), “Relleno Lomas: donde hay una laguna, Covelia quiere hacer un country”, disponible en: [https://www.clarin.com/empresas\\_y\\_negocios/Lomas-laguna-Covelia-quiere-country\\_0\\_SJ7CTx6DXg.html](https://www.clarin.com/empresas_y_negocios/Lomas-laguna-Covelia-quiere-country_0_SJ7CTx6DXg.html); FARN (4 de mayo de 2015), “Las obras de Covelia S.A. en Santa Catalina deben detenerse”, disponible en: <https://farn.org.ar/las-obras-de-covelia-s-a-en-santa-catalina-deben-detenerse/>; Romano, G. (22 de mayo de 2021), “Humedales. Denuncian incendios en la reserva provincial Santa Catalina de Lomas de Zamora”, disponible en: <https://www.laizquierdadiario.com/Denuncian-incendios-en-la-reserva-provincial-Santa-Catalina-de-Lomas-de-Zamora>; FARN (13 de julio de 2020), “Alerta en Santa Catalina por obras de ampliación de vías”, disponible en: <https://farn.org.ar/alerta-en-santa-catalina-por-obras-de-ampliacon-de-vias/>.

socioambientales”<sup>26</sup>. Además, las ciudades crecen descontroladamente sobre estos ecosistemas, volviéndolos una de las principales víctimas de la falta de planificación estatal y políticas públicas en materia de vivienda digna. En efecto, “el aumento de las poblaciones en ciudades y la demanda por la tierra genera mucha presión sobre los humedales, lo que genera que se pierdan, se degraden, se rellenen y se conviertan en terreno para construcción”.<sup>27</sup>

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido en dos fallos a la protección de los humedales, de los que se evidencia la necesidad de una ley de presupuestos mínimos para su conservación y uso racional y sostenible que complemente en el ámbito nacional a la Convención de Ramsar. Estos fallos son “Majul” (de 2019) y “Equística”<sup>28</sup> (de 2020).

En “Majul”, la Corte dejó sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos, que había rechazado un amparo ambiental interpuesto con el fin de que cesasen los perjuicios ocasionados por la construcción de un barrio náutico y residencial en la ribera del río Gualeguaychú (parte integrante de la Cuenca del Plata), en una zona declarada área natural protegida. En esta sentencia, la Corte Suprema aplicó, como novedad, el principio *in dubio pro natura*, el cual establece que, “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de deci-

---

<sup>26</sup> Disponible en: <https://www.leydehumedalesya.org/archivos/documentoLHY.pdf>, p. 2.

<sup>27</sup> Disponible en: [https://farn.org.ar/cpt\\_documentos/reserva-natural-ciudad-evita-coberturas-del-suelo-biodiversidad-y-conflictos-ambientales-y-territoriales/](https://farn.org.ar/cpt_documentos/reserva-natural-ciudad-evita-coberturas-del-suelo-biodiversidad-y-conflictos-ambientales-y-territoriales/), p. 3.

<sup>28</sup> Caso “Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. c/ Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental”. Sentencia del 11 de agosto de 2020. Fallos: 343:726. Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7594871&cache=1644366310711>.

sión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales”; y el principio *in dubio pro aqua*, según el cual, en caso de duda, deberá estarse “a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos”.

En “Equística”, la Corte dispuso como medida cautelar que las provincias y municipios demandados constituyeran de manera inmediata un Comité de Emergencia Ambiental dentro de la estructura del Plan Integral Estratégico para la Conservación y el Aprovechamiento Sostenible en el Delta Paraná (PIECAS-DP), con el fin de que se adoptasen medidas eficaces para el control y la cesación de los incendios en el Delta de Paraná.

## Conclusiones

El abordaje transversal del valor de la biodiversidad y del derecho ambiental para tratar cuestiones de derechos humanos, y viceversa, implica que existe una fuerte interdependencia entre ambiente y derechos humanos. El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Ambiental se encuentran interrelacionados, proporcionando a los Estados un complejo esquema de obligaciones internacionales que son de inaplazable atención. Es imprescindible que las políticas, los planes y los programas de gobierno contengan este abordaje.

En este marco, resulta fundamental identificar y atender los derechos humanos que se encuentran en riesgo ante la desregulación y desprotección de los humedales, debiendo los Estados realizar acciones con el fin de asegurar el uso racional de los servicios ecosistémicos que estos proporcionan. La situación de los humedales de la cuenta

Matanza-Riachuelo, como el humedal Santa Catalina, es un fiel reflejo de esta necesidad. Los niveles de contaminación crítica en que se encuentra gran parte de la CMR afectan con mayor intensidad a los grupos en situación de vulnerabilidad, muchos de los cuales son objeto de discriminación multisectorial y estructural.

Es el pedido unánime de las poblaciones que reconocen los humedales, de los activistas y organizaciones ambientales la sanción de una ley de presupuestos mínimos de protección de los humedales, que los defina, que establezca un fondo nacional para su correcto financiamiento, que establezca una autoridad de aplicación, que se complemente con el inventario nacional de humedales y que contribuya al ordenamiento ambiental del territorio que exige la Ley General del Ambiente y el fallo “Mendoza” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

## Bibliografía

**AUTORIDAD DE LA CUENCA MATANZA RIACHUELO [ACUMAR]** (s. f.). “Características de la Cuenca Matanza Riachuelo”. Recuperado de: <https://www.acumar.gob.ar/caracteristicas-cuenca-matanza-riachuelo/>.

**BENZAQUEN, L., LINGUA., G., FIRPO LACOSTE, F. & GONZALEZ TRILLA, G.** (2020). “Documento Marco para el desarrollo del inventario Nacional de Humedales de Argentina”. En: *Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible, Argentina*. Recuperado de: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento\\_marco\\_inh\\_final.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento_marco_inh_final.pdf).

**CONVENCIÓN DE RAMSAR SOBRE LOS HUMEDALES** (2018). “Los humedales y los ODS”. Recuperado de: <https://www.ramsar.org/es/documento/los-humedales-y-los-ods>.

**DE MAGISTRIS, A. A. & FURMAN, C. M.** (2017). “El caso de la Reserva Natural Provincial Santa Catalina”. En: *Informe Ambiental Anual 2017*. Buenos Aires: Fundación Ambiente y Recursos Naturales. Recuperado de: [https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/2017\\_IAF.pdf](https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/2017_IAF.pdf).

**DI PANGRACIO, A.** (2020). “Una nueva y última? oportunidad para salvar la biodiversidad”. En: *La Ley. Suplemento de Derecho Ambiental*, año XXVI, N° 1. Recuperado de: [https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental\\_2018-11\\_La-opinion-consultiva-23-17.pdf](https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental_2018-11_La-opinion-consultiva-23-17.pdf).

**DI PAOLA, M. E.** (2018). “El derecho humano al ambiente y la Agenda 2030”. En: *La Ley. Suplemento de Derecho Ambiental*, año XXVI, N° 1. Recuperado de: [https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental\\_2018-11\\_La-opinion-consultiva-23-17.pdf](https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental_2018-11_La-opinion-consultiva-23-17.pdf).

ESAIN, J. A. (23 de noviembre de 2018). “La opinión consultiva 23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el nacimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”. En: *La Ley. Suplemento de Derecho Ambiental*, año XXV, N° 1. Recuperado de: [https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental\\_2018-11\\_La-opinion-consultiva-23-17.pdf](https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental_2018-11_La-opinion-consultiva-23-17.pdf).

#### FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES [FARN]

(4 de mayo de 2015). “Las obras de Covelia S.A. en Santa Catalina deben detenerse”. Recuperado de: <https://farn.org.ar/las-obras-de-covelia-s-a-en-santa-catalina-deben-detenerse/>.

— (17 de enero de 2018). “Preocupación por la Reserva Municipal Santa Catalina”. Recuperado de: <https://farn.org.ar/preocupacion-por-la-reserva-municipal-santa-catalina/>.

— (13 de julio de 2020). “Alerta en Santa Catalina por obras de ampliación de vías”. Recuperado de: <https://farn.org.ar/alerta-en-santa-catalina-por-obras-de-ampliacion-de-vias/>.

— (julio de 2020). “Reserva Natural Ciudad Evita: coberturas del suelo, biodiversidad y conflictos ambientales y territoriales”. Recuperado de: [https://farn.org.ar/cpt\\_documentos/reserva-natural-ciudad-evita-coberturas-del-suelo-biodiversidad-y-conflictos-ambientales-y-territoriales/](https://farn.org.ar/cpt_documentos/reserva-natural-ciudad-evita-coberturas-del-suelo-biodiversidad-y-conflictos-ambientales-y-territoriales/).

— (diciembre 2020). “Argentina incendiada, lo que le fuego nos dejó”. Recuperado de: <https://farn.org.ar/nuevo-documento-farn-argentina-incendiada-lo-que-el-fuego-nos-dejo/>

— (2020). *Informe Ambiental FARN*. Recuperado de: <https://farn.org.ar/iafonline2020/>.

NÁPOLI, A. M. (2009). “Una política de Estado para el Riachuelo”. En: *Fundación Ambiente y Recursos Naturales* (FARN). Recupera-

do de: [https://farn.org.ar/cpt\\_documentos/una-politica-de-estado-para-el-riachuelo-andres-napoli-iaf-2009/](https://farn.org.ar/cpt_documentos/una-politica-de-estado-para-el-riachuelo-andres-napoli-iaf-2009/).

#### **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS [ONU]**

(2010). “Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y las Metas de Aichi”. Recuperado de: <https://www.cbd.int/doc/strategic-plan/2011-2020/Aichi-Targets-ES.pdf>.

— (2015). Acuerdo de París. Recuperado de: [https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/acuerdo\\_de\\_paris\\_sp.pdf](https://observatoriop10.cepal.org/sites/default/files/documents/treaties/acuerdo_de_paris_sp.pdf).

— (16 de mayo de 2018). “Las ciudades seguirán creciendo, sobre todo en los países en desarrollo”. Recuperado de: <https://www.un.org/development/desa/es/news/population/2018-world-urbanization-prospects.html>.

— (5 de julio de 2021). “First Draft of the Post-2020 Global Biodiversity Framework”. Recuperado de: <https://www.cbd.int/doc/c/abb5/591f/2e46096d3f0330b08ce87a45/wg2020-03-03-en.pdf>.

— (12 de julio de 2021). “Primer borrador del Marco Mundial de la Biodiversidad Post-2020”. Recuperado de: <https://www.unep.org/es/resources/publicaciones/primer-borrador-del-marco-mundial-de-la-biodiversidad-post-2020>.

#### **PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO [PNUD]**

(2020). “Aportes del Sistema de Naciones Unidas al proceso de elaboración legislativa para la conservación y el uso sostenible de los humedales en la República Argentina”. Recuperado de: [https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/library/environment\\_energy/ONUArgentinaHumedales.html](https://www.ar.undp.org/content/argentina/es/home/library/environment_energy/ONUArgentinaHumedales.html).

**SARNO, J.**, (2020). “Integrando la biodiversidad en la Agenda 2030”. En: DEVIA, L., KROM, B. y NONNA, S., *Manual de Recursos Naturales y Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Estudio.

Abuso sexual en niñeces y adolescencias: un aporte neuropedagógico para su abordaje

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 19/03/2022

**Aprobado:** 30/04/2022

## Abuso sexual en las niñeces y adolescencias: un aporte neuropsicopedagógico para su abordaje

*Sexual abuse in childhood and adolescence:  
A neurophysic-pedagogical approach*

**Por Luciana Pereira Corvalán<sup>1</sup>**

*Universidad de Flores*

**Resumen:** El presente trabajo fue realizado con el objetivo de describir y acercar algunas cuestiones centrales observadas en el circuito actual de abordaje del abuso sexual infantil, donde confluyen intervenciones de organismos vinculados al Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. Desde el circuito policial y judicial de tramitación de las denuncias, la investigación de las causas y la protección de las víctimas, hasta las actuaciones de los organismos de niñez y adolescencia y el enfoque de las áreas de salud mental, donde se observa que se resuelve de manera tal que se generan discrepancias con los resultados obtenidos desde la clínica neuropsicopedagógica. Por ello, se

---

<sup>1</sup> Licenciada en Psicopedagogía (Universidad de Flores). Posgraduada en Evaluación y Rehabilitación Neuropsicológica y Neorocognitiva (Instituto Universitario Hospital Italiano). Posgraduada en Neurolenguaje (Universidad Favaloro). Posgraduada en Abordajes Interdisciplinarios en Abuso y Violencias en las Infancias y Adolescencias (Hospital Garrahan). Psicopedagoga en el equipo del servicio de salud mental del Hospital Subzonal Dr. Emilio Ruffa, de San Pedro. Correo electrónico: pereiracorvalanLuciana@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7352-9576>.

hace hincapié en describir un método de trabajo vinculado al análisis/tratamiento del trauma y postrauma de niñas, niños y adolescentes víctimas de este delito desde un abordaje interdisciplinario en el que se observan buenos resultados.

**Palabras clave:** Abuso sexual infantil – Acceso a la justicia – Proceso judicial – Neuropsicopedagogía – Resiliencia.

**Abstract:** *This work was done with the aim of describing and makes an approach of some central facts which were observed in the present circuit of approaching child sexual abuse where interventions of organisms related to the justice and executive power join. From the police and justice circuit of complaints processing, investigations of the cases and victim protection up to the procedures of childhood and adolescence organisms and the view of mental health areas where it is observed that it is solved in such a way that discrepancies are generated with the results obtained from the physic pedagogical clinic.*

*Thus, it is emphasized the description of a method of work linked to the analysis/treatment of trauma and post-trauma of young girls, boys and adolescents who are victims of this crime from an interdisciplinary approach in which good results are observed.*

**Keywords:** *Child sexual abuse – Justice access – Justice procedure – Neurophysic pedagogy – Resilience.*

## Introducción

Desde el diseño de las políticas públicas, los organismos y los profesionales intervinientes, no se puede seguir debatiendo acerca de los abordajes adecuados para las situaciones de abuso sexual en las niñas y adolescencias, qué actores deben intervenir, quiénes lo hacen, el nivel y la calidad de las intervenciones (eficacia y eficiencia), cuál es el rol de la ciudadanía. Son tantos los intereses y realidades tergiversadas, que solo emergen preguntas sin respuestas. Las estadísticas –que son solo un recorte de la realidad demandada– dan cuenta de la desprotección a la que las niñas y adolescencias se encuentran expuestas.

Es momento de comenzar a realizar abordajes efectivos para que las y los niños y adolescentes puedan obtener resultados positivos en un tiempo relativamente inmediato. La investigación judicial es una herramienta, pero debe conjugarse necesariamente con la intervención fundamental de organismos del Poder Ejecutivo abocados al trabajo con niñas y adolescencias, y también con la participación de la comunidad toda –el municipio, el sistema de salud, el educativo, las organizaciones sociales, la ciudadanía, actores comunitarios–, lo cual implica un actuar coordinado y colectivo en pos de la protección de los derechos de los sujetos en cuestión.

## Desarrollo

El presente artículo pretende efectuar un aporte, en cuanto a transmitir el conocimiento obtenido, sobre qué sucede con víctimas de abuso sexual en la primera y segunda etapa de la niñez, desde una mirada comprendida en un método de rehabilitación neurocognitiva, lo cual conlleva desentrañar qué tipo de lesión provoca el abuso sexual en el cerebro de niñas/os o adolescentes y cómo ello repercute

en el desarrollo de su vida cotidiana. Se parte de una mirada sobre los sistemas que intervienen en los abordajes, a la vez que desde un enfoque experiencial y el convencimiento de que la construcción de las intervenciones debe ser multidisciplinar y colectiva.

La temática se enfocará desde las experiencias obtenidas como rehabilitadora cognitiva en los tratamientos diarios con niñas/os y adolescentes víctimas de abuso sexual en el hospital público de mi ciudad. También se reseñarán los aprendizajes obtenidos a través de las trayectorias recorridas en relación con el accionar de los distintos fueros judiciales, las denuncias, los derechos de la ciudadanía, el acceso a la justicia, en el sentido más amplio del término, frente a un Poder Judicial que en general se ha mostrado patriarcal, eclesiástico, conservador y elitista en el abordaje de estas realidades.

Las pericias psicológicas no se presentan menos prejuiciosas y violentas, ni despojadas de las características antes atribuidas al sistema judicial. Frente a este panorama, la pregunta ronda alrededor del mismo interrogante: ¿quién cuida a las y los niños y adolescencias vulnerados?, ¿quién se interesa por ellos?

## **Los recorridos judiciales. Un aporte para la mejora en los abordajes. La trascendencia para las intervenciones terapéuticas**

Los recorridos realizados y las trayectorias acumuladas han permitido obtener una visión macro tanto del tratamiento judicial de estos casos como de los abordajes terapéuticos efectuados.

Sería necesario poner el acento en el circuito policial-judicial, ya que generalmente es allí que transcurren instancias de contención e intervenciones terapéuticas. Comenzar mejorando este aspecto fun-

cionaría como un inicio de reparación frente a lo sucedido, cuestión necesaria ante las secuelas que una mala intervención judicial, además del hecho sucedido, ha podido dejarles a los sujetos.

Los análisis efectuados han permitido arribar a los siguientes aspectos concluyentes.

- Siendo de algún modo el primer paso formal de este proceso, es importante repasar que la denuncia puede realizarse en sede policial –en la mayoría de los casos– o en las oficinas que las fiscalías poseen a tal fin. La forma en que la denuncia es recepcionada tiene una enorme trascendencia, ya que es el instrumento que abre el proceso judicial y el contenido de la misma determina las actuaciones judiciales posteriores. Por ello, debe reunir los requisitos necesarios para habilitar la toma de medidas de investigación idóneas para el caso. El testimonio de las víctimas requiere de una escucha atenta, empática, pausada, completa, sin interferencias, realizada con experticia, no adultocéntrica y con perspectiva de género, asegurando las condiciones de reserva y comodidad necesarias para que aquellas puedan expresarse. Por ello es necesario que sea tomado por personal capacitado/especializado. La presencia de equipos interdisciplinarios en las comisarías es fundamental en tal sentido, a fin de asegurar además intervenciones que no sean revictimizantes, en caso de tener que volver a citar a las víctimas para repreguntarles sobre cuestiones no recogidas inicialmente. No olvidemos que este inicio –la denuncia formal– está a cargo de un/a adulto/a y que a las/os niñas/os víctimas les aguardan una serie de testimoniales en sede policial y cámara Gesell, y que a la vez que el adulto radica la denuncia, intervienen organismos como los servicios locales de protección y promoción de derechos, etcétera.

- El abordaje debe ser multifuero y multiproceso. Los juzgados deben articular entre sí y también con las fiscalías, ya que el abordaje del delito involucra la investigación penal y decisiones del ámbito de la Justicia de familia y de paz sobre medidas de protección relacionadas con la tenencia provisoria de las/os hijas/os y reversiones, divorcios, alimentos, regímenes comunicacionales, revinculaciones forzadas, astreintes, atribución del hogar conyugal, fijación de un radio perimetral, etcétera.

El tratamiento de los casos no debe ser solo judicial, sino que debe enfocarse además desde la prevención y protección de los derechos de las/os niñas/os y adolescentes, e involucrar a todos los organismos que trabajan en la temática, a la comunidad y al universo de las/os adultas/os.

- La organización de la administración de justicia no se desarrolla de manera homogénea en el interior de la provincia. La realidad del abuso sexual infantil no se acaba en las cabeceras de los departamentos judiciales. Los cuerpos periciales, las cámaras Gesell, las asesorías de menores, las defensoría oficiales civiles, los centros de asistencia a las víctimas se encuentran asentados en las cabeceras departamentales, adonde las víctimas deben trasladarse, lo cual no siempre les resulta sencillo en la situación en que se encuentran, ante las múltiples citaciones que se les efectúan desde los distintos ámbitos judiciales, las cuales muchas veces se superponen y versan sobre las mismas cuestiones, provocando múltiples situaciones de revictimización,
- Las pericias deben realizarse y analizarse en condiciones menos revictimizantes. Ser psicóloga/o no implica necesariamente comprender las realidades de las niñas y adolescencias ni contar con una mirada ecológica y empática, lo cual lleva en ciertos casos a la realización de intervenciones que podrían resultar

iatrogénicas. Quizá sea tiempo de incorporar a estos ámbitos a psicopedagogas/os especializadas/os en niñeces y adolescencias con orientación en psicopedagogía forense, y que en la cámara Gesell se realicen entrevistas pensadas desde la interdisciplina, resignificando su lectura ante la mente de un/a niño/a o adolescente –se sigue esperando que “hablen”, “digan”, “cuenten” (a veces con palabras definidas o esperadas de antemano), lo que constituye una perspectiva adultocéntrica–.

En otras palabras, se ha podido observar en circunstancias diversas que las/os operadores judiciales y las/os peritos psicológicos ejercen su adultocentrismo cuando no apuntan el desciframiento de la situación de abuso sexual bajo técnicas adecuadas o simplemente esta queda librada a la subjetividad quien administra la pericia. Cuando pretenden que todo sea puesto en palabras por las/os niñas/os o adolescentes, preguntan y repreguntan con insistencia sobre el/los hecho/s y sus detalles. Las respuestas obtenidas solo resultarán validadas si son dichas según las formas y con los términos que esperan. Se exige a niñas/os y adolescentes que literalmente “hablen”, pongan lo sucedido en palabras, cuando no solo puede que no estén en condiciones de verbalizarlo –a veces el relato o las señales del abuso pueden darse a conocer luego de muchos años de transcurrido el/los hecho/s, y quizás, mientras, continúa/n siendo perpetrado/s–, sino que, bajo formas distintas a un relato o testimonio, tal vez emerjan señales muy variadas.

Por otro lado, cuando se trata de otras técnicas utilizadas por las/os psicólogas/os –juego o dibujo, por ejemplo–, los resultantes son objeto de una interpretación exclusiva y privativa del profesional, quedando únicamente la lectura o la evaluación de los mismos bajo su criterio.

Se puede advertir que, en fueros judiciales, todo lo que no es palabra es duda. Solo la palabra otorga veracidad. Si la situación es expresada, por ejemplo, a través del juego, el dibujo o silencios, ya no resulta convincente.

Estas intervenciones, lejos de resultar esclarecedoras, suelen complicar las causas, las demoran, enredan los sucesos, no resultan descifradoras de una realidad tan compleja ni desarmadoras de hechos ocultos, sino más bien parecen actitudes que rozan el regodeo frente a los lados oscuros de los seres humanos.

- Debe llevarse adelante una valoración de desempeño periódica de los/as funcionarios/as. Deberían existir concursos públicos para cargos –que hoy no se concursan– vinculados a las temáticas específicas, tanto en el Poder Judicial como en el Ministerio Público –como ya dijimos, un título o una capacitación no habilitan una intervención empática, por esto es importante el perfil del/la funcionario/a no solamente académico, sino de compromiso social, menos adultocéntrico, sin componentes de clase, desprejuiciado y con perspectiva de género, ya que la falta de estos enfoques impacta directamente en cada abordaje realizado–.
- Habrá que depositar una mirada atenta sobre las consecuencias de los hechos para las víctimas, la desestabilización emocional en altos grados que pueden sufrir, en perjuicio de su salud física y mental: asco, miedos, depresión, trastornos alimenticios, adicciones, odio, ideación suicida, suicidios concretados, muerte en vida, soledad, desafíos vinculares (amigos y parejas), ansiedad, trastornos mentales, sufrimientos de todo tipo, embarazos no deseados, enfermedades de transmisión sexual, etcétera. “La lista es interminable, porque uno nunca sabe cómo les afectó a otras personas” (víctima de abuso sexual de quince años de edad).

Lo expuesto, más otras experiencias vivenciadas, han ido indicando que no es viable construir un activismo común y colectivo entre quienes han tenido que pasar por una situación de abuso sexual infantil —a diferencia de las víctimas de otros delitos, que sí logran aunar fuerzas en pos de una lucha compartida y conjunta—. Ello, se entiende, porque la comisión de este delito contra la integridad sexual de personas con subjetividades en formación genera en las víctimas y su entorno un efecto único e intransferible en sus consecuencias y en las secuelas que provoca. Las características propias del abuso sexual infantil atraviesan de una manera sanguínea y personal a las víctimas y a quienes las acompañan. Es un proceso vivido de una manera única e individual, singular, sobre todo en la etapa del litigio judicial, donde cada paso en la causa penal implica un impacto diferencial en cada historia.

Hay quienes pueden lograr una mayor resiliencia; otras personas deciden recorrer su propio camino desde el inicio, y lo van cambiando a medida que transcurre la causa —como si fueran perdiendo/virando su rumbo—.

La respuesta a “¿quién cuida a las niñas y adolescencias?, ¿a quién le interesan?” continúa siendo inaceptable: “No las cuida casi nadie; a pocos nos importan”.

## Los abordajes psicopedagógicos

El trabajo con niñas/os y adolescentes conduce a aprender mejores formas de abordaje, cómo funciona el cerebro, cómo trabajar para que funcione mejor, técnicas para evaluar estrategias que colaboren en la rehabilitación de áreas que pueden tornarse deficitarias. Los resultados de estas exploraciones fueron concluyendo en la necesidad de que exista una escucha atenta y respetuosa, una mirada clínica responsa-

ble, señalando la importancia de trabajar en deconstrucciones personales y desprejuicios, con una actitud profesional frente al/la niño/a o adolescente que espera ser descifrado/a con sus propias herramientas –y no con las que las/os adultas/os–.

Estas eran las líneas que se presentaban como necesarias para garantizar buenas técnicas de intervención. Y tener la conciencia de que estábamos participando juntas/os, en obra, en reconstrucción, remodelación conscientemente, para recuperar y salir/seguir adelante.

Fue necesario adquirir conocimientos sobre la noción de trauma temprano, las lesiones que los abusos sexuales a edades tempranas suelen dejar en el cerebro, como lo hacen otras formas de violencia extrema. Cuando una/o niña/o o adolescente, a temprana edad, es sometida/o a altos niveles de estrés por razones de violencias extremas, se altera el funcionamiento químico en el cerebro: se liberan altos niveles de cortisol ante una situación de alerta por algo que causa temor, como estar expuestos al peligro. El estrés sostenido en medianos y largos plazos produce efectos negativos en el cuerpo, debido a que se inhiben otros neurotransmisores esenciales para que el estado emocional sea bueno, como la serotonina y la dopamina.

En niñas/os pequeñas/os este desequilibrio lesiona y altera las funciones del hipocampo y la amígdala, ocasionando lo que se conoce como “lesión por trauma temprano”. Esta lesión produce efectos que podrían describirse como “discapacitantes” en el funcionamiento normal del cerebro, que sin tratamiento podrían ser permanente. Se altera la facultad de la memoria de largo plazo en relación con las emociones y la capacidad atencional, puesto que el recuerdo se genera en estas áreas del cerebro, que, al estar alteradas por el impacto del estrés, no permiten que se lleven a cabo las funciones superiores que favorecen los aprendizajes.

Si no hay atención y memoria, no hay un proceso de aprendizaje óptimo; por el contrario, podría ser deficitario o nulo. El aprendizaje es un proceso que consiste en formular y reformular conceptos a partir de experiencias vividas o proporcionadas por otras personas, resignificando el objeto de aprendizaje desde el deseo y la motivación personal. Para que este proceso sea productivo, el cerebro tiene que llevar adelante cada una de las funciones cognitivas para las que se encuentra preparado: memoria, atención, percepción, razonamiento, velocidad de procesamiento, habilidades comunicativas, sociales, evidenciando competencia cognitiva y capacidad general.

Son las funciones ejecutivas las que intervienen detalladamente para que este sea un proceso que culmine en resultados auspiciosos, a partir de un buen nivel atencional, memoria de trabajo –que es una memoria de corto plazo–, anticipación, planificación y monitoreo. Para que estas funciones estén activas, los niveles de estrés deben ser los necesarios para el momento determinado. Donde los aprendizajes se ponderan, aparece el deseo de aprender, por ejemplo, la motivación de un juego, la curiosidad ante un animal desconocido, el deseo ante algo rico para comer; la competencia en un juego, los nervios del primer día de clases, el miedo a la oscuridad, a un ruido antes no escuchado.

Esto se complica y empeora a partir de las microviolencias impuestas por la cultura patriarcal, como la obligación de las/os niñas/os de compartir espacios con personas que nos les agradan, permitir que alguien que les da miedo o asco los bese o acaricie. Los niveles comienzan a aumentar cuando las situaciones que viven se debaten entre gritos, agresiones verbales o físicas a terceros que ellas/os presencian o cuando las reciben. Hay que tener en cuenta que la mayoría de los casos de abuso sexual infantil son perpetrados por familiares, personas cercanas, de su círculo de confianza, o conocidos/as.

El nivel de estrés de un/a niño/a pequeño/a cuando un/a adulto/a lo/a agrede en cualquiera de las formas de violencia, pero más aún cuando esta violencia es sexual, es grande. El cerebro se detona como un explosivo, como dicen los médicos neurólogos. Surge el llamado “estrés malo”, o, como dice la Dra. Irene Intebi en *El abuso sexual en las mejores familias*, “reciben un disparo en el alma”. Recordemos que hay un estrés que se produce para protegernos o que nos activa para hacer cosas que nos entusiasman, pero cuando el estado de estrés se instala en nuestro cuerpo más tiempo del debido, produce enfermedad.

Los/as psicólogos/as se refieren a la elaboración del trauma para que niños/as y adolescentes se reestructuren psíquicamente. En la experiencia obtenida, la estimulación y rehabilitación de las funciones ejecutivas desde una mirada ecológica y neurocognitiva resulta en muchos casos altamente reparadora del postrauma. La lesión por trauma temprano podría en ciertos casos rehabilitarse, sin embargo, ello no resuelve el problema más importante: esta técnica solo intenta acercarlos a recuperar algo de sus vidas, y, teniendo en cuenta que muchos/as niños/as y adolescentes no pueden acceder a los tratamientos y a veces el delito ni siquiera es denunciado, lejos está de ser la única alternativa.

Por otro lado, es real que, ante la detección del abuso sexual, es el sistema público el más efectivo. En los ámbitos de salud o educación privados se suele dejar en manos de los particulares la posibilidad de denunciar e iniciar la causa penal, y, si el abuso es intrafamiliar, las probabilidades de que esto se concrete son menores. La experiencia muestra cómo en casos ocurridos en familias de mejores recursos económicos existe a veces una negación, por lo que el tema es, en ocasiones, tratado entre complicidades y secretos que solo silencian a las víctimas.

## El campo de trabajo

Debemos comenzar a partir de considerar la amplitud de incumbencias en lo psicopedagógico o neuropsicopedagógico. La psicopedagogía con orientación neuropsicológica y neurolingüística habilita un ejercicio de la clínica dentro del ámbito de la salud pública que ofrece vastos recorridos.

Es del desempeño de mi trabajo con niños/as y adolescentes de entre cuatro y dieciséis años de donde tomo las experiencias para la escritura del presente documento.

Quienes ingresan al servicio provienen de diversas realidades. En su mayoría, han atravesado situaciones de violencia de algún tipo o sus contextos son desfavorables para los procesos de aprendizajes – cuando hablamos de aprendizajes, no nos referimos a los académicos o escolares únicamente; se comprenden también los necesarios para que los sujetos puedan lograr la autonomía necesaria para crecer sanamente, vincularse, resolver situaciones de la vida diaria, aceptar desafíos y afrontarlos de manera asertiva–.

## El método utilizado

Las evaluaciones consisten en un proceso dinámico que responde al desempeño de cada paciente. En algunos casos duran cuatro sesiones, en otros más. Se cuenta con distintos recursos: pruebas, baterías, test estandarizados, psicométricos y proyectivos que intentan dar cuenta de la capacidad intelectual y emocional y del nivel de autonomía y adaptabilidad del paciente. Los rasgos obtenidos van derivando en el uso de diferentes testeos que exploran y permiten realizar diagnósticos, para habilitar los diseños de tratamientos pertinentes para cada

persona. La evaluación no termina cuando comienza el tratamiento: es un proceso de cambios, de observación permanente, sobre todo, de respeto por la necesidad de los/as otros/as y de sus familias.

A partir de las necesidades que cada persona evidencia, se trabaja en la estimulación, habilitación, rehabilitación, entrenamiento, o se solicita la interconsulta a fin de lograr abordajes interdisciplinarios más efectivos, en coordinación con la disciplina que corresponda –cuando se evalúe que el tratamiento no debe tener alcance psicopedagógico únicamente–.

Cuando la cuestión es postraumática, la orientación psicológica para madres y padres o adultas/os responsables es prioritaria, y el espacio para que las/os niñas/os y adolescentes elaboren su trauma dependerá de cómo se entreguen al espacio terapéutico, cómo realicen su transferencia con el/la terapeuta en el área de psicología o psicopedagogía. Es indispensable acompañar la terapia a la que respondan mejor. Debería ser prioritario un trabajo interdisciplinario y ecológico, familiar –en aquellos casos en que la propia familia de la víctima no está comprometida en la comisión o encubrimiento del delito– o con su entorno en general.

En los casos de víctimas de abuso suele aparecer un daño mayor provocado por la mirada social, que, sumado al efecto de postrauma, complica las realidades de quienes han atravesado la situación.

Los tratamientos por postrauma deben ser integrales. Los efectores u operadores de cada organismo deberían lograr desarmar los tabúes que giran en torno a quienes han pasado por situaciones de delitos contra la integridad sexual. Las/os profesionales –no todas/os– en estos casos suelen estar atravesadas/os subjetivamente, lo cual influye en sus abordajes, intervenciones o resultados: vivencias cercanas de casos de abuso, trabas para intervenir en el tema –paralización, negación de trabajar el tema, presencia de estereotipos, intervenciones revictimizantes–. Resolver este punto podría, junto a condenas judiciales justas y buenas prácticas interdisciplinarias –intervenciones, tratamientos y

seguimientos articulados y sostenidos–, ser más reparador para que los/as niños/as y adolescentes dejen ese lugar asignado –por el/los agresor/es, por los sistemas intervinientes y por la sociedad– de “víctimas” y puedan continuar adelante.

## Conclusiones

A todo/a niño/a y adolescente víctima de abuso sexual, una vez que este es detectado, le pueden suceder varias cosas. Las más frecuentes son ser protegido/a y acompañado/a en su recuperación o ser violentado/a aún más. Para que esto último no suceda, se deben retomar datos importantes, por un lado, en relación con el sistema judicial y sus procedimientos no protocolizados, que varían entre los territorios. El énfasis en la atención, protección de sus derechos y acompañamiento responsable y respetuoso depende de las voluntades de los/as operadores/as de los sistemas intervinientes, a partir del nivel de compromiso profesional y humano y de las miradas subjetivas que cada uno/a tiene – algunas con componentes de clase (miradas aporofóbicas) y bajo influencias culturales y religiosas, que resultan altamente contraproducentes–.

Es por esto que es importante reformular uniformemente los métodos de abordaje desde las políticas públicas, cuyo objetivo es ocuparse de dar respuestas integrales a las necesidades de las niñas y adolescencias. Ello puede hacerse a través de la protocolización o formulación de guías de actuación que establezcan y delimiten las competencias de los actores y el establecimiento de las articulaciones necesarias entre los organismos, según las características de cada situación.

El camino es visible. Varias leyes lo allanan. Solo hay que poner en práctica el sentido común y ejecutar sensatos y justos lineamientos del recorrido de una vez por todas.



**02.**

Comentarios a  
jurisprudencia

La utopía del derecho humano a migrar: el caso Huang en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 23/03/2022

**Aprobado:** 30/03/2022

## La utopía del derecho humano a migrar: el caso Huang en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

*The utopia of the human right to migrate:  
the Huang case in the Supreme Court of Justice  
of the Nation*

**Por Camila Wanda Landeyro<sup>1</sup>**

*Universidad Nacional de La Plata*

**Resumen:** El presente artículo se propone analizar el criterio que tiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de expulsión de migrantes irregulares a partir del fallo Huang. Esto permitirá comprender la posición del máximo órgano judicial sobre el reconocimiento del derecho a permanecer de las personas extranjeras cuyo ingreso al país ha sido irregular, teniendo presente lo establecido por la normativa migratoria del país. Finalmente se analizará si el criterio adoptado por la Corte en el caso mencionado cumple con los estándares de los derechos humanos que exige la garantía del debido proceso.

**Palabras clave:** Migración – Expulsión – Derechos humanos – Corte Suprema.

---

<sup>1</sup> Abogada (Universidad Nacional de La Plata). Becaria de posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Correo electrónico: camilawanda2014@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9634-2456>.

**Abstract:** This article aims to analyze the criteria of the Supreme Court of Justice of the Nation regarding the expulsion of irregular migrants based on the Huang ruling. Based on the analysis of the aforementioned case, it will allow us to understand the position of the highest judicial body on the recognition or not of the right to remain of foreigners whose entry into the country was irregular. Finally, it will be analyzed if the criterion adopted by the Supreme Court of Justice of the Nation in the aforementioned case complies with the human rights standards required by the guarantee of due process.

**Keyword:** Migration – Expulsion – Human Right – Supreme Court of Justice of the Nation.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación efectúa un papel importante al resguardar la supremacía de la Constitución nacional, especialmente las bases republicanas y democráticas de nuestro Estado, temáticas que resurgen y vuelven a estar en el centro de los debates cuando se trata de las leyes que regulan los presupuestos de admisión, permanencia y expulsión de los extranjeros.

En 2004 Argentina sancionó la Ley de Migraciones N° 25.871, reglamentada en 2010 a través del Decreto N° 616.<sup>2</sup> Aunque el plexo normativo migratorio se inspira en el paradigma de los derechos humanos, reconociendo que el derecho a migrar es inalienable y esencial a toda persona, como todo derecho debe ser reglamentado y ejercerse conforme a los requisitos establecidos (art. 4).

Ahora bien, el reconocimiento o no del derecho a permanecer en el país debe ser analizado con detenimiento por los organismos judiciales en los procedimientos de expulsión, pues se trata de una temática sensible donde entran en conflicto múltiples derechos que gozan de jerarquía constitucional, como el derecho a trabajar, la protección de la familia, el interés superior del niño, el principio de no discriminación, el debido proceso.

Al ser la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien garantiza finalmente el respeto de la Constitución, tal como señala Gelli (2009), debe hacerlo conforme al espíritu al que nuestra carta magna adhiere respecto de establecer un contrato social abierto a toda persona que desee vivir en nuestro país, donde se establece la igualdad de derechos entre ciudadanos y extranjeros, pero con ciertas limitaciones, como veremos a continuación.

---

<sup>2</sup> Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/92016/texact.htm>.

## Análisis del caso Huang<sup>3</sup>

El actor era un extranjero de nacionalidad china cuyo ingreso al país había sido de forma irregular en el mes de marzo de 2016. Mientras estuvo viviendo en el país, el señor Huang tuvo buena conducta, estuvo trabajando y carecía de antecedentes penales. Cuando intentó regularizar su permanencia en el país, la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) consideró que su ingreso irregular configuraba el presupuesto establecido en el artículo 29 inciso i de la Ley de Migraciones (modificada por el DNU 70/2017)<sup>4</sup>, por lo cual declaró su residencia irregular, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de cinco años.

Luego de agotar las vías administrativas que confirmaban lo resuelto por la DNM, por vía de apelación se llegó a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que revocó la sentencia de primera instancia, declaró la nulidad de los actos impugnados y ordenó que las actuaciones volvieran a la autoridad migratoria a fin de que se dictara un nuevo acto conforme a los términos de su sentencia, puesto que consideraba que el actor cumplía con los requisitos del artículo 23 *in fine* de la Ley de Migraciones para obtener una residencia temporaria. Para llegar a dicha conclusión, la Cámara tuvo en cuenta la buena conducta del actor en el país y la ausencia de antecedentes penales.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Corte Suprema Justicia de la Nación (2021). CAF 89674/2017, "Huang, Qiuming c/ EN - DNM s/ recurso directo DNM".

<sup>4</sup> Poder Ejecutivo Nacional (27 de enero de 2017). Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=271245>.

<sup>5</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V (2018). Treacy y Alemany. Expte. N° 89674/2017, "Huang, Qiuming c/ EM - DNM s/ recurso directo DNM".

El voto del juez de Cámara Guillermo Treacy citó la Opinión Consultiva N° 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), donde se menciona que la situación administrativa de un migrante no puede constituir un motivo para privarlo del goce y ejercicio de los derechos humanos, especialmente el derecho a trabajar.<sup>6</sup> A su vez, la Cámara señaló el artículo 17 de la Ley de Migraciones, donde se considera que es una obligación de los Estados adoptar programas para que los extranjeros puedan regularizar su situación en el país. Por otro lado, señaló que el artículo 61 de la misma ley establecía que la DNM debía analizar –previo a decretar la expulsión– una serie de elementos subjetivos, como el tiempo de permanencia del extranjero, su parentesco con argentinos y su ejercicio profesional en el país, es decir, una serie de recaudos a fin de analizar el arraigo en el país.

La DNM interpuso un recurso extraordinario federal contra la sentencia emitida por la Cámara, continuando el debate ante la Corte Suprema. La Corte resolvió de forma contraria a lo decidido por la Cámara: hizo lugar al recurso extraordinario, confirmando lo resuelto en primera instancia. Examinó que el ingreso del actor fue irregular, por lo que su situación constituía un impedimento para permanecer en el país, configurándose el supuesto hipotético del artículo 29 inciso i de la norma migratoria. Ante todo, mencionó que el artículo 61 solo es aplicable en el caso de los extranjeros cuyo ingreso ha sido regular y posteriormente se volvió irregular.

---

<sup>6</sup> Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>.

## La temática migratoria contemporánea en nuestro país

La discusión que se genera en torno a la expulsión de las personas migrantes irregulares dista de hace mucho tiempo, y por ello creo conveniente considerar el tema brevemente a fin de entender el contexto del fallo Huang con base en nuestra estructura normativa y jurisprudencial.

Primero debemos tener en cuenta que, a pesar de la incorporación de los tratados de derechos humanos a nuestro plexo jurídico normativo, no existe el derecho humano a migrar, y el Estado es soberano a fin de determinar su propia política migratoria, debiendo respetar ciertos principios y garantías mínimas en materia de derechos humanos, como el debido proceso, el principio de no discriminación, el principio de no devolución cuando la vida de la persona migrante en su país de origen corra peligro.

La Corte IDH, en el fallo del caso “Vélez Loor vs. Panamá”, estableció que los Estados pueden diseñar sus propias políticas migratorias y establecer los requisitos de ingreso, permanencia y salida del país que deben cumplir las personas migrantes, pero deben ser compatibles con los principios y estándares de protección de los derechos humanos.<sup>7</sup> En el “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, indicó que los Estados pueden otorgar un trato diferente a los migrantes regulares en relación con los irregulares,

---

<sup>7</sup> Caso “Vélez Loor vs. Panamá”. Sentencia del 23 de noviembre de 2010. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 218. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf).

pero este trato debe ser razonable, objetivo, proporcional y ajustarse a cumplir el principio de igualdad ante la ley y no discriminación.<sup>8</sup>

En el caso de Argentina, el ingreso irregular de una persona migrante es causal de expulsión, siendo posible a la autoridad migratoria otorgar dispensas por reconocimiento del derecho a la reunificación familiar y por razones humanitarias, según surge del artículo 29 *in fine*. Pero debemos tener en cuenta que las dispensas de dicho artículo son una facultad que le compete a la autoridad migratoria, pudiendo el órgano judicial controlar solo si se ajusta a lo establecido en la ley, pero quedando imposibilitado en aplicarlo en supuestos diferentes a lo establecido en la norma.

En segundo lugar, debemos de tener presente la interpretación que realiza la máxima autoridad judicial de nuestro Estado sobre el concepto “habitante”, puesto que la Constitución nacional establece la igualdad civil en los artículos 14 y 16 para todos aquellos que sean habitantes en nuestro país.

Al respecto existen dos precedentes jurisprudenciales,<sup>9</sup> los cuales constituyen un *leading case* en la materia, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que habitante es toda persona que es ciudadana o extranjera cuyo ingreso al país ha sido regular. El criterio no ha sido absoluto, ya

---

<sup>8</sup> “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana”. Sentencia del 28 de agosto de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 282. Disponible en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf).

<sup>9</sup> Caso “Argüello Argüello c/ Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso de Amparo”, de 1967, fallos 268:393; y “Acosta c/ Nación Argentina (Ministerio del Interior, Dirección Nacional de Migraciones) s/ Recurso de Amparo”, de 1970, fallos 278:147.

que en las causas “Maciá y Gassol”<sup>10</sup>, “Transporte del Chaco”<sup>11</sup>, “Urrutia”<sup>12</sup>, “Lino Sosa”<sup>13</sup>, la Corte declaró que, a pesar del ingreso irregular al país de un extranjero, este podía ser purgado por el órgano judicial si el actor demos-

---

<sup>10</sup> Caso “Don Francisco Maciá y Don Ventura Gassol. Recurso Habeas Corpus”, de 1928. Fallos 151:211. Los actores habían interpuesto una acción de habeas corpus preventivo invocando su derecho a permanecer en el territorio argentino, debido a que ciertos actos del Poder Ejecutivo constituían una restricción y amenaza a su libertad. Este fallo resulta esencial, puesto que la Corte declaró que los actos de expulsión son susceptibles de ser revisados judicialmente, y, por otro lado, pese a que los actores habían ingresado irregularmente, esto no significaba la automática expulsión, puesto que no se contemplaba dicha consecuencia en la normativa. Al examinar que Maciá y Gassol (su acompañante) no habían sido condenados por tribunales extranjeros y su conducta no comprometía la seguridad de la nación o el orden público, como lo establecía la Ley N° 4.144, se revocó la expulsión.

<sup>11</sup> Caso “Recurso de Habeas Corpus deducido en favor de los deportados en el Transporte ‘Chaco’ de la Armada Nacional”, de 1932. Fallos 163:344. Este fallo constituye un tópico importante, puesto que se cuestiona a través de un habeas corpus la constitucionalidad de la Ley de Residencia. La Corte (salvo por la disidencias) afirmó la constitucionalidad de la ley y rechazó el habeas corpus admitiendo que esta constituye ser la reglamentación del derecho a permanecer que gozan los extranjeros en el territorio, con excepción de aquellos que constituyan un riesgo para la seguridad nacional y el orden público. Por otro lado, remarcó las facultades del Estado para legislar sobre los presupuestos que deben cumplir los extranjeros que deseen residir en la Argentina, con el fin de excluir a los *sujetos indeseables*. Asimismo, estableció que la expulsión no es una pena, y que por ello las garantías constitucionales del proceso penal no eran aplicables. Sin embargo, ciertas garantías mínimas debían ser respetadas, como el derecho a ser juzgado por un juez natural (arts. 18 y 95 de la Constitución).

<sup>12</sup> Caso “Cuesta Urrutia Tomás Luis s/ Recurso de Habeas Corpus”, de 1944. Fallos 200:99.

<sup>13</sup> Caso “Sosa Lino s/ Habeas Corpus”, de 1956. Fallos 234:203. En este fallo, la Corte afirmó que el derecho a permanecer en el país no era contrario a las facultades de control y expulsión del Estado. En casos como estos la Corte debía examinar la conducta del extranjero y tratar de armonizar de forma equitativa el derecho inalienable de la nación para regular el ingreso y decretar la expulsión con el derecho a permanecer de los extranjeros.

traba una serie de presupuestos que incluían: la inexistencia de antecedentes penales en su país de origen; la intención de radicarse en el país, extremo evaluado a partir de verificar si tenía familia y si trabajaba; su vinculación o no con actividades comunistas; tener una conducta moralmente intachable que se adecuara a los principios rectores de la vida nacional.

Estos fallos son importantes puesto que, a pesar de no ser considerada habitante una persona que ingresó de forma irregular al país, se podía invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio, para lo cual se debían acreditar los extremos mencionados ante el organismo judicial interviniente.

Ahora bien, incluso durante esa misma época, la Corte no tuvo el mismo criterio, puesto que en los fallos “Psaradelis”<sup>14</sup>, “Blas Hernández”<sup>15</sup>, “Teodoro”<sup>16</sup> y “Rial y Freire”<sup>17</sup> estableció como doctrina que los extranjeros que habían ingresado de forma irregular al país no podían invocar las garantías de los artículos 14 y 18 para oponerse a su expulsión, puesto que su reconocimiento derivaba de las facultades soberanas de la nación.

Considero que los cambios en las decisiones tomadas se deben a:

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ajusta al criterio de la obligatoriedad horizontal del precedente, por ello, como

---

<sup>14</sup> Caso “Psaradelis c/ DNM s/ Habeas Corpus”, de 1934. Fallos 171:310.

<sup>15</sup> Caso “Blas Hernández c/ DNM s/ Habeas Corpus”, de 1935. Fallos 173:179.

<sup>16</sup> Caso “Teodoro c/ DNM s/ Habeas Corpus”, de 1939. Fallos 183:373.

<sup>17</sup> Caso “Rial y Freire c/ DNM s/ Habeas Corpus”, de 1946. Fallos 205:628. En ese momento se presentaba habeas corpus porque se admitía la privación de la libertad de un extranjero como medida cautelar en un procedimiento de expulsión, y la misma era aplicada frecuentemente, teniendo presente el contexto de conmoción social y política que generaba la guerra contra el comunismo, el anarquismo y todo aquel sujeto que afectara la consolidación nacional.

máxima autoridad judicial puede cambiar sus decisiones, fundamentos y teoría de interpretación.

Gargarella (2009), tomando como referencia el trabajo del constitucionalista Néstor Sagüés, menciona que la Corte Suprema utilizó y sigue empleando en sus decisiones una amplia gama de recursos interpretativos, lo cual hace que llegue a conclusiones diferentes en un mismo período, con o sin cambios en la composición de sus miembros. Al respecto se mencionan varios criterios utilizados, aunque solo indicaremos tres: el método literal (la interpretación de la Constitución debe ajustarse a lo establecido en la letra de la ley), la interpretación orgánica-sistemática (la Corte se aparta de lo establecido por la ley con el fin de hacer prevalecer la Constitución), la interpretación continuista (la Corte ha sostenido que, al momento de decidir, debe hacerlo respetando los precedentes judiciales).

Tal como indica Gargarella, estos cambios fueron disruptivos, impredecibles, generando una situación de incerteza jurídica y afianzamiento del poder discrecional de los jueces en materia de interpretación, ya que se apartan de las decisiones jurisprudenciales anteriormente adoptadas sin dar ningún tipo de explicación o fundamentación jurídica.

2. Actualmente, el ingreso irregular al país por parte de las personas extranjeras constituye causa de expulsión.

Los fallos mencionados anteriormente corresponden a la primera mitad del siglo XX, época en la cual se encontraba vigente una serie de normas y decretos que reglamentaban la temática migratoria –Ley de Inmigración y Colonización N° 817 (de 1876), Ley de Residencia de Extranjeros N° 4.144 (de 1902), Ley de Defensa Social N° 7.209 (de 1910) y Decreto del 31 de diciembre de 1923–, lo cual significó un cambio relevante en la política migratoria, siendo en dicho momento una herramienta de control con el fin de impedir el ingreso de aquellos sujetos que fuesen indeseables y que pusieran en riesgo la seguridad nacional.

Aunque dichas leyes eran controversiales y discriminatorias, únicamente referían como causales de expulsión el tener antecedentes penales por delitos comunes, la realización de actividades que comprometieran el orden público o la seguridad nacional, el ser anarquista o estar relacionado con actividades de fuerza o violencia contra las instituciones de la sociedad y haber sido expulsado anteriormente del país.

Es interesante que para dichas normas no era causal de expulsión el ingreso irregular, lo que permitió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación elaborar una doctrina que autorizaba conceder el derecho a permanecer aun a los extranjeros que no habían cumplido con los requisitos de ingreso pero que habían mantenido una buena conducta en el país durante su estadía.

Aunque hoy en día se mantiene una Ley de Migraciones a favor de los derechos humanos, la misma dispone como causal de expulsión el ingreso o el intento de hacerlo de forma irregular. Frente a esto, la Corte aplica la norma vigente, adoptando un criterio de interpretación literal para resolver los casos donde se tiene que decidir la expulsión de una persona migrante.

Ahora bien, al momento de analizar los requisitos que debe cumplir la Corte para efectuar una interpretación literal, debemos tener presente los estándares en derechos humanos que deben seguirse.

## **La perspectiva de los derechos humanos en la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Huang**

Hemos dejado para lo último un tema que no fue tratado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pero sobre el cual se expedieron las instancias inferiores: la declaración de inconstitucionalidad del DNU 70/2017 por violar la garantía de debido proceso.

Contextualizando el fallo, debemos de tener presente que la causal de expulsión que recaía sobre el actor daba lugar al inicio de un procedimiento sumarísimo de expulsión, el cual fue incorporado por el artículo 10 del DNU N° 70/2017.<sup>18</sup> Este procedimiento presentaba tres características: los plazos para interponer los recursos eran de tres días, improrrogables, y solamente se contemplaba la interposición de un recurso jerárquico, por el cual se agotaba la vía administrativa.

Debemos tener en cuenta que tanto en primera como en segunda instancia el planteo de inconstitucionalidad fue rechazado por similares argumentos. En primera instancia, la jueza de grado lo rechazó porque, según su opinión, no advertía la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta de la norma en relación con los derechos y garantías constitucionales, y remarcó que el Estado nacional tiene la potestad de regular la política migratoria. Por otro lado, sobre la violación del debido proceso, la jueza estableció que el actor pudo tomar conocimiento de las disposiciones en estudio, ejerció su defensa al interponer el recurso administrativo y logró acceder a la justicia, por lo que no resultaba afectada la garantía de debido proceso por el procedimiento de expulsión sumarísimo.

En segundo lugar, la Cámara sostuvo sobre el planteo de inconstitucionalidad lo dicho en el caso “Li, Kunchen”<sup>19</sup>. Allí estableció que, puesto que la declaración de inconstitucionalidad es una medida excepcional, debe ser considerada como la *ultima ratio* del orden jurídico, siendo necesario demostrar claramente la relación entre la contradicción de la ley fundamental y el agravio concreto que le pro-

---

<sup>18</sup> Debemos de tener presente que el DNU N° 70/2017 fue derogado el 5 de marzo de 2021 a través del Decreto N° 138.

<sup>19</sup> Caso “Li, Kunchen c/ En-M Interior op y V-DNM s/ Recurso directo DNM”. Sentencia del 31 de agosto de 2018. Expte. N° 34.432/18.

duce al sujeto. La Cámara consideró que el actor, cuando planteó la declaración de inconstitucionalidad, se limitó a efectuar una crítica del procedimiento administrativo en base a la abreviación de los plazos de las vías de impugnación, pero esto no resultaba suficiente para demostrar el perjuicio concreto que le producía.

Sobre el planteo de inconstitucionalidad, la Corte Suprema no se expidió, ni siquiera hizo mención de la cuestión.

Teniendo presente que Argentina forma parte de la comunidad jurídica internacional de derechos humanos, los órganos judiciales están obligados a tomar en cuenta las observaciones y jurisprudencia que se elaboran en los sistemas de derechos humanos. Por ello es relevante tratar sucintamente la posición adoptada sobre los extremos a cumplir en los procedimientos de expulsión de personas migrantes con el fin de respetar la garantía de debido proceso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su documento 46/15 sobre movilidad humana,<sup>20</sup> examinó que, frente a la migración forzada que afecta a muchos países de América, estos han tomado como medida la deportación sumaria con el fin de desestimularla, pero ello no ha tenido tal efecto.

La CIDH considera que las deportaciones sumarias impiden que los migrantes puedan acceder a un recurso judicial efectivo con el fin de determinar si tienen o no el derecho a permanecer en el país. Por otro lado, la abreviación de los plazos en los procedimientos de expulsión configura una violación al debido proceso legal.

El debido proceso legal ha sido definido por la Corte IDH (2001) como un derecho humano, el cual está integrado por:

---

<sup>20</sup> Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.

un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal. (p. 124)<sup>21</sup>

Por otro lado, afirmó que “las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (*ibid.*).

Es por ello que la CIDH, en su Informe N° 49/99, hace hincapié en la necesidad de que los Estados aseguren que toda persona migrante pueda, en un procedimiento de expulsión,

preparar su defensa, formular alegatos y promover las pruebas pertinentes, garantías que resulta imposible ejercer cuando el plazo de ejecución de la decisión gubernamental resulta irrazonablemente breve. A su vez, este derecho incluye el derecho de la defensa de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, tal como testigos o peritos. (p. 60)<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf).

<sup>22</sup> Caso “Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Iza Elorz”. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/98span/fondo/mexico%2011.610.htm>.

En los procedimientos de expulsión, la interpretación de la garantía del debido proceso debe ser lo más amplia posible, puesto que se están afectando derechos fundamentales de la persona y de su grupo familiar. El reconocimiento del derecho a permanecer en un Estado a una persona migrante tiene una magnitud que afecta el proyecto de vida a nivel individual o familiar.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, en las “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina” (2019),<sup>23</sup> remarcó en varios puntos que el Estado debía derogar el DNU N° 70/2017 puesto que afectaba la garantía del debido proceso al reducir las vías y plazos de impugnación administrativas. Por otro lado, observó que el decreto producía una concentración de facultades en la autoridad migratoria. Por ejemplo, indicó que, pese a que la normativa reconocía el derecho a la reunificación familiar, su ejercicio estaba sujeto a la discrecionalidad de la autoridad migratoria.

Por otro lado, criticó el procedimiento sumarísimo de expulsión, puesto que produce “una situación de indefensión, y da un carácter únicamente administrativo a las decisiones de permanencia o expulsión, que afectan la vida y los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias” (p. 30)

Resultó un tema de interés para el Comité la reducción a tres días hábiles para presentar un recurso de revisión judicial ante la Dirección Nacional de Migraciones y el sistema de notificaciones que implementaba el decreto, por el cual una persona podía quedar notificada en la puerta de mesa de entradas de la DNM sin nunca haber podido tomar conocimiento de lo decidido.

---

<sup>23</sup> Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/CMW\\_C\\_ARG\\_CO\\_2\\_37078\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/CMW_C_ARG_CO_2_37078_S.pdf).

El Comité puso mucho énfasis en establecer las condiciones que debería seguir un procedimiento administrativo de expulsión para ser acorde a los estándares de derechos humanos y garantizar los derechos de la persona migrante y de su grupo familiar: identificar la composición del grupo familiar de la persona migrante; evaluar la situación de arraigo de la persona migrante y el vínculo que tuviese con el país; aplicar un test de proporcionalidad en procedimientos administrativos de sanción y al momento de resolver los recursos de revisión judicial que se planteen en dicha instancia; ofrecer oportunidades para que la persona pueda regularizar y sanear su situación de irregularidad; la intervención de jueces especializados en la materia que apliquen un enfoque de derechos humanos; garantizar la defensa pública del sujeto migrante y de los niños que puedan verse afectados por un procedimiento de expulsión; tomar en cuenta en las medidas de expulsión el interés superior del niño, niña y adolescente, como también el respeto por la unidad del grupo familiar.

Finalmente, el Comité hizo hincapié en que el Estado argentino debería derogar el DNU 70/2017; hasta tanto ocurriera ello, debería ejercer cautela al momento de aplicar sanciones administrativas a los migrantes en situación irregular a fin de que las medidas fuesen proporcionales y razonables en cada caso concreto.

## Reflexiones finales

El caso Huang ha sido importante, puesto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó lo decidido allí a más de cien casos en los que se debía resolver la expulsión de una persona migrante cuya permanencia en el país era irregular.

Aunque *prima facie* podríamos considerar que el criterio que aplicó la Corte es el de interpretación literal, dicha posición comienza a resquebra-

jarse cuando tenemos en cuenta los tratados con jerarquía constitucional en temática de derechos humanos a los cuales adhirió Argentina.

A la luz de los estándares en derechos humanos que rigen el debido proceso legal en los casos de procedimientos administrativos de expulsión, se llega a la conclusión de que el procedimiento sumarísimo por el cual se dictó la orden de expulsión de Huang y la de los más de cien migrantes que residían irregularmente en el país ha sido inconstitucional y violatorio de todos los compromisos en materia de derechos humanos.

Consideramos que la Corte Suprema, al no tratar el tema de la inconstitucionalidad del DNU 70/2017 en el caso Huang, lo que hizo indirectamente fue afirmar su constitucionalidad, lo cual considero una postura vetusta inspirada en el concepto de la soberanía nacional del siglo XIX, por el cual se reafirma la superioridad del Estado en la gestión de sus fronteras.

Hoy en día, la soberanía de los Estados se ve circunscripta a los compromisos en materia de derechos humanos que estos han asumido con el fin de proteger la paz de la comunidad internacional y ofrecer la oportunidad de permanecer dentro de sus fronteras a las personas que se desplazan por diferentes motivos (económicos, ambientales, culturales, sociales).

Es por ello que todo órgano judicial en la actualidad debe realizar una interpretación holística del sistema normativo, especialmente tomar en cuenta las recomendaciones, sentencias y observaciones que los órganos internacionales elaboran en temáticas sensible que afectan los derechos fundamentales de las personas migrantes.

El sistema de derechos humanos coincide en que las personas migrantes forman parte del sector más vulnerable de la sociedad global, puesto que se ven expuestas a situaciones de precariedad laboral, discriminación cultural y racial.

Cuando una persona migrante se ve enfrentada con las políticas migratorias implementadas por un Estado, se encuentra en una situación de desventaja, puesto que las reglas del juego son diseñadas por la parte más fuerte, investida de facultades soberanas y discrecionales para decidir sobre su vida, su futuro y el de su grupo familiar.<sup>24</sup>

Es por ello que la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, en su Resolución 04/19,<sup>25</sup> señaló que las personas migrantes irregulares son sujetos vulnerables, por lo que los Estados deben tomar medidas apropiadas para erradicar la situación de irregularidad en la cual se encuentran a partir de la elaboración y ejecución de planes de regularización migratoria que tengan en cuenta sus circunstancias al entrar al país, el tiempo de permanencia, el interés superior del niño, la situación de la familia, los lazos locales y la existencia o no de razones humanitarias, entre otros factores.

Consideramos importante que el Poder Ejecutivo elabore y ejecute programas que permitan a las personas migrantes regularizar su situación migratoria, ya que, hasta tanto se dé la reforma de la norma migratoria, es la única solución que podemos encontrar a fin de prevenir situaciones homólogas al caso Huang y el de los más de cien migrantes que fueron expulsados en el mes de diciembre de 2021.

---

<sup>24</sup> Opinión Consultiva N° 18/03 de la Corte IDH. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>.

<sup>25</sup> "Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas". Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>.

## Bibliografía

- GARGARELLA, R.** (2009). “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional. La interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina”. En: *Teoría crítica del derecho constitucional*. Tomo 1. Buenos Aires: Albeledo Perrot.
- GELLI, M. A.** (2009). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Tomo 1. Buenos Aires: La Ley.



# 03.

Trabajos  
científicos  
de cursantes  
y egresados/as  
de la Escuela  
Judicial

El plazo razonable en el proceso penal.  
El problema de quién debe establecer dicha razonabilidad

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 14/09/2021

**Aprobado:** 13/04/2022

## El plazo razonable en el proceso penal. El problema de quién debe establecer dicha razonabilidad

*The reasonable time in the criminal process.  
The problem of who should establish said  
reasonableness*

*Por Juan Manuel Fernández Cora<sup>1</sup>  
Universidad de Morón*

**Resumen:** El trabajo pretende demostrar que el órgano competente para establecer el plazo razonable en el proceso penal es el Poder Legislativo –y no el Poder Judicial, como siempre se sostuvo–, mediante una norma jurídica general y abstracta, para evitar que los procesos penales sean eternos y garantizar a ultranza el mandato constitucional del Preámbulo de afianzar la justicia. Ello, a fin de evitar la arbitrariedad o el criterio discrecional de los magistrados en la búsqueda de determinar dicho plazo.

**Palabras clave:** Plazo razonable – Poder Legislativo – Poder Judicial – proceso penal.

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad de Morón). Especialista en Derecho Penal (Pontificia Universidad Católica Argentina) y en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Egresado de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Secretario en el Juzgado en lo Correccional N° 4 del Departamento Judicial de Morón. Correo electrónico: jmfernandezcora@hotmail.com.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6888-2968>.

**Abstract:** *The content of the following work aims to demonstrate that the competent body to establish what should be the reasonable time frame in the criminal process is the Legislative Power –not the Judiciary Power as has always been sustained–, who must establish by means of a norm, both general and abstract, to prevent the latter from being eternal, and thus be able to guarantee the constitutional mandate of the Preamble to further strengthen justice and just processes. This need be with the purpose of avoiding arbitrariness or the discretionary criterion of the magistrates in the search to determine themselves what the terms and times should be.*

**Keywords:** *Reasonable time frame – Legislative Power – Judiciary Power – Criminal process.*

El juicio previo que exige el artículo 18 de la Constitución nacional se halla formado por actividades procesales, etapas progresivas, un camino rector que no puede ser pasado por alto, materialmente distintas entre sí, cronológicamente separadas las unas de las otras, pero relacionadas en forma tal que no se puede eliminar una sin afectar la validez de las que las prosiguen.

Las etapas en ciernes que inexcusablemente deben cumplirse en el juicio penal son: acusación, defensa, prueba y sentencia. Ellas se vinculan por la unidad del fin que persiguen: arribar a una sentencia judicial que determine si la conducta humana objeto de juzgamiento debe o no ser sancionada, y, en caso afirmativo, con qué pena, de ajuste con la ley aplicable vigente.

Como sostiene Gelli (2013) con absoluta claridad expositiva,

el art. 18 de la Constitución Nacional constituye unas de las máximas garantías de la libertad personal, frente al abuso del poder más allá de los legítimos derechos de la sociedad de defenderse de la acción delictiva. La garantía procura evitar que inocentes resulten condenados mediante la confesión obtenida mediante apremios, torturas o pruebas fraguadas o incluso que los gobernantes persigan a sus enemigos políticos. (p. 276)

Siempre recuerdo, en tal sentido, la película argentina *El secreto de sus ojos*, de Juan José Campanella, cuando se detuvo a dos personas inocentes que, luego de torturas y apremios, confesaron que habían cometido el delito de homicidio que dio génesis a la obra cinematográfica. Desde la perspectiva de los derechos naturales —o de su nueva formulación, los derechos humanos—, las seguridades y límites del artículo 18 consagran tanto la dignidad del eventual afec-

tado por aquellas prácticas prohibidas, como la de la sociedad en su conjunto, que se denigra a sí misma si permite que el propio Estado emplee conductas delictivas, perdiendo de este modo su legitimidad moral y jurídica (Gelli, 2013). Por ello, la norma contiene una serie de garantías procesales e impone límites precisos a la actividad represiva del Estado y a los instrumentos para hacerla efectiva. Estas garantías se inician con el derecho a la jurisdicción, es decir, con el derecho de peticionar ante las autoridades, ante los tribunales, para la emisión de una sentencia justa. El derecho a la jurisdicción se integra con la obligación por parte del Estado de crear tribunales independientes y disponer las reglas de procedimiento que respeten los principios del debido proceso adjetivo. Las sentencias y resoluciones emanadas por los tribunales deben ser *motivadas* por los hechos y las circunstancias del caso y *fundadas* en el derecho penal vigente. Estos deberes procesales, de motivar y fundar la resolución, encuentran su razón última en la propia ley fundamental. Estas reglas procesales encuentran su límite y justificación en la Constitución nacional y las normas sustantivas.

Sostuvo Gelli (2013) que, a entender de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

el artículo 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio, relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales, dotando de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal. (p. 278)

Y prosigue que

la primera frase del artículo 18 CN al establecer que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” constituye una especie del principio de legalidad, establecido en forma general en el art. 19 de la Constitución Nacional. La norma dispone que los tipos penales –definición de hecho delictivo– y la sanción correspondiente deben establecerse por ley. Ni siquiera circunstancias excepcionales autorizan al Poder Ejecutivo a dictar decretos por razones de necesidad y urgencia en materia penal (conf. art. 99, inc. 3, C.N.). (p. 278)

Además de ello, la ley penal debe ser anterior al hecho del proceso, con lo cual resulta inaplicable una más gravosa sancionada con posterioridad.

Cuando el artículo 18 de la Constitución menciona el juicio previo como exigencia para imponer sanciones penales y, en general, la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, está refiriéndose al principio del debido proceso adjetivo, o sea, al que exige cumplimentar ciertos recaudos formales de trámite y de procedimiento para llegar a una definición mediante el dictado de una sentencia.

También existe otro concepto, el del debido proceso sustantivo, que refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, léase razonables. Ello alude al aspecto de fondo de la cuestión o de contenido.

Empero, no se debe entender que siempre haya sido tenido o entendido de ese modo, o sea, que siempre se haya dado acabado cum-

plimiento con el debido proceso legal; sirva de claro ejemplo lo que ocurrió en el sistema normativo español en el siglo XIX.

Al comentar la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, Alonso Martínez decía que el delincuente no avisa al Estado antes de cometer un crimen, por lo que el Estado debía obtener algunas ventajas en los momentos iniciales de la investigación. De allí que la primera fase del proceso, el sumario, era escrito, secreto y no contradictorio (Falcone, 2014). Por ello fue que en la exposición de motivos el ministro de Justicia y Gracia del 15 de septiembre de 1992 se dijo:

Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que este solo es responsable. Desde que surge en su mente la idea de delito, o por lo menos desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y colocar al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe de sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer pues la igualdad en las condiciones de su lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo notablemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor. (Falcone, 2014, p. 25)

Resulta evidente, a todas luces, que el Estado no daba acabado y fiel cumplimiento al debido proceso, sino, antes bien, utilizaba cualquier método o pagaba cualquier costo operativo para dilucidar la verdad de lo ocurrido. Situación esta que en un Estado de derecho como el nuestro resulta obsceno y contrario a las normas constitucionales, convencionales y procesales. En prieta síntesis, inaceptable.

Como sostiene Daniel Sabsay (2015), el debido proceso se integra con el derecho a obtener sentencia dentro de un plazo razonable. Así lo ha entendido el máximo tribunal de la República en numerosos fallos, entre los cuales merece especial interés la doctrina sentada en el caso “Mattei”<sup>2</sup> (p. 283).

En el citado fallo, la Corte hizo lugar al recurso y dijo primariamente que, si bien las decisiones recaídas en materia de nulidades no constituían sentencia definitiva a los fines de la instancia extraordinaria, cabía hacer excepción a ese principio en situaciones en que la resolución recurrida podía llegar a frustrar el derecho federal invocado, acarreado perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior.

El tribunal explicó que

tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento [...] en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro del plazo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero además, y estos es esencial atento a los valores que entran en juego en el juicio penal, obedecen al imperativo de

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1968). “Recurso de hecho deducido por el abogado defensor en la causa Mattei, Ángel s/ contrabando de importación en Abasto”. Fallos 272:188.

satisfacer una exigencia consubstancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal.

Prosiguió argumentando que

En suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo inculpa-do a obtener [...] un pronunciamiento que [...] ponga término de modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

Concluyendo que ese derecho del plazo razonable en esos actuados había sido transgredido.

Sabido es que los plazos son límites temporales dentro de los cuales se debe llevar a cabo un acto procesal. Es una limitación que se impone el mismo Estado para la validez de determinado acto.

En los catálogos normativos se hallan dos tipos de plazos: los que son determinados y los que no. Los primeros son los precisos, ejemplo: cinco días, dos meses, un año, etcétera. En lo medular de la cuestión, el plazo razonable es un plazo no determinado, ya que, en la actualidad, como se verá durante la sustanciación del presente trabajo, queda a criterio de los magistrados, a su arbitrio discrecional. Con todo lo que acarrea que la sustanciación del proceso dependa de la voluntad del mismo sujeto que va a juzgar.

Ahora bien, ya establecidas con palmaria claridad las cuatro etapas fundamentales de todo proceso penal –las cuales, claro está, nunca pueden ser suplidas ni obviadas, ya que ello implicaría la aniquilación a ultranza de las garantías y principios de la defensa en juicio, bilateralidad, igualdad de armas y juicio previo, que se hallan establecidos en las mandas constitucionales, nacional o provinciales, convencionales y procesales, entre otras–, tampoco puede suplirse el plazo razonable del proceso. Y digo esto en la inteligencia de que el Estado es quien detenta el ejercicio de la acción penal, quien posee el *onus probandi*, ora a través de sus jueces de instrucción e investigación, ora a través de sus fiscales o sus agencias ejecutivas de seguridad (vg. policía en función judicial). Por tal motivo es que resulta ser el propio Estado quien debe demostrar la materialidad ilícita y la participación criminal del causante, y no el imputado su inocencia. El Estado tiene todos los instrumentos –legales, claro está– para arbitrar los medios e investigar y juzgar a quienes se les reprocha la comisión de un delito; lo que decanta en que bajo ningún punto de vista puede –y, obviamente, no debe– utilizar medios ilegítimos para “llegar a la verdad o averiguar la misma”; si así lo hiciera, dicha acción debería fulminarse con la exclusión por ser prueba obtenida de modo ilegítimo.

En el mismo andarivel de ideas, tal como lo expuso el máximo tribunal de justicia norteamericano, debe recordarse la teoría del fruto del árbol envenenado, doctrina instaurada de modo pretoriano por ese órgano judicial que hace referencia a que las pruebas de un delito obtenidas de manera ilícita no podrán ser utilizadas en el proceso judicial en contra del imputado para el reproche ni para el dictado de una sentencia condenatoria.

A quien se le reprocha la supuesta comisión de un delito goza del estado o principio de inocencia, consagrado no solo en la ley pro-

vincial en el artículo 1° del ordenamiento procesal penal, sino en el artículo 18 de la Constitución nacional, como así también en diversos instrumentos internacional jerarquizados constitucionalmente a través de la reforma de 1994. Fue el mismísimo Germán Bidart Campos, con palmaria influencia de la Constitución francesa, quien denominó esta supremacía como el “Bloque Federal de Constitucionalidad”. De lo que decanta que ningún ordenamiento normativo puede colisionar o darse de bruces con este bloque.

Incluido en la garantía de la defensa en juicio se halla el derecho a obtener un pronunciamiento que, en el modo más rápido posible, ponga término a la situación de incertidumbre que vive el imputado.

En el fallo “Mattei”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que un juicio rápido como derivación del derecho defensa en juicio constituía un imperativo constitucional, dado el respeto a la dignidad del ser humano.

En “Mozzatti”<sup>3</sup> se dijo que se habían

agraviado hasta su práctica aniquilación, el enfático propósito de afianzar la justicia expuesto en el preámbulo y en los mandatos implícitos y explícitos que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de inocencia y la de su defensa en juicio y el debido proceso legal, ello toda vez que las garantías constitucionales se integran por una rápida y eficaz decisión judicial.

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1978). “Camilo Mozzatti y Gabriel Arturo Bría Méndez, por denuncia y querrela de Darío Gianceselli”. Fallos: 300:1102.

Tal como sostiene Maier (2015), el plazo en ciernes es el trato razonable de duración del procedimiento –derecho a un juicio rápido–, establecido por las convenciones internacionales de derechos humanos, universal y regional. Y se pregunta el citado doctrinario cuál debe ser la duración del proceso y cuál el modo de fijarlo. A su entender resulta ser, aún en la actualidad, cuestionable, sin perjuicio del reconocimiento comprobado de la existencia del plazo y la obligación del Estado de juzgar en cierto plazo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del tiempo en que se desarrolla un proceso: complejidad, actividad procesal del interesado y conducta de las autoridades judiciales.<sup>4</sup>

En cuanto a la privación de la libertad del imputado en relación con el plazo razonable del proceso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoció, mediante la implementación en el artículo 7º apartado 5, el derecho de todo imputado a ser juzgado en un plazo razonable o, en su defecto, a ser puesto en libertad durante la sustanciación del proceso. Fue por tal motivo que se sancionó la Ley N° 24.390 (de 1994), por la cual se reglamentó el instituto de la excarcelación por el cumplimiento del plazo máximo de la prisión preventiva permitido.

Ahora bien, además de lo ya dicho, y como consecuencia directa de ello, la cuestión es determinar la contradicción existente, *prima facie*, entre el sometimiento de una persona a la que se le reprocha la supuesta comisión de un delito, mediante el correspondiente enjuiciamiento, y el reconocimiento que se le debe dar *per se* del principio o

---

<sup>4</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). "Caso de la 'Masacre de Mapiripán' vs. Colombia". Serie C N° 134.

estado de inocencia. Más en el supuesto de que se le apliquen medidas de coacción más intensas, que son las que afectan dicho principio o estado hasta neutralizarlo.

Resulta incomprensible que el Estado, a través de los administradores de justicia, le diga al imputado, “sos inocente, esa es tu garantía, pero, a pesar de que en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico se halle la Constitución nacional y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, te detenemos preventivamente; pero sos inocente, tu estado no ha variado”.

Por ello es que se entiende que los derechos individuales se ven cercenados o menoscabados desde el momento en que el costo insuperable del proceso penal es, sin más, el sufrimiento del inocente, ya que el simple inicio de un proceso y su correspondiente desarrollo causan sufrimiento.

En tal estado de las cosas es que uno de los problemas más trascendentales a los que se somete el derecho penal hoy en día es el de la duración del enjuiciamiento, lo que equivale a la duración de la neutralización del citado principio o estado de inocencia, que debería ser breve, de modo que en el menor tiempo posible o bien en el estado de inocencia frente al reproche penal quedase consolidado por la clausura del proceso a favor del imputado y terminasen las molestias y falencias judiciales, o bien quedase suprimido por el dictado de un veredicto y la respectiva sentencia, que haya pasado en autoridad de cosa juzgada material.

En la actualidad, la excesiva duración del proceso penal es uno de los problemas centrales del mismo. Como sostiene Carlo Guarnieri (2003), cuya afirmación puede ser trasladada sin esfuerzo a todas las naciones de derecho codificado, el principal y más grave de los problemas actuales en la administración de justicia en Italia, y que reúne a todos los demás, es el de la duración de los procesos; y lo es tanto que

el autor, además de recordarnos la proverbial sentencia “justicia lenta, justicia negada”, afirma que por este problema la justicia italiana no puede ser considerada digna de un país civilizado.

Las graves restricciones de la libertad –aprehensión, detención, prisión preventiva, sometimiento del proceso– y todo el resto de las demás cargas y perjuicios que afronta el encartado en el proceso penal no pueden ser mantenidas sin lesionar de modo intolerable el principio de inocencia, cuando la duración del proceso sobrepasa o colisiona de modo flagrante con el ya citado límite de lo razonable. Por ello es que el proceso penal, entre otras cuestiones, está pensado para actuar en términos relativamente rápidos; si ello no se cumplimenta, la justificación de sus poderes de intervención de los derechos fundamentales o naturales se deteriora de modo obsceno y los daños que pueden ocasionarse se tornan irreparables.

En el mismo andarivel de ideas, resulta decisivo el daño que el proceso sin definición causa a quien resulta ser inocente, luego del dictado de un veredicto que establezca su no culpabilidad. O sea, que haya sido perseguido penalmente y luego de un tiempo determinado –en el cual sufrió todas las consecuencias negativas propias de la estigmatización– el único habilitado para dictar un fallo en el proceso, el juez natural, resuelva que no se ha acreditado la materialidad ilícita, ya porque no se probó la autoría penalmente reprochada al causante o porque haya existido alguna causal de justificación o atipicidad. ¿Quién asume el costo del proceso penal? Y no hablo solo de la prisión, sino también del resto de los integrantes de la sociedad que, aun siendo inocente o poseyendo el derecho a ser tratado como tal, lo tilden de “delincuente”, “chorro”, “malandra”, “caco” o cualquiera de los epítetos con los cuales se lo suele mencionar o describir, dándose de bruces con la dignidad humana.

En el caso diametralmente opuesto, también opera y se enquistaba el mismo daño al imputado que resulta ser culpable, a quien se le ha dictado un veredicto de condena se le ha impuesto una pena en los términos del artículo 5 del Código Penal. Y digo esto porque, más allá de que se lo condene, por el simple hecho de ser persona goza de todas y cada una de las garantías constitucionales, convencionales y procesales, y en tal sentido debe ser respetado con el principio del plazo razonable.

Ya Beccaria (1993), en 1774, afirmó que “el proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible”, porque

cuando más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y más útil [...] más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia. (p. 182)

Diez lustros más tarde, Feuerbach dirá que no tardar es una obligación de los jueces (Pastor, 2004).

Con un fundamento netamente de índole cronológico, analizaré diferentes instrumentos internacionales que han sido guías rectoras del tema tratado.

Como resultado de lo antes dicho, y con base en otros pensadores con sus respectivas ideas, reflexiones, razonamientos e intenciones, el derecho constitucional consagró el derecho de la persona acusada de haber cometido un delito a ser juzgado rápidamente. Una de las primeras manifestaciones del tema, tal como afirma

Pastor (2004), está contenida en el artículo 8 de la Declaración de Derechos hecha por los representantes del pueblo de Virginia en 1776, según la cual toda persona sometida a persecución penal tiene el derecho a un juicio rápido ante un jurado imparcial. Este derecho fue reconocido en la 6° Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, cuando se menciona que: “En todas las causas penales, el acusado disfrutará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un juzgado imparcial” (Gelli, 2013, p. 285).

Más cerca de nuestros tiempos, no debe soslayarse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 no consideró el derecho a un juicio rápido; empero, sí lo hizo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que estableció que “todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho [...] a ser juzgado sin dilación injustificada [...] o de lo contrario a ser puesto en libertad” (art. XXV).

En la década del cincuenta, el plazo razonable fue insertado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. De modo puntual, se refirió a que:

toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre los derechos y obligaciones de carácter civil, o sobre el fundamento de toda acusación en materia penal dirigida contra ella. (art. 6.1)<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1249.pdf>.

Años más, tarde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estableció el derecho en cuestión a fin de preservar las garantías del sujeto sometido a proceso. En primera instancia, al referirse a los derechos de quien está privado de su libertad provisoriamente instituyó que toda persona detenida “tendrá el derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable” (art. 9.3). También se utilizó otra técnica legislativa en cuanto a que el causante de un proceso posee el derecho a “ser juzgado sin dilaciones indebidas” (art. 14.3).

En última instancia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en su artículo 7.5, se estableció que “toda persona detenida o retenida [...] tendrá el derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable”. A su vez, y hasta con precisión quirúrgica, refiere que

toda persona tiene el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la situación de cualquier acusación penal formulada contra ella. (art. 8.1)

A todas luces, remiten a la misma configuración del derecho y tienen los mismos alcances en cuanto a que el imputado de la comisión de un delito goza de un derecho constitucional, convencional y procesal según el cual el proceso que se le sigue debe culminar de modo definitivo con un plazo que asegure un enjuiciamiento expeditivo.

Como ya antes había expresado en nuestro país, en 1968, a través del citado fallo “Mattei”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho constitucional del causante a que su situación frente al reproche penal, y también ante la sociedad, sea

definida en el menor tiempo posible, a causa de la innegable restricción de derechos que representa el sometimiento a un proceso, con el costo que debe soportar el causante ante la estigmatización, como ya fue expuesto.

Pero soy de la opinión, más allá de que el fin del principio de plazo razonable sea una garantía y un derecho de la persona sometida a proceso, que también debe serlo en respeto de las garantías de la víctima del mismo proceso, como también en relación con la familia de este y la sociedad en sí, para que se cumpla con el mandato constitucional que emerge del propio preámbulo de nuestra carta magna, y me refiero de modo puntual al hecho de “afianzar la justicia”. Todos los integrantes de la sociedad y del propio Estado de derecho debemos realizar nuestro aporte para afianzar tal principio constitucional, y la exigencia del plazo razonable y del debido proceso debe ser cumplida por los que tienen la competencia para juzgar a quien se halla imputado de un delito. Y, siguiendo la relación directa entre el debido proceso y el plazo razonable, que nunca, para una pronta resolución del caso, se violen garantías.

La teoría dominante no considera la expresión “plazo razonable” como condición temporal, prevista en abstracto por la ley, sino, como sostiene Daniel Pastor (2002),

como una indicación para que, una vez concluido el proceso, los jueces evalúen la duración que tuvo el caso para estimar, según una serie de criterios, si esa duración fue o no razonable y, en caso de que no lo haya sido, compensarla de alguna manera. Según la opinión dominante el plazo razonable no se mide en días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe

ser evaluado por los jueces caso a caso –terminado el caso– para saber si la duración fue razonable o no lo fue, teniendo en cuenta la duración efectiva del proceso, la complejidad del asunto y la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculpado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes. (p. 10)

Y digo esto en la lógica pura de que no puede ser nunca interpretado bajo la misma lupa un hecho por el delito de hurto –en el cual, además de la denuncia o el acta de procedimiento, solo haya tres testigos para deponer y que conste todo el expediente de cien fojas (a modo de ejemplo)– que un delito por demás complejo –que conste de un sinfín de cuerpos, entre diversas pruebas incorporadas, y la declaración de cientos de testigos al debate–. Y ello no puede ser analizado como si fuera una cuestión de desigualdad, sino que el desarrollo y el estudio de ambos procesos son diferentes.

Si el plazo fuera irrazonable, se debería pasar al ámbito de las consecuencias jurídicas a los efectos de reparar el derecho violado, como una especie de solución compensatoria. En ese orden de ideas, se deberían indemnizar los retrasos, atenuar la pena impuesta o variar el modo de ejecución de la sanción en favor del imputado, o mismo se lo absuelva. Además de ello, también aplicarse sanciones a los magistrados que incurrieron en el retraso verificado.

Por lo expuesto, y en prieta síntesis, debe comprenderse que el plazo razonable del proceso penal no es un plazo en sentido procesal penal que debe ser previsto abstractamente por la ley, sino una pauta interpretativa, con todo lo que ello acarrea, y la cuestión subjetiva de los magistrados para estimar si la duración del proceso ha sido

razonable o no. Como ya dije, también verificando, caso por caso, la complejidad y la temática de cada uno.

En el supuesto de que se compruebe la irracionalidad de la duración, la violación del derecho debe ser compensada desde el punto de vista material, mediante sanciones tanto penales como civiles o administrativas. Ello, para que los operadores judiciales, en lo sucesivo, no actúen del mismo modo y se abstengan de incumplir con las mandas legales y el plazo razonable. Más allá de que el causante se “beneficie” ante la falencia del Estado. Soy de la opinión de que nunca, bajo ningún punto de vista, puede recaer en cabeza del imputado la desidia, falencia, ignorancia, corrupción, en fin, la falla del Estado.

Empero, no comparto *in totum* lo establecido por la doctrina mayoritaria. Me explico.

Entiendo que el plazo razonable debe ser interpretado como aquello que el derecho procesal penal comprende por plazo: el lapso dentro del cual un acto procesal debe ser realizado para tener validez y eficacia, ello, claro está, sin variar el debido proceso. Como dijo Pastor (2004), la regulación de la extensión máxima del proceso también está impuesta por el principio *nulla poena sine lege*, en tanto se observe y reconozca que el proceso mismo opera ya como una pena “material”, aunque informal, si se quiere. El plazo legal, por último, evita la manipulación judicial (decisionismo y arbitrariedad) de la razonabilidad de la duración de los procesos, al estipular un límite absoluto al poder de enjuiciamiento del Estado que, en cuanto tope máximo, está fuera del alcance de toda interpretación incierta.

A los tribunales y a los órganos de control del respeto de los tratados internacionales de derechos humanos les compete únicamente

analizar si los plazos legales –los máximos, no los mínimos– son efectivamente razonables.

Además, este plazo debe ser establecido por el legislador de un modo general y abstracto, con el fin de impedir que los procesos se sustancien eternamente en los diversos tribunales, ya que ello atenta a todas luces contra la dignidad humana y el respeto de todo procesado, imputado de un delito. Ello, en el entendimiento de que toda imputación y todo proceso son una coacción estatal que menoscaba diversos derechos del acusado, ora mediante la obligación de tolerar el sometimiento del proceso, ora por la estigmatización o las posibles medidas de coerción impuestas, y que esa coacción es solo legítima si está autorizada por la ley dentro de límites precisos.

Y en el entendimiento de que debe ser limitado el poder, tal como vengo proponiendo, diré que resulta ser el mismo Poder Legislativo el órgano competente para limitar al Poder Judicial. La limitación en el ejercicio del poder es el elemento medular de esta rama del derecho (constitucional), ya que permite que se plasme su objetivo principal. Así lo entendieron los grandes pensadores que brindaron sus bases. Lord Acton sostenía que “el poder tiende a corromper, el poder corrupto corrompe completamente”. Sin lugar a dudas, Montesquieu coincide con esta apreciación cuando en *El espíritu de las leyes* manifiesta que es necesario por la fuerza de las cosas que el poder detenga al poder (Sabsay, 2015).

En ese mismo orden de ideas, el vencimiento del plazo máximo de duración razonable del proceso debe ser visto como un impedimento que evite su prolongación, en razón de que, de proseguir, aniquilaría garantías constitucionales y convencionales, volviéndose ilegítimo a partir de ese momento. En el derecho procesal penal, este impedimento se canaliza a través del instituto de la prescripción de

la acción o la pena, ya que el Estado no puede estar toda la vida para juzgar a los imputados de delitos.

El grave problema del concepto de plazo razonable es que obedece al arbitrio subjetivo de los magistrados, quedando en manos de ellos no solo el causante de marras, sino también la propia víctima del proceso. Por lo que, en base al principio republicano de la división tripartita de las funciones de poder, y a los fines de una mejor administración de justicia y de respetar la dignidad humana, para una mejor vida democrática de la sociedad resulta imperioso que el legislador los establezca, y los establezca de modo abstracto.

Tal como lo estableció Carrara (1956), compartiendo la misma línea argumentativa

sería burlarse del pueblo el dictar preceptos de procedimiento dejando su observancia a gusto del juez [...] Si el legislador dicta un procedimiento que pueda ser violado al arbitrio de los jueces, no hace una ley, sino que se limita a dar un consejo. (p. 277)

El principio del Estado de derecho constitucional reclama que toda la actividad desplegada por este debe estar regulada y, consecuentemente, limitada por ley. Como ya dije, el poder debe limitar al poder para evitar abusos y que este se convierta en un caballo desbocado o un Estado totalitario. Esta limitación del poder salvaguarda las libertades individuales y prohíbe al Estado realizar actividades que no estén expresamente autorizadas, siendo este quien detenta el ejercicio de la acción penal y el monopolio de la fuerza y la violencia.

El proceso penal le impone al imputado, durante su sustanciación, tolerar dicho proceso, con todas las cuestiones negativas

ya dichas. Si el mismo legislador fue quien impuso las penas y los tipos legales, como así también las cuestiones relativas al procedimiento en sí, debe ser competencia de este establecer el plazo razonable, ya que la misma Constitución ha delegado en él y no en los jueces determinar en qué medidas se limitan los derechos de los individuos.

En un Estado de derecho como el nuestro, es la ley la única fuente obligatoria de sus normas. Y en tal entendimiento es la propia ley –a través del Poder Legislativo– la que debe fijar el plazo razonable y no los tribunales. Entender que los jueces son quienes deben establecerlo viola el principio de la división tripartita de las funciones del poder, ya que las reglas del procedimiento deben ser fijadas por el Congreso.

## Bibliografía

- BECCARIA, C. (1993). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Helia.
- BIDART CAMPOS, G. J. (1998). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- CARRARA, F. (1956). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis.
- FALCONE, R. A. (2014). *El juicio oral*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- GELLI, M. A. (2013). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley.
- GUARNIERI, C. (2003). *Judicialismo. ¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano*. Buenos Aires: Hammurabi.
- MAIER, J. B. (2015). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- PASTOR, D. R. (2002). *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2004). “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”. En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4.
- SABSAY, D. A. (2015). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.

Derecho y trabajo en la era de la inteligencia artificial

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 20/03/2022

**Aprobado:** 31/03/2022

# Derecho y trabajo en la era de la inteligencia artificial

*Law and work in the era of Artificial Intelligence*

**Por Luisina Ortiz<sup>1</sup>**

*Universidad de Buenos Aires*

**Resumen:** La propuesta de este trabajo es analizar el nuevo paradigma jurídico ante el avance disruptivo de la inteligencia artificial y su impacto en todos los sectores sociales de este siglo, especialmente en el ámbito laboral. Nos encontramos desde hace algunos años atravesando la llamada cuarta revolución industrial, donde el mundo se ha sumergido en la masificación de tecnologías que transformarán radicalmente las actividades humanas, trayendo consigo grandes beneficios, pero también resistencias e inquietudes, fundamentalmente en torno al empleo. El derecho no es ajeno a esta cuestión, pues, por su carácter dinámico, hoy es convocado a

---

<sup>1</sup> Abogada (Universidad de Buenos Aires). Docente con actualización en herramientas informáticas (Universidad Tecnológica Nacional). Ejerce la profesión especializándose en Derecho del Trabajo. Estudiante de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, de la Universidad de San Isidro y de la Universidad de Tres de Febrero. Becada en el Programa de Formación Multidisciplinaria de Inteligencia Artificial del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA IALAB) con incursión en los Módulos de Gobernanza de Datos y Algoritmos durante 2021. Correo electrónico: luisina.ortiz@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7193-2548>.

regular nuevos escenarios que con el devenir tecnológico comienzan a suscitarse.

**Palabras clave:** Derecho – Trabajo – Inteligencia artificial – Justicia.

**Abstract:** *The proposal of this work is to analyse the new legal paradigm in the face of the disruptive advance of artificial intelligence and its impact on all social sectors of this century, especially in the workplace. We have been going through the so-called fourth industrial revolution for some years now, where the world has been immersed in the massification of technologies that will radically transform human activities, bringing with it great benefits, but also resistance and concerns fundamentally around employment. The law is no stranger to this issue, because due to its dynamic nature, it is called today to regulate these new digital scenarios that with the technological evolution begin to arise.*

**Keywords:** Law – Labor – Artificial Intelligence – Justice.

## Una aproximación al campo de la inteligencia artificial

A medida que transitamos nuestra jornada diaria, sin darnos cuenta utilizamos programas de inteligencia artificial (IA) incluidos en los equipos que acostumbramos usar. Tomemos el ejemplo de las aplicaciones que poseen los teléfonos inteligentes: hoy pueden, en segundos, informarnos acerca del estado del tráfico o los caminos más accesibles, solicitar un vehículo, operar con el banco, mostrarnos una serie o película, y hasta es muy probable que el dispositivo nos haga sugerencias según nuestros gustos o que el procesador con el que redactamos un correo electrónico o un escrito nos advierta sobre un error. A los que pertenecemos a generaciones anteriores estos escenarios nos parecían casi imposibles, pero en la actualidad, y especialmente para los nativos digitales, estas situaciones son una obviedad.

Quienes nos dedicamos al campo del derecho, ya sea desde la profesión independiente, en la Administración pública o en el ámbito de la Justicia, hemos incorporado gran cantidad de tecnologías disruptivas en el transcurso de los últimos años, en especial durante el inicio de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2. Podemos coincidir en que, luego de adoptar las prácticas que ha traído consigo la digitalización de los expedientes judiciales, es muy poco probable que se dé un paso atrás en lo que respecta a su manejo y revisión.

Tenemos, pues, un gran desafío por delante. Es por este motivo que necesitamos desarrollar nuevas habilidades, adoptar una capacitación permanente y acompañar al justiciable en este mundo de cambios radicales que acontecen en lapsos muy cortos.

Es sabido que la jurídica no es una ciencia autónoma: necesita de otras que brinden su apoyo. En lo que a información se refiere, dos

ciencias nuevas irrumpieron para colaborar con el derecho: la cibernética y la informática.

Sin importar la rama del derecho, al igual que todas las profesiones debemos prepararnos y adaptarnos, adquiriendo nuevos conocimientos que implican nuevos desafíos y generan un salto cualitativo para muchos difícil de comprender.

Garry Kaspárov, el mejor ajedrecista de la historia, a finales del siglo XX compitió con una máquina de IBM denominada Deep Blue. El duelo fue titulado en aquel momento por la revista *Newsweek* como “El último combate del cerebro”. Ya por el año 1985, el ícono mundial había vencido a 32 máquinas en forma simultánea, cuestión que se repitió en 1997, al ganar la partida contra Deep Blue. Pero al momento de disputarse la gran revancha, fue finalmente vencido por la inteligencia artificial de IBM.

Tiempo después, al analizar estos sucesos, Kaspárov dejó un interesante mensaje en una charla TED:<sup>2</sup>

de mi experiencia personal aprendí que debemos enfrentar los temores si queremos aprovechar al máximo nuestra tecnología, si queremos obtener lo mejor que pueda dar nuestra humanidad. El humano más la máquina no es futuro, es presente. Todas las profesiones enfrentarán la presión que sufrí con el ajedrez. Es una excelente noticia para que la humanidad pueda progresar.

---

<sup>2</sup> Disponible en: [https://youtu.be/NP8xt8o4\\_5Q](https://youtu.be/NP8xt8o4_5Q).

## ¿De qué hablamos cuando hablamos de inteligencia artificial?

“IA” puede ser un término problemático, porque sugiere que las máquinas pueden funcionar según los mismos conceptos y reglas que la inteligencia humana. No es así. La IA generalmente optimiza la ejecución de tareas computarizadas asignadas por seres humanos mediante repetición e intentos iterativos.<sup>3</sup>

Diferentes intentos a lo largo de la historia han querido precisar el concepto, entre ellos, el de Alan Turing, cuando dio el puntapié inicial acerca de cuándo una máquina puede ser considerada inteligente.<sup>4</sup> El matemático no dejó asentada una opinión precisa sobre el tema, pero remarcó las cualidades básicas que debía tener. Así, a pesar de los años transcurridos desde el estudio de Turing, aún no se ha llegado a una definición única respecto de qué es la IA, y es muy complejo acordar un marco omnicompreensivo para conceptualizarla.

La propuesta de este trabajo no es la de ahondar en definiciones ni tecnicismos, sino más bien acercarnos a su estudio y comprender básicamente su contenido. Es por ello que en primer lugar debemos centrarnos en reconocer el denominador común de la inteligencia humana: “la capacidad de procesar información para resolver problemas

---

<sup>3</sup> Asamblea General de Naciones Unidas (2018). “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión”, p. 3. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/270/45/PDF/N1827045.pdf?OpenElement>.

<sup>4</sup> Turing, uno de los padres de la IA, abordó la cuestión en 1950, en su artículo “Computing Machinery and Intelligence”.

en función de alcanzar objetivos” (Ray Kurzweil, 1999, p. 107).<sup>5</sup> En esta capacidad se ubica un objeto crucial: el reconocimiento de patrones que se presentan bajo dos grandes procesos simultáneos, por un lado, las etiquetas emocionales –aquellas marcas o información afectiva en cada recuerdo– y, por otro, el pensamiento jerárquico o modelo jerárquico de la estructura de la inteligencia.

Cuando nos encontramos con una situación o estímulo etiquetado, poseemos la información útil para decidir qué acción debemos realizar. Esta forma de razonar se vincula con una estructura compuesta por diferentes elementos dispuestos según un patrón.

Teniendo en cuenta el análisis que precede, podemos decir que la IA se basa en obtener por métodos artificiales el reconocimiento de patrones para alcanzar objetivos o resolver problemas. Como podemos ver, este proceso supera de modo exorbitante lo que alcanzamos con la inteligencia humana.

Mientras que los seres humanos transitamos un camino biológico de aprendizaje evolutivo, la IA se basa en algoritmos, datos, programación humana y, por sobre todo, la velocidad de procesamiento, la posibilidad de conectarse con otros sistemas simultáneamente y una enorme capacidad de almacenamiento de la información. Máquinas y algoritmos son cada vez más capaces de igualar y superar las habilidades que estaban reservadas únicamente al cerebro humano, por lo que desde hace algunos años nos encontramos en el camino de reemplazar en forma automatizada todas las actividades que realizábamos de una manera biológica.

Conceptos que hoy se han popularizado, como IA o humanidad aumentada, son procesos históricos que se vienen desarrollando con

---

<sup>5</sup> Para un mayor desarrollo del concepto, véase Gardner (2001) y Manes y Niro (2014).

el avance de la tecnología. Lo novedoso que nos trae esta cuarta revolución industrial es que se han masificado tecnologías que suplen o superan lo que antes podíamos lograr únicamente con nuestra capacidad intelectual.

## **Paradigmas históricos y actuales en clave de revolución tecnológica**

Las grandes transformaciones que producen las innovaciones tecnológicas, con sus escenarios inéditos y vertiginosos, suelen despertar la idea de que las máquinas vienen a quitarnos nuestra fuente de trabajo, y esta irrupción de las TIC<sup>6</sup> emergentes no es la excepción a la regla.

Los empleos históricamente fueron moldeados por las revoluciones precedentes, y aquí es cuando el interrogante se potencia: ¿nos desemplearán las máquinas y los robots o habrá mayores posibilidades de empleo y de mejorar su calidad?

Diferentes encuestas a lo largo del mundo dejan entrever una gran postura pesimista: aproximadamente más del 70 % de los/as latinoamericano/as, europeos/as y estadounidenses comentan que no esperan beneficiarse con esta revolución, y en países con economías desarrolladas creen que la automatización ampliará la brecha de desigualdad entre las clases sociales y se hará muy difícil la búsqueda de empleo (Cevasco, Corvalán & Le Fevre Cervini, 2021).

---

<sup>6</sup> Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son el conjunto de dispositivos que permiten la adquisición, almacenamiento, producción, tratamiento, comunicación y presentación de informaciones, con formato de texto, icónico o acústico. Para su mayor comprensión, se sugiere Chiesa (2022).

John Maynard Keynes, en 1930, avizó un futuro sombrío como consecuencia del impacto negativo que tendría el reemplazo de las personas humanas por las máquinas, acuñando el término “desempleo tecnológico” para referirse a él como una “enfermedad”.

En consonancia con esta postura crítica, el Foro Económico Mundial, en su informe “The Future of Jobs”,<sup>7</sup> predijo que para el año 2020 se perderían cinco millones de empleos; actualmente postula que setenta y cinco millones de puestos de trabajo serán desplazados por la automatización y robotización del trabajo.

Es predecible que ante las irrupciones tecnológicas de gran magnitud la primera perspectiva sea desalentadora, pero es importante ir un poco más allá y analizar el fenómeno en profundidad.

Hemos mencionado que la IA viene acompañada de máquinas y algoritmos que son cada vez más capaces de igualar y superar ampliamente múltiples habilidades que estaban reservadas al cerebro humano. Suele utilizarse esta visión como problemática, pero la IA generalmente optimiza la ejecución de tareas asignadas por seres humanos. Así lo ha expresado la Resolución 73/348 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>8</sup>

Los seres humanos convivimos desde hace varios siglos con máquinas que reemplazan y mejoran nuestras habilidades físicas. En este escenario es donde la naturaleza de los trabajos se enfrenta a transformaciones radicales, donde la tecnología abre puertas impensadas. El nacimiento de la producción masiva del automóvil es un caso ejemplificador: si bien causó un gran desempleo entre las personas que tiraban de los carros en aquel tiempo, se crearon muchísimos más

---

<sup>7</sup> Disponible en: <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2020/>.

<sup>8</sup> Véase nota 3.

puestos en la manufactura de neumáticos. También trajo aparejado un impacto en la agricultura, al suplir a los equinos y su alimento, por lo cual los granjeros debieron modificar algunos de sus cultivos. Asimismo, se produjeron otros efectos indirectos, como la necesidad de la sociedad de contraer préstamos para la adquisición de estos vehículos, naciendo de esta manera un rubro nuevo en los servicios financieros (Etcheberry, 1991).

Otro clásico ejemplo es la irrupción de los cajeros automáticos en 1970, que sirvieron para reducir el número de cajeros bancarios por sucursal hasta 2004. Al reducir este coste de personal, los bancos abrieron nuevas sucursales urbanas, cambiando profundamente las tareas laborales de las personas, que cada vez funcionan más como vendedores, forjando relaciones con clientes y ofreciendo productos de la entidad.

Podemos observar que este tipo de transformaciones posibilita nuevos empleos y da origen a puestos de trabajo de mejor calidad.

El presente trabajo tomará distancia de visiones apocalípticas que pretenden advertir un futuro oscuro en el que la IA es la causa del desempleo, una especie de “sálvese quien pueda” que alarma a la población mundial; pues, como así ha dicho Juan G. Corvalán (Cevasco, Corvalán & Le Fevre Cervini, 2021), “aunque los sistemas de IA, los robots y la automatización desemplean, hay que tener en cuenta la película y no la foto” (p. 100).

Es muy común que los enfoques mediáticos del tema suelen reflejarse con estos pronósticos que predicen una especie de desempleo tecnológico, cuando en realidad el problema radica en la vulnerabilidad de los trabajadores ante estos nuevos escenarios.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a nivel global en los países desarrollados, el 2018 fue el sexto año consecutivo

con tasas de desempleo descendentes. Un 3,7 % es la cifra más baja de la tasa de desempleo durante los últimos 49 años en los Estados Unidos, siendo este uno de los países más avanzados en el desarrollo de robótica y aplicación de sistemas de IA. Ha ocurrido lo mismo en países como Japón, Alemania y Australia, donde se crearon muchos más puestos de trabajo en los servicios profesionales y asistenciales.<sup>9</sup>

Así, pues, en sentido contrario a la postura que tuvo Keynes en su momento, las cifras de desempleo que arrojan estos países con mayor grado de automatización demuestran que las predicciones catastróficas no tienen asidero en el corto plazo. Incluso en el presente, con un escenario pospandemia, parece ser que las nuevas tecnologías crean más empleo.

El fenómeno es completamente asimétrico, ya que la automatización puede en algunos sectores incrementar el empleo, como es el caso de la producción automotriz de alta gama en las fábricas alemanas de BMW, Audi y Mercedes Benz, pero también reducirlo, como es el caso de Foxconn o Amazon.<sup>10</sup>

El crecimiento desigual en las últimas décadas ha llevado a un desequilibrio y polarización del mercado laboral. En este proceso, se ha venido dando un crecimiento de ocupación de alta califica-

---

<sup>9</sup> La tasa de desempleo de Japón, en 2017, era de 2,8 %; en 2018 fue de 2,3 % y en 2019 descendió a 2,2 %. En Alemania, de un 3,6 % de 2017, un 3,4 % en 2018 y un 3,3 % en 2019. En Inglaterra, 4,4 % en 2017, 4,0 % en agosto de 2018 y 3,8 % en 2019, estimándose estos datos estables para 2023. Disponible en: [www.datosmacro.expansion.com/paro/japon](http://www.datosmacro.expansion.com/paro/japon).

<sup>10</sup> Estas empresas han desplazado a gran cantidad de trabajadores al introducir la automatización en reemplazo de las actividades repetitivas, aunque algunos analistas consideran que mejora la calidad de empleo al permitir que este sea más sofisticado y con más habilidades cognitivas.

ción y salarios altos y por otro lado ocupaciones de baja calificación y bajos salarios.

La clave para mitigar este último panorama y aprovechar el potencial de la IA es invertir en la mejora de las habilidades de las fuerzas de trabajo, en consonancia con un rol interventor tanto del Estado como de las empresas y las instituciones educativas para obtener mejores oportunidades y beneficios. Cuando se comprenda que el fin de la automatización debe tener sus raíces en mejorar productividad, costos, calidad de vida de los trabajadores, mejores resultados se obtendrán para todos los que intervengan en el proceso.

Debemos eliminar la idea de que la IA viene a desbancar a un/a trabajador/a de su puesto laboral; lo cierto es que sustituirá un conjunto de tareas, complementando consecuentemente su trabajo. Esta cuarta revolución industrial está creando una nueva demanda de puestos laborales, y podría convertirse en grandes oportunidades con solo analizar las características fundamentales de sus cambios y cómo colocarse a su nivel.

Es menester destacar que la utilización de las TIC requiere trabajadores calificados con la consecuente exigencia de capacitación para determinados puestos. Por otra parte, las conexiones en línea y en tiempo real a través de las TIC han permitido que los trabajadores puedan trabajar en cualquier lugar y momento, lo que ha sido llamado *smart working* o “trabajo ágil”, lo cual refiere a la flexibilidad en la jornada laboral.

El hecho básico de que “la tecnología elimina los trabajos, no el trabajo” (Christoph & Veronica, 2019, p. 35) implica que la IA debe ser analizada desde una perspectiva holística, potenciadora y liberadora de nuestra fuerza de trabajo. En caso contrario, difícilmente su impacto tendrá los resultados esperados.

## El escenario en América Latina

Es importante saber cómo nos encontramos preparados para este cambiante mercado laboral en nuestra región, ya que el hecho de que las máquinas reemplacen ciertas capacidades cognitivas humanas nos demandará otro tipo de competencias y aptitudes para afrontar el nuevo escenario.

Latinoamérica se encuentra ante numerosos obstáculos a la hora de implementar las nuevas tecnologías: falencias en infraestructura, ausencia de un marco estratégico de modernización, lento avance en habilidades y preparación de la fuerza laboral que demanda el mundo digital.

El presente se encuentra teñido de altas tasas de desempleo, inestabilidad y precariedad laboral, donde surgen los grandes debates sobre las condiciones de las personas frente a las plataformas de trabajo basadas en inteligencia artificial.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el impacto de la automatización es asimétrico, no podemos dejar de tener una visión esperanzadora. Es fundamental la inclusión y capacitación de los/as trabajadores/as, construyendo esa realidad a partir de políticas, normas y acciones orientadas a un futuro dignificante en materia laboral. Diferentes especialistas en la materia, como la Dra. Cecilia Danesi (2020),<sup>11</sup> explican la necesidad de una formación en derechos humanos en el desarrollo de las nuevas tecnologías, fomentando que la IA puede ser una herramienta de inclusión.

---

<sup>11</sup> Investigadora y docente de la Universidad de Buenos Aires, ha escrito diferentes artículos en materia de Inteligencia Artificial y Derecho.

Argentina, especialmente, tiene un gran desafío con respecto al desarrollo de la automatización en comparación con otros países, por ello es importante que se vayan puliendo los procesos tanto dentro del sector privado como del estatal para poder canalizar el potencial humano en búsqueda de un modelo sustentable, donde robots y personas, trabajando en conjunto, serán el reflejo de un presente que tomará forma en la región.

La IA y la robótica tienen herramientas de gran caudal para aumentar el crecimiento exponencial en nuestra región, y es claro que acarrearán una fuerte demanda laboral, donde la inclusión social es determinante. Los interrogantes que plantean estas cuestiones son: ¿cuáles son las nuevas tareas y trabajos?, ¿cómo llevar a cabo esa transición?, ¿qué tipo de habilidades digitales serán requeridas en los currículums laborales?

El mercado laboral exige cada vez más una impronta capacitada y preparada con habilidades creativas capaces de adaptarse a estos cambios tecnológicos, y también prever los potenciales impactos negativos de la tecnología en el empleo, es decir, tomar las medidas adecuadas para que la fuerza laboral se encuentre preparada, evitando así su desplazamiento.

Este nuevo escenario requerirá de una gran inversión de capital humano para fortalecer y estabilizar la productividad de los sectores público y privado a lo largo del tiempo. A tal fin se deben ir creando en forma planificada las condiciones adecuadas para la transición al nuevo entorno de trabajo, otorgando las herramientas primordiales que desarrollen una fuerza laboral en conjunto con la inteligencia aumentada.

Es menester que las políticas públicas coloquen en agenda, por delante, los mecanismos para hacer partícipes a aquellos que no gozan de los beneficios de la digitalización e incluir en este nuevo paradigma

a los que se encuentran marginados y en condiciones de desigualdad, de lo contrario, la brecha sería aún más grande.

La fórmula para lograr estos avances es la complementariedad entre el humano y las máquinas –la famosa “cobotización”–, donde la IA arrije para maximizar la capacidad de los/as trabajadores/as, pudiendo desplegar su mayor potencial y valor agregado y otorgar la posibilidad de mejorar su calidad de vida y trabajo.

Tomaremos un fragmento de la “Declaración del Centenario para el Futuro del Trabajo”, de la 108° Conferencia Internacional del Trabajo, en el cual se expresa:

se debe aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive, mediante el diálogo social, para lograr trabajo decente y desarrollo sostenible y asegurar así la dignidad, la realización personal, y una distribución equitativa de los beneficios para todos.<sup>12</sup>

## **Un breve análisis de las formas atípicas de contratación a través de las plataformas digitales**

Las nuevas tecnologías evolucionan a pasos agigantados, llevando adelante un cambio de paradigma dentro de las empresas, puestos de trabajo y formas de contratación, lo que no implica que esto vaya de

---

<sup>12</sup> Disponible en: <https://www.oitcinterfor.org/node/7595#:~:text=Se%20trata%20de%20una%20Declaraci%C3%B3n,el%20trabajo%20decente%20y%20sostenible.>

la mano con los principios del derecho del trabajo que se han forjado durante tantos años.

La IA tiene dos facetas, una positiva, que es la que nos hará avanzar hacia un sendero de progreso, y la otra conformada por las consecuencias negativas que puede tener sin una regulación adecuada.

Para la OIT, los empleos que surgen de “arreglos atípicos” ven afectados fundamentalmente aspectos como la jornada laboral, la estabilidad o el tipo de contratación. Así, van surgiendo nuevos contextos de transformación en el mundo del trabajo, desdibujando la figura del asalariado y aparentando ser “vínculos de colaboración cuando, en verdad [...] encubren relaciones laborales” (Christoph & Veronica, 2019, p. 37).

Emergen así nuevas modalidades de trabajo que conquistan velozmente un campo donde todavía la regulación en la materia está ausente y el riesgo es manifiesto: competencia desleal, monopolios y la precarización laboral tan temida. A falta de legislación, gran cantidad de empresas avanzan a través de estas plataformas denominando a sus trabajadores “taskers”, “guías”, o nombres relacionados con la propia plataforma, encubriendo el real escenario de la dependencia.

En nuestro país y en Brasil, desde hace algunos años, se han producido debates acerca de las consecuencias de este escenario, previendo la calidad de los empleos emergentes, cuestión que hasta el día de hoy suscita polémica entre los actores implicados.

La OIT, en 2019, emitió varias recomendaciones para un futuro más promisorio, proponiendo un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que les exija a estas y a sus clientes el respeto de derechos y condiciones mínimas. También el Foro Económico Mundial formalizó, en la “Carta de principios para

un buen trabajo en plataformas”, una serie de postulados para operar a través de estándares más sólidos.<sup>13</sup>

Lo cierto es que los debates aún no han encontrado un denominador común, pero sí coinciden en que es indispensable ponerse en marcha para lograr nuevas regulaciones en la materia y actualizar las que sean necesarias para evitar un desmedro de la calidad del trabajo a futuro.

Paralelamente, las barreras a nivel conectividad y acceso a la tecnología plantean otro escollo en este avance. Tomemos como ejemplo una deficiente cobertura de red, ausencia de recursos de inversión, costos de servicios, entre otras. Es sabido que nuestro país aún se encuentra en proceso brindar la accesibilidad tecnológica a todos los hogares, lo que lamentablemente fomenta la brecha de formación a largo plazo y de oportunidades laborales.

La pandemia de SARS-CoV-2 dejó a la luz cuán importante es la conectividad digital en nuestro territorio y demostrado las diferencias existentes. Tenemos un gran desafío para saltar estas barreras y que todos los actores del mundo del trabajo se involucren en conjunto para acelerar la inclusión digital.

Es menester también que, a la hora de regular esta materia, se tenga en cuenta a aquellos sectores vulnerables que no tienen la misma posibilidad que otros para acceder a las nuevas tecnologías. Ser indiferentes a esta situación equivaldría a contribuir con más desigualdad y cercenar las oportunidades emergentes.

---

<sup>13</sup> Disponible en: <https://www.weforum.org/reports/the-charter-of-principles-for-good-platform-work>.

## La transición hacia una automatización humanizada

Este trabajo, como se ha observado, pretende tener una visión optimista y esperanzadora del nuevo paradigma, dejando de lado los escenarios catastróficos en materia laboral que se han esbozado en los últimos tiempos. Es por ello que en este apartado analizaremos cuáles son los caminos estratégicos para avanzar en este desafío.

La digitalización demanda cada vez más rápido profesionales del futuro, adopción de nuevas tecnologías, nuevos roles en ingeniería, en economía, y desarrollo de productos. El futuro del trabajo muestra un abanico promisorio de oportunidades profesionales que incluyen tanto habilidades técnicas disruptivas como industriales y comerciales básicas. Las profesiones que comienzan a emerger dan lugar a nuevos roles en marketing, venta, producción, cultura, recreación, etcétera. Ahora bien, de un día para el otro no se puede pasar de un puesto administrativo a un empleo de programador/a o piloto de dron, pues la transición debe darse de manera escalonada para poder cumplir los objetivos que los nuevos tiempos demandan.

El gran desafío de un camino próspero demanda estudiar las tareas y los perfiles necesarios, para posteriormente permitir los avances de la implementación de los sistemas de IA en consonancia con el contexto y sus obstáculos.

Es conocido que los sistemas que han sido más exitosos en la IA (Siri, Alexa, etcétera) requieren de lo que se llama “inteligencia híbrida”, es decir, combinar la inteligencia humana con la artificial. Las capacidades de ambas se aprovechan de forma mucho más productiva y mediante el diseño de sistemas en los que humanos y máquinas funcionan de manera colaborativa para complementar

las fuerzas de cada uno. Aquí surge el proceso de “cobotización”, una convergencia entre sistemas de IA, robots y trabajadores digitales, en la que, por intermedio de la primera, se elevan las capacidades humanas tradicionales. Como hemos adelantado, no se supone la suplantación del hombre por la máquina, sino una consigna nueva planteada desde la simbiosis en un contexto de transdisciplinariedad; vale decir, contar con profesionales de diferentes áreas técnicas específicas, como la ciencia de datos, pero también con psicólogos, antropólogos, sociólogos, etcétera. Es interesante cómo se podría profundizar el estudio de la IA como forma de inserción en diferentes ámbitos de la vida para mejorar su condición y bienestar.

En esta redefinición del trabajo, las tecnologías traen consigo la oportunidad de reformular y potenciar nuestras habilidades, y de complementarlas. Nos liberan de tareas que anteriormente nos quitaban tiempo, demandaban esfuerzo y energía, para permitirnos ocuparnos de agregar valor a nuestro trabajo y apreciar mejor nuestro tiempo libre y calidad de vida.

La demanda de factores digitales y humanos está impulsando cada vez más rápidamente el crecimiento de las profesiones del futuro. Por un lado, la adopción de nuevas tecnologías genera mayor demanda de empleos llamados de “economía verde” –nuevos roles en ingeniería, computación en nube, desarrollo de productos–; la interacción entre las máquinas y humanos también genera nuevos empleos en la economía del cuidado, y roles de marketing, ventas, cultura y recreación en lo que se ha denominado “economía naranja”.

La automatización que deja de lado los aportes humanos no puede ser duradera ni satisfactoria, dando lugar a procesos frágiles e inflexibles. Al trabajar en equipo, la dupla humano-máquina se volverá mucho más inteligente y valiosa.

Nuevamente apuntamos a garantizar el derecho a la educación y alfabetización tecnológica para la inserción de los conocimientos y trabajos que el futuro nos depara.

## **El futuro trabajo de los/as abogados/as. Grandes desafíos**

Quienes incursionamos en el ámbito del derecho sabemos que al egresar de la Universidad no se agota nuestro tiempo invertido en conocimiento. Tenemos la necesidad y la responsabilidad de actualizarlos continuamente, siendo materia constante en nuestra profesión alcanzar nuevos conocimientos y aptitudes.

A diario se publican leyes, decretos, resoluciones, se produce jurisprudencia, doctrina, y la gran revolución digital implica y acelera esta actualización.

Recordemos solamente cómo buscábamos jurisprudencia y doctrina en gigantescos repertorios por volúmenes impresos durante largas jornadas. Esta necesidad no desapareció, pero mutó, evolucionó, y nos permitió generar valor a nuestro trabajo dando prioridad a nuestro esfuerzo para dedicarnos a más tareas, quizás con otro tipo de complejidad.

La capacidad de almacenamiento de enormes cantidades de datos (*big data* o macrodatos) y la velocidad de procesamiento, adquiridas con el actual desarrollo tecnológico, permiten ofrecer soluciones al mundo legal antes impensadas.

La complejidad de la interacción entre lo real y lo digital en un mundo interconectado presenta diversos problemas, y allí es donde el derecho no debe permanecer ajeno. Aparecen nuevos conflictos de titulares de criptomonedas o de bases descentralizadas que dan soporte

a la *blockchain* o “cadena de bloques”, o suscitados a partir de la ejecución de contratos inteligentes, privacidad de datos, manipulación a través de redes sociales, comisión de ilícitos digitales, etcétera.

Ya lo describió Carlos Nino (2017): “El derecho, como el aire, está en todas partes” (p. 1). Así, pues, este ecosistema digital exacerba la necesidad del derecho, su aplicación, y nos invita a revisar otros saberes.

La IA genera un salto cualitativo para muchos difícil de entender: chatbots para asistir a clientes, RPA (*Robotic Process Automation*) para tareas contables y voluminosas, *machine learning* (“aprendizaje automático”) para dar eficiencia al mantenimiento de máquinas, y muchos más ejemplos para concluir en un resultado: la ganancia de tiempo.

Los/as profesionales del derecho podremos ser parte de trabajos interdisciplinarios y abordar soluciones legales de conjunto, tanto en el ámbito privado como en el público, lo que nos moviliza y exige pensar acerca de cuál debe ser la estrategia para formarnos y desarrollar toda nuestra potencialidad.

En este universo digital los problemas legales son diferentes, reformulados o nuevos. La IA interviene con fuerza en el mundo del derecho y en el ejercicio de la abogacía en diferentes aristas: analizar su impacto y la necesidad de su regulación. Surgen nuevos desafíos que se presentan en materia de estructuras jurídicas tales como la personalidad jurídica, la responsabilidad civil y penal, contratos y propiedad intelectual, protección de datos, enormes dilemas éticos en lo concerniente a la privacidad, participación en el desarrollo de sistemas de IA basados en la gobernanza de datos jurídicos. La profesión y su ejercicio deberán reinventarse, avanzando en estas potencialidades transversales que nos permitan integrarnos dentro de un ecosistema diverso. Nuestra formación deberá ser continua e incluir nuevas orientaciones, entre ellas, la tecnología. Esto no im-

plica que debemos convertirnos en programadores o técnicos, sino que las facultades del derecho deben vincularse con el contexto sin permanecer ajenas a ella.

El impacto de las tecnologías disruptivas conducirá a nuevos roles en el ejercicio de las profesiones. José Torres Varela (2021) construye un listado de ocupaciones posibles para abogados, partiendo de la base elaborada por Susskind (2020), algunas de las cuales se detallan a continuación: ingeniero en conocimiento legal, abogado tecnológico o tecnólogo jurídico, jurista híbrido, analista de procesos legales, gerente de procesos legales, científico de datos legales, abogado experto en investigación y desarrollo, especialista en solución de disputas en línea, ingeniero de riesgo legal, diseñador legal, entre otros. Es aquí donde debemos posicionarnos para afianzar estos conceptos y oportunidades que el nuevo escenario digital nos enseña.

Tradicionalmente se requería que el/la abogado/a tuviera conocimientos estructurales, escritura y oratoria. La actualidad exige una mentalidad mucho más abierta para ampliar nuestra capacidad en otros campos y el espectro de trabajo, poniendo a nuestro servicio la IA con desafíos cada vez más interesantes, cuyo fin es potenciarnos como profesionales y, por sobre todo, como personas de derecho.

## **Conclusión**

El derecho y la inteligencia artificial, dos ámbitos que parecerían antagónicos en otro momento, hoy encuentran puntos en común en este mundo interconectado. Difícilmente puedan ser aislados uno del otro en este nuevo paradigma digital.

Nuevas relaciones y nuevos conflictos que se plantean a través de las tecnologías emergentes exigen una fuerza laboral con habili-

dades preparadas para estos cambios, donde un nuevo ecosistema comienza a florecer.

El aprovechamiento de estas nuevas tecnologías es clave para avanzar en un presente que poco a poco en nuestra región va tomando forma, por lo que resulta esencial prever los impactos negativos y tomar las medidas adecuadas con el fin de evitar el desplazamiento de los sectores sociales vulnerables. Es menester colocar en la agenda política y privada la creación de un modelo inclusivo y sustentable que fomente la humanización de este nuevo tipo de trabajos.

Los legisladores deberán elaborar normas que regulen la IA y las nuevas tecnologías de manera dinámica, pues, como hemos visto, la realidad se modifica día tras día a gran velocidad. Por eso será necesaria la implementación de bases regulatorias que marquen el camino a regulaciones de mayor profundidad con el tiempo.

Hemos visto que el campo jurídico exige de manera urgente repensar estrategias para aprovechar los beneficios de este mundo que cambia a pasos agigantados y que vaticina un giro trascendental en el ejercicio del derecho. Son muchas las cuestiones que se suscitan con el impacto digital; a lo largo de este trabajo hemos visto solo algunas.

Resultan de gran interés las palabras de Steve Jobs en una conferencia realizada en la Universidad de Stanford en el año 2005:<sup>14</sup>

El trabajo va a llenar gran parte de nuestra vida, y la única forma de estar realmente satisfecho es hacer lo que consideres un trabajo genial. Y la única forma de tener un trabajo genial es amar lo que hagas. Si aún no

---

<sup>14</sup> Disponible en: <https://diarioti.com/analisis-de-un-discurso-de-steve-jobs-que-hizo-historia/30493>.

lo has encontrado, sigue buscando, no te conformes. Como en todo lo que tiene que ver con el corazón, lo sabrás cuando lo hayas encontrado. Y como en todas las relaciones geniales, las cosas mejoran y mejorarán según pasan los años. Así que sigue buscando hasta que lo encuentres. No te conformes.

Es muy importante poner manos a la obra con este reto que se nos plantea, teniendo una mirada optimista, y que el rol jurídico que ocupemos en nuestra sociedad nos permita desarrollar nuevas habilidades digitales pero humanizantes, donde el trabajo sea una vía central para una sociedad digna y aún más próspera.

## Bibliografía

- AA.VV. (2019). *El trabajo en la era de los datos. Datos, ideas y propuestas sobre economía digital y el mundo del trabajo*. Recuperado de: <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2020/02/BBVA-OpenMind-libro-2020-Trabajo-en-la-Era-de-los-Datos.pdf>.
- AGUILERA, D. J. (2019). “Derecho al trabajo, automatización laboral y derechos de afectación por el uso de la tecnología”. En *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 29. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46702019000200003](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46702019000200003).
- CEVASCO, L., CORVALÁN, J. G. & LE FEVRE CERVINI, E. M. (2021). *Inteligencia Artificial y trabajo. Construyendo un nuevo paradigma del empleo*. Buenos Aires: Astrea.
- CORVALÁN, J. G. (2021). “Perfiles digitales humanos. Episodio recargado”. En: CORVALÁN, J. G. (dir.), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley.
- CHRISTOPH, E. & ROBERT, V. (2019). *Cambio tecnológico y futuro del trabajo*. Recuperado de: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos\\_aires/documents/publication/wcms\\_734829.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_734829.pdf).
- CHIESA, J. P. (2022). “El futuro del trabajo: El Smart Working en Argentina”. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/DACF220005>.
- DANESI, C. (dir.) (2020). *Inteligencia Artificial, tecnologías emergentes y derecho. Reflexiones interdisciplinarias*. Buenos Aires: Hammurabi.
- ETCHEVERRY, M. (1991). “El impacto de la Inteligencia Artificial en el mundo del trabajo”. En: CORVALÁN, J. G. (dir.), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*. Tomo III. Buenos Aires: La Ley.

- GARDNER, H. (2001). *La inteligencia reformulada*. Barcelona: Paidós.
- GRANDI, N. M. (2020). “¿Puede la inteligencia artificial ser un nuevo sujeto de derecho?”. XX Simposio Argentino de Informática y Derecho. Recuperado de: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/116749>.
- KEYNES, J. M., (1930). “Economic Possibilities for our Grandchildren”. En: *Essays of Persuasion*. Recuperado de: [https://www.aspeninstitute.org/wp-content/uploads/files/content/upload/Intro\\_and\\_Section\\_I.pdf](https://www.aspeninstitute.org/wp-content/uploads/files/content/upload/Intro_and_Section_I.pdf).
- KURZWEIL, R. (1999). *La era de las máquinas espirituales*. Barcelona: Planeta.
- MANES, F. & NIRO, M. (2014). *Usar el cerebro*. Buenos Aires: Planeta.
- NINO, C. S. (2017). *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea.
- SUSSKIND, R. (2020). *El abogado del mañana, una introducción a tu futuro*. España: Wolters Klower S.A.
- TORRES VARELA, J. (2021). *Abogados digitales*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/466673079/Abogados-Digitales-Ebook-Final-V5-pdf>.
- PENALVA, A. S. (2021). “Inteligencia artificial y Derecho del Trabajo”. En *Ius et Scientia*, vol. 7, N° 2. Recuperado de: <https://revista-scientificas.us.es/index.php/ies/article/view/15666>.

La acción de amparo como herramienta judicial para cuestionar la implementación del pase sanitario

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 14/03/2022

**Aprobado:** 18/04/2022

## La acción de amparo como herramienta judicial para cuestionar la implementación del pase sanitario

*The amparo action as a judicial tool to question the implementation of the health pass*

Por Carolina Elizabeth Cardoso<sup>1</sup> y Mariel Zelenic<sup>2</sup>

Universidad de Buenos Aires

*Buscamos la solidaridad no como un fin  
sino como un medio encaminado  
a lograr que nuestra América  
cumpla su misión universal.*

José Martí

**Resumen:** La pandemia mundial producida por el virus SARS-CoV-2 aun en nuestros días sigue generando una puja de poder entre los intereses del Estado, orientados a la protección de la sociedad en ge-

---

<sup>1</sup> Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en derecho penal. Auxiliar letrada del Juzgado en lo Correccional N° 6 del Departamento Judicial de San Martín. Estudiante de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: carolinacardoso20@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0019-5402>.

<sup>2</sup> Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en derecho penal. Empleada de Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial de San Martín. Estudiante de la Escuela Judicial de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: mariel.zelenic@gmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1717-9353>.

neral, y los derechos y garantías de los individuos que la conforman. ¿Es el amparo la acción de tutela judicial efectiva frente a los avances estatales? ¿Hasta qué límite ese Estado “Leviatán” puede restringir las libertades individuales en función de un interés superior como la salud pública? ¿Acción de amparo o declaración de inconstitucionalidad?

**Palabras clave:** Amparo – Tutela judicial efectiva – Pase sanitario – Autonomía de la voluntad.

**Abstract:** *The global pandemic caused by the SARS-CoV-2 virus even today continues to generate a power struggle between the interests of the State aimed at protecting society in general as a whole and the rights and guarantees of individuals who make it up. Is the amparo action for effective judicial protection against State advances? To what extent can this “Leviathan” State restrict or limit individual freedoms based on a higher interest such as public health? Amparo action or declaration of unconstitutionality?*

**Keywords:** *Protection – Effective Judicial Protection – Sanitary Pass – Autonomy of the Will.*

## Introducción

La actual situación sanitaria producida por la covid-19 llevó a crear por parte del Estado (como en otros países del mundo) el *pase sanitario* para acreditar la aplicación de las dosis previstas en un esquema de vacunación completo a fin de poder acceder a ciertas actividades o lugares de acceso público.

La propia evolución acelerada de la pandemia, la variabilidad y mutación del virus, determinó un cambio permanente de medidas de prevención o de intento de curación conforme lo que se iba conociendo y avanzando científicamente.

Las acciones de amparo analizadas pretendieron distinguir si la inoculación de la vacuna contra la covid-19 constituye una decisión personal sobre el propio cuerpo o podríamos ser obligados en virtud del perjuicio que el contagio individual podría tener sobre el resto de los individuos.

## Acción de amparo. Requisitos de procedencia

Históricamente, el amparo puede dividirse en tres etapas. Inicialmente es creado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la idea de que, si una garantía fuera avasallada por un acto de autoridad pública, los jueces la restablecieran.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (27 de diciembre de 1957). "Siri, Ángel, s/interpone recurso de hábeas corpus". Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autnoma-buenos-aires-siri-angel-fa57997827-1957-12-27/123456789-728-7997-5ots-eupmocsollaf>.

En segundo lugar, es regulado por la Ley N° 16.986 (de 1966)<sup>4</sup>, que restringe su ámbito de aplicación, puesto que se estableció la prohibición de declaración de inconstitucionalidad de las normas en las que se fundaba el acto lesivo, el establecimiento de las vías administrativas como alternativas idóneas para su admisibilidad y la limitación de su procedencia cuando se afectara un servicio público o actividades esenciales del Estado.

Finalmente, con la reforma constitucional de 1994 se incorpora el artículo 43 como articulación de la tutela efectiva de los derechos humanos, que surge tanto de la Constitución nacional como de los tratados internacionales.

El artículo 43 de la Constitución nacional establece que *toda persona puede interponer acción de amparo*. Si bien el texto no exige explícitamente que el actor invoque una afectación de los derechos propios, lo cierto es que la parte debe demostrar la existencia de un interés especial en el proceso o que los agravios alegados la afectan de forma directa.

El amparo se constituye como una *acción expedita y rápida*, puesto que el amparista no puede ver detenida ni demorada su necesidad de protección procesal urgente, en virtud de la naturaleza del derecho constitucional lesionado o amenazado. Esta característica también se aplica para exigirle al actor prudencia y una adecuada diligencia en su articulación,<sup>5</sup> ya que la demora injustificada en iniciar el amparo es indicativa de la inexistencia de urgencia objetiva.

---

<sup>4</sup> Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/16986-nacional-ley-accion-amparo-Ins0001314-1966-10-18/123456789-0abc-defg-g41-31000scanyel>.

<sup>5</sup> Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I (26 de octubre de 1995). "Ositiansky, Alberto c/ Secretaría de Industria s/ amparo ley 16.986".

Resulta ser un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales. En este punto, no se trata solamente de invocar un perjuicio o agravio concreto, sino que quien lo padece debe acreditar que no le sirven los medios judiciales que el sistema procesal ordinario pone a su alcance. Pues si el acto u omisión impugnado por el amparo, aunque configurase un supuesto de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, demandase para su acreditación un debate más intenso que el que puede lograrse por el amparo, este no sería el medio *más idóneo*.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que debe tenerse presente que la acción de amparo es un recurso excepcional que no permite su extensión a supuestos que encuentran efectivo resguardo al acceso judicial por los remedios judiciales ordinarios.<sup>6</sup> De lo contrario se estaría desvirtuando la garantía constitucional y minando la variedad de vías procesales ordinarias incorporadas en los códigos rituales positivos. En ese sentido, sostuvo que “resulta necesario acreditar la ineficacia de los procedimientos ordinarios y un agravio irreparable derivado de su utilización para que la vía excepcional del amparo sea admisible”.<sup>7</sup>

Con la reforma de 1994, el amparo se constituyó como una vía directa que no exige el previo recorrido por la instancia administrativa, ya que de ser posible ello resultaría demostrativo de la inexistencia de urgencia y de la consecuente improcedencia de la acción.

Además, la acción procede *contra actos u omisiones de autoridades públicas o privadas*. Aquí, el concepto de *acto* es utilizado en un senti-

---

<sup>6</sup> Fallos 310:2740, 316:797, entre otros.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, F. 245. XXVI. Recurso de hecho, “Farjat, Alfredo y otros c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia”.

do genérico, puesto que abarca tanto el acto administrativo como los hechos administrativos, siendo la nota común en ellos la producción de efectos jurídicos respecto de terceros.

El amparo procede solo contra la lesión constitucional al derecho, con el objeto de restablecer en su naturaleza el derecho, o para el caso de tratarse de una amenaza de daño inminente, quedando fuera del ámbito de aplicación las acciones contra daños futuros, hipotéticos o conjeturales. Al respecto conviene decir que el daño no solo debe ser actual, sino también cierto.

Asimismo, la situación a tener en cuenta al momento de decidir es tanto fáctica como jurídica, por lo cual hay que tener presente no solo los factores iniciales, sino también los sobrevinientes, ya que un cambio en cualquiera de ellos puede tornar abstracto el pronunciamiento. Lo que se resuelva tiene que ser apto para modificar la situación de quien invoca la lesión. Si se hace lugar a la pretensión y la esfera de derechos del actor no se ve directamente incidida por la sentencia, es claro que el amparo no es la vía.<sup>8</sup>

El objeto de la sentencia reside en hacer cesar, remover o eliminar la interferencia o intromisión manifiestamente ilegítima y lesiva, preservando la sustancia del derecho constitucional en juego hacia el futuro.

El control de la conducta estatal por esta vía es amplio desde el punto de vista subjetivo y material, pero limitado en cuanto a su

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (7 de mayo de 1998). "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/ amparo", considerando 10. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-consumidores-libres-cooperativa-limitada-provision-servicios-accion-comunitaria-amparo-fa98000250-1998-05-07/123456789-052-0008-9ots-eupmocsollaf?>

profundidad, ya que, para que proceda la acción, la conducta deberá ser manifiestamente contraria a derecho. Si la ilegalidad no surge de modo manifiesto y en forma clara e inequívoca, no procederá dicha acción. Asimismo, no solo la conducta estatal sino también el agravio al derecho deben ser manifiestos y graves.

Una de las modificaciones que el constituyente introdujo es la expresa facultad del juez para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo. Sin embargo, siempre que se pretenda tal declaración, deberá destruirse la presunción de constitucionalidad de las leyes mediante prueba clara y precisa de su oposición con el texto fundamental, sin olvidarse que aquella constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y que representa un caso extremo de gravedad institucional. En el amparo se exige que el carácter de la inconstitucionalidad alegada sea manifiesto, siendo una de las notas características de la acción. Si la inconstitucionalidad no es patente, notoria, obvia, la acción no procederá.

## **Procedimiento de la acción de amparo en la provincia de Buenos Aires**

La Ley N° 13.928<sup>9</sup> es la norma reglamentaria del amparo en la provincia de Buenos Aires, que indica sus requisitos de admisibilidad, procedencia y alcances, remitiendo de manera expresa al artículo 20 inc. 2 de la Constitución provincial.

---

<sup>9</sup> Antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 14.192, que reformaron la Ley N° 13.928 y al mismo tiempo derogaron la Ley N° 7.166, el operador jurídico se veía obligado a conocer e interpretar correctamente los dos textos que se encontraban vigentes: la Ley N° 7.166 (con sus modificatorias) y la Ley N° 13.928).

Además, el juez deberá integrar las normas del amparo –en lo que no encuentre previsto– con las disposiciones del Código Procesal, siendo aplicables, en principio, las normas del juicio sumarísimo. Asimismo, en materia de apelación, es de aplicación la Ley N° 13.101, modificatoria de la Ley N° 12.008 (Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires).

En concordancia con lo establecido en la Constitución nacional, se establece que la acción de amparo no será admitida cuando pudieran utilizarse por la naturaleza del caso los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable, cuando sea procedente la garantía del *habeas corpus*, cuando lo que se pretenda sea la mera declaración de inconstitucional de normas de alcance general y contra actos jurisdiccionales emanados de un órgano del Poder Judicial (Ley N° 13.928, art. 2).

Así pues, conforme lo establecido en el artículo 8, el juez deberá expedirse acerca de la admisibilidad de la acción inmediatamente. El juicio de admisibilidad es la barrera inicial de todo proceso judicial, debiendo examinarse cuidadosamente el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad para imponer la presente acción establecidos en el artículo 6. Si no se encuentran cumplimentados, procederá su inadmisibilidad, es decir, el rechazo de la demanda/acción.

Con la interposición del amparo podrá solicitarse el dictado de una medida cautelar (art. 9). Es común pensar que la concesión de una medida cautelar en el amparo tenga los mismos efectos que si se la peticionara en un proceso de pleno conocimiento. Quizás el inconveniente es que en los amparos normalmente se solicita la suspensión de los efectos del acto (como medida no innovativa), cuyas consecuencias son exactamente las mismas que pretendemos con la sentencia. La diferencia radica en que, las medidas cautelares suspenden provisoriamente el resultado a evitar, mientras que la sentencia

en un proceso de conocimiento los inaplica de manera definitiva, con carácter retroactivo y con efectos futuros.

El amparo y la suspensión del acto administrativo como medida cautelar tienen en común la existencia de un peligro que requiere la protección jurisdiccional urgente. Se diferencian en la naturaleza y en los presupuestos requeridos en cada caso. Mientras el primero es un juicio sumarísimo que culmina con una decisión jurisdiccional, la medida cautelar es siempre accesoria a un juicio principal. Para que proceda el amparo es necesario que el acto atacado sea manifiestamente ilegal o arbitrario y que no exista un remedio jurisdiccional idóneo para impedir la lesión del derecho, pero en las medidas cautelares basta la verosimilitud del derecho invocado, la existencia del peligro en la demora y que se ofrezca una contracautela, pudiendo ser juratoria o personal, quedando a criterio del juez.

Si se declarara formalmente admisible la acción de amparo, se procederá a notificar al Estado o al órgano demandado. Esto se funda en que el amparo es de carácter bilateral y requiere contradictorio para su resolución. Con dicha resolución se ordenará que la autoridad enjuiciada emita un informe circunstanciado de los antecedentes y fundamentos del acto impugnado (art. 10).

Que el informe deba ser circunstanciado implica que en él se deben indicar todas las circunstancias que llevaron al dictado de la medida, debiendo tener la Administración una total precisión en su elaboración. El contenido del informe debe tener, como mínimo obligatorio, los antecedentes y fundamentos del dictado del acto que se está impugnando por medio del amparo. Los fundamentos no son exclusivamente los que surgen de los considerandos del acto administrativo, sino también los que la Administración explique con el fin de profundizar las razones que tuvo al momento de dictar el acto. Su razón radica en que, si bien a nadie le es lícito obrar con

antijuridicidad, particularmente la Administración pública provincial, municipal o cualquiera de sus órganos operan bajo normas de habilitación, debiendo hacer solo lo que está permitido por la Constitución o las leyes.

Producidas todas las pruebas o vencido el plazo para su producción, el magistrado deberá dictar sentencia en el término de cinco días. Son días hábiles judiciales, a menos que se hubiere dispuesto habilitar días y horas inhábiles, en cuyo caso serán corridos.

Finalmente, se autoriza la apelación de las sentencias de mérito (aquellas que analizan el fondo del asunto planeado), las resoluciones referentes a las medidas cautelares, tanto si se deniegan (apelables por el requirente) como si se las concede (apelables por el perjudicado), y, por último, las resoluciones que rechacen la acción por su manifiesta inadmisibilidad, declaración que puede ser liminarmente o con la sentencia definitiva.

## **Precedentes judiciales analizados**

A raíz de la pandemia de covid-19 se generó el interrogante acerca de si es constitucionalmente posible la obligatoriedad de la vacunación.

El artículo 19 de la Constitución nacional brinda una amplia protección a la intimidad de las personas, que abarca su plan de vida, tanto en el ámbito público como en la esfera privada, limitándose tal tutela judicial en la evitación de daños concretos a otras personas, en cuyo caso puede ocurrir una colisión entre la intimidad de los individuos y otro derecho, que se resolverá ponderando cuál de los dos derechos en juego tiene mayor peso, según el contexto de aplicación y resolución del conflicto.

La negativa de una persona a vacunarse queda inmersa en su ámbito de intimidad, pero también puede generar un daño concreto a terceros, al existir el riesgo de que transmita la enfermedad a otro sujeto.

Al respecto, y previo al contexto de pandemia (en 2012), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por unanimidad, sostuvo que la inoculación no puede considerarse como una de las acciones privadas protegidas por el artículo 19 de la Constitución nacional, puesto que la negativa a vacunarse pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunación oficial. Destacó que la vacunación no abarca exclusivamente a la persona que la recibe, sino que excede dicho ámbito e incide directamente en la salud pública, en cuanto que uno de sus objetivos primordiales consiste en reducir o erradicar los contagios de enfermedades en la población.<sup>10</sup>

Cabe añadir que la Ley N° 27.491, de Control de enfermedades prevenibles por vacunación (publicada en el Boletín Nacional el 4 de enero de 2019), establece que las vacunas son un bien social que permite desarrollar estrategias de salud pública de forma preventiva con un alto grado de eficacia (art. 2), siendo por ello obligatoria para todos los habitantes la aplicación de las previstas en el Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica (art. 7).

---

<sup>10</sup> La Corte Suprema confirmó una sentencia que intimaba a los padres de un menor de edad a que acreditasen el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de ordenar la vacunación en forma compulsiva. Entendió que se trataba de comportamientos y decisiones sujetos a la interferencia estatal, la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional, fijando así un límite a la autonomía personal y al derecho a decidir el modelo de vida familiar (fallo 335:88).

Sentado ello, de un total de siete amparos analizados –presentados en la provincia de Buenos Aires–, cuatro fueron rechazados *in limine*.<sup>11</sup> Solo en uno el juzgador se declaró incompetente, por entender que la cuestión planteada era propia de una competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires,<sup>12</sup> mientras que dos fueron concedidos, uno revocado por el órgano superior<sup>13</sup> y otro apelado –encontrándose, a la fecha de la realización de este artículo, pendiente de resolución–.<sup>14</sup>

Los amparos fueron presentados contra el Gobierno nacional –específicamente, contra el Ministerio de Salud– y el Gobierno de la provincia de Buenos Aires. Los amparistas pretendían que se los

---

<sup>11</sup> Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, Secretaría Civil y Comercial N° 1, Justicia Federal de Mar del Plata (2021), causa N° 14283/2021, “García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986”; Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín N° 2, Secretaría N° 1, Justicia Federal de San Martín (2022), causa N° 210/2022, “Romano Florencia Raquel c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo ley 16.986”; Juzgado de Familia N° 6 de La Plata (2021), causa N° LP-69603-2021, “C. G. D. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo”; Tribunal en lo Criminal N° 4 de San Martín, Secretaría Única (2021), causa N° 5004, “Marquez Elizabeth Dina y otros c/ Estado Provincial s/ amparo”.

<sup>12</sup> Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (2021), causa N° 9270/21, “Aguirre, Cristian Roxana y otros s/ acción de amparo”.

<sup>13</sup> Juzgado Federal de Mar del Plata N° 4, Secretaría Ad-Hoc, Justicia Federal de Mar del Plata (2021), causa N° 14002/2021, “Acuña Luciana c/ Gobierno Nacional-Ministerio de Salud y otros s/ amparo ley 16.986”; Cámara Federal de Mar del Plata - Secretaría Civil, incidente N° 2, causa N° 14002/2021, “Acuña Luciana c/ Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y otros s/ incidente de apelación”.

<sup>14</sup> Juzgado Federal de Mar del Plata N° 4, Secretaría Ad-Hoc, Justicia Federal de Mar del Plata (2022), causa N° 1/2022, “Bassano Mario Marcelo y otros c/ Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y otros s/ amparo ley 16.986”; Cámara Federal de Mar del Plata - Secretaría Civil, incidente N° 2, causa N° 1/2022 “Bassano Mario Marcelo y otros s/ incidente de medida cautelar”.

eximiera de portar o exhibir el pase sanitario que se impuso por la Decisión Administrativa N° 1198/2021 (publicada en el Boletín Oficial el 13 de diciembre de 2021.) y la Resolución N° 460/2021 (publicada en el Boletín Oficial el 10 de diciembre de 2021), denominado “PASE LIBRE COVID”. Asimismo, solicitaban que se dictase una medida cautelar contra los organismos estatales para que –en forma inmediata– se resguardase su derecho a preservar la salud y la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en lo que respecta a la decisión de no inocularse, garantizándoseles el pleno acceso a los lugares y actividades mencionadas en las resoluciones citadas, así como la libertad de tránsito.

Explicaban que la vacuna se encuentra en estado experimental (fase III),<sup>15</sup> por lo que, según establece la Resolución N° 2883/2020 (publicada en el Boletín Nacional el 30 de diciembre de 2020), no resultaría obligatoria. De este modo, dicha disposición sería motivo suficiente para no coaccionar a los ciudadanos con el pase sanitario, tornando obligatoria la inoculación de sustancias que no tendrían efectividad para prevenir el contagio del virus ni la infección provocada por el SARS-CoV-2.

Manifestaban que el pase sanitario es violatorio de las garantías previstas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que otorga el derecho a gozar el más alto nivel de salud, el principio de la autonomía de la voluntad, de intimidad, el derecho a peticionar a las autoridades, a contar con asistencia sanitaria, a la libre circulación, seguridad, igualdad, a elegir, a ejercer toda industria lícita, al bienestar general, a la vida digna y a la supervivencia.

---

<sup>15</sup> Como consecuencia, la vacunación constituiría un ensayo clínico.

Otro de los argumentos en los que se basó la pretensión de uno de los amparistas consistió en que no podía ser obligado a informar sobre su situación vacunatoria, siendo dicha exigencia un agravio a su intimidad, estableciendo que la cesión de datos que se le exigía<sup>16</sup> no se encuentra autorizada por la Ley N° 25.326 (art. 7 inc. 1).

En el caso de los amparos rechazados, los órganos judiciales entendieron que no lograron acreditar las notas tipificantes de dicho instituto, resultando los agravios de los accionantes alegaciones genéricas vinculadas con la constitucionalidad de la normativa cuestionada, que se traducen en una mera disconformidad.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> La amparista es jugadora de ajedrez y deseaba participar del Torneo Abierto de Verano que organizaba el Círculo de Ajedrez de Villa Ballester del 19 al 29 de enero de 2022, en cuya convocatoria se exigía como requisito el pase sanitario. Manifestó en su demanda que, si resulta autoritario y extorsivo exigir la vacunación, también resulta arbitrario y extorsivo exigir que alguien revele sus datos de vacunación, esté vacunado o no, como requisito ineludible para acceder a un evento deportivo o cultural (Juzgado Federal en lo Civil y Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín N° 2, Secretaría N° 1, Justicia Federal de San Martín, causa N° 210/2022, “Romano Florencia Raquel c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ amparo ley 16.986”).

<sup>17</sup> Al respecto, la Cámara Federal de Mar del Plata sostuvo: “que no existe aquí caso en los términos previstos por el art. 116 CN. El sistema federal argentino no prevé el cuestionamiento directo, por parte de un ciudadano, de la constitucionalidad de una norma en abstracto. Y precisamente la presentación de la amparista puede ser calificada –sin dudas– como *genérica*, ya que no acreditó la necesidad de llevar a cabo alguna actividad para la cual se exija el pase sanitario, lo cual imposibilita vislumbrar, no solo el recaudo del peligro en la demora (sin el cual la medida cautelar dictada es improcedente), sino también la existencia del caso judicial que amerite verificar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que habilita la intervención judicial tutelar (Cámara Federal de Mar del Plata, Secretaría Civil, incidente N° 2, causa N° 14002/2021, “Acuña Luciana c/ Gobierno Nacional - Ministerio de Salud y otros s/incidente de apelación”).

En relación con la verosimilitud del derecho, los actores sostenían que esta quedaba acreditada debido a la *manifiesta inconstitucionalidad* de la norma atacada. Semejante afirmación, desprovista de todo complemento, no prueba por sí misma la concurrencia de este supuesto. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires al establecer que no basta con contrastar el precepto cuestionado con los diversos artículos de la Constitución. Más allá de su enunciado, se requiere un minucioso análisis tendiente a confrontar la Resolución N° 460/2021 con la lista de derechos y principios en juego, para así establecer si las autoridades provinciales se han conducido de un modo prohibido por el texto fundamental.

En ese orden, la agente fiscal Laura Elena Mazzaferri dictaminó que

las notas periodísticas que acompañan los dichos del amparista carecen de rigor científico, mientras que tampoco se ha logrado demostrar la concurrencia de una lesión cierta o probable a los derechos que se invocan y, en su caso, la desproporción entre esos daños o injerencias con las finalidades establecidas en las normas que se atacan.<sup>18</sup>

Respecto del fondo de la cuestión, varios fueron los argumentos utilizados para concluir que la implementación del pase sanitario se presenta como una mínima intervención estatal frente a un contexto profundamente complejo para toda la población, incluso mundial.

---

<sup>18</sup> Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, causa N° 14283/2021 (4 de enero de 2022), "García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986".

Resulta útil traer lo dicho por el juez federal Santiago José Martín, al recordar que “una pauta estructural del sistema de derechos que instaure la Constitución nacional es la relatividad de los derechos, por la que se establece que los derechos que gozamos no son absolutos, sino relativos”.<sup>19</sup> Es en el adecuado equilibrio entre los derechos individuales y los intereses de la sociedad donde se encuentra la solución respetuosa a la Constitución nacional.

Las reglamentaciones dispuestas no pueden verse como una afectación arbitraria de los derechos y garantías individuales de quienes pudieran concebirse como objetores de conciencia de la vacunación. No se trata de una restricción de derechos; antes bien, se trata de un caso de coordinación de los derechos de los recurrentes con los del resto de la sociedad. Si las decisiones individuales desbordan la zona de reserva y perjudican a terceros (art. 19 de la Constitución nacional) o inciden en el interés general, la actuación estatal no puede cuestionarse en términos constitucionales. No solo porque nuestro sistema no tolera la existencia de derechos absolutos, sino porque al Estado le cabe el poder reglamentario en materia de salud, precisamente porque los derechos deben ejercerse conforme a su reglamentación.<sup>20</sup>

En ese sentido, la Cámara Federal de Mar del Plata, al revocar y, en consecuencia, dejar sin efecto la admisibilidad de la acción de amparo declarada por el juez de grado, sostuvo que

teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto,  
no solo deben ponderarse los derechos del paciente

---

<sup>19</sup> Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, causa N° 14283/2021 (11 de enero de 2022), “García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986”.

<sup>20</sup> Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (2021). “L.G.I. y otros s/ recurso de reconsideración”.

a un trato digno, a su intimidad y a su autonomía de la voluntad [...] sino también el contexto social y jurídico que deviene de la pandemia de Covid-19 que azota al mundo, y que requiere necesariamente de la toma de decisiones en el marco de las políticas públicas en materia de salud que cada Estado implemente. De este modo, debe asumirse que el ejercicio del control judicial ha de tener en cuenta ambas ópticas, la individual y la colectiva.

Para decidir si una norma que establece políticas sociales y de salud –dictada en un válido marco jurídico de emergencia sanitaria– es inconstitucional, los jueces debemos tomar especial nota no solo de su redacción, sino particularmente de sus efectos, y también de los efectos que conllevará frente a la sociedad la resolución adoptada.

Otro rasgo a destacar<sup>21</sup> es el *triple juicio de proporcionalidad*<sup>22</sup> que utiliza el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con base en lo

---

<sup>21</sup> Incorporado por la agente fiscal Mazzaferri al contestar la vista conferida en el marco de la causa N° 14283/2021 del Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, Secretaría Civil y Comercial N° 1, Justicia Federal de Mar del Plata, tramite electrónico titulado *contesta vista*, “García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986”.

<sup>22</sup> “El Tribunal Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad en todo tipo de procesos (control de leyes, conflictos de competencia, amparo), respecto de todo tipo de normas, medidas o actuaciones, de toda procedencia (legislador, administración, jueces, particulares). Ciertamente la mayor expansión de su empleo se ha producido en el terreno de los derechos, pero no se ha limitado a él. El principio de proporcionalidad es una herramienta de análisis y decisión adecuada en cualquier controversia constitucional en la que la vulneración de la Constitución que se denuncia está provocada por una norma, medida o actuación que, incluso si cuenta con respaldo constitucional, se revela “desproporcionada” a la vista de las circunstancias” (Roca Trías & Ahumada Ruiz, 2013, p. 13).

sostenido por el Tribunal Constitucional<sup>23</sup> ante planteos de similares características a las analizadas:

las medidas adoptadas por las autoridades, deben resistir el triple juicio de proporcionalidad [...] las tres bases sobre las que debe someterse dicho juicio son: 1) que la medida sea apta para el fin (juicio de idoneidad); 2) que sea necesaria, en el sentido que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); 3) que sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Entendemos que resultan idóneas para la lucha contra la propagación del virus, en un entorno en el que la actitud jovial, aglomeración de personas, asociación a la interacción social, dificultad de mantener distancia social con mascarilla, etc., puede generar un mayor riesgo de contagio por relajación de alguna cautela. Son necesarias, dada la incidencia que aún se mantiene en Cataluña de propagación del virus. Son proporcionales, teniendo en cuenta que suponen la posibilidad de reapertura y restauración de muchas actividades que habían quedado paralizadas o suspendidas, y la ponderación entre la mínima restricción de derechos que supone la muestra de la documentación exigida (pase

---

<sup>23</sup> Sentencia N° 39/2016 del 3 de marzo de 2016. Disponible en: [https://hj.tribunal-constitucional.es/es/Resolucion/Show/24843#complete\\_resolucion&completa](https://hj.tribunal-constitucional.es/es/Resolucion/Show/24843#complete_resolucion&completa).

sanitario) y la protección de bienes jurídicos como la salud individual y colectiva y la vida.<sup>24</sup>

De forma similar argumentó el juez federal Santiago José Martín, al entender que

más allá de las opiniones personales de la accionante sobre la eficacia de las vacunas, es de público conocimiento, y así lo refieren las resoluciones impugnadas, que la vacunación ha tenido un efecto positivo sobre la salud de quienes se han inoculado, con lo cual, las medidas que tiendan a ampliar el universo de personas vacunadas aparecen, en principio, idóneas para combatir la pandemia. Asimismo, la necesidad de evitar la aglomeración de personas, especialmente en lugares cerrados, resulta evidente, debido a los riesgos de contagio a que aluden las autoridades sanitarias. Finalmente, si bien las medidas adoptadas pueden significar algún tipo de restricción a los derechos ambulatorios para quienes no se han vacunado contra el COVID-19, las mismas no resultan lo suficientemente intensas, en contraste con los serios riesgos epidemiológicos involucrados, como para ser seriamente cuestionadas. Adviértase que no se está obligando a la población a vacunarse, como sugiere la accionante, sino solo limitando a quienes no posean el pase sanitario, el acceso a lugares cerrados cuyas actividades conlleve aglomeramiento, y a aque-

---

<sup>24</sup> Recurso N° 509/2021 del 25 de noviembre de 2016. Disponible en: <http://ojs.uc.cl/index.php/bjur/article/download/45451/36485/120923>.

llos que importen la realización de trámites presenciales ante organismos públicos. Tal cual se advierte, la restricción referida se encuentra acotada a tales sujetos, lugares y actividades, y en la medida que no se extienda irrazonablemente en el tiempo, aparece suficientemente proporcional con el fin buscado.<sup>25</sup>

## **Competencia originaria de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires**

En virtud de lo analizado, corresponde preguntarse qué órgano jurisdiccional resulta competente para dirimir las acciones interpuestas en los precedentes jurisprudenciales analizados en materia del PASE LIBRE COVID.

Por un lado, se deben diferenciar aquellos casos en los que existe una afectación concreta de derechos de aquellos en los que se pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma. En los primeros –sin perjuicio de que luego dichas acciones terminen siendo desestimadas por otras razones– es procedente la acción de amparo como tal, resultando competente cualquier juez de la provincia de Buenos Aires. En ese orden, el criterio de asignación se basa en considerar que todo juez está preparado para entender sobre la Constitución, en virtud del carácter manifiesto y palmario que debe reunir la conducta u omisión lesiva del amparo, pudiendo resolverse eficazmente la contienda, sin exigir una profunda especialización en la materia.

---

<sup>25</sup> Juzgado Federal de Mar del Plata N° 2, Secretaría Civil y Comercial N° 1, Justicia Federal de Mar del Plata (2021), causa N° 14283/2021, “García, Rocío Ayelen c/ Gobierno Nacional - Ministerio de salud y otros s/ amparo ley 16.986”.

Es que no hay derecho que no tenga raíz constitucional, y no hay juez que no pueda y no deba especializarse en derecho constitucional, en defensa de los derechos y de las instituciones.

Ahora bien, cuando los actores pretenden interponer una acción en forma autónoma y sin cuestionar ningún acto concreto de aplicación o se limitan a realizar una alegación genérica sobre posibles medidas de individuos o entidades que restrinjan sus derechos sin señalar el acto, la omisión y los sujetos que pudieran dictarla u omitirla –circunstancia que se advierte en gran número de presentaciones realizadas en materia del PASE LIBRE COVID–, la acción de amparo no resulta ser la vía judicial efectiva.

En estos casos se desprende con absoluta claridad que lo que se persigue es la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general, correspondiendo la competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, conforme lo establecido en el artículo 161 inc. 1 de la Constitución provincial y el 683 del Código Procesal Civil y Comercial, debiendo las acciones ser planteadas en esos términos ante dicho organismo jurisdiccional.<sup>26</sup>

## **Informe del Ministerio de Salud**

A raíz de la gran cantidad de desinformación de parte de los distintos medios, creemos interesante compartir lo informado por la Dirección Nacional de Control de Enfermedades Transmisibles del

---

<sup>26</sup> Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (2021), causa N° 9270/21, “Aguirre, Cristian Roxana y otros s/ acción de amparo”.

Ministerio de Salud ante el requerimiento del juez federal Alfredo Eugenio López en la causa N° 14002/2021.

El informe explica, en relación con la seguridad de las vacunas contra la covid-19, que el desarrollo de cualquier vacuna abarca diferentes fases. Inicialmente se desarrolla una fase exploratoria y preclínica con estudio en animales de laboratorio, con el fin de evaluar su seguridad y sus posibilidades para prevenir enfermedades. Si la vacuna provoca una respuesta inmunitaria, se la prueba en ensayos clínicos con seres humanos en tres fases (fases I, II y III) para determinar la dosis óptima, explorar la seguridad inicial y caracterizar el perfil de eficacia y seguridad. Finalmente, los datos son evaluados por las agencias de medicamentos (en nuestro país, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, ANMAT), de forma que solo si demuestran que las vacunas estudiadas son eficaces y seguras las agencias conceden la autorización para su comercialización y se inician las actividades de farmacovigilancia (fase IV), que se mantienen durante todo el ciclo de vida de la vacuna.

El director nacional de Control de Enfermedades Transmisibles, Hugo Arturo Feraud, explica que las vacunas contra la covid-19 cumplen con la totalidad de los pasos establecidos, inmersas en un nuevo *paradigma pandémico*, diseñado para cumplir con todas las instancias establecidas en el desarrollo de los ensayos clínicos, con el desafío de hacerlo lo más rápido posible sin comprometer ninguno de los principios de seguridad y eficacia necesarios para la autorización de las agencias regulatorias. En el marco de una prueba colaborativa sin precedentes, la comunidad científica mundial está concentrada en lograr vacunas contra el SARS-CoV-2 seguras y eficaces, con los mismos estándares con los cuales se han desarrollado las vacunas actualmente disponibles. En contexto de pandemia, el paradigma de investigación difiere del utilizado habitualmente y las

etapas o fases pueden realizarse de manera superpuesta y consecutiva, lo que permite optimizar los tiempos.

Las vacunas contra la covid-19 se encuentran autorizadas para su uso de emergencia por la autoridad regulatoria nacional, y no se trata de ensayos clínicos ni forman parte de un proceso de experimentación.

## Conclusión

Coincidimos en que nos encontramos ante un escenario del cual la humanidad actual no guarda registro, enfrentándonos a una situación desconocida, en la que día a día intentamos resolver científicamente las adversidades a las que nos somete la pandemia.

Esta pandemia ha puesto al descubierto lo mejor y lo peor de la naturaleza humana. Debemos entender que los intereses individuales no pueden ser superiores al bien común cuando la sociedad entera se encuentra en riesgo. No puede considerarse lícito tomar cualquier decisión en el ejercicio de nuestra libertad, específicamente cuando nuestras decisiones pueden amenazar los derechos de los otros.

Para Julio Tudela Cuenca, investigador del Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia y especialista en Bioética Personalista,<sup>27</sup> el balance beneficio/riesgo de las vacunas autorizadas es clara-

---

<sup>27</sup> "La Bioética Personalista constituye una propuesta para el análisis y valoración ética de la actividad y los avances científicos relacionados con la vida humana o su entorno, que se fundamenta en una sólida argumentación antropológica, situando a la persona humana, su inalienable dignidad y derechos, en el centro del debate ético, por encima de cualquier otra consideración de orden práctico, económico o científico". Disponible en: <https://www.observatoribioetica.org/2021/09/negarse-a-vacunarse-pudiendo-hacerlo-constituye-un-acto-irresponsable-e-insolidario/36651>.

mente beneficioso. Estas “contribuyen [...] de manera eficaz a reducir la mortalidad y morbilidad, así como las graves secuelas que pueden aparecer tras la enfermedad”. Negarse a recibir las “no solo pone en riesgo la propia vida y la salud, sino que sitúa a las demás personas con las que se puede entrar en contacto en un riesgo innecesario y evitable”<sup>28</sup>.

Tudela Cuenca especifica que son tres las grandes dificultades para lograr que la población acepte vacunarse: la ignorancia, el desconocimiento de las evidencias; los prejuicios o posiciones adoptadas por criterios no científicos que hacen difícil abrirse a otras posibilidades; y la contaminación informativa (proliferación de informaciones erróneas, acientíficas e injustificadas) que inducen al error, generando que muchas personas duden y no acudan a fuentes científicas confiables.

Si bien no se encuentra establecida la obligatoriedad de la vacunación contra la covid-19 en la Argentina, debe entenderse que tal circunstancia obedece al estado de emergencia permanente que esta pandemia generó en todos los ámbitos. Las vacunas salvan vidas, posibilitan combatir eficazmente la pandemia y representan una idea de obligación moral solidaria o proyecto común de la humanidad, objetivos establecidos tanto en la Constitución nacional como en los tratados internacionales.

---

<sup>28</sup> *Ibid.*

## Bibliografía

CEBALLOS, M. A. (2013). “Amparo en la provincia de Buenos Aires. Ley 13.928. Comentada, anotada y concordada”. Buenos Aires: Astrea.

CANDA, F. O. (2012). *Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual*. Recuperado de: [https://www.gordillo.com/pdf\\_una-mirada/12canda.pdf](https://www.gordillo.com/pdf_una-mirada/12canda.pdf).

ROCA TRÍAS, E. & AHUMADA RUIZ, A. (2013). “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”. En: XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013, Roma. Recuperado de: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>.

La autonomía de la voluntad en el proceso. Una presentación a los acuerdos procesales.

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 14/02/2022

**Aprobado:** 18/04/2022

## La autonomía de la voluntad en el proceso. Una presentación a los acuerdos procesales

*The freedom of choice in the process.  
A presentation to the procedural agreements*

*Por Sebastián Manuel Sarde<sup>1</sup>*

*Universidad Nacional del Centro de la provincia de Buenos Aires*

**Resumen:** Nuestro sistema jurídico permite a los individuos acordar normas procesales, según su libre voluntad, con el propósito de reglamentar el o los trámites judiciales en curso o que en el futuro se inicien. Dentro de determinados límites, estos pueden fijar sus propios deberes y obligaciones dentro del proceso. Los acuerdos procesales, ya sean típicos o atípicos, adaptan el proceso según la libre voluntad de los particulares para cada caso en concreto, siempre respetando el grupo de normas imperativas que la limitan, como son el orden público y los estándares del proceso. Aquí se verán los requisitos necesarios para que estos acuerdos sean válidos, los límites a la autonomía de la voluntad y la importante función del juez.

**Palabras clave:** Derecho Procesal Civil y Comercial – Autonomía de la voluntad – Acuerdos procesales – Rol del juez.

---

<sup>1</sup> Especialista en Magistratura (Universidad Nacional de San Martín). Magister en Derecho Procesal (Universidad Nacional de Rosario). Egresado de la Escuela Judicial. Secretario del Juzgado de Primera instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Azul. Correo electrónico [sebastiansarde@gmail.com](mailto:sebastiansarde@gmail.com). identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0751-2378>.

**Abstract:** *Our procedural legal system allows individuals to agree on procedural rules, according to their freedom of choice, with the purpose of regulating the legal process in progress or that may be initiated in the future. This means that individuals, within certain limits, can set their own duties and obligations within the process. Procedural agreements, whether typical or atypical, adapt the process according to the freedom of choice of individuals for each specific case, always respecting the group of peremptory norms that limit it, such as public order and the standards of the process. Here we will see the necessary requirements for the procedural arrangements to be valid, the limits to the freedom of choice, and also the important role of the judge with these agreements.*

**Keywords:** *Civil and Commercial Procedural Law – The freedom of choice – Procedural Agreements – Role of the Judge.*

## Introducción

Nuestro sistema jurídico permite que las personas, según su libre voluntad, reglamenten sus relaciones jurídicas privadas. Esto significa que, dentro de determinados límites, los individuos pueden imponerse sus propias reglas. Así, celebran contratos en donde convienen los distintos derechos que deberán cumplir y respetar, como también las obligaciones.

Ahora bien, supongamos que dentro de los acuerdos de voluntades también determinen algunas de las normas procesales de su actual o eventual proceso judicial, poniendo por caso el domicilio en el que se deberá notificar la futura demanda, la especialidad del perito que deberá intervenir en el litigio, el número de testigos que podrán ofrecer, la imposibilidad de recurrir determinadas resoluciones, entre otros supuestos.

Aquí veremos a los sujetos disponer de algunas normas del proceso de común acuerdo a través de su autonomía de la voluntad. Es decir que, en lugar de someterse en su totalidad al método de debate preestablecido por la ley formal —en donde rígidamente se establecen etapas, facultades y plazos perentorios—, voluntariamente deciden adaptar las normas al caso concreto.

No obstante, esta facultad no es absoluta, sino que necesariamente deberá respetar límites como el orden público y los estándares del proceso. También habrá supuestos puntuales donde las especiales circunstancias requieran limitaciones concretas con el fin de proteger a personas jurídicamente vulnerables, como es el caso de los consumidores, por ejemplo.

Si miramos a lo largo de la historia, el derecho procesal se ha enfrentado con concepciones predominantemente publicistas del proceso, razón por la cual no ha dado demasiado lugar a los parti-

culares para decidir sobre las normas. Por esa razón, en general los particulares nada acuerdan sobre el trámite procesal en sus negociaciones previas al proceso o en los contratos, sino que directamente, ante un litigio, se someten a las condiciones que la ley impone según el ámbito territorial.

Es aquí donde está el meollo del tema en tratamiento. Es que, pese a que la legislación procesal civil y comercial bonaerense no contiene una disposición genérica que reglamente esta facultad de los sujetos –tal como lo hace la legislación de Brasil, por ejemplo–, estos igualmente podrían convenir sobre las normas del proceso. Pues véase que, analizada la normativa vigente –tanto procesal como constitucional y convencional–, la facultad genérica de crear, modificar o extinguir normas procesales no está prohibida por el ordenamiento. Al mismo tiempo, nuestra legislación procesal lo permite en algunos casos puntuales y específicos, por ejemplo: convenir sobre la suspensión de los plazos o de las audiencias, sobre la competencia territorial en cuestiones patrimoniales, entre otros supuestos aislados.

Vale aclarar –como se desarrollará más adelante– que los acuerdos procesales pueden celebrarse sin una ley que los habilite, siempre y cuando se encuentren en el plano horizontal del proceso –relaciones entre las partes– y no en el vertical –la/s parte/s y el juez–, porque aquí sí necesariamente deberá una norma procesal habilitar los acuerdos.

Aclarado ello, es pertinente resaltar que, si bien el tema se encuentra en un embrionario desarrollo en la doctrina procesalista argentina, no es nuevo para el derecho procesal. Ya Alsina (1956) en los años cincuenta trató los acuerdos procesales dentro los actos jurídicos que tienen por objeto la constitución de un derecho mediante un acuerdo previo de voluntades llamándolos “negocios jurídicos procesales”.

Asimismo, pese a que por ahora no existe una previsión genérica en nuestra legislación sobre los acuerdos procesales, el distinguido procesalista Roberto Berizonce (2017) los defiende. Cimenta su posición en “el principio de instrumentalidad de las formas, en virtud del cual los actos procesales son válidos en tanto se hayan realizado de cualquier modo apropiado para la obtención de su finalidad” (p. 72), de forma armónica con las reglas de economía procesal y duración razonable de los plazos. El citado procesalista asevera claramente que “la falta de previsión genérica autoritativa no constituye un impedimento insalvable para su admisión” (pp. 72-73). Es decir, el tema presenta una adaptabilidad de las normas procesales al caso en particular,<sup>2</sup> flexibilizando el principio de legalidad, obviamente enmarcado por requisitos de validez y, sobre todo, por límites como las garantías constitucionales y el orden público.

También podemos mencionar a Adolfo Alvarado Velloso (2015), quien coloca a los particulares como creadores de la norma de derecho procesal segundos en orden de importancia –luego de la Constitución nacional–. El procesalista rosarino señala que no hay motivo serio y valedero para cercenar a las partes la posibilidad de pactar acerca de normas procesales que integran la serie procedimental.

Tampoco se desconoce que autores de renombre son contrarios a que las partes dispongan sobre el método de debate. Aquí puedo mencionar al maestro Lino Enrique Palacio (2017), quien, si bien

---

<sup>2</sup> El tema ha sido tratado exquisitamente en el I Encuentro Virtual Iberoamericano entre el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la Asociación Argentina de Derecho Procesal sobre “El proceso flexible”, celebrado el 17 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=hV-QPO0EW430>.

en su obra aludió a los contratos procesales, no los aceptaba.<sup>3</sup> O también a Osvaldo Gozaini (2020), quien, al tratar el principio de legalidad de las formas, asegura que, desde la certidumbre que ofrece el principio mencionado, las formas procesales no son disponibles para las partes.

Por último, debemos resaltar que en nuestro país el anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial nacional presentado en septiembre de 2019 contiene una cláusula genérica permisiva para estos acuerdos,<sup>4</sup> lo cual denota la actualidad del tema.

---

<sup>3</sup> Específicamente, dijo: “Demostrado, pues, que incluso desde un punto de vista teórico es inaceptable la extensión del concepto de ‘negocio jurídico’ al ámbito procesal, cabe añadir que toda distinción al respecto resulta también dogmática y prácticamente infecunda” (p. 239).

<sup>4</sup> El artículo proyectado dice: “Acuerdos procesales. Las partes pueden celebrar, en procesos donde se debatan derechos disponibles y en tanto no concurriera una inobservancia del orden público, acuerdos procesales que puedan determinar una modificación de las normas procesales. Tales acuerdos podrán adecuar el proceso a las particularidades del conflicto y especificar el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión” (art. 14. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/anteproyecto-nuevo-codigo-procesal-civil-comercial-nacion-nv21913-2019-07-01/123456789-0abc-319-12ti-lpsedadevon?&o=6&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7C-Tribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n/Novedad%7CColecci%F3n%20tem%Elitica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento&t=18446>).

## La autonomía de la voluntad de los particulares en el proceso

Antes de ingresar de lleno al tema en desarrollo, resulta importante señalar someramente el soporte en el cual se basa el instituto y su justificación. Pues, sin desconocer que el proceso preponderantemente es creado por la ley –los códigos procesales–, aquí la fuente de la norma procesal son los particulares –no decimos “las partes” porque pueden celebrarse también antes de iniciado el proceso–. Me explico: los individuos, a partir de la coincidencia de sus voluntades, pueden elaborar normas procesales individuales para sus eventuales litigios. Es decir, acuerdan normas individuales que solo les serán oponibles a los celebrantes que han dado su consentimiento.

Ahora bien, para un adecuado entendimiento de estos acuerdos resultará necesario distinguir dos ejes dentro del derecho procesal, los cuales marcarán su viabilidad pese a que la ley procesal no instaure una norma genérica que los permita. Por un lado, el plano vertical del proceso, que se forma con las directivas que regulan el obrar del órgano jurisdiccional, las instituciones y relaciones que pueden presentarse entre el juez y las partes; por otro, el plano horizontal del proceso, que se compone de las reglas que regulan el desarrollo de una relación litigiosa entre las partes en un pie de igualdad (Alvarado Velloso, 2015).

Esta diferencia es importante para la procedencia de los acuerdos procesales, dado que los particulares podrán acordar libremente en supuestos que tengan como objeto las relaciones procesales horizontales. En cambio, en supuestos referidos a relaciones procesales verticales, esta posibilidad estará vedada, a menos que una norma específica lo permita.

Además, debe aclararse que esta propuesta no se contradice con el aspecto público del proceso –pues el plano vertical queda sustraído de la voluntad de los sujetos, a menos que el mismo ordenamiento lo habilite–, como tampoco se pregona una contractualización o privatización del proceso –dado que la posibilidad de pactar normas procesales se encuentra estrictamente delimitada por el contenido del acuerdo y los límites a la autonomía de la voluntad–.

Como es sabido, en nuestro sistema jurídico hay derechos que están permitidos –más allá de que la norma no lo diga expresamente– y prohibiciones –que deberían estar previstas por la ley–. Sin embargo, si nos situamos en el derecho procesal, generalmente pensamos al revés, que si no está previsto en la norma está prohibido, sin advertir que dentro del derecho procesal existen normas horizontales y verticales.

Si reflexionamos con detenimiento, advertimos que la misma Constitución nacional, en su artículo 19, resguarda la libertad de actuar de los particulares a menos que una norma expresa disponga lo contrario. Leído el ordenamiento procesal bonaerense, no encontramos disposición alguna que prohíba estos acuerdos sobre las normas del proceso; por el contrario, encontramos previsiones concretas, como ya se dijo precedentemente.

También es necesario elucidar que el contenido de estos acuerdos no refiere al derecho de fondo, sino a la secuencia de actos que determinan cómo las partes dirimirán sus diferencias ante una autoridad. Es decir que, cuando nos referimos a acuerdos procesales, se entiende que son las reglas que emergen de la relación procesal y los actos que resultan del ejercicio de tales posiciones, escindido del derecho material. Es necesaria esta aclaración porque habitualmente, cuando hablamos de autonomía de la voluntad, pensamos en el derecho material y no en el procesal.

Ya ingresando de lleno en el tema que nos convoca, podemos clasificar los acuerdos procesales entre: acuerdos típicos,<sup>5</sup> es decir, las previsiones que establece el ordenamiento sobre acuerdos entre las partes –los cuales pueden darse tanto en el plano vertical como horizontal del proceso porque existe una norma que lo permite–; acuerdos que denominaremos atípicos,<sup>6</sup> que son aquellos que no se encuentran expresamente legislados –los cuales solo serán válidos si tienen como contenido el eje horizontal del proceso–.

Sentado ello, los requisitos que deberán observarse para que los acuerdos procesales sean considerados válidos serán:

- La capacidad de las personas celebrantes.
- Que el objeto sea lícito, posible y determinado.
- Que el acuerdo respete la forma, en caso de que así se requiera.

Vale aclarar que aquí se verá manifestamente la interrelación de todo el sistema jurídico, porque habrá requisitos establecidos en el derecho de fondo que serán aplicables a estos acuerdos procesales, dada su falta de previsión legal.

El incumplimiento de alguno de los extremos referidos conllevará la irregularidad del acuerdo procesal. Esta irregularidad no escapa al sistema de ineficacia establecido por la ley procesal, es decir que, en su caso, la declaración de nulidad procesal deberá cumplir con recaudos legales para ello.

---

<sup>5</sup> Entre los que podemos mencionar la competencia territorial (art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial), la suspensión de plazos, del trámite y de la audiencia (art. 157), el nombramiento de peritos (art. 459), entre otros.

<sup>6</sup> Entre los que podemos mencionar el domicilio, los plazos convencionales, la renuncia al recurso, la renuncia a recusar sin causa, la distribución de las costas, entre muchos otros.

Por último, en el caso especial de los acuerdos procesales típicos, para que estos sean válidos, además de contar con los requisitos referidos, deberán respetarse los requerimientos específicos de la reglamentación de cada supuesto en particular.

## Límites

Habiéndose determinado la procedencia de los acuerdos procesales dentro del ordenamiento jurídico, habrá de señalar los límites a la autonomía de la voluntad, como son: los principios procesales, los estándares del proceso establecidos por la Corte Interamericana de Derechos humanos y el orden público.

No hay dudas de que la libertad jurídica de las personas –radica tanto en un hacer como en un no hacer– tiene límites que la reducen necesariamente con el propósito de vivir en una normal convivencia social. Pues, desde una perspectiva nomológica, la misma Constitución nacional asegura que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe; sin embargo, las acciones privadas de las personas no podrán ofender el orden y la moral pública, ni perjudicar a terceros (art. 19). Es decir que la libertad jurídica se encuentra limitada por las normas prohibitivas, por los derechos subjetivos de los demás y el orden público. Ello nos lleva a decir que incluso las conductas “lícitas” pueden estar limitadas en casos puntuales.

Nos explicamos. Para evitar abusos de posiciones dominantes o abusos en general, cualquier acuerdo que los particulares celebren necesariamente tendrá límites integrados por todas aquellas garantías normadas en el artículo 18 de la Constitución nacional, en los

tratados enumerados en el artículo 75 inciso 22 referidos al proceso y en las Constituciones provinciales.

En suma, la libertad de las partes se traduce en que su autonomía de la voluntad podrá ejercerse siempre y cuando no se vulneren las garantías de las partes y sus derechos humanos fundamentales ni se torne excesivamente difícil ejercitar el derecho de fondo.

Dentro de los límites se encuentran los principios procesales, dado que existen con el propósito de regular el diálogo entre dos partes iguales ante un tercero que resolverá el litigio.

En el caso particular del principio de igualdad, uno de los cuestionamientos que se nos genera es de si, para respetar este principio, al celebrar estos acuerdos se requiere patrocinio letrado. Si bien es cierto que el propósito de la exigencia de asesoramiento letrado dentro del proceso es obligatorio y en beneficio de las propias partes –pues se trata de evitar que estas se encuentren indefensas ante el desconocimiento de las normas jurídicas–, en lo referente a los acuerdos procesales habrá de observarse si en el caso en concreto existe una vulnerabilidad manifiesta de alguno de los sujetos. O sea, cuando se celebre un acuerdo que contenga normas procesales individuales que carezca de firma de un/a letrado/a, habrá que observar si alguna de las partes demuestra una situación de vulnerabilidad manifiesta (Didier, 2015). En definitiva, analizar si existe un desequilibrio entre los sujetos en la relación jurídica que demuestre que la negociación no se perfeccionó en igualdad de condiciones.<sup>7</sup> Ante ello, entendemos que lo correcto será que se exija el asesoramiento de un profesional del derecho para garan-

---

<sup>7</sup> La doctrina brasileña sostiene que "la vulnerabilidad ha de ser entendida como la existencia de una situación de grave desequilibrio entre los sujetos que cele-

tizar un adecuado acceso a la justicia de los particulares e información de sus derechos, siempre y cuando la situación lo amerite. Pues, en el caso de que las dos partes no fueran profesionales del derecho y no hubieran tenido asesoramiento, se encontraría descartada la limitación a la voluntad por falta de patrocinio o asesoramiento, pues no habría situación de vulnerabilidad –al menos en principio–.

En suma, el asesoramiento de un/a abogado/a a la hora de la celebración de un convenio procesal no debe ser requerido como una mera formalidad, sino que en cada caso en concreto la falta de asesoramiento letrado debe significar una vulneración a los estándares básicos del proceso, sobre todo el principio de igualdad.

Finalmente, será necesario apreciar –de haber restricciones de derechos– el grado de autonomía de la voluntad de los sujetos en el caso específico.

Por otro lado, como límite se encuentran los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Seguidamente enunciaremos algunos de los precedentes más importantes con aplicación en la materia civil y comercial dados por la Corte IDH que serán una guía para limitar la autonomía de la voluntad de los particulares en el proceso. Es decir, un acuerdo procesal no será aplicable cuando vulnere alguno de los estándares del proceso que se nombrarán a continuación.

En el caso “Tribunal constitucional vs Perú”,<sup>8</sup> cuya sentencia fue dictada el 31 de enero de 2001, la Corte IDH estableció que los seres

---

bran determinado negocio jurídico procesal, configurando quebrada la isonomía” (Nogueira, 2018, p. 279).

<sup>8</sup> Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf).

humanos tenemos derecho a ser juzgados por un tercero imparcial e independiente.<sup>9</sup> Es decir que la independencia e imparcialidad de la autoridad debe ser un estándar del debido proceso.

En “Acosta Calderón vs Ecuador”,<sup>10</sup> del 24 de junio de 2005, se pronunció sobre la igualdad procesal.<sup>11</sup>

En cuanto a los medios de obtención de la prueba, en “Cabrera García y Montiel Flores vs México”,<sup>12</sup> fallo dictado el 26 de noviembre 2010, resolvió que no es válido obtener prueba a través de tortura.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> “Esta Corte considera necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional en razón de la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento. Como lo señalara la Corte Europea, la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas” (considerando 75).

<sup>10</sup> Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_129\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf).

<sup>11</sup> “En este sentido, en la Observación General No. 13 relativa a la ‘Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (art. 14)’, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que: el derecho a ser informado ‘sin demora’ de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación. En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del ministerio público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa” (considerando 117).

<sup>12</sup> Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/ejecutoria/70001>.

<sup>13</sup> “Al respecto, la Corte observa que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante la tortura o tratos crueles e inhumanos (en adelante “regla de exclusión”) ha sido reconocida por diversos tratados y órganos internacionales de protección de derechos humanos que han establecido que dicha regla es

En el caso “Furlan y familiares vs Argentina”,<sup>14</sup> con fecha del 31 de agosto 2012, estableció que debe apreciarse el plazo razonable en cada caso<sup>15</sup> según algunos criterios particulares allí especificados, como, por ejemplo, la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo.<sup>16</sup>

Por último, otro límite lo encontramos en el orden público, cuyo concepto no es uniforme.<sup>17</sup> Como lo ha exteriorizado Rafael Bielsa, el orden público es una expresión vaga pero de aceptación convencional generalizada (Luqui, 2016). Sin embargo, hay acuerdo en que el efecto más importante que acarrea el instituto es limitar la voluntad de las partes como un estándar jurídico.

Eduardo Zannoni sostiene que el orden público opera de modo instrumental. Es como un arsenal que provee los instrumentos de de-

---

intrínseca a la prohibición de tales actos. Al respecto, la Corte considera que esta regla ostenta un carácter absoluto e inderogable” (considerando 165).

<sup>14</sup> Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf).

<sup>15</sup> “la Corte analizará los cuatro elementos que la jurisprudencia ha establecido para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso” (considerando 152).

<sup>16</sup> “La Corte reitera que, para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. En este sentido, este Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve” (considerando 194).

<sup>17</sup> Varios eximios pensantes han definido el orden público, como Bardin, Frankenstein, Japiot, Savigny, Bibiloni, por nombrar a los clásicos (Cardini, 1959).

fensa de aquellos bienes jurídicos en un territorio determinado en que se desenvuelve la autonomía privada (De la Fuente, 2003).

La imprecisión del concepto torna mayor la dificultad cuando se observa su relatividad tanto desde lo temporal como desde lo espacial (Cardini, 1959), lo que conlleva que su contenido sea elástico y variable según el contexto y la época. Es decir, el concepto de orden público tiene como característica ser mutable dependiendo del espacio territorial donde se aplique. Además, es manifiestamente cambiante según la época, más allá de que tenga un contenido esencial inalterable. Pues el fin que se intenta proteger inevitablemente muta, por la sencilla razón de que las personas no se comportan de idéntica manera en su convivencia en el transcurso del tiempo, ya que cambian las relaciones tanto como los valores que los gobiernan.<sup>18</sup>

Probablemente, la dificultad para definir el orden público lleva a su difícil delimitación, aunque, más allá de ello, su propósito es proteger a los sujetos y a la sociedad en general.

En definitiva, cuando la norma procesal sea calificada como de orden público –ya sea por el legislador o bien por el juez–, el efecto será que los particulares no podrán acordar en contrario. Es decir, el principal efecto del orden público es invalidar todo acuer-

---

<sup>18</sup> Esto se refleja claramente en el voto del Dr. Carlos S. Fayt en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, autos "Partido Justicialista s/ acción de amparo", del 28 de septiembre de 1993, fallos 316:2117, cuando indica que "Esta ley es de orden público [...] De tal modo que deben entenderse que el legislador la ha definido como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad".

do procesal que lo violente. Por ejemplo, si las partes pactaran que se permitiese ofrecer testigos excluidos en el proceso, tal cláusula no sería válida.

Como se ve, el orden público procesal es un límite a la libertad de los individuos para disponer sobre el contenido procesal. Para ser claros, en estos casos el orden público procesal detenta un rango superior a los acuerdos individuales a fin de prevenir situaciones o bien lesivas o bien abusivas respecto del bienestar general.

En definitiva, una vez que el magistrado advierta que determinado acuerdo procesal resulta contrario al orden público, dictará una resolución fundada determinándolo inaplicable en el proceso en concreto, y, como consecuencia, habrá de aplicar las normas establecidas por el Código Procesal respectivo.

## **Rol del juzgador**

Escribir sobre las funciones del juez es un tema de una amplitud formidable y, por qué no, un tema en constante tensión. Por esa razón, estamos lejos de formular una exposición acabada.

En los acuerdos procesales se ve la tensión entre la libertad de las partes y los poderes del juez. Por eso, como este último es quien tiene el poder de decisión y las partes son las que acuerdan las normas procesales, se torna necesario trazar límites del rol de los magistrados.

Ante los acuerdos procesales celebrados por los particulares, corresponde al juez que dirige el debate que realice un control de legalidad de los mismos. Esto no significa que pueda rehusarse a aplicar los acuerdos procesales por ser el director del proceso, sino que su función

será analizar que se encuentren cumplidos los requisitos de validez del acuerdo en general o en particular o si existe algún límite a la autonomía de la voluntad de esos particulares.

Siguiendo la doctrina extranjera, parece razonable que, frente a un acuerdo procesal, el juez deba considerar al menos tres factores: la autocomposición del derecho, el respeto al equilibrio entre las partes y la preservación de los principios y garantías fundamentales (Greco, 2007); a lo que agregaremos que no debe encontrarse afectado el orden público.

Pero ello no quiere decir que para que los acuerdos sean válidos el juez deba declarar su validez u homologarlos. Por el contrario, los acuerdos procesales causan sus efectos de forma inmediata, a menos que las partes acuerden una condición para su aplicación, pues allí habrá de verificarse el cumplimiento de esa condición para su aplicabilidad.

Ahora bien, en el caso de que el magistrado interviniente detectase que el acuerdo trasgrede algún límite a la autonomía de la voluntad o carece de algún requisito de validez –ya sea general o específico–, mediante resolución fundada debería declarar su inaplicabilidad o nulidad. Sin embargo, el alcance de la resolución sería distinto si la infracción fuera referida a un requisito de validez del acuerdo. En este caso, el juez declararía su nulidad a la totalidad, dado que estamos frente a un acuerdo que no respeta los extremos de procedencia –si el acuerdo no respetase algún límite de la autonomía de la voluntad en un caso en particular, este defecto no afectaría el acuerdo en su totalidad, sino solo a la cláusula específica que vulneró los límites–.

Debe aclararse que, en el caso de los acuerdos procesales típicos, el juez deberá apreciar los requisitos específicos regulados por la ley,

no pudiendo usar la analogía para prohibir algún acuerdo procesal, como tampoco declarar la invalidez si no existe perjuicio.<sup>19</sup> En estos casos, deberá comprobar tanto el objeto pactado como la capacidad postulatoria y procesal de las partes del acuerdo, es decir, analizar la regularidad del acto. Deberá comprobar también el perjuicio que produce la irregularidad, y si la norma se introdujo como una cláusula abusiva en el acuerdo.

Si el acuerdo no tiene ningún defecto, el juez no se podrá apartar de su aplicación y deberá respetar la voluntad de los particulares.

## Conclusiones

En el presente trabajo hemos hecho una presentación de un tema en naciente desarrollo en nuestro país, el cual enuncia un largo camino por recorrer.

Creemos firmemente que nuestro ordenamiento procesal, más allá de la falta de una norma específica que habilite los acuerdos procesales en casos no previstos por el ordenamiento, igualmente los permite cuando las partes traten sobre relaciones horizontales del proceso. Claro está que siempre se podrán celebrar dentro de determinados límites y respetando las garantías constitucionales.

---

<sup>19</sup> Como referencia, citamos el enunciado 16 del Foro Permanente de procesalistas civiles de Brasil: “El control de los requisitos objetivos y subjetivos de validez de la convención de procedimiento debe ser conjugado con la regla según la cual no hay invalidez del acto sin perjuicio” (traducción propia). Disponible en: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>.

El tema flexibiliza el proceso judicial rígido y abstracto, abriendo las posibilidades de adaptarlo a cada caso en particular con la creación de normas individuales. Pues no olvidemos que los trámites están legislados en abstracto y no en el caso concreto. Es que, si bien el proceso es sustancialmente creado por el legislador, son también los particulares quienes pueden acordar algunas de sus normas procesales, dentro de determinados límites y sin perder las funciones del proceso judicial.

Lo cierto es que esta autonomía de la voluntad habrá de ejercerse dentro de los deberes y facultades de la autoridad del juez, no como una instrucción sino, por el contrario, como un instrumento para lograr un proceso eficaz en beneficio también de la autoridad y la sociedad en general.

Debe decirse sin dudas que con la implementación de los acuerdos procesales no se insta a una privatización del proceso, pues no se desconoce su naturaleza predominantemente pública, sino que se propicia que las partes, ya sea habilitadas por la ley o bien por el ámbito horizontal, diriman sus controversias con una mayor autonomía de la voluntad.

Es cierto que esta propuesta reconoce una flexibilización de las formas procesales para adaptar los procesos a los escenarios y situaciones particulares de cada caso. Sin embargo, analizado bajo el tamiz constitucional y convencional, no hay una razonabilidad para impedir estos acuerdos, máxime si nacen de la voluntad de las partes. Pues, como sostiene Ariza (2009), las normas contractuales tienen mayor proximidad con la realidad social que las normas generales.

La intención de estos acuerdos no es otra que buscar una solución amigable incluso dentro del proceso, pues, tal como señala la doctrina

francesa, con ellos se crean mecanismos conciliatorios institucionales para generar la conciencia de no judicializar (Cadiet, 2015).

Aclaremos que con esto no queremos decir que la intervención estatal sea incorrecta, ya que es claro que está justificada. Lo que intentamos decir es que es viable que sean los mismos sujetos quienes dispongan del modo en que solucionarán sus conflictos. Pues con esta propuesta se amplifica la eficacia del proceso a partir de la decisión de los particulares contra la regulación unilateral estatal, habiendo mayores márgenes de negociabilidad, como también mayor previsibilidad.

No desconocemos que, tal como está planteado el tema, trasunta en el límite de contradecir el principio de legalidad de formas que tanto la doctrina procesalista ha discutido. Sin embargo, lo que se propone no es romper con él, sino permitir una adaptabilidad de las formas en ciertos casos, sin alterar las normas verticales del proceso –excepto que la misma norma lo permita–.

Para ir terminando, creemos que con los acuerdos procesales se modifican las perspectivas teóricas tradicionales del derecho procesal y, sobre todo, se genera un reto para todos los operadores del derecho al permitir la aplicación y uso de esta herramienta útil para las partes. Esto intenta romper con la cultura del litigio.

Además, se agrega una herramienta más de negociación para los abogados y abogadas en ejercicio de la profesión, porque, al momento de conciliar extrajudicialmente, ya sea previo o durante un proceso judicial, podrían incorporar acuerdos con disposiciones procesales y convenir algunas reglas del litigio.

En definitiva, estos acuerdos vienen a presentarse como una nueva herramienta de pacificación de conflictos, como un posible

medio para cambiar la prolongación de los tiempos del proceso y cumplir con el tan preciado plazo razonable.<sup>20</sup> También son un mecanismo de consenso para resolver las controversias que tienen los particulares, como también para decidir cómo obtener resultados útiles y concretos que conformen las expectativas en su litigio.

---

<sup>20</sup> Tan señalado a nuestro país por la Corte IDH para casos no penales en los fallos “Forneron e hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012, disponible en <http://www.saij.gob.ar/corte-interamericana-derechos-humanos-internacional-san-jose-costa-rica-caso-forneron-hija-vs-argentina-sentencia-fondo-reparaciones-costas-fa12570019-2012-04-27/123456789-910-0752-lots-eu-pmocsollaf?>; “Furlan y Familiares vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf); y “Mémoli vs. Argentina”, sentencia del 22 de agosto de 2013, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_265\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf).

## Bibliografía

- ALSINA, H. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.
- ALVARADO VELLOSO, A. (2015). *Lecciones de derecho procesal*. Buenos Aires: Astrea.
- ARIZA, A. C. (2009). “Elaboración de normas contractuales”. En: JA, 2009-II-1178.
- BERIZONCE, R. O. (2017). “Las estructuras cooperativas y consensuales de la normatividad: ¿hacia una superación de la cultura del litigio?”. En: *Revista de derecho procesal*, N° 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- CADIET, L. (2015). “La desjudicialización. Informe introductorio”. En: NOGUEIRA, P. E. & CAVANI, R., *Convenciones procesales Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel.
- CARDINI, E. O. (1959). *Orden público*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CIFUENTES, S. (2004). *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea.
- DE LA FUENTE, H. H. (2003). *Orden público*. Buenos Aires: Astrea.
- DIDIER, F. Jr. (2015). “Clausula general sobre el proceso en el nuevo Código de Proceso Civil Brasileño”. En: NOGUEIRA, P. E. & CAVANI, R., *Convenciones procesales. Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel.
- (2017). “Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño (cpc)”. En: *Revista da Faculdade de Direito Universidade São Judas Tadeu*, N° 4. Recuperado de: <https://revistadireito.emnuvens.com.br/revistadireito/article/view/82/80>

- GOZAINI, O. A.** (2020). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Jusbaire.
- GRECO, L.** (2007). “Os atos de disposição processual - primeiras reflexões”. En: *Revista eletrônica de direito processual*. Recuperado de: [www.revistaprocessual.com](http://www.revistaprocessual.com).
- LUQUI, R. E.** (2016). “Reflexiones sobre el concepto de orden público”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo C.
- NOGUEIRA, P. H.** (2018). *Negócios Jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm.
- PALACIO, L. E.** (2017). *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. (Edición actualizada por CAMPS, C. E.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- REIS NETTO, R. M.** (2015). “El proceso civil como relación jurídica cooperativa y la posibilidad de realización de convenciones en el ámbito del módulo procesal ejecutivo”. En: **NOGUEIRA, P. E. & CAVANI, R.**, *Convenciones procesales Estudios sobre negocio jurídico y proceso*. Lima: Raguel.
- VIGO, R. L. & SODERO, E.** (2015). “Orden Público y Orden Público Jurídico”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo F.

El problema de la compensación económica entre cónyuges

**Revista de la Escuela Judicial:** ISSN 2796-874X

**Año:** 02 / N° 2 - Mayo 2022

**Recibido:** 16/09/2021

**Aprobado:** 21/04/2022

## El problema de la compensación económica entre cónyuges

*The problem of financial compensation between spouses*

**Laura Alicia Mucci<sup>1</sup>**

*Universidad de Buenos Aires*

**Resumen:** La investigación tuvo como objetivo establecer si el trato diferenciado que efectúa el Código Civil y Comercial de la Nación al regular los presupuestos formales que habilitan el pedido de compensación económica entre cónyuges y entre convivientes constituye una distinción objetiva y razonable o si, por el contrario, viola el principio de igualdad respecto de los miembros de una unión matrimonial. Para ello fue necesario profundizar acerca de la finalidad que persigue la figura, su regulación en la legislación comparada, los aspectos constitucionales y convencionales en los que se sustenta y las diferentes situaciones que se dan en la vida cotidiana.

**Palabras clave:** Compensación económica entre cónyuges – Perspectiva de género – Inconstitucionalidad – Muerte del cónyuge.

---

<sup>1</sup> Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en magistratura (Universidad Nacional de San Martín). Egresada Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: lauraamucci@hotmail.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5952-7614>.

**Abstract:** *The objective of the investigation was to determine if the Código Civil y Comercial de la Nación's differentiated treatment and regulation of the formal requirements which enable the request for compensation between spouses and those that enable the request for compensation between domestic partners constitutes an objective and reasonable distinction or if, on the contrary, it violates the principle of equality for spouses. For this purpose, it was necessary to examine the purpose of compensation, how it is regulated in Comparative Law, the constitutional and conventional elements on which compensation is based, and the various circumstances of particular cases of compensation that occur in everyday life.*

**Keywords:** *Spousal support – Gender perspective – Unconstitutionality – Death of the spouses.*

## Concepto de compensación económica

El Código Civil y Comercial de la Nación introduce por primera vez en el derecho argentino el instituto de la compensación económica, reconociendo como fuente directa el artículo 97 del Código Civil Español.<sup>2</sup>

Dado que omite proporcionar una definición de la figura, la doctrina ha elaborado los conceptos que se describen a continuación.

Graciela Medina (2013) la describe como

La cantidad periódica o prestación única que un cónyuge o conviviente debe satisfacer a otro tras el divorcio o la finalización de la convivencia, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge o conviviente (el acreedor) en relación con el otro cónyuge o conviviente (el deudor), como consecuencia directa del divorcio o finalización de la convivencia, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio o la convivencia. (p. 3)

Mariel F. Molina de Juan (2018) la define como el

Derecho-deber derivado de las relaciones familiares que faculta a un ex cónyuge o ex conviviente a ejercer una acción personal con el objeto de exigir al otro el

---

<sup>2</sup> “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación”. Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil/>.

cumplimiento de una determinada prestación, destinada a corregir el desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, y a remediar sus injustas consecuencias. Todo ello en razón de una doble causa o fuente de la que nace dicha obligación: la vida en común y su ruptura. (pp. 22-23)

Esta autora destaca además que el texto legal utiliza el vocablo “compensación económica” en tres sentidos diversos: para referirse al derecho en cuestión, para designar el contenido sobre el que recae ese derecho y para indicar la finalidad que persigue.

Por su parte, María Victoria Pellegrini (2017) –autora de los artículos 441 a 445 del Código Civil y Comercial de la Nación– señala que se trata del

derecho reconocido al cónyuge o conviviente a quien el divorcio o cese del proyecto de vida en común produce un desequilibrio manifiesto, que representa un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial o la unión convivencial y su ruptura. (p. 29)

Néstor E. Solari (2017) prefiere el término “prestación compensatoria” y la define como

la institución mediante la cual el cónyuge o conviviente que ha sufrido un desequilibrio durante el matrimonio o la unión convivencial tiene derecho a exigir al otro una compensación por el empeoramiento padecido, al momento del divorcio o el cese de la convivencia. (p. 57)

## Regulación legal

### ***Compensación económica entre cónyuges***

Se encuentra regulada en los artículos 441 y 442 del Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 441 dice:

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 determinado 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.

### ***Compensación económica entre convivientes***

Se encuentra regulada por los artículos 524 y 525 del Código Civil y Comercial de la Nación. El artículo 524 establece:

Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cual-

quier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

De lo expuesto surge que los cónyuges solo tienen derecho a solicitar la compensación económica luego del trámite de divorcio o de nulidad de matrimonio, en tanto para los integrantes de una unión convivencial tal derecho nace una vez producido el cese de la convivencia por cualquiera de las causas que enumera el artículo 523 del código citado.

Estas son:

a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese de la convivencia mantenida.

Se advierte que la aplicación del instituto resulta más amplia en las uniones convivenciales y más restringida entre cónyuges.

## **Elementos de la compensación entre cónyuges**

Los presupuestos exigidos para que resulte procedente una compensación económica son tres: que se produzca un desequilibrio manifiesto en un cónyuge respecto al otro, que ese desequilibrio implique un empeoramiento en su situación y que tenga por causa adecuada el matrimonio y su ruptura a través del divorcio. Lo mismo sucede en

caso de decretarse la nulidad del matrimonio en conformidad con lo que dispone el artículo 429 inciso a del mismo cuerpo.

El artículo 442 del Código Civil y Comercial de la Nación enumera diversos supuestos que Molina de Juan (2018) individualiza como “presupuestos sustanciales” (p. 121).

Como indica autorizada doctrina, es necesario que se constate la existencia de un desequilibrio económico manifiesto, entendido como una situación económica que aparece desbalanceada entre los cónyuges luego del divorcio y comprende tanto la situación patrimonial específica y concreta como las posibilidades o habilidades de progreso económico, independientemente del régimen patrimonial por el que se haya optado en el matrimonio, pues resulta procedente en ambos regímenes si se dan los presupuestos. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lloveras, 2014).

Graciela Medina (Medina & Roveda, 2016) sostiene que dicho desequilibrio puede ser de carácter “perpetuo” cuando las repercusiones que la convivencia produjo en la particular posición de quien lo experimenta aniquilan cualquier expectativa de abrirse camino por sí mismo y obtener sus propios recursos. En tanto considera el desequilibrio “coyuntural” como aquel que se supera con el paso del tiempo debido a que las huellas de la convivencia no son tan profundas en el proyecto de vida del acreedor, quien a la postre tiene posibilidad de autonomía personal, constituyendo el matrimonio “un paréntesis en la posibilidad de acceso al trabajo” (pp. 254-255).

Debe tener como causa adecuada el matrimonio y su ruptura. La norma obliga a promover el trámite de divorcio o de nulidad de matrimonio y a obtener una sentencia.

## **Finalidad del instituto. Perspectiva de género. Aspectos constitucionales involucrados**

El instituto de la compensación económica se presenta como una herramienta legal que posibilita y favorece una cierta igualdad real en las condiciones y oportunidades en que cada cónyuge o conviviente se encuentra una vez finalizado su proyecto de vida en común, condiciones que se vieron afectadas y desbalanceadas justamente a causa de dicho quiebre. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lloveras, 2014).

Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa o inocencia como elemento determinante de su asignación. Solo importan las consecuencias objetivas que el divorcio provoca.<sup>3</sup>

Constituye un mecanismo valioso con perspectiva de género para superar el estigma de tener que ser alimentado, generalmente asociado a un sistema que se basa en estereotipos en cuanto a la distribución de roles discriminatorios que impacta en mayor medida en las mujeres (Molina de Juan, 2011).

De esta forma, una adecuada compensación permite a la parte económicamente más débil de la relación procurarse un medio que posibilite la autonomía personal para continuar su existencia en forma independiente.

Sin importar las razones que dispusieron tal dinámica familiar, lo cierto es que al finalizar la comunidad de vida la figura en análisis viene en auxilio del integrante más débil de la pareja para corregir o remediar el desequilibrio injusto, que encuentra su razón de ser en el pasado y en

---

<sup>3</sup> Posición asumida en los fundamentos que acompañaron el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación elaborado por la Comisión Reformadora designada por Decreto N° 191/2011.

el presente pero que se proyecta hacia el futuro favoreciendo la autoevaluación y autonomía en el plan de vida individual que sigue a la ruptura del proyecto matrimonial o convivencial en su caso.

El desequilibrio tiene entonces su causa fuente inmediata en la finalización del proyecto de vida en común de la pareja matrimonial o convivencial, y la causa mediata en la forma en que se llevó a cabo la dinámica familiar (Kemelmajer de Carlucci, Herrera & Lloveras, 2014).

En resumidas cuentas, la figura procura un equilibrio entre la responsabilidad de cada uno de procurarse –en la medida de lo posible– su propio medio de vida y la solidaridad o colaboración de aquella persona con la que se tuvo un proyecto familiar, sin que ello implique caer en el asistencialismo o la dependencia (Molina de Juan, 2011).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>4</sup> consigna que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado” (art. 17.1), y que es responsabilidad de los Estados partes tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>5</sup> despliega una normativa múltiple en la diversidad de su articulado cada vez que impone la igualdad

---

<sup>4</sup> Suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Internacional sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm).

<sup>5</sup> Aprobada por la Resolución N° 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/>

real de derechos y de trato con el varón en las relaciones de familia y cuando alude a los derechos de la mujer en situaciones varias, obligando a los Estados partes a adoptar las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, y en particular para modificar o derogar leyes, eliminando patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de los géneros, garantizando que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de los hijos.

En resumen, la manda convencional obliga a proteger a la familia y sus integrantes en condiciones de igualdad, reconociéndoles su dignidad y otorgando el derecho a igual protección de la ley sin discriminación. En el mismo sentido, el artículo 75 inciso 23 de la Constitución de la Nación Argentina impone al legislador el deber de aportar medidas de acción positiva para proteger a los sectores vulnerables, removiendo los obstáculos que deben enfrentar algunos sectores y compensando o equilibrando la situación de desventaja, y con ello superar la diferencia originaria.

En este sentido, el instituto de la compensación económica otorga una protección especial al miembro de la pareja que queda en situación de inferioridad con motivo de la ruptura familiar, cumpliendo la manda constitucional y convencional.

---

[instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women.](#)

## El problema de la compensación económica entre cónyuges

De lo que hasta aquí se expone resulta que entre los cónyuges se encontraría descartada la posibilidad de reclamar compensación económica en dos situaciones: ante el cese de la convivencia y ante la muerte del que debería pagar la compensación económica. En cambio, procede ante el cese de unión convivencial por cualquier causa, incluida la muerte real o presunta del conviviente (arts. 522 y 523 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Dispares son las opiniones y fundamentos en relación con la decisión del legislador de limitar ese derecho a los supuestos de divorcio o nulidad de matrimonio respecto de los cónyuges y de ampliar el espectro de posibilidades en relación con los convivientes.

A favor se ha pronunciado Mariel Molina de Juan (2018), por considerar que el supérstite tiene derechos sobre los bienes en caso de estar regidos por el régimen de comunidad, y además es heredero, salvo que se encuentren separados de hecho. En cambio, el conviviente supérstite carece de derechos hereditarios y no participa de los bienes que integran la comunidad de bienes, por lo cual la autora considera la solución “de toda justicia”, haciendo mención de que el cónyuge separado puede solicitar cuota alimentaria mientras no se divorcie.

Para Néstor Solari (2017), la distinción

es arbitraria porque lo que la ley debe proteger es si hubo o no desequilibrio manifiesto durante la normal convivencia –tanto del matrimonio como en la unión convivencial– y al cese de la convivencia, cualquiera de las partes debería estar en condiciones de plantear la respectiva acción, trátase de cónyuges o convivientes.

Súmese a ello la circunstancia de que si los cónyuges estaban en trámite de divorcio y uno de ellos fallece antes de la sentencia de divorcio, el supérstite no tendrá derecho a solicitar dicha compensación. (p. 57)

En igual sentido, Gabriel Rolleri (2017) opina que resulta equivocado que no opere ningún tipo de compensación económica contra los herederos del cónyuge fallecido, y mucho más si esos supuestos se encuentran previstos para el caso del conviviente. Y agrega que, ante el desequilibrio, “ese menoscabo, esa desigualdad esgrimida y probada, no se configura por el hecho del divorcio en sí, como su causa generadora, sino que se fue concibiendo por diversos motivos a lo largo de la unión matrimonial” (p. 46).

En las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017 se propuso –sin éxito– recomendar una reforma al artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación que contemplara la compensación económica a favor del cónyuge supérstite cuando se produjera la “disolución del vínculo” por cualquier causa, es decir, ante divorcio, nulidad de matrimonio y muerte real o presunta del otro. No preveía la posibilidad de reclamarla ante el cese de la convivencia.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Ponencia de la Dra. Eliana M. González presentada en las XXVI Jornadas de Derecho Civil celebradas en La Plata del 28 al 30 de Septiembre de 2017 (Comisión N° 8 de Derecho de Familia). Disponible en: <http://jornadasderehocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Gonz%C3%A1lez-Eliana-M.-La-compensaci%C3%B3n-econ%C3%B3mica-frente-a-la-muerte-del-c%C3%B3nyugeComisi%C3%B3n-8.pdf>.

## Cese de la convivencia y desequilibrio

Teniendo en cuenta que uno de los objetivos que tuvo en mira el legislador al incorporar el instituto fue el de evitar la dependencia económica que genera el cobro de cuota alimentaria por parte de uno de los cónyuges erradicando –luego de finalizado el proyecto de vida en común– la idea de “asistencia”, resulta necesario preguntarse en qué momento se experimenta el desequilibrio entre los cónyuges y de qué forma se supera ese desequilibrio.

Del relato habitual de los recién separados surge que el desequilibrio –existente durante la convivencia– se hace visible una vez finalizada la comunidad de vida, es decir, al producirse el cese de la convivencia, se trate de una relación matrimonial o convivencial. Lo que deja a uno de los cónyuges en inferioridad de condiciones –desde el punto de vista económico– no es el dictado de una sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio, sino la desigualdad existente desde el mismo momento en que ya no habita con el otro. Ese es el momento en el que la familia se disgrega, en el que el miembro económicamente más débil de la pareja advierte el desequilibrio que la convivencia enmascaraba, por lo que resulta razonable que el derecho a reclamar la compensación económica se materialice en tal oportunidad.

Desde esta perspectiva puede afirmarse que no existe razonabilidad en la distinción que se efectúa respecto de la regulación de la compensación económica entre convivientes y cónyuges en lo que se refiere al momento en que cada uno puede solicitarla.

Es cierto que el cónyuge separado de hecho puede demandar el pago de una cuota alimentaria, sin embargo, como ya se dijo, ello implica un aporte de tipo asistencial que en modo alguno propende a generar la autonomía personal a la que se aludió al legislar la compensación económica.

## Muerte del cónyuge y desequilibrio

Acorde a la regulación legal, la posibilidad de que un cónyuge reclame a los herederos del otro una compensación económica cuando la unión matrimonial se extingue por muerte queda descartada. El fallecimiento del cónyuge durante el matrimonio acarrea la extinción del derecho a reclamar una compensación a los herederos del otro aun en aquellos casos en que el evento se produzca durante el trámite de divorcio.

En cambio, en las uniones convivenciales la muerte de uno habilita el ejercicio de la acción contra sus herederos, pues es una de las causales que enumera el artículo 523 del Código Civil y Comercial de la Nación. Como ya se señaló con anterioridad, quienes consideran que esa solución es justa sostienen que el cónyuge tiene derecho a los bienes que integran la comunidad y además es heredero de los bienes propios del cónyuge fallecido.

Analicemos ambas alternativas.

### ***Eventuales derechos de un cónyuge en su calidad de socio de la comunidad extinguida***

Si los cónyuges optaron por el régimen de separación de bienes, no hay comunidad y a la extinción del régimen por muerte cada cónyuge solo recibirá los bienes por él adquiridos y no participará de los adquiridos por el otro. Consecuentemente, puede generarse el desequilibrio que describe el artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación, aun conservando el supérstite la vocación hereditaria, lo que dependerá en cada caso concreto de la cuantía e importancia económica del acervo y de la cantidad de herederos que concurran a la herencia.

Si se hallaban regidos por el régimen de comunidad, pueden no existir bienes, ser escasos o insuficientes para que el desequilibrio quede compensado con su distribución o adjudicación.

Entiendo que debería otorgarse al cónyuge supérstite la posibilidad de acreditar dicha circunstancia confiriéndole la acción respectiva del mismo modo que se le otorga al conviviente supérstite, y que en el caso concreto sea el juez quien decida si se verifican los presupuestos sustanciales para otorgar la compensación económica.

Consecuentemente, el régimen patrimonial, sin ser determinante, constituye un factor a tener en cuenta para establecer la existencia del desequilibrio.

Dicho esto, pierde peso el argumento de otorgar compensación económica al conviviente supérstite y no hacerlo respecto del cónyuge supérstite por considerar que este último participa de los bienes adquiridos por el otro en el régimen de comunidad

### ***Eventuales derechos que puede tener el cónyuge supérstite sobre los bienes del otro por ser heredero y legitimario***

Este supuesto puede a su vez subdividirse en varias hipótesis:

- Cónyuge supérstite que convive al momento del fallecimiento del otro: no percibe alimentos y las prestaciones del sistema previsional pueden ser insuficientes. Efectivamente lo hereda. En tal caso puede ocurrir que los bienes dejados por el causante deban repartirse entre muchos herederos, y no siempre la porción que recibe el cónyuge resulta suficiente para recomponer el desequilibrio. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que se presentan matrimonios sucesivos en los que el cónyuge fallecido ha tenido varios hijos.

- Cónyuge supérstite separado de hecho: el fallecimiento se produce durante la separación de hecho sin haber iniciado el trámite de divorcio o de nulidad de matrimonio, durante la tramitación de estos juicios y previo al dictado de la sentencia o dentro de los seis meses posteriores sin que se promoviera la acción de compensación. ¿Qué derechos tiene el cónyuge supérstite? No puede reclamar alimentos a los herederos, no está legitimado para intentar la acción de compensación y, como estaban separados de hecho, perdió la vocación hereditaria, tal como lo establece el artículo 2437 del Código Civil y Comercial de la Nación. En definitiva, se encuentra en idéntica situación a la del conviviente supérstite, pues carece de llamamiento hereditario.

Si –como se planteó anteriormente– los cónyuges habían optado por el régimen de separación de bienes, ningún derecho tiene sobre los bienes del fallecido. Si adoptaron el régimen de comunidad, puede que los gananciales que recibe el supérstite, luego de satisfechas las deudas, no resulten suficientes para compensar el desequilibrio existente.

En el caso de los convivientes, y no obstante es posible que hayan adquirido bienes en condominio durante la convivencia, el legislador le ha otorgado la acción para demandar a los herederos del otro, quedando sujeto a la prueba y a la apreciación judicial en cada caso concreto sobre la existencia o no del desequilibrio invocado. Al cónyuge supérstite se le niega –*ab initio*– tal posibilidad, pues se presume que el desequilibrio “desaparece” al fallecer su cónyuge, en tanto tiene llamamiento hereditario y se actualiza su derecho sobre los bienes que integran la comunidad sin tener en cuenta todas las alternativas posibles que pueden presentarse en los hechos.

Resulta de utilidad tener en cuenta que los convivientes pueden celebrar pactos convivenciales relacionados con la gestión de bienes y división del patrimonio con efectos tanto durante la vida en común como en el caso de cese, por lo cual podría ocurrir que al cese de la convivencia uno recibiera bienes de titularidad del otro o una parte de ellos.

El conviviente pudo haber sido instituido heredero por testamento, y en tal caso recibir bienes. Sin embargo, la ley le otorga la posibilidad de accionar por compensación económica contra los herederos, ámbito en el que podrá demostrar que, aun recibiendo bienes, el desequilibrio no ha sido compensado adecuadamente.

En el ámbito previsional, cónyuges y convivientes cuentan con los mismos derechos ante la muerte del cónyuge/conviviente.

El derecho que se acuerda al conviviente supérstite ¿constituye una excepción o privilegio del que se excluye al cónyuge supérstite? Dado que el conviviente supérstite cuenta con acción para demandar a los herederos del otro en tanto el cónyuge supérstite no la tiene –no obstante hallarse ambos en idénticas situaciones–, resulta que se excluye al cónyuge de lo que se acuerda al conviviente en iguales circunstancias, por lo que la respuesta es –a mi criterio– afirmativa.

## **La solución legislativa vulnera el principio constitucional de igualdad**

La nueva legislación se ha esforzado tanto en reconocer y darle valor al estatus familiar no matrimonial, que en ese trayecto ha descuidado de algún modo los derechos de los miembros de una pareja matrimonial, por lo menos en lo que hace al régimen de compensaciones económicas.

Todos los hombres y mujeres participan de una igualdad elemental consistente en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas. Ello implica un grado suficiente de razonabilidad y de justicia en el trato que se les brinda.

La Constitución nacional consagra la igualdad ante la ley (art. 16), reconociendo de modo uniforme los derechos civiles a todos los habitantes, lo que implica asegurarles los mismos derechos a todos sin distinciones, obligando al Estado a remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limiten “de hecho” la libertad e igualdad de los habitantes de modo de igualar las posibilidades de todos para el desarrollo integral de su personalidad. De allí se desprende que, cuando el Estado legisla, no puede violar en la ley la igualdad civil de los habitantes, debiendo llevar a cabo medidas de acción positiva encaminadas al pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que se particulariza respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados (art. 75 inc. 23).

Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se han establecido los alcances de la igualdad, reconociendo que existen diferencias justas que deben tomarse en cuenta para no incurrir en el trato igual de los desiguales, por lo cual la regla de la igualdad no es absoluta ni obliga al legislador a cerrar los ojos ante la diversidad de circunstancias, condiciones o diferencias que pueden presentarse a su consideración. Dicha regla estatuye la obligación de igualar a todas las personas afectadas por una medida dentro de la categoría, grupo o clasificación que les corresponda, evitando distinciones arbitrarias u hostiles.

La razonabilidad es la pauta para ponderar la medida de la igualdad. El legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, a condición de que el criterio empleado para discriminar sea “razonable”.

Las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc. (Bidart Campos, 2005, p. 143)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que las sentencias y los dictámenes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y demás órganos internacionales son obligatorios para nuestro país aun cuando Argentina no haya sido parte,<sup>7</sup> que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” y que “constituye una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”.<sup>8</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido que no toda diferencia en el trato será ofensiva de la dignidad humana y que existen criterios de distinción entre discriminación y preferencia razonable. Toda distinción debe ser interpretada en forma restrictiva y superar “el test de razonabilidad”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Giroldi”. Sentencia del 7 de abril de 1995, considerando 11. Fallos 318:554.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Mazzeo Julio y otro c/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”. Sentencia del 13 de julio de 2007. Fallos 330:3248.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 16/99 del 1° de octubre de 1999.

Esa distinción debe partir de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

También ha dicho la CIDH que el término “distinción” se empleará para lo admisible en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo en tanto “discriminación” se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles por violar los derechos humanos.<sup>10</sup>

A la luz de tales premisas, sostengo que el trato que el legislador les ha dado a los cónyuges en el artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación es discriminatorio, al constituir una exclusión o restricción que no es objetiva ni razonable, vulnerando la igualdad.

Al legislar sobre compensación económica tanto entre cónyuges como entre convivientes, el legislador entendió que, con base en los instrumentos internacionales ya citados, la interpretación que de ellos ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, correspondía otorgar esa herramienta tanto a los miembros de las uniones matrimoniales como a los de las uniones convivenciales, asumiendo correctamente que el desequilibrio podría producirse en cualquier tipo de familia.

En resumidas cuentas, tanto el conviviente supérstite como el cónyuge supérstite separado de hecho que sufren el desequilibrio que la compensación económica pretende solucionar se hallarían

---

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva N° 17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A N° 17.

en igual situación ante el fallecimiento del otro miembro de la pareja. Nos encontramos entonces ante supuestos de hecho que no son “sustancialmente diferentes”. ¿Es razonable la distinción efectuada por el legislador? ¿Es justa la solución que se le brinda al cónyuge?

Uniones y matrimonio no son lo mismo, pero ambos modelos familiares se estructuran sobre la base de un proyecto de vida en común que implica el reparto de roles y la distribución de responsabilidades, sacrificios y resignaciones. Así, al conformar una familia y llevar adelante el proyecto de vida en común, se toma un compromiso colaborativo en el cual existe una responsabilidad conjunta frente a las cargas familiares y la solidaridad por las deudas del hogar.

Cuando uno de los miembros posterga sus aspiraciones o su desarrollo profesional o personal en pos del proyecto familiar, efectuando sacrificios que exceden los límites razonables del deber de contribución, la compensación económica viene en su auxilio proporcionándole una herramienta eficaz para revertir la situación injusta. Ese desequilibrio se presenta de igual manera en ambos modelos familiares, y las limitaciones impuestas al cónyuge por el legislador afectan su derecho a la tutela judicial efectiva en tanto se le priva temporariamente del acceso al proceso a quien quiere y necesita formular una pretensión para hacer valer su derecho al igual que lo ejerce quien integró una unión convivencial.

Por lo expuesto, concluyo que el criterio empleado para privar a los cónyuges de las prerrogativas con las que cuentan los convivientes, tanto de demandar a los herederos en caso de muerte del otro como de hacerlo en forma inmediata al cese de la convivencia, carece de toda razonabilidad y afecta el principio de igualdad. Por ende, es injusto, arbitrario y no supera el test de constitucionalidad-convencionalidad.

## Soluciones posibles a la desigualdad existente

### ***Modificar el artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación***

Una solución posible es modificar la norma, otorgándoles a cónyuges y convivientes la posibilidad de reclamar compensación económica una vez producido el cese de la convivencia por cualquier causa. Ello concedería al cónyuge separado de hecho la acción para demandar en forma inmediata al cese de la vida en común, y al sobreviviente (separado de hecho o no), la posibilidad de reclamar a los herederos del otro en caso de fallecimiento, recibiendo un trato igualitario y justo. Se propone modificar la redacción del artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación, reemplazándola por la misma fórmula que contiene el artículo 524 del mismo cuerpo. Quedaría redactado de la siguiente manera:

ARTICULO 441. Compensación económica. Cesada la convivencia matrimonial, por cualquier causa, el cónyuge que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en el vínculo matrimonial y el cese de la convivencia tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la convivencia matrimonial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

También se ha equiparado a cónyuges y convivientes en cuanto a que la renta será por tiempo determinado, nunca superior a la duración de la convivencia.

Propongo además agregarle el siguiente párrafo (tomado del artículo 233-14 del Código de Cataluña):

Si uno de los cónyuges muere antes de que pase un año desde la separación de hecho, el otro en los tres meses siguientes al fallecimiento puede reclamar a los herederos su derecho a la compensación económica. La misma regla debe aplicarse si el procedimiento de divorcio o de nulidad de matrimonio se extingue por fallecimiento del cónyuge que debería pagarla o si el fallecimiento de este se produce dentro de los seis meses de dictada la sentencia de divorcio o de nulidad de matrimonio.

Este agregado tiene dos objetivos: evitar que en los casos de separaciones de hecho de larga data –sin que medie divorcio en trámite– el cónyuge reclame compensación económica ante el fallecimiento del otro; evitar que el desequilibrio que sufre quien ha iniciado trámite de divorcio o de nulidad de matrimonio quede sin compensar.

En cuanto al plazo de caducidad para interponer la acción, se mantiene tal como está regulado por el artículo 442 del Código Civil y Comercial de la Nación, venciendo la acción seis meses después de dictada la sentencia de divorcio o de producido el fallecimiento, aunque el plazo sería más amplio en el primer supuesto, ya que podría demandar desde que se produjo el cese de la convivencia matrimonial.

Entiendo que es una solución posible para contemplar con igualdad y justicia todos los casos. Obviamente será el juez quien, en cada

caso concreto, ponderará las circunstancias de hecho para determinar si el desequilibrio existe y si puede ser compensado mediante la distribución de bienes de la comunidad o con bienes del acervo hereditario.

### ***Declarar la inconstitucionalidad del artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación***

Hasta tanto se materialice una modificación al artículo 441 del Código Civil y Comercial, la única alternativa posible para superar la desigualdad es declarar la inconstitucionalidad de la norma.

El bloque de constitucionalidad que conforma la Constitución nacional con los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional obliga a controlar todos los sectores del derecho infraconstitucional y a declarar inconstitucional toda norma que sea infractora de dicho bloque.

En el caso en análisis, puede decirse que en principio la norma en cuestión no es en sí misma inconstitucional; sin embargo, sus efectos pueden en algún caso lesionar derechos subjetivos de raigambre constitucional. Resulta entonces necesario que los jueces verifiquen en cada caso concreto si se produce tal lesión y, de ser así, declaren –aún de oficio– la inconstitucionalidad de la norma no aplicándola, dejando subsistente su vigencia para los restantes casos en que no se verifique la vulneración del principio de igualdad.

Cuando se enfrenta los derechos personales en la perspectiva constitucional y se acuerda reconocerlos y tutelarlos, deben otorgarse las vías idóneas para que esa tutela sea útil y eficaz, dando al sujeto la legitimación para entrar en el proceso. De este modo, aunque la ley niegue legitimación a alguien, el juez tendrá que reconocérsela “contra ley”, porque si se la niega por ser la solución legal cumplirá la ley, pero violará la Constitución (Bidart Campos, 2005).

La CIDH postula que la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a los Estados a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Esto es así pues, de no existir esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

En nuestra hipótesis, con la norma del artículo 441 Código Civil y Comercial no solo se viola el principio de igualdad, sino que también se afecta el derecho a la jurisdicción como derecho a la tutela judicial efectiva, máxime cuando en muchos de los casos en que la compensación económica procede se encuentran comprometidos los derechos de personas en condiciones de vulnerabilidad por razones de sexo o edad avanzada. Piénsese, por ejemplo, en una mujer que supera los sesenta años de edad, con cuarenta años de matrimonio, que ha dedicado toda su vida al cuidado del hogar y de los hijos, postergando sus aspiraciones profesionales o personales, y que ante la muerte de su cónyuge –producida durante el trámite de divorcio– nada recibe para compensar el desequilibrio producido, quedando absolutamente desamparada, sin recibir la protección que le otorgan los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, impidiéndosele el goce de sus derechos económicos, civiles, sociales y culturales.

Con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos. Ello obliga a eliminar todas las formas de

discriminación, puesto que se encuentran comprometidas la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado un principio que establece que

el análisis de la validez constitucional de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es solo practicable, en consecuencia, como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, entendiéndose que por la gravedad de tales exámenes debe estimárselos como la *ultima ratio* del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera.<sup>11</sup>

lo cierto es que el trato diferenciado entre cónyuges y convivientes no constituye una distinción razonable, viola el principio de igualdad y de no discriminación, desobedece la manda convencional y autoriza la declaración de inconstitucionalidad del artículo 441 del Código Civil y Comercial de la Nación.

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 264-364 (del 13/05/1966), 311:394 (de 2008), 328:1491 (del 17/05/2005), entre otros.

## Bibliografía

- BIDART CAMPOS, G. J. (2005). *Manual de la Constitución reformada*. Tomos I, II y III. Buenos Aires: Astrea.
- HERRERA, M. & PELLEGRINI, M. V. (2016). *Manual de derecho sucesorio*. Buenos Aires: Eudeba.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. & LLOVERAS, N. (2014). *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Tomos I y II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- MEDINA, G. (2013). “Compensación económica en el Proyecto de Código”. En: *La Ley* 2013-A, 472. Cita Online: AR/DOC/4860/2012.
- MEDINA, G. & ROVEDA, E. G. (2016). *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MOLINA DE JUAN, M. F. (2018). *Compensación Económica: Teoría y Práctica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- (2011). “Compensaciones económicas en el divorcio”. En: *Derecho de Familia*. Cita Online: AP/DOC/4234/2012.
- PELLEGRINI, M. V. (2017). “Dos preguntas inquietantes sobre la compensación económica”. En: *Revista Código Civil y Comercial*. Cita online: AR/DOC/356/2017.
- ROLLERI, G. (2017). “Compensación económica entre convivientes”. En: *Revista Código Civil y Comercial*. Cita online: AR/DOC/536/2017.
- SOLARI, N. E. (2017). “Algunas cuestiones sobre la compensación económica”. En: *Revista Código Civil y Comercial*. Cita online: AR/DOC/384/2017.



# 04.

Entrevistas  
y opiniones:  
sección especial  
por los 25 años  
del Consejo de  
la Magistratura  
de la provincia  
de Buenos Aires





## Entrevista al Dr. Osvaldo Favio Marcozzi en el marco de los 25 años del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires

Con motivo de cumplirse el vigésimo quinto aniversario de la primera sesión del Consejo de la Magistratura, tuvimos el gusto de recibir a su secretario, quien, en una charla amena, nos ilustró su paso por la institución durante estos últimos veinticinco años.

**REJ:** *¿Usted está desde la primera sesión del Consejo?*

**DR. MARCOZZI:** No, desde la tercera sesión. Terminó el concurso para secretario y ahí me designaron.

**REJ:** *Cuéntenos cómo fue ese acercamiento, cómo llegó al Consejo de la Magistratura, qué le impulsó a presentarse a ese concurso como secretario.*

**DR. MARCOZZI:** Bueno, en 1994 tenía veintinueve años, tenía otra vida. En ese momento me desempeñaba como ayudante alumno en la cátedra de Juan Carlos Hitters, en Procesal Civil.

Mi viejo era martillero y también trabajábamos en tribunales. Lo que vos veías en ese entonces es que de pronto en los juzgados de primera instancia tenías sentencias a los seis meses, y en otros, un año y medio sin haber terminado la citación en garantía. Siempre se hablaba de las modificaciones legislativas, de lo que podía hacerse y que el atraso estaba en los plazos de cinco días, diez días, los incidentes. Yo, por mi parte, en realidad creía que la diferencia estaba en la persona que gestionaba. Porque, con la misma ley, con la misma normativa de fondo, procesal, con la misma cantidad de empleados, seguramente había una diferencia de gestión que hacía que en algunos lugares vos tuvieras un resultado y en otros, otro. Y eso me interesó. Siempre discutíamos con otros colegas sobre la necesidad de modificar esta o aquella ley, y yo veía que no era una cuestión de normas.

*REJ: Por lo que se desprende de sus palabras, ya a temprana edad advirtió la importancia que tienen para un sistema republicano como el nuestro los procedimientos de selección de magistrados. Infero por lo que usted dice que ya por entonces veía la importancia de la implementación de mecanismos por medio de los cuales quedarán los mejores.*

**DR. MARCOZZI:** Sí, sí, claro, siempre que se hiciera la mejor selección. Después me acerqué al área como asesor en la Subsecretaría de Justicia, y había un organismo previo al Consejo de la Magistratura (creado por un decreto de 1988, del entonces gobernador Cafiero), un organismo asesor: la Comisión Asesora de la Magistratura. Este organismo, siguiendo el ejemplo de la provincia de Santa Fe, establecía un listado de personas que de alguna manera se recomendaba que fueran designadas y se establecía la categoría de “idónea” para el tipo de cargo o especialidad.

Más tarde, durante la gestión de Duhalde, se estableció que el que no gozara del visto bueno de aquella comisión no podía ser designado. Y, bueno, yo trabajé ahí en la Comisión Asesora de la Magistratura.

**REJ:** *Entonces, podríamos decir que antes de que existiera el Consejo ya su labor profesional estaba vinculada a esta temática.*

**DR. MARCOZZI:** Sí, claro, y también ejercía libremente la profesión en aquella época. También recuerdo haber participado, en mi carácter de asesor, de algunas reuniones en la convención constituyente que reformó la Constitución provincial en 1994. Así, una vez modificado el texto constitucional, empezamos a trabajar desde la Subsecretaría de Justicia en la implementación del Consejo de la Magistratura.

En 1996, después de mucho debate, fue sancionada la Ley N° 11.868, que, entre otras cosas, contemplaba la figura de secretario de la institución.

**REJ:** *Una vez sancionada la ley orgánica del Consejo, ¿cómo se llevó adelante su implementación?*

**DR. MARCOZZI:** Lo que pasa es que era una época donde había muchas modificaciones a nivel justicia de la provincia de Buenos Aires que se estaban implementando. En este punto, también trabaje en la redacción la Ley N° 11.922 y en distintas comisiones de trabajo.

**REJ:** *Me imagino el esfuerzo que habrá significado la implementación de un nuevo organismo, sumado a la necesidad de la cobertura de los cientos de cargos que implicó aquella reforma procesal penal de la Ley N° 11.922.*

**DR. MARCOZZI:** Sí, y agregar que, si bien en términos económicos o de dinero disponible para la gestión pública todo se dio en otra provincia, en otro país, igual había escasez presupuestaria, ya que se trabajó sin presupuesto en el Consejo de la Magistratura hasta de enero de 1998.

**REJ:** *¿Usted recuerda cómo fueron esas primeras sesiones? ¿Cómo se componía el Consejo? ¿Dónde sesionaba? ¿Lo ve muy distinto luego de veinticinco años?*

**DR. MARCOZZI:** Tiene algunos elementos en común el debate, siempre fue muy enriquecedor. La confrontación de ideas siempre para mí fue muy ilustrativa. Se hacía mucho trabajo previo a las sesiones, se buscaba acercar propuestas, y además siempre se debatía, porque el sistema era presencial, las redes de comunicación eran muy distintas a las de ahora. Nosotros teníamos que pasar vía fax todo, y a veces teníamos que pasar ochenta hojas. Esto generaba que muchas veces lo que se gastaba de telefonía era mayor a lo que se gastaba en papel.

Bueno, en principio el Consejo funcionó en el salón del Consejo Superior del Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires. O sea, siempre hubo un gran compromiso de distintas instituciones, dado que de otra manera no se hubiera podido implementar. Tanto el Colegio de Abogados, el Colegio de Magistrados, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo tenían todos el afán de que el Consejo comenzara a funcionar. Más tarde se adquirió una casa en 43 entre 3 y 4, una casa con entrada imperial. De noche poníamos el auto, y de día lo sacábamos y poníamos los asientos para la sala de espera. Después había un salón de 4 x 10 donde se había armado una mesa para las sesiones. Era una casa de familia.

**REJ:** *Me imagino que en aquella época se trabajaba de manera artesanal, ¿no?*

**DR. MARCOZZI:** Y... éramos en total ocho. Había gente cedida de la Legislatura, del Ejecutivo; no había gente del Poder Judicial. Bueno, a todos había que enseñarles el nuevo trabajo, salvo a Maximiliano, un compañero que venía conmigo de la anterior Comisión Asesora y conocía un poco el *métier*. Pero el resto era nuevo, y hacíamos todos los días martes –porque sesionaba el lunes– una suerte de academia donde explicábamos el trabajo, la Constitución nacional, la Constitución provincial, dónde estábamos ubicados. Y lo lindo de esa época era el entusiasmo que teníamos todos por implementar un organismo nuevo, y a la vez por servir. Pero esto no es demagogia, sino que encontrábamos cuál era la función de cada uno, cómo cada uno, haciendo bien su trabajo, ello iba a repercutir no solo en la persona que se seleccionaba sino en el sistema de justicia provincial.

**REJ:** *A lo largo de estos veinticinco años imaginamos que hubo muchas situaciones de satisfacción y otras no tanto. ¿En qué momento cree usted que se tomó conciencia del rol protagónico que estaba asumiendo el Consejo de la Magistratura?*

**DR. MARCOZZI:** En realidad, nunca lo había visto, pero, mirando atrás y luego de veinticinco años, digo que es una institución instalada en la sociedad. Aunque a veces mal instalada, porque se lo confunde con el de nación, que tiene otra conflictividad, que gran parte de la sociedad no identifica los roles, y en ocasiones incluso recibimos denuncias que se le hacen por parte de abogados a jueces acá. Yo creo que todavía falta instalarse. Un proyecto que teníamos de cuando estábamos en el Ministerio de Justicia era explicarles a los alumnos de la primaria la institución, hacer propaganda para que los

chicos vieran que los grandes que querían ser jueces rendían exámenes. A ver, esto es una institución pública y hay algunas cosas que para mí tienen que ser prioritarias. Una de las cosas que no hay que perder de vista es el servicio. Si nos olvidamos de que todo lo que hacemos es algo que repercute en un determinado universo para que ese universo genere otra cosa... Yo creo que en todo sistema los seres humanos son los mejores recursos con los que cuenta el sistema.

**REJ:** *En cuanto al procedimiento de selección llevado por el Consejo en estos veinticinco años, ¿usted cree que queda alguna cuestión pendiente para mejorar?*

**DR. MARCOZZI:** Y, bueno, el procedimiento, siguiendo tendencias internacionales, sobre todo para sociedades como la nuestra... Por ejemplo, en Estados Unidos y Alemania no hay Consejo de la Magistratura y nadie va a cuestionar la legitimidad de un juez ahí; en Inglaterra, por ejemplo, hay, pero es distinto, es un consejo de académicos, pero, bueno, es otra sociedad. Para una sociedad más latina como la nuestra tenemos más parecido con los consejos de Francia o Italia. Mientras que antes se establecía un piso mínimo de marcha para poder ser elegido –que fue el primer avance del Consejo de la Magistratura, ¿no?–. Primero era el piso de la Comisión Asesora, luego era el piso del Consejo de la Magistratura, con exámenes anónimos, y luego había un orden de mérito que individualmente establecía cada uno de los consejeros y se debatía para la elección de la terna. Hoy se ha trabajado para establecer un orden de mérito.

Eso contribuye a que haya una objetividad del sistema, pero, tal como está configurado actualmente el sistema, no quita que la elección termine siendo de parte del consejero. Yo siempre destaco su importancia y agradezco no ser un consejero, porque el peso que tiene un consejero al elegir a una persona que va a llevar ese rol

vinculado con bienes tan queridos por el ser humano, como son la libertad, los regímenes de visita, etcétera, tantas cosas que afectan la vida de tantos, que yo digo son mucho más graves que el dictado de la sentencia, porque elegís a un juez que va a dictar la sentencia.

Lo único que quisiera es que el nuevo sistema que está en vías de implementación rinda sus frutos. Creo que es anhelo de todos, desde los consejeros que están trabajando para ello, el ciudadano común que está esperando para ello, hasta el microcosmos con el cual se trabaja: abogados y funcionarios judiciales, postulantes, egresados de la Escuela Judicial.

**REJ:** *También debemos decir que se alzan algunas voces críticas que se refieren a cierta parálisis, cierto estancamiento en las tareas del Consejo de la Magistratura, y por lo tanto el Poder Judicial estaría atravesando una situación compleja por la falta de designación de cargos vacantes. ¿Usted tiene alguna opinión al respecto?*

**DR. MARCOZZI:** No todo es responsabilidad del Consejo, como no todo es responsabilidad del Poder Legislativo, como veo que no todo es responsabilidad del Poder Ejecutivo. Una conjunción de factores que se dieron, bueno, obviamente en la pandemia, pese a todo el esfuerzo el Consejo, así y todo no dejó de hacer mella en toda esta implementación. Pero, bueno, creo que se va por muy buen camino. Creo que ya casi estamos llegando al final del túnel, y, como se dice, al andar se acomodan los melones. Por lo que esperamos que, si aparece algo, se subsane en el momento. Pero no es solo responsabilidad del Consejo, sino que hay muchos y múltiples factores que han atrasado, porque el sistema de designación es tremendamente complejo, interactúan un montón de factores.

**REJ:** *Sí, es el deseo de todos los que formamos parte de esta institución que los resultados sean los mejores, por supuesto. Para finalizar, y agradeciendo la deferencia de habernos atendidos, le pedimos alguna opinión sobre cómo ve el funcionamiento de la Escuela Judicial.*

**DR. MARCOZZI:** Bueno, yo te digo, cuando trabajábamos en la implementación siempre se habló de dos patas: Consejo de la Magistratura y Escuela Judicial; o sea, una no iba sin la otra. Primero se trabajó en el Consejo de la Magistratura, y el hecho de que hubiera aparecido la Escuela Judicial y que hubiera cobrado más relevancia a mí me puso muy contento. Y, en el fondo, cada vez que hablamos de esto no dejo de recordar el nombre de algunos funcionarios judiciales que eran asesores y habían sido profesores, algunos ya están fallecidos.

**REJ:** *¿Podría mencionar algunos de esos nombres?*

**DR. MARCOZZI:** Edgar Álvaro Valiente es uno de ellos, Oscar José Martínez es otro. Edgar Álvaro Valiente es el nombre de la sala de sesiones que funciona aquí en el Consejo. Fue un consejero que trabajó mucho en la implementación del sistema del Consejo de la Magistratura y ya había trabajado permanentemente en todo este paquete de leyes.

**REJ:** *¿Qué consejos o sugerencias le daría usted a la persona que en algún momento lo sucediera y ocupase el cargo de secretario?*

**DR. MARCOZZI:** Que no pierda el sentido de la tarea que lleva a cabo, el sentido de servicio. Si se lleva bien la tarea que a uno le corresponde, sea lo que sea, cirujano, barrendero o enfermero, siempre ayuda a la felicidad de los demás. Entonces, algo que nosotros tuvimos en nuestro primer momento, quizás por nuestros orígenes

distintos, es tratar a todos con paridad, es decir, tratar a todos por igual, sea el hijo del presidente o de Juan de los Palotes. A veces la satisfacción que tenemos es que mucha gente sin tanto aval previo llegó a ser designada.

**REJ:** *Gracias, Dr. Marcozzi, por haber atendido a la Revista de la Escuela Judicial.*

**DR. MARCOZZI:** No, no, de nada, ha sido un gusto. Muchas gracias a ustedes.





## Entrevista al Dr. Carlos A. Botassi en el marco de los 25 años del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires

*REJ: Muchas gracias, Dr. Botassi, por atender a la Revista de la Escuela Judicial. En este caso nos acercamos a Ud. con el ánimo de conversar y saber su opinión acerca de la génesis, evolución y realidad actual del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Como se ha señalado, una de las principales reformas introducidas a la Constitución bonaerense en 1994 tiene que ver con el procedimiento establecido para la selección de candidatos para cubrir los cargos vacantes en el Poder Judicial. ¿Recuerda cuáles fueron los debates y posiciones de la doctrina especializada en general, y la suya en particular, sobre esta cuestión en aquellos años de la reforma constitucional?*

**DR. BOTASSI:** En 1994, la inclusión del Consejo de la Magistratura entre los temas habilitados para la reforma constitucional aparecía como más relevante. En el orden nacional, la cuestión de la reelección del presidente y el tercer senador atraían la mayor atención. En el ámbito provincial, la mirada también se dirigía al

tema de la posible habilitación de la reelección del gobernador y, en menor medida, a la finalmente frustrada autonomía municipal.

Algunos pocos, enfocados a imaginar el futuro del Poder Judicial, se preguntaban si el nuevo texto constitucional definiría o no el número de miembros que cada estamento aportaría al Consejo y cómo sería efectivamente ese reparto de lugares en el nuevo organismo. Cuando trascendió que la nueva Constitución se limitaría a señalar que la composición del Consejo debía ser equilibrada, remitiendo al legislador el número concreto de los representantes del Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, jueces, abogados y académicos, se presagió que la puja política que se desataría en el Congreso sería intensa.

Creo que fue un error dejar la composición precisa del Consejo, al igual que los mecanismos de elección de los representantes de cada estamento, al nivel legal. Debió haber sido la propia Constitución la que definiera esas cuestiones esenciales. Es cierto que los asuntos de detalle no son propios del nivel constitucional, pero en este caso – considerando la trascendencia del asunto– bien valía introducir una excepción a la regla.

**REJ:** *Habiendo transcurrido veinticinco años de la puesta en funcionamiento del Consejo de la Magistratura, ¿considera que se han podido concretar los objetivos anhelados por el constituyente de 1994?*

**DR. BOTASSI:** No cabe duda de que la introducción de un organismo extra-Poder o incluido en el Poder Judicial pero con autonomía operativa –no voy a entrar en la polémica sobre ese aspecto de su naturaleza jurídica–, encargado de seleccionar a los jueces y funcionarios del Ministerio Público, constituye una mejora extraordinaria en relación con el sistema anterior, limitado a la interven-

ción del Poder Ejecutivo y del Senado. La designación de los jueces y miembros del Ministerio Público –excepto para los magistrados de la Suprema Corte, el procurador general y el subprocurador general– ya no dependerá únicamente de la voluntad de los gobernantes, sino que, gracias a la implementación de entrevistas, concursos de antecedentes y oposición, la idoneidad y honorabilidad de los interesados resulta un factor esencial a considerar.

Desde la puesta en marcha del Consejo se cuentan por decenas los jueces, fiscales y defensores que han accedido a sus cargos por el nuevo sistema de selección.

De todos modos, el hecho de que el Consejo deba elevar al Poder Ejecutivo la terna de los candidatos mejor calificados para que discrecionalmente seleccione su candidato y lo eleve a consideración del Senado me parece una prerrogativa injustificada. Debería ser designado, sin más trámite, aquel postulante que ocupó el primer puesto entre todos los concursantes.

Creo que el objetivo ausente es el del equilibrio en la composición del Consejo, ya que, de acuerdo con su ley orgánica (Ley N° 11.868), frente a diez representantes del ámbito político, aparecen cuatro jueces y cuatro abogados. Para colmo, el artículo 175 de la Constitución ya anticipó la minusvalía de estos últimos al asignarles un rol meramente consultivo. Se trata de una rémora del viejo sistema autoritario.

**REJ:** *¿Tiene alguna opinión formada sobre la composición e integración del Consejo de la Magistratura? ¿Supone que debería evaluarse alguna modificación sobre este punto?*

**DR. BOTASSI:** Como antes dije, el problema de la composición del Consejo es el desequilibrio en favor del estamento político,

que ha impedido lograr uno de los objetivos de la reforma, que era, precisamente, despolitizar el mecanismo de designación de los jueces y funcionarios del Ministerio Público. El problema no es exclusivo de nuestras latitudes. La Constitución italiana de 1948, apartándose del modelo de la Constitución francesa de 1946, estableció una gran preponderancia de los jueces en el Consejo Superior de la Magistratura. Dos tercios de sus miembros son elegidos por los magistrados ordinarios y un tercio son profesores universitarios de derecho y abogados elegidos por el Parlamento. Al ser la Constitución quien define la integración del Consejo y ser los jueces quienes eligen a sus representantes, se evita el rol preponderante de los partidos políticos. El sistema italiano fue tomado como modelo por la Constitución española de 1978 a la hora de establecer el Consejo General del Poder Judicial, estableciendo que, de sus veinte miembros, doce sean jueces, otros cuatro miembros sean designados a propuesta del Congreso y los cuatro restantes se nombren a propuesta del Senado, pero tratándose de abogados y juristas de reconocida trayectoria.

No debemos olvidar que, como surge de los debates de las Asambleas Constituyentes de 1994 (nacional y provincial), el motivo de la introducción del Consejo de la Magistratura fue terminar con un régimen que se hallaba dominado por las influencias político-partidarias.

En nuestra provincia, aunque una eventual modificación de la Ley N° 11.868 elevara el número de jueces y abogados o redujera la cantidad de representantes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, introduciendo incluso la presencia de “personalidades académicas especializadas”, como manda el artículo 175 de la Constitución, el pretendido equilibrio no se lograría debido al rol meramente consultivo de estos últimos.

Para corregir este desvío sería necesario reformar la Constitución provincial, dotando de voz y voto a jueces, abogados y académicos, cuyo número debería ser equivalente al que aporta el estamento político, asignándose voto doble, en caso de empate, al presidente, es decir, al representante de la Suprema Corte.

**REJ:** *En lo que se refiere al servicio de administración de justicia en la provincia de Buenos Aires, ¿se animaría a comentarnos algunas consideraciones generales al respecto (fortalezas y debilidades) y qué incidencia puede tener la forma de designación de magistrados e integrantes del Ministerio Público sobre aquel?*

**DR. BOTASSI:** Llevo algo más de cincuenta años ejerciendo la profesión de abogado, y advierto que en algunos aspectos la administración de justicia ha mejorado, como es el caso de la creación de nuevos departamentos judiciales y la tecnificación. Y en otros ha empeorado, como ocurre con la alarmante lentitud en el dictado de las sentencias definitivas. En las décadas de 1970 y 1980, los tribunales del Departamento Judicial de La Plata estaban colapsados. Recuerdo que en las mesas de entradas de los juzgados civiles hacíamos cola en los pasillos para poder ingresar. La creación del Departamento Judicial de Quilmes descomprimió la situación, y la puesta en marcha de otros departamentos judiciales hizo que los litigantes contaran con un juez cercano a su domicilio para que la tutela judicial fuera efectiva, como manda el artículo 15 de la Constitución provincial.

La trágica pandemia de covid-19 que soportamos potenció la necesidad de informatizar el sistema de control de expedientes, notificaciones y presentación de escritos. Hoy, gracias a la Mesa de Entradas Virtual y el reemplazo del expediente escrito por el expediente electrónico, aquellos pasillos superpoblados que recién recordaba se

ven desiertos. Las ventajas del sistema, en términos de celeridad y eficacia del trámite, son evidentes.

Una mejora sustancial en la materia, producto de la reforma constitucional de 1994, fue la creación del Fuero Contencioso Administrativo, en base a juzgados unipersonales que abarcan todos los departamentos judiciales y Cámaras de Apelación regionales, reservando a la Suprema Corte –que hasta 2003 ejercía la competencia única y originaria en la materia– el conocimiento de eventuales recursos extraordinarios. Esa descentralización del régimen de litigios contra el Estado provincial y municipal ha facilitado de manera notable el acceso a la justicia.

A pesar de la generalización del uso de las computadoras –en mis inicios, y durante bastante tiempo, se utilizaban las máquinas de escribir y el papel carbónico– y la tecnificación en general, la debilidad de la administración de justicia sigue siendo su lentitud. Que un juicio se prolongue por más de una década es moneda corriente. A pesar de que se repite constantemente la frase “justicia lenta no es justicia”, el fenómeno no solo se ha mantenido, sino que muestra una tendencia a agravarse.

El fuero penal es el que sufre más dramáticamente el fenómeno de la morosidad judicial, con procesados sin condena detenidos durante años y con déficits extremos en materia de ejecución de penas privativas de libertad. Basta reparar en la superpoblación y estado calamitoso de las cárceles y la cantidad de detenidos en comisarías para advertir la magnitud del problema. Pareciera que la solución pasa por la puesta en marcha de nuevos juzgados en todos los fueros, pero entonces se choca contra la razón por excelencia de la mala praxis de las funciones esenciales del Estado: la cuestión presupuestaria.

La escasez de recursos, a veces, es consecuencia de la extravagante valoración de las prioridades por parte del Poder Ejecutivo. Pienso que, a esta altura, la autarquía del Poder Judicial es una necesidad impostergable.

Es claro que estos problemas no se solucionan con una mejor selección de los magistrados, pero tampoco admite discusión que mejores jueces y funcionarios del Ministerio Público, muy comprometidos con la mejora del sistema y muy idóneos, contribuirían a mejorar la administración de justicia.

**REJ:** *¿Qué cuestiones no deberían faltar en la formación de grado de los futuros abogados y abogadas para enfrentar los desafíos de los últimos años?*

**DR. BOTASSI:** La recién recordada extrema lentitud en la definición de los pleitos potencia la antigua necesidad de abandonar la formación exclusiva del profesional litigante. Debería existir una materia en el plan de estudios de nuestras facultades de Derecho, o un segmento importante del programa de Derecho Procesal dedicado a “Conciliación, arbitraje y mediación”. Debería insistirse en transmitir al estudiante que el juicio debe ser la última alternativa después de fracasar el intento de lograr una justa composición del diferendo.

Los Colegios de Abogados departamentales cuentan con Tribunales Arbitrales cuya existencia es prácticamente ignorada por los matriculados, que rara vez intentan prorrogar la jurisdicción hacia ellos, ahorrando gastos y tiempo, contribuyendo a atenuar el trabajo de los tribunales judiciales.

Tampoco debería faltar el énfasis en la formación de la práctica de la profesión a partir de pasantías en estudios jurídicos y organismos públicos de asesoramiento y control.

**REJ:** *Respecto de la capacitación de los aspirantes a cubrir los cargos en la Administración de justicia y el Ministerio Público, ¿qué aspectos deberían estar presentes en esa formación? En ese sentido, ¿qué perfil de magistrado deberíamos pensar para los próximos años?*

**DR. BOTASSI:** Cuando pienso en el rol del juez, no puedo dejar de recordar los conceptos de Calamandrei en su célebre *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Ser juez implica un honor y una responsabilidad extraordinaria. El Estado le otorga uno de los poderes más nobles y a la vez más comprometidos: decir el derecho, hacer justicia en el caso concreto, “dar a cada uno lo suyo”, decidir no solo sobre cuestiones patrimoniales –en el caso de los jueces civiles–, sino también sobre la libertad de las personas –si se trata de jueces penales– o el contacto y la asistencia de los hijos –en el caso de jueces de familia–. Creo que ese sería el aspecto que más desarrollaría si debiera proyectar un plan de estudio para la formación de jueces.

En cuanto a los fiscales y defensores, mi reflexión es la misma. Transmitir insistentemente la responsabilidad de la función. Señalar hasta el cansancio que bajo una carátula, un número de causa o un expediente cualquiera existen personas cuya suerte, de alguna manera, está en sus manos. Sus labores no pueden asumirse con liviandad, apelando a meros tecnicismos desprovistos de humanidad.

El perfil que yo reclamaría de todos los miembros del Poder Judicial sería el de hombres y mujeres muy honestos, orgullosos del papel que les toca vivir, alejados de la anacrónica idea de que “el juez es solo la boca de la ley” y decididos a hacer justicia declarando sin temor la inconstitucionalidad de la ley si fuese necesario o interpretándola de manera de acercarse a lo justo absoluto del caso concreto. Asumir que la ley injusta no debe aplicarse, intervenir activamente en el proceso más allá –y aún contra– de los requerimientos de las partes, sobre todo en el caso de litigantes vulne-

rables: indigentes, mujeres, menores, trabajadores en relación de dependencia, usuarios de servicios públicos, consumidores y todos aquellos que se encuentren en situación de debilidad frente a otra persona que detente a su respecto cierto grado de poder o frente al propio Estado.

**REJ:** *Muchas gracias, Dr. Botassi, por prestarse a esta entrevista.*

**DR. BOTASSI:** Por nada. Gracias a ustedes. Ha sido un gusto.

---

**REVISTA**  
ESCUELA  
JUDICIAL

---