

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE

ISSN: 3008-8062

NÚMERO 1

DICIEMBRE 2023

Revista digital

www.revistajuridica.uno.edu.ar

Correo electrónico

revistajuridica@uno.edu.ar



EDUNO

Editorial de la Universidad Nacional del Oeste

INSTITUTO DE EDUCACIÓN, JUSTICIA Y TRABAJO

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE

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

Provincia de Buenos Aires, República Argentina.

Tel.: (0220) 483 4150

EQUIPO DE LA REVISTA JURÍDICA

DIRECCIÓN GENERAL

Pablo Perel - Lucía Colombo

ASESOR EDITORIAL

Martín Nahuel Lara

CONSEJO ACADÉMICO

Gustavo Soos

Vicerrector de la Universidad Nacional del Oeste

Tania García Sedano

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

Néstor Pablo Barral

Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

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

Ricardo Ángel Basilico

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

Marcela Ruiz

Presidenta de la Federación Argentina de la Magistratura y Función Judicial

Ana María D'Ávila Lopes

Posdoctorado en Derechos Humanos. Universidad de Aukland

Javier Agustín Mariani

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

Lara Esteve Mallent

Vocal del Consejo Rector de la Escuela Judicial de España

Bruce Barnaby Rubio

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

Patricia Toscano

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

Fernanda Frizzo Bragato

PhD Unisinos Law School

José Julián Tole Martínez

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

Valeria Reyes

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

Marcus Alan de Melo Gomes

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

Nelson Gomes

Doctor en Psicología, Universidad Federal da Paraíba, Brasil

Marcos Andrade Moreno

Doctor en Derecho. Universidad Pompeu Fabra, España

Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa

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

Mónica González Otero

Magister en Feminismos Jurídicos. Universidad Autónoma de Barcelona

Gabriel Montes Rojas

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

João Roriz

Investigador Posdoctoral de la Universidad de Brasilia

SUPERVISIÓN EDITORIAL

Rut Beresovsky

DISEÑO EDITORIAL Y MAQUETACIÓN WEB

Anabella Mattio - Victoria Tarnoczy

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Palabras Preliminares.....	9
<i>Por María José Barrionuevo</i>	

DOCTRINA

Legítima defensa y violencia contra la mujer.....	15
<i>Por Maximiliano Gómez y Mariela Paladino</i>	
El rol de la Casación y de los Superiores Tribunales en la validación de las instrucciones con perspectiva de géneros	31
<i>Por Analía Verónica Reyes</i>	
La mujer transgénero y el poder punitivo	45
<i>Por Jonatan Lay y Diego Soos</i>	
La acusación alternativa como garantía de defensa	61
<i>Por Jorge Andrés Alvarez</i>	
Acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia de familia y género en la provincia de Buenos Aires	79
<i>Por Mónica Alejandra Jurado</i>	
El razonamiento probatorio en la acreditación de hechos externos e internos.....	99
<i>Por Santiago Martín Irisarri</i>	
La (no) influencia de los Derechos Humanos en la Sentencia 381/15 del Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes.....	113
<i>Por Francisco Brocca y Noelia Magali Rybak</i>	
Niños, niñas y adolescentes en contexto de violencia familiar.....	129
<i>Por Santiago Gabriel Civitico</i>	
Aspectos relevantes del proceso frente a la responsabilidad civil por daño ambiental.....	143
<i>Por Matías Oscar Muñoz</i>	

Multas por trabajo no registrado.....	153
<i>Por Carlos Ariel Díaz</i>	

DERECHO COMPARADO

La necesidad de tipificar la violencia económica de género en el Código Penal español	165
<i>Por Lucía Avilés Palacios</i>	

ENTREVISTAS

Universidad pública, gratuita e inclusiva Entrevista al Dr. Gustavo Menéndez	177
<i>Por Pablo Perel y Lucía Colombo</i>	

PUBLICACIONES DE INTERÉS

Los desafíos pospandemia del Consejo de la Magistratura bonaerense.....	183
<i>Por Lisandro Pellegrini</i>	
El enjuiciamiento de magistrados/as y funcionarios/as en la provincia de Buenos Aires.....	191
<i>Por Ulises Giménez</i>	
Perfil y habilidades para el ejercicio de la magistratura	197
<i>Por Patricia Toscano</i>	
La construcción de un sueño colectivo.....	205
<i>Por Gustavo Soos</i>	
Puesta en marcha de la carrera de Abogacía.....	209
<i>Por Néstor Pablo Barral</i>	
Diplomatura Internacional en Derecho Constitucional y Magistratura.....	211
<i>Por Ricardo Ángel Basilico y Javier Agustín Mariani</i>	
Tecnicatura Universitaria en Investigación Criminal.....	215
<i>Por Javier Agustín Mariani</i>	

PRESENTACIÓN

PALABRAS PRELIMINARES

María José Barrionuevo

Directora del Instituto de Educación, Justicia y Trabajo

El Instituto de Educación, Justicia y Trabajo acompaña con verdadero entusiasmo el lanzamiento de la Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste. Una iniciativa que pondrá al alcance de toda la comunidad herramientas de análisis y debate doctrinario, posibilitando la vinculación de órganos del Poder Judicial, con los Colegios de Abogados de la región y con nuestra casa de estudios, en donde próximamente se iniciará la carrera de Abogacía.

La publicación, que tendrá una periodicidad semestral, generará la construcción de un espacio de difusión en el cual se visibilizarán cuestiones urgentes y complejas que se plantean en la comunidad, como aquellas demandas sociales que hacen necesaria la configuración de nuevos paradigmas.

De acceso abierto y gratuito, financiada íntegramente por nuestra casa de estudios, la producción de la revista, constituye un desafío enriquecedor, tanto para la institución académica que será la promotora, como para la población de la región. Las publicaciones de las ediciones sucesivas abordarán diversas temáticas que permitirán apropiarse de un saber en áreas de las ciencias jurídicas y la justicia. Cada número, previo control de los aspectos éticos y adaptación a nuestras políticas antiplagio, tendrá una calidad que estará garantizada por un proceso editorial que contemple una instancia de evaluación por pares bajo el sistema de doble ciego.

Nuestra Universidad es una institución que sostiene un gran compromiso con el entorno. Con ese fin se considera relevante educar para la construcción de una sociedad más justa y democrática que posibilite abrir y movilizar conciencias. Es uno de sus desafíos fundamentales desarrollar una función social que promueva en su formación una dimensión humana con todo lo que ello implica: cultura, ética, compromiso social y político, integrado a su tiempo y territorio. En este sentido estamos convencidos que debemos, desde la institución, ofrecer respuestas y generar los modelos de intervención a las diferentes problemáticas locales, regionales y nacionales, propiciando la idea de una educación para el bien común y que esa función social sea, también humanística y transformadora de la sociedad. Desde el Instituto de Educación, Justicia y

Trabajo alentamos esta perspectiva y entendemos que el conocimiento debe estar al servicio de todas y todos, en diálogo con la realidad circundante para posibilitar cambios que impacten en ella. Asimismo, se deben generar instancias que permitan la reflexión y el debate colectivo, además de colocar en agenda aquellos temas de interés para la sociedad y el ejercicio de la ciudadanía.

Poner en valor la información jurídica, en un contexto en el que el pueblo argentino, reclama mayor cercanía y confianza en la justicia, ubica en un lugar de suma importancia el hecho, de que sea la Universidad Pública la que abra caminos de comunicación, intercambio y debate como espacio generador de pensamiento crítico y construcción de sentidos, aspectos fundamentales del ámbito universitario.

La creación de la revista permitirá acceder y conocer el alcance y la relación entre los organismos mencionados, sus actividades y funciones, y contribuir a su vez a difundir la propuesta académica de grado y posgrado que ofrece nuestro establecimiento educativo en materia jurídica. Dirigida a investigadores e investigadoras, docentes, abogados y abogadas, estudiantes, en ella se publicarán artículos de doctrina, ensayos, documentos de interés, comentarios jurisprudenciales, entrevistas y reseñas relativos a estas áreas de investigación.

La Universidad Nacional, pública, gratuita, inclusiva y de calidad, dadora de saberes y experiencias, constructora de subjetividades, que pone en diálogo e intercambio el mundo de lo social, es el ámbito por excelencia para la circulación de la palabra, la producción de contenido y la transmisión de nuevos saberes para las y los estudiantes.

DOCTRINA



LEGÍTIMA DEFENSA Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER
¿UN CAMBIO DE ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS CLÁSICAS O
APLICACIÓN DEL INSTITUTO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO?
Maximiliano Gómez y Mariela Paladino

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062
Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023
Recibido: 12/07/2023
Aprobado: 28/07/2023

LEGÍTIMA DEFENSA Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

¿UN CAMBIO DE ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS CLÁSICAS O APLICACIÓN DEL INSTITUTO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO?

LEGITIMATE DEFENSE AND VIOLENCE AGAINST WOMEN

A CHANGE IN CLASSIC DOGMATIC STRUCTURES OR APPLICATION OF THE INSTITUTE WITH A GENDER PERSPECTIVE?

Por Maximiliano Gómez¹ y Mariela Paladino²

Instituto Universitario Vucetich, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En el presente artículo trataremos los aspectos puntuales de aquellos casos de legítima defensa cuando se producen en un contexto de violencia de género. Para ello se abordarán los parámetros clásicos estipulados por la doctrina y la jurisprudencia, con el objetivo de establecer si en dichos supuestos se formulan mayores exigencias o se requieren modificaciones de aquellos presupuestos clásicos para la configuración del permiso. A tales fines, se muestra indispensable el desarrollo de las pautas que rigen a nivel nacional e internacional en materia de violencia contra la mujer y perspectiva de género, para efectuar un análisis sobre su recepción jurisprudencial en nuestro país y su incidencia sobre los estratos de la teoría del delito.

Palabras clave: causas de justificación, legítima defensa, violencia contra la mujer, perspectiva de género

¹ Ayudante Fiscal U.F.I nro. 7 de Moreno - General Rodríguez. Abogado con distinción de diploma de honor (UBA). Especialista en Derecho penal y en Litigio Penal (UBA). Diplomado en Sistema Penal (UNO). Profesor de la UPPL M. A en Seguridad Pública, Derecho Penal y Procesal Penal. Ayudante docente en Teoría del Delito (UBA). Profesor de IUNMA en Derecho Penal Parte Especial. Profesor de Estado y Sociedad, Política Criminal y del Seminario de gestión Policial-Judicial (IUV). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5570-4630>. Correo electrónico: mrgomez@mpba.gov.ar

² Instructora Judicial de la Fiscalía General de San Martín. Especialista en Derecho Penal y maestranda de la Fac. de Derecho (UBA). Docente titular de las asignaturas Derecho Penal I y II de la Universidad Maimónides, Ayudante docente en Teoría del delito y en Criminología de la Facultad de Derecho (UBA). Profesora (IUV). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1277-8807>. Correo electrónico: mapaladino@mpba.gov.ar

Abstract: In this article we will discuss the specific aspects of those cases of self-defense when they take place within a context of gender-based violence. To do this, the classic parameters stipulated by doctrine and jurisprudence will be addressed, aiming at establishing whether in these cases greater demands are formulated or modifications of those classic assumptions are required for the configuration of the permit. To this purpose, it is essential to develop the guidelines that govern nationally and internationally regarding violence against women and the gender perspective, to carry out an analysis of its jurisprudential reception in our country and its impact on the strata of society of the theory of crime.

Keywords: justification causes, legitimate defense, violence against women, gender perspective

I - INTRODUCCIÓN

Intentaremos, a lo largo del presente, hacer un abordaje de una clásica categoría de la dogmática: la legítima defensa.

Tras un breve repaso de su fundamento y requisitos, pretendemos efectuar un análisis de dicha causal de justificación desde una perspectiva de género, a la luz de los estándares internacionales y nacionales vigentes en materia de violencia intradoméstica contra la mujer.

Esto requerirá de una mirada crítica respecto a las antiguas interpretaciones sobre los requisitos de esta causa de justificación en el específico universo de supuestos de violencia de género. Ello con el objeto de determinar si las pautas clásicas sentadas al respecto requieren efectivamente de una modificación o, en caso contrario, tan sólo exigen la contemplación de las particularidades que rodean a los casos de mención.

II - FUNDAMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa es uno de los permisos que operan a nivel de la antijuridicidad de más amplio alcance, en lo que a la afectación de bienes jurídicos ajenos respecta. Esto responde a que, pese a que su interpretación debe ser de índole restrictiva como en cualquier otra causa de justificación, se asienta sobre dos principios básicos que la fundamentan: la protección individual y el prevalecimiento del derecho.

El primero de ellos, también denominado principio de defensa o de autotutela, deviene de la lógica de que resulta materialmente imposible la presencia y protección constante de la integridad y derechos de cada uno de los individuos de la sociedad por parte del Estado; en consecuencia, resulta lógico que habilite a los ciudadanos a ejercer acciones tendientes a su autoprotección cuando el cumplimiento de dicha función de parte de las autoridades se torna imposible, siempre de acuerdo a ciertos re-

quisitos que restrinjan la posibilidad de abusar o extralimitarse en tal derecho (De La Fuente, 2021, p. 61). Por ello, frente a una agresión a bienes jurídicos individuales es posible ejercer la defensa para su protección.

En cuanto al principio de prevailecimiento del derecho, tiene como norte consagrar la vigencia de las normas por sobre la realización de un injusto, lo cual constituye para el ordenamiento en su conjunto un valor de acción (Luzón Peña, 2019, pp. 106-107).

Dado que la colisión de bienes jurídicos puede atribuirse a la acción del agresor, sus costes han de ser a él adjudicados con independencia de la relación valorativa de bienes jurídicos. Por tanto, una defensa necesaria se encontrará justificada, aunque el bien jurídico del agresor afectado por la acción defensiva sea de mayor entidad que aquel amenazado por el ataque (Frister, 2016, pp. 270-271). Resulta conveniente entonces, aclarar que la ponderación de bienes no resulta un elemento propio de la legítima defensa, en tanto no constituye una razón fundante de este instituto el valor en el sacrificio de un bien jurídico en pos de la salvación de uno de mayor relevancia (característica propia del estado de necesidad justificante). Dado que, entonces, lo permitido es repeler, no pueden ser consideradas (y por tanto, tampoco exigibles) acciones como huir o esquivar, aun cuando ellas garanticen la seguridad del agredido (Roxin, 1997, pp. 608-609).

III - REQUISITOS CLÁSICOS

En razón de los parámetros expuestos en el acápite anterior, es que los clásicos elementos de la legítima defensa son la existencia de una agresión humana ilegítima, actual o inminente, la necesidad racional del medio empleado para repeler tal agresión y su falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende. Ello se encuentra así normado en el artículo 34 inc. 6 del CP.

Para ser ilegítima, la agresión debe constituir un injusto penal, esto es, una acción típica y antijurídica por parte del agresor (Donna, 2014, p. 173). La agresión no es otra cosa que una amenaza a un bien jurídico por una conducta humana, en tanto sea antijurídica³.

Aunado a ello, tal agresión debe ser inminente o actual. Al respecto, existe acuerdo general en la doctrina en que la actualidad comprende todo el tramo ejecutivo de dicha conducta. Si bien es claro que luego del comienzo de ejecución dicho requisito se encuentra presente, se discute si tras la formal consumación de la agresión es todavía posible la defensa. Por demás, la noción "inminente" permite repeler el ataque aún instantes antes de su comienzo de ejecución, pero se discuten todavía precisiones respecto a su delimitación correcta.

³ Esto significa que, si el supuesto agresor se encuentra amparado en una causa de justificación, no es posible ejercer un acto de defensa justificado para repeler tal conducta.

En este sentido, Roxin (1997) sostiene que “inminente” sólo puede incluir, junto a la tentativa, aquellos actos preparatorios inmediatamente previos a esa fase bajo la fórmula “disponerse inmediatamente a la agresión”. Como así también, que cabe actuar en legítima defensa contra una agresión que continúa, si no se encuentra aún agotada aunque sí formalmente consumada, como ser en los delitos permanentes (Donna, 2014, pp. 618-621).

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado, su valoración no se relaciona con la proporcionalidad entre agresión y respuesta (aunque si ello pueda ser ponderado en casos extremos como límite a esta causa de justificación), sino con todas aquellas circunstancias concretas que han rodeado el caso. Por ello, resultará indispensable ponderar la fuerza y peligrosidad del agresor, los medios de ataque utilizados y las posibilidades de defensa del afectado, correspondiéndole a quien se defiende la elección de la respuesta menos lesiva posible entre aquellos disponibles (Stratenwerth, 2005, p. 233).

Más aún, se deben ponderar las posibles opciones y el riesgo que llevan consigo cada una de ellas. Si quien se defiende cuenta con la posibilidad de llevar a cabo una acción defensiva segura, debe todavía escoger el medio menos lesivo, siempre y cuando no deba renunciar a la efectividad de la defensa (Roxin, 1997, p. 629). Por ende, cuando dichas alternativas pudiesen significar un riesgo para el agredido, este sí podrá acudir directamente al empleo del modo más peligroso o potencialmente lesivo (Donna, 2014, p. 204).

La proporcionalidad no es un parámetro a considerar en términos de la necesidad, pero sí un límite incluido bajo el concepto de racionalidad, sólo a los fines de contemplar casos extremos en los que la aplicación de dicho permiso se tornaría más bien propio del abuso de un derecho (Roxin, 1997, p. 632; Jescheck y Weigend, 2014, p. 508).

El instituto en tanto requiere la falta de provocación suficiente. Sería también, un abuso del derecho justificar la conducta de quien se defiende de una agresión por él mismo provocada, siempre y cuando dicha provocación sea intencional y revista cierta entidad.

IV - LA LEGÍTIMA DEFENSA ENTRE GARANTES EN LA DOGMÁTICA

Los supuestos de casos que motivaran el presente trabajo, son generalmente, consecuencia de agresiones entre quienes integran relaciones de pareja o matrimonios y, por ende, enmarcadas dentro de relaciones de garantía⁴.

⁴ Ello encuentra respaldo normativo tanto en la prescripción del art. 431 CCCN, respecto a las pautas de convivencia, cooperación y deber de asistencia mutua entre cónyuges, como en el art. 519 CCCN respecto a convivientes.

A este respecto, cabe destacar que el principio de prevailecimiento del derecho parecería adquirir una menor relevancia, toda vez que las personas cuyas acciones van a ser materia de evaluación penal se encuentran obligadas a velar por la integridad del otro y a evitar dañarse entre sí. El prevailecimiento del derecho, entonces, retrocede ante el deber de consideración humana por solidaridad de los implicados.

Así lo ha sostenido Roxin, indicando que allí donde los intervinientes están recíprocamente obligados conforme las reglas de la omisión que fundan la posición de garante, en caso de agresiones de uno contra otro el agredido podrá defenderse, pero no ya bajo la vigencia del principio de prevailecimiento del derecho en contraste con la relación de solidaridad existente entre los implicados (Roxin, 1997, p. 651).

Si un/a integrante de la pareja agrede o intenta agredir al otro/a, quien resulte agredido conserva el derecho de defensa. Sin embargo, conforme la tradicional doctrina alemana, como la posición de garante aún no ha sido anulada por la acción incorrecta, la conjunción entre derecho de defensa y deber de protección ha de repercutir en una limitación de la legítima defensa. En consecuencia, el agredido no puede sin más matar o lesionar gravemente a su pareja, aunque sólo pueda de esa manera evitar un golpe, sino que tiene que esquivar o conformarse con medios defensivos menos peligrosos, aun corriendo el riesgo de sufrir daños leves.

Sin perjuicio de lo expuesto, dicha restricción sólo rige si la modalidad de la agresión no anula los deberes de solidaridad del agredido. En primer lugar, nadie tiene por qué correr el riesgo de sufrir lesiones de gravedad y, en segundo término, ninguna persona tiene por qué soportar malos tratos continuos, incluso cuando fuesen leves. En palabras de Roxin:

Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido, ya no le debe solidaridad de la que él mismo se ha liberado hace tiempo, por eso puede hacerle frente con un arma de fuego sino puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse. (1997, p. 652)

De la Fuente entiende, a este respecto, que los deberes de garantía en términos de protección o solidaridad deben ceder, como en cualquier otro supuesto de legítima defensa, en tanto ha de recaer sobre el agresor el costo generado por la acción necesaria al repeler el ataque (De la Fuente, 2021, p. 65).

Por su parte, Otto ha abordado particularmente las restricciones a la aplicación del permiso en casos de relaciones especiales de comunidad, alegando que en casos de actos de violencia de una parte contra la otra, la reducción de la protección jurídica del agredido no puede fundarse sobre la base de esa relación, ni en la posición de garante del agredido, cuando el agresor ha lesionado de manera manifiesta sus deberes de protección (Otto, 2017, p. 196).

Sin embargo, el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (BGH) ha exigido mayores requisitos a la defensa requerida cuando se trata de personas del mismo círculo de vi-

da y la defensa pueda suponer la muerte del agresor. En ese sentido, en un caso en que la mujer mató a su marido mediante golpes en la cabeza con un paraguas al momento en que se defendía, consideró que dicha defensa no era necesaria porque el esposo no había utilizado armas y los esposos en el fondo “no se sentían enemigos”, por lo cual la acusada no podía elegir un medio defensivo posiblemente mortal, aunque otro medio menos lesivo no permitiera esperar con seguridad la eliminación del peligro. A contrario, Roxin ha sostenido que ni siquiera el matrimonio fundamenta sin más una posición de garante a tal extremo de restringir el derecho a la legítima defensa y que tampoco constituye una licencia para cometer malos tratos, pero no se puede equiparar el exceso de un cónyuge con el asalto de un extraño, siendo que sólo en casos de malos tratos continuos o amenaza de daños graves cederá la solidaridad recíproca (Roxin, 1997, p. 654).

V - LEGÍTIMA DEFENSA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Si bien tiempo atrás podían hallarse dentro de nuestro ordenamiento jurídico normas que resultaban palmariamente discriminatorias respecto a la mujer⁵, un proceso de concientización sociocultural permitió su eliminación paulatina en pos de llegar al ideal de un sistema sin diferenciaciones en razón de la pertenencia de género.

No obstante, ello no significa que no exista aun discriminación, sino que resulta indispensable detectar aquellas diferencias que todavía se encuentran en el ordenamiento, en sus operadores o en la aplicación de las normas, y que se expresan de modo más sutil.

Entendemos, a este respecto, destacables las observaciones efectuadas por Elena Larrauri en su trabajo “Género y Derecho Penal” en el cual expresa que, si bien las normas parecen igualitarias, se encuentran dotadas de un contenido desigual. Ello no necesariamente ha de responder a su lisa y llana aplicación desigual, sino usualmente porque los requisitos de interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto (Larrauri, 2002, p. 1).

En lo que hace a los supuestos de las mujeres víctimas de maltrato que matan a sus maridos o parejas, se destaca la resistencia a la aplicación de la legítima defensa. En general, ante la pretendida ausencia de una actualidad de la agresión, pero también en muchas ocasiones bajo el argumento de que la mujer tenía otra alternativa, como retirarse del lugar o realizar la denuncia.

Esto responde, en palabras de Larrauri, a que dicho instituto ha sido pensado por

⁵ Baste recordar, sólo a modo de ejemplo, el reconocido caso del adulterio contemplado en el antiguo artículo 118 del Código Penal (derogado por Ley 24.453), que establecía textualmente parámetros diferentes para la configuración del tipo penal según el autor fuese el hombre o la mujer, presentando más requisitos para su comisión en el caso del primero.

hombres teniendo en miras un contexto de ataque de parte de tercero, de un extraño. Por ello, su aplicación parecería imposible en función a la pretensa valoración “neutral” de aquellos requisitos ya analizados.

Ante este panorama, es que resulta indispensable la ponderación de todos los casos e institutos que deban ser objeto de valoración por parte de un magistrado, bajo la normativa internacional y nacional que consagra la perspectiva de género.

Esta perspectiva no constituye una ideología sino una visión que evita los sesgos propios del paradigma del ser único “neutral y universal” (basado en la idea de hombre blanco, heterosexual, adulto, sin discapacidad, no indígena), sin contemplar la jerarquía que de él se desprende y los roles que a cada género se atribuyen como consecuencia. Esto no implica recaer en un sesgo opuesto (visión gynocéntrica), sino exigir un enfoque que garantice la inclusión de todos los géneros y contemple las relaciones de poder asimétricas que existen entre ellos.

Dicha perspectiva, resulta de obligatoria aplicación en nuestro Estado en virtud de los dos instrumentos internacionales específicos en materia de derechos de la mujer: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida también por sus siglas en inglés, CEDAW, del año 1979) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará de 1994).

La perspectiva de género como una herramienta necesaria e indispensable para garantizar una igualdad sustantiva entre todas las personas no sólo ha sido destacada por el Comité de monitoreo de la CEDAW⁶, sino también por el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI o CEVI). Otro instrumento destacable, a este respecto, es el informe “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de Derechos Humanos” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷. En igual sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos antecedentes de avanzada en la materia⁸.

⁶ Ello en múltiples recomendaciones generales de sumo interés en la materia, entre las que se pueden resaltar las nro. 12 y 19 (sobre el reconocimiento de la violencia como una forma de discriminación, 1992), la nro. 25 (sobre igualdad sustantiva), 28 (sobre género y sexo, discriminación directa e indirecta, múltiples formas de discriminación, debida diligencia y prevención), 33 (acceso a la justicia), etc.

⁷ Como producto de dicha CIDH, cabe también hacer mención del Informe 54/01 (caso María da Penha Maia Fernández), del informe del 2011 producido a raíz del caso “Jessiva Lenahan vs. EE.UU” o del Informe 04/01 (María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala).

⁸ Si bien su análisis excede el presente trabajo, vale la pena aquí sólo mencionar los reconocidos fallos “Pena Miguel Castro Castro vs. Perú” (2006), “González y otras (Campo Algodonero) vs. México” (2009), “Fernández Ortega y otro vs. México” (2010), “Rosendo Cantú y otra vs. México” (2010), “Atala Riffo y niñas vs. Chile” (2012) “González Lluy y otros vs. Ecuador” (2015), “Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala” (2017), entre otros.

Dentro de nuestro ordenamiento legal, cabe hacer hincapié en la Ley 26.485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

VI - REEVALUACIÓN DE LOS REQUISITOS DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el ejercicio de sus funciones de control, han llamado especial atención al Comité de Expertas del MESECVI los casos de mujeres que han terminado con la vida o han provocado una lesión a sus atacantes al ser víctimas de agresiones ilegítimas en el ámbito de sus relaciones interpersonales. La existencia de problemas estructurales en el acceso a la justicia para las mujeres en la región, ha causado que muchas de ellas sean procesadas penalmente por el delito de homicidio o de lesiones.

A raíz de ello, y ante la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la valoración de dicho grupo de casos, es que el MESECVI ha emitido la Recomendación General nro. 1 sobre Legítima defensa y violencia contra las mujeres⁹, donde analiza las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Parte de la Convención, con el objetivo de asegurar el acceso de las mujeres a la argumentación de la legítima defensa en aquellos casos en los que se presente como respuesta a la situación de violencia vivida. Esto no es otra cosa que proponer una evaluación de los elementos o requisitos de la legítima defensa con perspectiva de género.

En primer lugar, conforme surge de la Convención de Belém do Pará, la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos pues limita, de forma parcial o total, el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos para las mujeres.

En similar sentido, el art. 4 de nuestra ley 26.485 define a la violencia contra las mujeres como “toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal”. En consecuencia, podemos afirmar que la violencia contra la mujer constituye sin lugar a dudas una agresión ilegítima.

Pues bien, nos encontramos entonces en la necesidad de efectuar algunas valoraciones en lo que respecta a la inminencia o actualidad de dicha agresión. La recomendación del MESECVI expresa que, ante la necesidad de definir si la agresión es lo suficientemente próxima como para autorizar una respuesta, será de este carácter cuando no se pueda hacer esperar. Esto implica una ponderación con perspectiva de gé-

⁹ Comité de Expertas del MESECVI, (2018). Recomendación General nro. 1. Legítima defensa y violencia contra las mujeres. En <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/RecomendacionLegitimaDefensa-ES.pdf>

ro del requisito en cuestión, otra solución conllevaría la negación para las mujeres de librarse de este tipo de enfrentamientos.

Sin embargo, no resulta una interpretación arbitraria, pues cabe recordar que la violencia de género no se ejerce de igual manera que cualquier otra (como sería la de un ataque por parte de un extraño). Se trata de hechos que no pueden ser valorados en forma aislada y sobre los cuales ha de contemplarse su intrínseco carácter continuo. Subsiguientemente, corresponde destacar dos características de especial importancia al respecto.

En primer lugar, la continuidad de la violencia. La conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia. Ergo, la mujer víctima padece temor, preocupación y tensión en forma constante, lo que causa que continuamente esté esperando una posible agresión. Por eso, la inminencia debe ser comprendida más allá del momento exacto en que se produce el ataque del agresor, pues no puede aislarse temporalmente dicho suceso del contexto sostenido en el tiempo en el cual se ha enmarcado.

En segundo lugar, debe considerarse el carácter cíclico de este tipo de violencia, en virtud del cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente en dicho contexto muy posiblemente vuelvan a serlo. La violencia contra la mujer genera ciclos de maltrato continuado a través de múltiples repeticiones de fases de violencia, que causan en la mujer un proceso patológico de adaptación, lo que las lleva a una situación personal de indefensión. Por ende, la mujer que se encuentra inmersa en una situación de violencia no es golpeada en todo momento, sino que la violencia se da en fases que se reiteran y perpetúan (acumulación de tensión, episodios agudos de agresión, reconciliación o luna de miel), lo que ayuda a explicar por qué las víctimas continúan inmersas en dicha situación.

En este caso, al establecerse un patrón regular de violencia, así como con el conocimiento de que la violencia va a ocurrir de nuevo, puede considerarse como razonable la convicción de la mujer de que su agresor la puede lesionar seriamente o matar.

En razón de ello, el MESECVI considera que efectivamente existe inminencia permanente en contextos de violencia contra las mujeres. No es necesario que el atentado contra la persona se esté produciendo en ese específico instante para que la víctima pueda ejercer su derecho a defenderse. Ese peligro inminente es suficiente para que haga uso del medio más apropiado para evitarlo, sin necesidad de obligar a la víctima a esperar aquel momento en el cual probablemente sea demasiado tarde y ya no pueda oponer defensa¹⁰.

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, el Comité de Expertas sostiene que en los casos en los que mujeres víctimas de violencia argumenten legítima defensa, los tribunales deben asumir la perspectiva de género también en el análisis de las alternativas con las que contaban.

¹⁰ Comité de Expertas del MESECVI, 2018, pp. 7 - 10.

La racionalidad, entonces, debe interpretarse junto al contexto de violencia permanente y continuado que padece la víctima. Es decir que cuando se produce violencia en un vínculo matrimonial o de pareja, que conlleva como dijimos la solidaridad entre sus integrantes, deja de existir dicho deber entre ellos (posición de garantía), de manera tal que la mujer no está obligada a soportar malos tratos ni a abandonar el hogar en lugar de defenderse.

Desde esta óptica, la necesidad racional no requiere la proporcionalidad entre la índole de la agresión y la respuesta defensiva, pues existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia en dichas circunstancias.

La aparente desproporción puede, a la postre, obedecer al miedo de la mujer a la falta de eficacia del medio empleado en su defensa, de manera tal que se encuentre expuesta a que el agresor se recupere rápidamente y descargue su ira contra ella. Por ello, se enfatiza la relación entre la defensa empleada y los medios con los que las mujeres en estos casos disponen para defenderse.

También debe considerarse la desproporción (en general las mujeres se encuentran en una situación de desventaja física frente a su pareja), la socialización de género (que hace que muchas veces las mujeres no estén entrenadas para responder a agresiones físicas con medios equivalentes o la falta de entrenamiento para el manejo de armas) así como la dinámica propia del ciclo de violencia, en el marco del cual las mujeres se encuentran desprovistas de herramientas emocionales para reaccionar de acuerdo al estándar masculino propuesto por la dogmática tradicional.

En cuanto al instrumento utilizado, recuerda que la ley no requiere proporcionalidad sino tan sólo la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión. Por eso, la defensa no puede ser calificada como irracional si la superioridad física del agresor le impide a la mujer víctima utilizar un medio equivalente para defenderse.

Al momento de juzgar, el análisis debe efectuarse desde una perspectiva ex ante. Esto es, colocándose en la situación de quien se defiende y en el momento del hecho¹¹.

Por último, el MESECVI ha encontrado que el requisito de falta de provocación ha sido usualmente aplicado o interpretado de forma errónea. La carencia de perspectiva de género ha motivado la creación de estereotipos tales como el de la “mujer provocadora”, la idea de que ella quiere consentir o el llamado débito conyugal en casos de violencia sexual. Asimismo, se han justificado agresiones físicas u otras formas de violencia ante supuestas provocaciones de parte la víctima (por generar celos, vestirse de determinada forma, frecuentar ciertos lugares o amistades, etc.).

Sostener que es el comportamiento de la mujer el que origina la agresión ilegítima desnaturaliza la legítima defensa y refuerza estereotipos negativos de género, ignorando los lineamientos establecidos en la Convención de Belém do Pará.

¹¹ Comité de Expertas del MESECVI, 2018, pp. 10 - 14.

La consideración de que las mujeres que responden ante un hecho de violencia lo hacen por motivos distintos que la necesidad de defenderse, o que cualquier comportamiento anterior a la agresión ha sido una provocación, es una expresión de aquel estereotipo que reacciona contra las mujeres que no aceptan pasivamente la violencia, y refuerza los estándares patriarcales.

Por todo ello, juzgar con perspectiva de género implica ser conscientes de la existencia de los estereotipos de género y de la obligación de erradicarlos. Al respecto, la Recomendación General nro. 33 del Comité de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia, apunta la necesidad de una sensibilización de género de jueces y demás profesionales responsables de la aplicación de la ley¹².

En suma, la comprensión de que la violencia contra la mujer es estructural y que sus víctimas no deben ser responsabilizadas bajo ninguna circunstancia, ha de impedir juzgar las circunstancias evaluadas como provocación suficiente.

VII - RECEPCIÓN DE LOS POSTULADOS EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

En primer término, nos gustaría traer a estudio el fallo "Leiva", dictado en 2011 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹³, en el cual se evalúan los requisitos de la legítima defensa con perspectiva de género.

En este caso paradigmático, una mujer disparó con un arma de fuego contra su marido ocasionándole la muerte, en el contexto de una relación de sostenida violencia en su contra. Como argumentos incriminantes, se manifestó que debía descartarse la legítima defensa, toda vez que aun si se considerase que existía una agresión ilegítima contra la imputada, esta se sometía a ella con el objetivo de seguir residiendo en el mismo domicilio que su pareja.

Respecto al requisito de racionalidad del medio empleado, la parte acusadora mantuvo que la imputada contaba con múltiples alternativas antes que la agresión con el arma de fuego, entre las cuales se propusieron el denunciar, huir con su hija o separarse. No obstante, la Corte adhiere a los argumentos del procurador quien sostuvo que estas alternativas únicamente existen en el reino de lo ideal, puesto que la realidad constatada en las estadísticas es evidencia de lo opuesto, demostrando la imposibilidad tanto objetiva como subjetiva de escapar fácilmente del círculo de violencia doméstica.

Asimismo, se dejó sentado que sugerencias tales como declarar que la mera permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso (asignándole un carácter voluntario) resulta un sometimiento libre a una hipotética agresión ilegítima, colisiona con el contenido de los instrumentos internacionales y normas internas sobre la materia.

¹² Comité de Expertas del MESECVI, Recomendación General nro. 1, pp. 14-17.

¹³ CSJN.L. 421. XLIV, "Leiva, María Cecilia s/homicidio simple", 1/11/2011.

Resulta este un fallo de relevancia, en cuanto también ha concedido la amplitud probatoria que otorga el artículo 16, inciso i), de la Ley 26.485, contemplando la usual ausencia de testigos en casos de violencia doméstica.

En el fallo “R.C.E.” del 2019¹⁴, es decir tras la ya detallada recomendación del MESECVI, la CSJN en consonancia con lo dictaminado por el Procurador revocó lo resuelto por el tribunal a quo en cuanto argumentaba que quien alegara legítima defensa debía demostrar la concurrencia de sus extremos, argumentando que la causal de justificación en cuestión no se presume *iuris tantum*, ni surgía en forma clara y evidente de la prueba su concurrencia.

Para arribar a su resolución, se efectuó un *racconto* de los precedentes de la Corte IDH en la materia, en tanto la investigación penal en casos de supuestos actos de violencia contra la mujer debe incluir la perspectiva de género. Se fundamentó, en concordancia con lo recomendado por el MESECVI, que la persistencia de estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento. En conclusión, la CSJN realizó una interpretación de los sucesos del caso en estudio a partir de la aplicación de los parámetros estipulados con perspectiva de género y contemplando las particularidades del contexto en que los eventos se desarrollaron para, finalmente, dar lugar a la aplicación de la causa de justificación en cuestión.

Por el mismo camino, en el fallo Córdoba y Naiaretti la Sala I de la Cámara de Apelaciones de San Martín¹⁵ especificó que en casos como el aquí estudiado no corresponde la aplicación del instituto de estado de necesidad sino el de legítima defensa, pues bien, se había acreditado en los hechos del caso la situación de violencia de género y familiar que padecían las imputadas, entre las que se hace mención a la amenaza constante de sufrir un mal grave y la vivencia al menos subjetiva del riesgo certero de muerte.

Además, emerge del precedente citado que la circunstancia de que la víctima se encontrara durmiendo obedeció al ya mencionado círculo de la violencia, pues, es la única situación que les disminuye la sensación de temor y les da valor para creer que tendrán éxito en su tarea, máxime teniendo en consideración la débil contextura física de una de las imputadas.

Por último, entendemos de interés para el abordaje de la temática en trato, el fallo “Secreto, Mafalda Beatriz” emitido en el año 2022 por el Tribunal en lo Criminal nro. 1 de Pergamino¹⁶. En el mismo, tras detallar la normativa nacional e internacional apli-

¹⁴ CSJN. 733/2018/CS1, R.C.E. s/ recurso extraordinario, 29/10/2019.

¹⁵ Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín, Sala I, causa 27.306, “Naiaretti y otra s/ homicidio”, 20/10/202.

¹⁶ TOC nro. 1 de Pergamino, causa nro. 744/2020, “Secreto, Mafalda s/ homicidio calificado”, 16/6/22.

able, se efectuó una valoración tanto de los hechos como de la prueba con perspectiva de género. Ello implicó haber tomado como punto de partida que existen relaciones asimétricas de poder entre varones y mujeres que obligan rigurosamente a considerar dicho contexto a fin de establecer cómo deben interpretarse y probar los permisos legales otorgados a una mujer para defenderse de la violencia ejercida por su pareja.

En tal sentido, se sostuvo la existencia de un cambio de paradigma o prisma con el que se deben valorar los hechos e interpretar la ley, erradicando de todo razonamiento la aplicación de estereotipos para comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los mismos estándares tradicionalmente.

Por demás, resulta destacable aquí que los magistrados expresaron que la teoría del delito, construida como dispositivo racional, objetivo y justo de aplicación de la ley penal, debe repensarse a fin de evitar que se erija como legitimadora de un poder punitivo desigual y discriminatorio contra las mujeres.

Se afirmó, en coincidencia con Larrauri, que si hay una institución en el Derecho Penal que puede resultar discriminatoria para las mujeres en caso de aplicarse de forma rígida es precisamente la legítima defensa, porque sus requisitos se elaboraron sobre el modelo de confrontación hombre/hombre, agregando que cuando el enfrentamiento es hombre/mujer, en torno a la diferencia de fuerza y tamaño requiere para su interpretación y aplicación la perspectiva de género.

En razón de ello, se sostuvo que las agresiones constantes y reiteradas que sufría la imputada generaban un peligro latente para sus bienes jurídicos por su sistematicidad. A la vez, esa reiteración puso su vida en peligro, pues cualquier exceso del agresor en su realización podía terminar con su muerte. Este peligro potenciado construyó una agresión continua, por lo cual la acción defensiva podía ejercerse en cualquier momento ya que las mismas deben considerarse como agresiones actuales.

Se dejó sentado, por demás, que la violencia ejercida por el hombre tenía la característica de la permanencia, y que entender el requisito de la agresión de una manera temporal o con exigencias de contemporaneidad con el hecho implicaría negarle a la mujer la posibilidad de salir airosa en este tipo de enfrentamientos.

En relación al requisito de necesidad racional del medio empleado, se sostuvo que evaluar la situación bajo los parámetros que la doctrina tradicional examina con los requisitos necesidad y proporcionalidad/desproporcionalidad, en una lógica similar a la de un combate entre dos personas con fuerza y tamaño similar, sin hacer distinción alguno, en el caso de una mujer maltratada de manera constante y en aumento, generaría una clara e inaceptable aplicación desigual de la ley.

En función de lo colegido, se sostuvo que no era posible exigirle a la acusada utilizar la advertencia o la disuasión, puesto que ello hubiera desencadenado una reacción más violenta o quizá su muerte, por lo tanto, el medio empleado en ese caso, el arma de fuego, fue el más seguro, aun siendo el más grave.

Además, establecieron que los parámetros internacionales, exigen su aplicación e incorporación en nuestro sistema a fin de evitar incurrir en responsabilidad estatal, así como un cercano seguimiento en la interpretación que aquellas pautas que efectúan los comités específicos, así como la propia Corte IDH.

VIII - CONCLUSIÓN

Si bien el presente resulta no más que un análisis sucinto de la problemática específica que representan los casos de mujeres víctimas de violencia devenidas en victimarias al defenderse de su agresor, entendemos relevante destacar que actualmente nos encontramos en un proceso de progreso en materia de reconocimiento de los derechos de la mujer y, en ese contexto, de apreciación de todas las particularidades del caso a partir de una perspectiva que contemple el contexto en que se desarrollan.

Esto no implica que no se encuentren pendientes avances en numerosos aspectos, como ser en materia de valoración probatoria, de atención primaria a víctimas, en el establecimiento de redes de ayuda y contención que permitan evitar los casos extremos que suelen desembocar en los supuestos aquí tratados, entre tantos otros tópicos atrasados aún en materia de derechos de la mujer. Sin embargo, entendemos relevante valorar que para la correcta evaluación de los supuestos de legítima defensa en casos de violencia doméstica contra la mujer no resultan necesarias pautas especiales ni correcciones a los parámetros clásicos analizados en el presente. Tanto el documento del Comité de Expertas del MESECVI como los casos jurisprudenciales aquí analizados así lo demuestran, puesto que dan cuenta de que no se requiere de interpretaciones forzadas ni requisitos especiales que desvirtúen la naturaleza de esta causa de justificación.

Así pues, partiendo de una visión que, con sentido común, contemple las características propias de la violencia ejercida en tales contextos (y no desde un pretenseo tamiz neutral que sólo considere aquel paradigmático caso del agresor extraño), es posible arribar a soluciones lógicas y coherentes al tiempo que respetuosas de los estándares establecidos internacional y nacionalmente, derribando estereotipos y pautas discriminatorias que no tienen en cuenta la perspectiva de quien no es otra cosa que la parte vulnerable en situación de desventaja y sometimiento constante, sin posibilidad de escapar por sus propios medios del contexto de violencia en que se encuentra inmersa.

REFERENCIAS

DE LA FUENTE, J. (2021). Legítima defensa en contextos de violencia doméstica. En J. De la Fuente y G. Cardinali. *Género y derecho penal*. Rubinzal-Culzoni.

- DONNA, E. A. (2014). *Derecho Penal, Parte General. Tomo III*. Rubinzal-Culzoni.
- FRISTER, H. (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Hammurabi.
- HOPP, C. M. (2012). Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias. En L. G. Pitlevnik. (Dir.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, (Vol. 13, pp. 43-78). Hammurabi.
- JESCHECK, H. H. Y WEIGEND, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Instituto Pacífico.
- LARRAURI, E. (2002). *Género y derecho penal*. <https://accesoalajusticia.poderjudicial.go.cr/index.php/privadas-de-libertad?downloaden=1457:elena-larrauri-genero-y-derecho-penal>
- LUZÓN PEÑA, D. M. (2018). *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Editorial BdeF.
- OTTO, H. (2017). *Manual de Derecho Penal, Teoría general del Derecho Penal*. Atelier.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Civitas.
- STRATENWERTH, G. (2005). *Derecho Penal, Parte General I: El hecho punible*. Hammurabi.



EL ROL DE LA CASACIÓN Y DE LOS SUPERIORES TRIBUNALES EN LA
VALIDACIÓN DE LAS INSTRUCCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNEROS
Analía Verónica Reyes

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

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 04/10/2023

Aprobado: 19/10/2023

EL ROL DE LA CASACIÓN Y DE LOS SUPERIORES TRIBUNALES EN LA VALIDACIÓN DE LAS INSTRUCCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNEROS

THE ROLE OF THE COURT OF CASSATION AND THE SUPREME COURTS IN VALIDATING INSTRUCTIONS WITH A GENDER PERSPECTIVE

Por Analía Verónica Reyes¹

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Resumen: El trabajo desarrolla un análisis sobre la jurisprudencia de la Casación y de los Superiores Tribunales de provincia referente a la obligación de impartir instrucciones al jurado con perspectiva de géneros. Asimismo, teniendo en cuenta uno de los casos analizados (Acosta Duarte del Tribunal de Casación de la Prov. de Buenos Aires) se realiza una propuesta de instrucciones para casos de legítima defensa en supuestos de no confrontación (textos anteriormente publicados) y finalmente, se comparte una opinión acerca del futuro en la elaboración y empleo de instrucciones con enfoque de géneros.

Palabras clave: juicio por jurados, imparcialidad, instrucciones, género, legítima defensa

Abstract: The article develops an analysis of the jurisprudence of the Cassation and the Superior Courts regarding the obligation to give instructions to the jury with a gender perspective. Likewise, taking into account one of the cases analyzed (Acosta Duarte of the Court of Cassation of the Province of Buenos Aires), a proposal for instructions for cases of self-defense in cases of

¹ Abogada (UNLP), Docente de Teoría General del Derecho Procesal, Derecho Procesal Penal y Litigación Penal (UNLP, UDE, UBA). Coordinadora del área de alfabetización jurídico-democrática del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la FCJS-UNLP, Directora del Programa de Extensión sobre Juicio por jurados y litigación de la Universidad del Este, Visitante profesional en la Corte IDH 1.er período 2020, Docente del Taller: Participación ciudadana en la Justicia: el Juicio por Jurados del Programa "La Justicia va a la Escuela" del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la provincia de Bs. As., Secretaria del Tribunal en lo Criminal nro. 4 de La Plata, Bs. As. Autora de publicaciones sobre estudios de juicio por jurado y géneros. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1197-067X>. Correo electrónico: analiaveronicareyes@hotmail.com

non-confrontation is made (previous published texts) and finally an opinion, about the future in the development and use of instructions with a gender focus, is shared.

Keywords: trial by jury, impartiality, jury instructions, gender, self defense

I - INTRODUCCIÓN

El año 2023 ha consolidado la jurisprudencia de la Casación y de los Superiores Tribunales de Provincia en materia de instrucciones al jurado con perspectiva de géneros en el sentido de su validación y necesidad de empleo en la práctica del juicio por jurados.

Las cuestiones de géneros en el juicio por jurados fueron abordadas inicialmente por la academia y los operadores judiciales con relación a las prácticas y estrategias de litigación, esto es fundamentalmente, con referencia a la elaboración de las teorías del caso de las partes (fiscalía y defensa), sus desempeños en la práctica del examen y contraexamen y la intervención en la audiencia de *voir dire*.

El avance en el conocimiento del funcionamiento de este sistema de enjuiciamiento y sobre todo, la profundización en el estudio del proceso de toma de decisión del jurado nos ha permitido avanzar en la transversalización de la perspectiva de géneros en el juicio por jurados en otros momentos de su desarrollo (la valoración de la prueba por el jurado y la toma de decisión acerca del veredicto).

De esta manera, pudimos comprender que los jurados valoran la prueba y toman su decisión sobre la base de reglas que son comunicadas por el/la juez/a director/a del juicio, tales directrices son las instrucciones al jurado.

Mediante las instrucciones el/la juez/a técnico/a le explica al jurado cuál es la ley aplicable al caso entre la cual se encuentra: la ley constitucional, convencional (derechos y garantías), el derecho procesal penal (reglas sobre derecho probatorio) y el derecho penal de fondo (explicación de las figuras delictivas). Estas directivas a su vez, guían a los jurados para comprender cuál es su tarea en el juicio y la manera en que deben llevarla a cabo (deberes, prohibiciones, reglas de deliberación y votación del veredicto).

Las instrucciones cumplen una importante influencia en el veredicto y por eso se sostiene que en el litigio adversarial, es la última oportunidad que tienen las partes para influir en la decisión del jurado. De ahí que las instrucciones resultan de una audiencia en la cual, la acusación y la defensa realizan propuestas y el/la juez/a decide su contenido final (Harfuch, 2019, pp. 381-382).

La comunicación acerca de lo que la ley establece y debe ser considerado por los jurados en el caso sometido a su conocimiento ha atravesado los mismos debates, análisis y cuestionamientos como lo ha hecho el derecho en general, a partir de la

incorporación necesaria del enfoque de géneros. Es decir, el derecho no es neutro, sino que ha sido creado desde un enfoque, una perspectiva que precisamente, no es la de aquellas personas que integran los grupos en situación de vulnerabilidad. De ahí que, para evitar situaciones de discriminación y violación del derecho a la igualdad deba incorporarse la mirada y sentimientos de aquellas.

La impartición de instrucciones con perspectiva de géneros ha implicado la comunicación de la ley aplicable al caso con aquel enfoque necesario para su decisión.

Varias propuestas de instrucciones al jurado con perspectiva de géneros hemos elaborado y publicado en anteriores trabajos (Reyes, 2021a; 2021b; 2021c; 2021d; 2022a; 2022b; 2022c; 2023a; 2023b). Muchos de esos textos han sido considerados y sobre su base han sido elaboradas las instrucciones definitivas que fueron empleadas por los jueces y las juezas directores de los juicios por jurados.

En este último tiempo, estos textos han sido sometidos al contralor de las Cortes de Casación y Superiores Tribunales y el resultado ha sido unánime en el sentido de validar la necesidad de incluir el enfoque de géneros en las instrucciones sobre la base de que, este es el momento oportuno en el juicio – conjuntamente con la ya mencionada audiencia de *voir dire* – para asegurar la imparcialidad del órgano decisor (el jurado).

El presente trabajo abordará el análisis de esa jurisprudencia para fijar los alcances de aquel deber de instruir con perspectiva de géneros a los jurados y a la vez, se compartirá una propuesta de textos de instrucciones (anteriormente publicados) (Reyes, 2021b; 2021c) para casos donde, asimismo, corresponde comunicar la ley con ese enfoque.

Finalmente, se llevará a cabo un análisis del estado actual y futuro con relación a la elaboración y el uso de instrucciones con perspectiva de géneros en nuestro sistema argentino de juicio por jurados.

II - JURISPRUDENCIA MODELO EN MATERIA DE INSTRUCCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNEROS

En este apartado abordaremos sintéticamente aquellos fallos que expresamente se han expedido sobre el tema de las instrucciones al jurado con perspectiva de géneros.

Comenzaré por señalar la decisión de la Suprema Corte de la provincia de Mendoza en el caso del travesticidio de Melody Barrera².

Así como el veredicto emitido por el jurado en ese caso tuvo una trascendencia histórica en tanto, fue el primer juicio por jurados llevado a cabo sobre una acusación de travesticidio, también lo fue la sentencia dictada por aquel superior tribunal de Mendoza que no sólo validó las instrucciones al jurado con perspectiva de géneros y deter-

² Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Segunda, causa nro. 13-06982024-1/1 caratulada "F. c/ Chaves Rubio Darío Jesús p/ Homicidio Agravado (63942) s/ Casación", sentencia del 3/07/23.

minó el deber que tienen los jueces/as de instruir con ese enfoque sino que, trató puntualmente, el contenido de la instrucción relativa al contexto de violencia basada en el género que sufren las personas trans y travestis y la referida al transfemicidio y travestidio como crímenes de odio (art. 80 inciso 4° del CP).³

La Corte establece la base normativa de la obligación de instruir al jurado con perspectiva de géneros en el deber de debida diligencia reforzada emergente del art. 9 de la Convención de Belém Do Pará.

Además, señala que el momento de las instrucciones en el juicio por jurados es el adecuado para formar a los ciudadanos/as miembros del tribunal de jurados en el enfoque de géneros.

Destaco que esto último, nos permite reafirmar nuestra postura acerca de que no son necesarios manuales para los jurados tampoco, las capacitaciones en géneros, ni en alguna otra temática. Ha sido la desconfianza en la ciudadanía producto de prejuicios elitistas lo que ha generado propuestas de este tipo, desacertadas, que desvirtúan el sistema, causan gastos innecesarios, y conllevan el riesgo de confundir al jurado y lo más peligroso aún, de generar parcialidad.

En efecto, el riesgo de parcialidad en el jurado se configura debido a la transmisión de información no vinculada al caso, el empleo de conceptos abstractos y sobreabundantes que forman parte de este tipo de manuales y capacitaciones.

Debe quedar claro, que quienes están obligados a realizar las capacitaciones de la ley Micaela son los operadores judiciales, entre los cuales se encuentran jueces y juezas que tendrán a cargo la dirección del debate y el deber de garantizar el *fair trial*.

La judicatura tiene la responsabilidad de encontrarse formada en género para transmitir mediante las instrucciones aquellas nociones esenciales a los jurados. El sistema de administración de justicia por jurados no exige la capacitación de los ciudadanos porque, reitero, la transmisión de la ley aplicable al caso (con perspectiva de géneros) se lleva a cabo en la oportunidad de la impartición de las instrucciones⁴.

La Corte mendocina no ha sido la única que ha seguido esta línea, también el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires ha señalado al momento de las instrucciones (y el *voir dire*) como aquella salvaguarda que tiene el juicio por jurados para garantizar la imparcialidad.

³ Los textos de las instrucciones impartidas a los jurados pueden verse en: <http://www.juicioporjurados.org/2023/07/jurisprudencia-corte-de-mendoza.html>

⁴ El voto del juez Valerio en el caso en análisis ha sentado esta postura: “es imprescindible que las personas que participan del sistema (por la fiscalía, defensa y conducción técnica de los juicios) estén capacitadas en materia de género. Más, sería un error entender que es a las personas que participan del jurado a quienes se debe dar tal capacitación. No se le exige al jurado conocimientos especiales sobre ninguna materia, ya que de hacerlo se estaría atentando seriamente contra su naturaleza y su legitimidad” (Porterie & Romano, 2020).

Así, en un reciente caso en el que la defensa técnica había cuestionado las instrucciones impartidas al jurado en un hecho de violencia sexual (violación)⁵ sentenció que las instrucciones al jurado son el mecanismo privilegiado para evitar los sesgos en el jurado⁶. En el mismo sentido se expidió en otro caso donde la acusada se trataba de una mujer respecto de quien se había acreditado su carácter de víctima de violencia y dejó de lado el planteo para que el jurado sea capacitado en género en el marco de un curso⁷.

En estos dos fallos de la casación bonaerense en los que asimismo, se validan las instrucciones con perspectiva de género se alude al mencionado concepto de imparcialidad por lo que, podemos derivar de ello que la obligación de instruir al jurado con perspectiva de géneros se enmarca además, en la garantía judicial de ser juzgada por un tribunal imparcial (art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos)⁸.

Hasta aquí, los fallos mencionados se encuentran referidos a casos en los que la víctima ha sido una persona travesti, una mujer y otro referido a una mujer acusada. Por lo tanto, contamos ya en nuestra jurisprudencia, con diversidad en las consideraciones de las cuestiones de géneros (mujeres y colectivos LGBTIQ+), y con distinta valoración de la situación de la mujer, ya sea que se encuentre presentada en el proceso en calidad de víctima o en carácter de acusada, pero en cualquiera de los supuestos la cuestión de género radica en la circunstancia de encontrarse inmersa en un contexto de violencia por motivo de ser mujer.

En el caso de la mujer acusada, el Tribunal de Casación anuló el veredicto de culpabilidad emitido por el jurado por haber incurrido la jueza directora del juicio en un error esencial al impartir las instrucciones a los jurados. Puntualmente, en lo relativo a la explicación de la figura de la legítima defensa en casos de no confrontación, ya que la acusación sostuvo que la mujer mató a su pareja (varón) mientras dormía.

Por otro lado, en el caso de la mujer víctima, el veredicto de culpabilidad del jurado fue confirmado y consecuentemente, desechado el argumento de la defensa relativo a que las instrucciones habían afectado la imparcialidad del jurado. Específicamente, fue ratificado el contenido de las instrucciones que aluden al contexto de violencia de género y vulnerabilidad de la mujer.

De manera coincidente, en el caso de Melody Barrera la defensa había argumenta-

⁵ Tribunal de Casación Penal Prov. de Buenos Aires, Sala II, causa nro. 120.905 caratulada "González, Enzo Javier s/ Recurso de Casación", sentencia del 31 de agosto de 2023.

⁶ Del voto del Juez Mario Kohan: "el debate de las cuestiones de género deben ser parte de dos hitos fundamentales en el procedimiento instituido por la ley 14.543: la audiencia de desección de los jurados (o *voir dire* reglado en el art. 338 quater del CPP.) y en las instrucciones que se imparten a ellos."

⁷ Tribunal de Casación Penal Prov. de Buenos Aires, Sala V, causa nro. 118.486 caratulada "Acosta Duarte, Gilda Rosalía s/ Recurso de Casación", sentencia del 5 de septiembre de 2023.

⁸ Corte IDH. Caso "Manuela y otros. vs. El Salvador". Sentencia de 2 de noviembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133.

do que las instrucciones eran parciales y contenían explicaciones que no estaban contempladas en la ley, por ejemplo, la mención de los indicadores de odio. Sin embargo la Corte Mendocina también validó su contenido y sostuvo lo contrario: por un lado, las instrucciones son equilibradas, no afectan el derecho de defensa ni trastocan la carga de la prueba en la acusación ni el *in dubio pro reo*, y por otro, los indicadores de odio deben ser transmitidos a los jurados porque emergen de la normativa convencional⁹.

Otros casos que asimismo deben ser mencionados en este apartado son el fallo “Bongiovanni”¹⁰ del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires donde al revisar las instrucciones impartidas en un caso relativo a violencia sexual, validó las explicaciones dadas sobre la figura del abuso y el consentimiento.

Y finalmente, el fallo de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires en el conocido caso “Álvarez Telechea”¹¹ donde sentenció que el juez debió instruir al jurado sobre la valoración de la prueba libre de prejuicios y estereotipos tratándose de un caso en el cual se había planteado que la acusada era víctima de violencia de género.

Destaco finalmente, que ninguna corte del *common law* se ha expedido en estos términos sobre los textos de las instrucciones, sino que ha sido aquí, en nuestro margen donde se ha advertido la necesidad de hacerlo, su obligatoriedad y de cómo ese tipo de instrucciones influyen en el veredicto.

A modo de conclusión sobre la jurisprudencia que se ha construido en materia de instrucciones al jurado con perspectiva de géneros, podemos realizar las siguientes afirmaciones en la materia:

- las instrucciones deben ser impartidas con perspectiva de géneros, aun de oficio,
- tal deber tiene un sustento legal y convencional,
- las partes deben participar de la elaboración de las propuestas,
- los textos que hasta el momento hemos propuesto a través de los estudios y trabajos llevados a cabo han sido validados.

III - NUESTRA PROPUESTA DE TEXTOS DE INSTRUCCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNEROS. LEGÍTIMA DEFENSA EN CASOS DE NO CONFRONTACIÓN

En cada trabajo presentado sostuvimos y lo seguiremos haciendo, que los textos de las instrucciones elaboradas son propuestas, nunca definitivas, que se someten al aná-

⁹ Corte IDH. Caso “Vicky Hernández vs. Honduras”. Sentencia de 26 de marzo de 2021.

¹⁰ Tribunal de Casación Penal Prov. de Buenos Aires, Causa nro. 120.793 caratulada “Bongiovanni, Juan Matías s/Recurso de Casación”, sentencia del 27 de abril de 2023.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (SCBA), causa P. 134.954, “Roldán, Jorge Armando - fiscal ante el Tribunal de Casación Penal -. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nro. 97.120 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a Lucas Eduardo Álvarez y Daiana Ayelén Telechea”, sentencia del 31/03/23.

lisis y estudio por la doctrina, la jurisprudencia y de todo aquel que se encuentre interesado/a en realizar un aporte para su mejora.

Los textos que hoy son empleados, mañana pueden ser mejorados.

Con ese objetivo y teniendo en cuenta el citado caso del Tribunal de Casación bonaerense (Acosta Duarte) por el cual se ordenó la realización de un nuevo juicio debido al error en las instrucciones en el supuesto de una mujer acusada de haber matado a su pareja abusadora mientras dormía, se compartirán en este apartado dos textos de instrucciones al jurado relativos a casos de legítima defensa en casos de no confrontación (Reyes, 2021 b) y error sobre la existencia de la causa de justificación.

Instrucción de legítima defensa propia para caso de homicidio

(caso de no confrontación en el marco de una relación abusiva
o contexto de violencia de género)

(nombre y apellido de la mujer acusada) ha presentado como defensa que al realizar los hechos que se le imputan actuó en forma justificada, es decir, en legítima defensa de su persona debido a la violencia que el señor (x) ejercía contra ella en una relación abusiva en un contexto de violencia de género.

De conformidad con la ley para que pueda alegarse con éxito esta defensa y por lo tanto, justificar una muerte, deben demostrarse en forma conjunta las siguientes circunstancias:

a) Que exista una agresión ilegítima.

Agresión ilegítima es una conducta, acción u omisión que haya puesto en peligro la vida, o de sufrir un grave daño en la salud o en la libertad personal o maltrato.

Un grave daño en la salud es una afectación significativa o sustancial del bienestar físico y/o psíquico.

Un grave daño a la libertad personal es una restricción, mediante el uso de amenazas o de armas, de los movimientos de una persona a un límite fijado por el agresor o para trasladarse de un lugar a otro.

El maltrato es el que ocurre en una relación abusiva o contexto de violencia de género y comprende el trato que humilla o degrada y menoscaba la dignidad humana.

Para determinar la existencia de una agresión ilegítima deberán evaluar si los hechos ocurrieron en un contexto de violencia de género de acuerdo con la instrucción que les impartí anteriormente.

La continuidad de la violencia, su carácter cíclico y los efectos psicológicos sobre la mujer pueden poner en riesgo su vida o de sufrir un grave daño en la salud o en la libertad personal o maltrato y en ese caso, constituyen una agresión ilegítima.

b) Que la agresión ilegítima sea inminente.

La inminencia se acredita si el acto de defensa realizado por (mujer acusada) no se pudo hacer esperar.

No es necesaria inmediatez en el tiempo cronológico entre la agresión y la defensa. La agresión puede ser inminente pero no inmediata.

Dentro de una determinada relación pueden existir sutiles señales verbales y/o comportamientos que pueden ser desde miradas, posturas corporales, gestos, hasta amenazas directas, que le permiten a la mujer maltratada advertir y dimensionar la magnitud y gravedad de una agresión que se va a desencadenar que requiere una respuesta inmediata y contundente para evitar que se torne incontrolable e imposible de rechazar luego o bien, sus consecuencias sean irreparables.

c) Que el acto de defensa sea necesario.

Para decidir si la autodefensa ha sido necesaria Uds. deben considerar el contexto en el cual se da la agresión y la respuesta defensiva, como por ejemplo: si había desproporción física; la socialización de género (que hace que muchas veces las mujeres no estén entrenadas para responder a agresiones físicas con medios similares o la falta de entrenamiento para el manejo de armas), los recursos psíquicos de la mujer (autoestima, confianza) para oponer conductas de resistencia frente a ataques violentos, la pobre percepción de sí misma y sus capacidades, conjuntamente con la sobrevaloración del agresor y el estado de sometimiento en el que se encontraba la mujer respecto de su pareja, los medios que se encontraban a su alcance para rechazar el ataque con eficacia, el conocimiento específico que la mujer tiene sobre las posibilidades concretas de defensa, si existieron obstáculos que le impidieron a la mujer solicitar ayuda por ejemplo: dependencia económica, habitacional, acceso a empleo remunerado, conocimiento de derechos y disponibilidad de vías de denuncia y aspectos subjetivos, entre otros factores de vulnerabilidad.

Las consecuencias y efectos de una relación abusiva no son iguales en todas las mujeres sino que deben ser determinadas en cada caso y en consideración del contexto particular. Por lo tanto, no hay un modelo de víctima ni una sola forma correcta de reacción frente a la violencia.

Tampoco la mujer está obligada a utilizar recursos o medios menos lesivos de dudosa eficacia para defenderse o que la expongan a sufrir riesgos en su vida o de grave daño en la salud o en su libertad personal o maltrato.

d) Debe haber falta de provocación suficiente de la mujer que se defiende.

La acusada perderá su derecho de defenderse si de ella proviene una agresión antijurídica en contra de (x).

En la verificación de este requisito Uds. no deben dejarse influenciar por prejuicios o estereotipos de género como por ejemplo sostener que la mujer provocó la agresión, por su comportamiento, por su forma de vestir, por no haberse ido antes del hogar, etc.

También es un estereotipo de género sostener que las mujeres que no aceptan pasivamente la violencia de género son “malas mujeres” que actuaron de forma premeditada con el objeto de dañar.

La ley no obliga a las mujeres víctimas de violencia a soportar malos tratos o a abandonar el hogar o a separarse, sino que tienen derecho a permanecer allí y defenderse.

Al considerar la prueba sobre la legítima defensa Ustedes deben recordar que la Fiscalía tiene la carga de probar más allá de toda duda razonable que la acusada no actuó en legítima defensa.

Si después de analizar cuidadosamente toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, Ustedes encuentran que la Fiscalía no ha probado la ausencia de esta defensa más allá de una duda razonable, será su deber rendir un veredicto de no culpabilidad.

Instrucción de error razonable sobre las circunstancias de la legítima defensa

Tampoco será responsable la acusada si, como consecuencia de la violencia de género ejercida por la alegada víctima, la mujer creyó razonablemente necesario ultimar a su compañero en circunstancias en las que aparentemente no hay motivos fundados para creer que está en peligro su vida o de sufrir un grave daño en la salud, la libertad personal o maltrato, y/o la agresión ilegítima era inminente y/o la acción defensiva era necesaria. La violencia puede tener el efecto en una mujer de creer que concurrían todas o alguna de las circunstancias mencionadas. Para decidir si esa creencia era o no razonable deben considerar todas las circunstancias tal como las conoció y se le presentaron a la acusada. La conducta de la acusada se encontrará justificada si la creencia era razonable.

La Fiscalía tiene la carga de probar más allá de toda duda razonable que la acusada no actuó en una creencia razonable sobre la existencia de todas o algunas de las circunstancias que requieren la legítima defensa.

Si después de analizar cuidadosamente toda la prueba presentada y admitida y de conformidad con las instrucciones que les he impartido, Ustedes encuentran que la Fiscalía probó más allá de duda razonable que la creencia de la acusada sobre la existencia de todas o algunas de las circunstancias que requieren la legítima defensa no era razonable, entonces, deberán analizar la posibilidad de declararla CULPABLE del delito menor incluido de Homicidio culposo (la instrucción contiene una postura más favorable a la situación de la acusada en la medida que habilita una pena más reducida).

Pero si Ustedes consideran que la Fiscalía no ha probado más allá de duda razonable que la creencia de la acusada sobre la existencia de todas o algunas de las circunstancias que requieren la legítima defensa no era razonable, entonces, deberán rendir un veredicto de no culpabilidad.

IV - EL FUTURO DE LAS INSTRUCCIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNEROS

En el debate y análisis de las instrucciones con perspectiva de géneros algunas personas sostienen que se trata de una obviedad, como si los y las operadores judiciales, quienes intervienen en los juicios por jurados, tuvieran el conocimiento del deber de proceder de esta manera, como si no hiciera falta realizar este énfasis en el tema porque resultaría “obvio” instruir con perspectiva de género.

La práctica nos demuestra que no es algo “obvio” no sólo porque muchos operadores aún carecen de formación en la temática de género y del sistema de juicio por jurados sino porque además, los términos precisos de las instrucciones en cuestión son permanentemente objeto de disputa.

El inicio de este estudio, en mi caso, tuvo su origen en la advertencia de que muchas de las instrucciones que estaban siendo impartidas no contenían aquel enfoque. Un ejemplo que he abordado en anteriores publicaciones es el caso de las circunstancias extraordinarias de atenuación cuando son impartidas en acusaciones de femicidio. Muchas veces esta instrucción contiene referencias a situaciones atenuadoras que, en realidad, constituyen situaciones de violencia de género que no pueden ser consideradas como atenuantes de la pena.

La formación en el derecho convencional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos y en la dogmática penal feminista me ha brindado herramientas para poder analizar la comunicación de la ley al jurado y realizar las propuestas de instrucciones que se han compartido en los diferentes trabajos.

Pero como he dicho antes, son textos que se someten a discusión y mejora por aquellas personas interesadas que desde sus diversas procedencias pueden aportar otro enfoque superador.

Lo que se ha logrado hasta el momento, es un gran avance en el desarrollo de los juicios por jurados con perspectiva de géneros. En ese sentido, la influencia del tratamiento de las instrucciones en el litigio ha llevado a los y las operadores/as judiciales a considerar las cuestiones de género en mayor medida que antes. Pensar en las instrucciones no es el momento final del litigio sino el principio, porque toda la teoría del caso tendrá en cuenta cómo será explicada la ley al jurado que decidirá el caso.

El rol de la Casación y de los Superiores Tribunales de Provincia en la construcción de esta valiosa jurisprudencia es fundamental porque nos marca un camino a seguir, despeja dudas que han sido planteadas y le da contenido a la obligación de jueces y juezas de instruir al jurado con perspectiva de géneros.

En el sistema de juicio por jurados de nuestro país, no existen comités de elaboración de instrucciones, estas han sido construidas en la práctica a partir de traducciones de textos empleados en el *common law* y aportes doctrinarios.

En los países donde existen esos comités, los jueces suelen respetar los textos modelos de instrucciones que aquellos elaboran. Estos tienen autoridad porque se sustentan en los criterios establecidos en la jurisprudencia acerca del alcance de la ley. No es frecuente el apartamiento porque se corre el riesgo de que el veredicto sea anulado por un error esencial en las instrucciones.

En este escenario, la validación que la Casación y las Cortes han realizado de textos de instrucciones empleados en la práctica tiene gran utilidad para quienes litigan y quienes dirigen en los juicios por jurados.

La elaboración de instrucciones no es una tarea fácil, ya que no puede llevarse a cabo de cualquier manera. No se trata de repetir conceptos jurídicos en lenguaje técnico, decir todo lo que se nos ocurra sobre determinado texto legal. Por el contrario, las instrucciones tienen una estructura y un formato particular, un lenguaje especial (claro, preciso) y deben ser lo más sintéticas posible (lo contrario puede confundir al jurado).

El futuro en materia de elaboración de instrucciones debe tener en consideración estos aspectos. Por ejemplo, sería central debatir acerca de la autoridad de los precedentes para que estos sean tenidos en cuenta al momento de trabajar en una instrucción. Otra cuestión es la necesidad de dar intervención a la comunidad en general, no sólo a profesionales del derecho sino de otras áreas que puedan realizar valiosos aportes. Además, debieran generarse instancias de intercambio como celebración de audiencias públicas y principalmente, conformarse un comité por personas referentes y expertas que propicien una permanente actualización.

La construcción del conocimiento siempre es colectivo y debe someterse a verificación, esto último implica la necesidad de llevar a cabo estudios empíricos aun cuando no tengamos la cultura de hacerlo. Sólo cuando contamos con información podemos conocer una situación y detectar problemas para eventualmente pensar en una solución.

En suma, el trabajo de la Casación y las Cortes ha constituido un valioso aporte para arribar a los consensos que son necesarios en este tema. En poco tiempo serán tratados muchos más casos y esto nos permitirá realizar una suerte de compilación sobre los textos de instrucciones con perspectiva de géneros que se imponen en la práctica.

Solo una consideración final es importante realizar, y está referida a no perder nunca de vista que el derecho permanentemente evoluciona por lo que, bajo esta premisa, los textos de las instrucciones al jurado nunca serán definitivos y por eso, siempre podrán modificarse con el objetivo de transmitir de un modo más eficaz la perspectiva y el contexto que sea necesario comunicar, de ahí la importancia de la formación de jueces y juezas porque serán ellos/as quienes decidan en definitiva la explicación de la ley en el caso concreto.

REFERENCIAS

- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE JUICIO POR JURADOS. (12 de julio 2023). *Jurisprudencia: Corte de Mendoza confirma condena por travesticidio de Melody Barrera y respalda las instrucciones al jurado por crimen de odio contra el colectivo LGTTBIQ+*. <https://www.juicioporjurados.org/2023/07/jurisprudencia-corte-de-mendoza.html?m=1>
- HARFUCH, A. (2019). *El veredicto del jurado*. Ad-Hoc.
- MARDER, N. S. (2006). *Bringing Jury Instructions into the Twenty-First Century*, (81) Notre Dame L. Rev. 449. https://scholarship.kentlaw.iit.edu/fac_schol/391?utm_source=scholarship.kentlaw.iit.edu%2Ffac_schol%2F391&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPage
- PERLMAN, H. S. (1986). *Pattern Jury Instructions: The Application of Social Science Research*, 65 Neb. L. Rev. <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol65/iss3/5>

- PORTERIE, S. Y ROMANO, A. (2018). *Juradxs populares y perspectiva de género*. <https://inecip.org/prensa/inecip-en-los-medios/juradxs-populares-y-perspectiva-de-genero/>
- PORTERIE, S. Y ROMANO, A. (2022). Juicio por jurados y género: nuevos desafíos para la enseñanza del derecho. En I. Arduino y J. Di Corleto (Comps.), *Jornadas Justicia Penal, Géneros y Enseñanza del Derecho*. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.
- REYES, A. V. (2021a). Valoración de la prueba con perspectiva de género. Las instrucciones al jurado en casos de violencia contra la mujer. En R. A. Chaia. (Dir.). *Juicio por Jurados II*. (pp. 211- 322). Abogar Soluciones.
- REYES, A. V. (2021b). Instrucciones al jurado con perspectiva de género. *La Ley, Suplemento Abogacía corporativa*, Tomo 2021-E, año LXXXV (175).
- REYES, A. V. (2021c). Instrucciones al jurado en casos de violencia sexual. RC D627/202. Rubinzal Culzoni. www.rubinzalonline.com.ar
- REYES, A. V. (2021d). La perspectiva de género y la diversidad en la integración del jurado. *Revista La Ley* 25/28, (6).
- REYES, A. V. (2022a). Juicio por Jurados y crímenes de odio. Reducción de sesgos: Voir dire e instrucciones (travesticidio y transfemicidio). En Suplemento Penal (1), *Revista La Ley*, pp. 72-93
- REYES, A. V. (2022b). Veredicto del Jurado: culpable por el crimen de travesticidio. Importancia del litigio y las instrucciones con perspectiva de género. En *Revista Pensamiento Penal*. (438).
- REYES, A. V. (2022c). Casos de violencia sexual en el sistema de jurados. RC D885. Rubinzal Culzoni. www.rubinzalonline.com.ar
- REYES, A. V. (2023a). ¡Fue travesticidio! El juicio por jurados y las violencias de géneros en Argentina. Caso Melody Barrera. En Agenda Estado de Derecho. <https://agendaestadodederecho.com/travesticidio-melody-barrera-el-juicio-por-jurado-y-las-violencias-de-generos-en-argentina/>
- REYES, A. V. (2023b). Recusación sin causa: garantía de imparcialidad en el juicio por jurados y ¿en la justicia profesional?, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. (5).



LA MUJER TRANSGÉNERO Y EL PODER PUNITIVO

Jonatan Layy Diego Soos

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

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 08/08/2023

Aprobado: 30/08/2023

LA MUJER TRANSGÉNERO Y EL PODER PUNITIVO

TRANSGENDER WOMAN AND PUNITIVE POWER

*Jonatan Lay*¹ y *Diego Soos*²

Merlo, provincia de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En el presente artículo se abordará la situación de vulnerabilidad a la que se enfrenta el colectivo LGBTI+, y específicamente las feminidades que lo componen. Se hará hincapié en el análisis de sus condiciones de vida tales como la vivienda, situación laboral, acceso a atención médica, situación migratoria, etc., y cómo dichos factores constituyen un puente de oro hacia la marginalidad. Se realizará una evaluación del avance del poder punitivo sobre dicho colectivo, desde los edictos policiales hasta la legislación más actualizada. Sin perjuicio de ello, se desarrollará en el presente cómo la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional han reaccionado frente a dicha situación de vulnerabilidad, en pos de resolver el avasallamiento de derechos del colectivo, sobre todo a través del prisma de un precedente jurisprudencial en particular que pondera tales factores a través de la tradicional categoría dogmática del “estado de necesidad justificante”.

Palabras clave: diversidad, criminalización, estado de necesidad justificante

Abstract: In this article, we will address the situation of vulnerability faced by the LGBTI+ community, and specifically focusing on transgender women and transvestites. Emphasis will be placed on the analysis of their living conditions such as housing, employment situation,

¹ Agente Fiscal de las UFIS nro. 5 y 7 del Dpto. Judicial de Moreno - General Rodríguez, especializadas en Violencia de Género, Robo agravado y Grooming. Diplomado en Sistema Penal y nuevas modalidades delictivas (UNO) y en Raza, Género e Injusticia (UNSAM). Maestrando en Criminología y Jefe de trabajos prácticos de la asignatura Derecho Procesal (UNLZ). Docente de la asignatura Violencia de Género (Academia de Unidad de Policía de Prevención Local de Moreno). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0872-6224>. Correo electrónico: jonatanlay@gmail.com

² Oficial del Ministerio Público del Departamento Judicial de Moreno - General Rodríguez, Unidad Funcional de Instrucción nro. 7 Ayudantía especializada en Investigación en delitos de Robo agravado. Abogado (UM). Diplomando en Diplomatura Internacional en Derecho Constitucional y Magistratura (UNO). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9944-4489>. Correo electrónico: dsoos@mpba.gov.ar

access to medical care, immigration status, etc., and how these factors build a golden bridge towards marginality. An assessment regarding the advance of punitive power over said group will be carried out, from police edicts to the most up-to-date legislation. Without prejudice to this, the national and international doctrine and jurisprudence's reaction to this will be developed herein, in order to resolve the subjugation of the rights of the group, especially through the prism of a particular jurisprudential precedent that weights such factors through the traditional dogmatic category of the "state of justifying necessity".

Keywords: diversity, criminalization, necessity

I - INTRODUCCIÓN

Se entiende por persona trans o transgénero a aquella cuya identidad o expresión de género difiere de la que socioculturalmente se le asigna por su sexo biológico al nacer, lo que debe diferenciarse de su orientación sexual. El concepto opuesto a transgénero se conoce como "cisgénero"³.

Desde antaño, las mujeres transgénero y travestis han padecido (y aún padecen) discriminación⁴ en múltiples aspectos de su vida. Desde el rechazo de su propio entorno familiar o afectivo hasta la imposibilidad de obtener puestos de empleo formal o acceder a la educación sin sufrir señalamientos, agresiones o burlas. Este conjunto de factores, más otros que se detallarán en el presente, resultan de gravísima incidencia y se profundizan al erigirse como la cotidianidad de mujeres travestis y trans desde su juventud hasta su presente, deparándoles como único futuro posible la marginalidad y la segregación.

Dicho panorama se presenta como la receta perfecta para la intervención de las agencias de control punitivo que, ya desde sus orígenes, lejos de garantizar la protección de los sectores más desprotegidos, propenden a la profundización de los estigmas socioculturales a través de la criminalización de sus componentes.

En este artículo abordaremos los diversos factores que convierten a la población objetivo de este trabajo en un grupo especialmente vulnerable, lo cual ha motivado su discriminación tanto en la legislación como desde las agencias de control en el ejerci-

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Opinión Consultiva 24/2017, pp. 17-18.

⁴ En el marco del sistema de protección interamericano de derechos humanos, se ha definido como discriminación a cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales. Conforme surge del considerando 73 de la Opinión consultiva 24/2017: "...el 22 de diciembre de 2008 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", reafirmando el "principio de no discriminación que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género".

cio cotidiano del poder punitivo. No obstante ello, efectuaremos un análisis de los principales avances en la legislación con el objetivo de resguardar la internacionalmente reconocida igualdad sustantiva, así como de un novedoso fallo que busca contemplar las circunstancias objeto de estudio en relación a la criminalización de las mujeres transgénero.

II - VULNERABILIDAD Y DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

Las razones que tornan a las mujeres trans en un colectivo especialmente vulnerado han sido plasmadas en duras cifras que las estadísticas sobre el tema han arrojado. Al respecto, cabe destacar la “Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans” que en conjunto confeccionaron el INDEC y el INADI en la zona de La Matanza, provincia de Buenos Aires, así como aquellas encuestas dirigidas por la activista Lohana Berkins y la antropóloga Josefina Fernández (plasmadas en obras como: *La gesta del nombre propio: Informe sobre la situación de la comunidad travesti en Argentina y Cumbia, copeteo y lágrimas: Informe nacional sobre la situación de las travestis, transexuales y transgéneros*). Si bien no existen censos oficiales realizados desde esta perspectiva a nivel nacional, las cifras existentes resultan más que ejemplificadoras de la realidad de la comunidad trans.

De esta manera, se ha evidenciado que la mujer transgénero cuenta con una expectativa de vida reducida casi a la mitad en comparación con la mujer cisgénero. Así, su esperanza de vida ronda entre los 35 y 40 años aproximadamente⁵. Lamentablemente las principales causales de muerte, en su gran mayoría, pueden ser prevenidas (VIH/sida, tuberculosis, hepatitis, cirugías clandestinas), y encuentran en parte explicación ante la ausencia de cobertura médica o de políticas públicas especializadas. Por demás, resultando el tratamiento de hormonización más frecuente en la mujer trans que en el varón trans, el 86% del sector encuestado refirió no realizar controles médicos con posterioridad (INADI, INDEC, 2012, p.10).

En cuanto al nivel educativo, la mayoría registra hasta el nivel primario completo y sólo algunas han finalizado el secundario. Los datos relativos a la vivienda mostraron amplio predominio de casos de situación de calle, vivienda precarizada o en condiciones deficitarias. Es importante hacer énfasis en que la residencia en cuartos de alquiler en hoteles, pensiones, departamentos (habilitados o “tomados”) o acudir a lugares públicos como paradores o refugios, implica también vivir “en situación de calle” (Berkins y Fernández, 2005, pp. 95-97).

⁵ Al respecto es que se ha llevado a cabo la campaña “Nuestra venganza es llegar a ser viejas”, denunciando los funestos índices de expectativa de vida trans palmariamente inferiores al indicador general en la Argentina (conforme Censo 2010), como motivo del reclamo a un “derecho al envejecimiento digno travesti trans”.

Otro factor importante a ponderar es la situación laboral. Prevalen en este colectivo la precarización laboral por sobre el empleo formal (casi ausente), con alta preponderancia del ejercicio de la prostitución y, en menor medida, otras actividades de escasa estabilidad (Ruiz y otros, 2017, p. 59). El nivel de exclusión social dificulta (por no decir que directamente impide) el acceso laboral, dejando casi como única opción el ejercicio de la prostitución, en un contexto de marginalidad y peligro constante.

Cabe destacar que resulta superior el nivel de encuestadas que manifestaran vivir de la prostitución siendo muy jóvenes o niñas, esto es desde los 18 años de edad o antes.

La lectura de estas estadísticas de manera global, ha llevado a concluir que en este sector puntual

el alejamiento temprano, forzado o no, del hogar familiar y, consecuentemente, la pronta interrupción del proceso educativo, intervienen de manera directa y negativa en sus posibilidades de acceso a un empleo y en el precoz ingreso a la prostitución como única alternativa de generación de ingresos. (Ruiz y otros, 2017, p. 45)

Por demás, esta multiplicidad de factores fue incluso reconocida por la Corte IDH., en la Opinión Consultiva 24/2017, al referir que

las personas transgénero afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto-percibido⁶.

III - ESTIGMA Y VIOLENCIA INSTITUCIONAL

La Corte IDH. ha destacado el padecimiento de discriminación estructural y la consecuente estigmatización de las personas LGTBI+, desde antaño viendo sus derechos fundamentales conculcados y sometidas a distintas formas de violencia⁷. Entre estas últimas, los informes de Naciones Unidas emitidos sobre la temática muestran especial preocupación por los abusos cometidos por las fuerzas de seguridad y penitenciarias.

Al respecto, el Alto Comisionado de la ONU para los DD.HH. ha dado cuenta de casos precisos a nivel internacional de violencia contra el colectivo LGTBI+, con la connivencia, silencio o permiso, cuando no con la autoría o participación directa de personal de las fuerzas de seguridad. Sostuvo, en este sentido, que la detención arbitraria fundada en

⁶ Corte IDH. OC-24/17, párrafo 42.

⁷ Corte IDH. OC-24/17, párrafo 33.

delitos relacionados con la orientación sexual o la identidad de género, incluidos los delitos que no se refieran directamente a las relaciones sexuales, como los relativos a la apariencia física o el denominado "escándalo público", constituye una vulneración del derecho internacional⁸.

Todos estos informes, recomendaciones y alertas responden a hechos concretos. Según las estadísticas, más de la mitad de las personas trans encuestadas respecto a esta problemática ha referido padecer detenciones sin intervención de un juez, tratándose en su mayoría de trans femeninas. Han apuntado a la calle y la comisaría como los lugares de mayor violencia, erigiéndose la policía como la institución responsable de graves hechos de discriminación y vulneración de derechos dirigidos primordialmente contra mujeres trans (INADI, INDEC, 2012, p.19). Los actos violentos en cuestión varían desde insultos, malos tratos y hostilidad hasta detenciones ilegales, golpizas, abusos sexuales, robos y la exigencia de coimas. La lista no se detiene allí, pues los abusos relatados también han consistido en la amenaza policial para obligarlas a la venta de drogas y al robo, la desatención en ocasión de recibirles denuncias, el forzamiento sexual a cambio de la libertad, entre otros (Ruiz y otros, 2017, p. 133).

En efecto, las identidades sexuales ajenas al parámetro cis-heteronormativo han sido relegadas socialmente y, como se detallara, empujadas a la marginalidad. Ello se refleja en su criminalización, sobre todo en aquellas conductas consideradas contrarias a la "moral pública" y que, delictivas o no, llevan al señalamiento punitivo.

IV - LOS EDICTOS POLICIALES

Esta problemática no es un fenómeno novedoso sino un problema estructural. A través de décadas y décadas, el colectivo de mujeres trans viene padeciendo la selectividad punitiva en forma cotidiana por parte de las fuerzas de seguridad. La lógica de "desviación sexual" ha sido esgrimida como herramienta para criminalizar a quienes se apartan de ciertos "estándares morales", especialmente a las identidades travestis/trans.

Uno de los ejemplos más evidentes de ello, en nuestro sistema, se encuentra constituido por los fatídicos edictos policiales. Estos ilustraban la selectividad del poder policial, evidenciando la producción de subjetividades criminales al tiempo que permitían la regulación y control del espacio público. Gracias a ello, la privación de la libertad de personas en base a su identidad de género u orientación sexual diferente encontraba respaldo legal.

Hasta el año 1996 estuvo vigente, en territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos

⁸ Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (17 de noviembre de 2011) Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, p.16, párrafo 47.

Aires, el Reglamento de Procedimientos y Edictos Policiales de la Policía Federal, en el cual se reprimía con multa o arresto a quien promoviera el escándalo público y desórdenes⁹. En particular, se disponían estas sanciones para quienes se “exhibieren en la vía pública o lugares públicos vestidos o disfrazados con ropa del sexo contrario”; para “las prostitutas o su servidumbre que desde su casa incitaren a las personas”; para “las personas de uno u otro sexo que públicamente incitaren o se ofrecieren al acto carnal” o para “los sujetos conocidos como pervertidos que se encontraren en compañía de menores de 18 años cumplidos”.

En este punto, cabe hacer mención al conocido esquema de Derecho Penal de Autor, resabio de la antigua escuela positivista de fines del siglo XIX. Las categorías de pervertidos, travestidos o prostitutas se encuentran inmersas dentro de esta lógica, según la cual son las características personales del autor y no la valoración del hecho lo que marcan el compás del sistema punitivo, en base a una lógica peligrosista en vez de proporcionalidad con el daño¹⁰.

La persecución fundada en términos de lo “escandaloso” o lo “inmoral” desde un punto de vista heteronormativo (que ve en lo trans lo distinto, lo inmoral o indecente, lo peligroso) ha sido una representación más de la segregación y la marginación.

Resulta cruentamente explícito el relato de una mujer entrevistada por Amnistía Internacional, quien compartiera sus experiencias en la época de los edictos policiales:

La policía [era] quien más nos explotaba, más que cualquier proxeneta. Usaban nuestro cuerpo, nuestro dinero y nuestro tiempo. Nos pegaban, se burlaban de nosotras; nos picaneaban ... Te llevaban a la cárcel simplemente por ser trabajadora sexual.

Los viejos edictos policiales permitían que, sin control policial, una persona pudiese ser arrestada durante 21 días. En su relato, la entrevistada indicó:

No había posibilidad de negociar esos 21 días ... yo siempre he tenido que negociar con la policía. [Aunque] podías negarte, después de 20 días de estar encarcelada necesitabas cosas, y la única forma de conseguirlas era ofrecerles una parte de nuestros cuerpos, porque eso era lo único que teníamos. (Amnistía Internacional, 2016, p. 25)

V - LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Estos han sido los mecanismos formales que históricamente permitían la criminalización de las personas travestis/trans, pero ello no ha finalizado luego de la derogación

⁹ Sobre cuyos cuestionamientos constitucionales se pronunció la CSJN. en el reconocido fallo “Mouviel, Raúl Oscar y otros s/ Desórdenes” del 17/05/1957.

¹⁰ Vale referir que esta ideología no se ha delimitado a la selectividad en la actividad policíaca, pues resulta asimismo destacable la “patologización”, receptada incluso en el ámbito judicial. Así, términos como la

de los edictos, sino que han mutado para camuflarse bajo modalidades más sutiles pero igualmente ilegales. Aún persisten en el actual Código Contravencional de CABA. disposiciones segregadoras, entre las que destacan aquellas que delimitan “espacios para sujetos considerados desde siempre normales, frente a otros considerados desde siempre peligrosos” (Ministerio Público de la defensa, 2017, p. 155).

Desde la adopción del artículo 81 del Código Contravencional en el año 2003, los ataques contra el colectivo trans no han cesado. La situación de calle en el ejercicio de la prostitución las expone a este tipo de abusos en forma constante que se manifiestan, por ejemplo, en el acoso en las calles y el cobro de sobornos para evitar la imposición de multas y *probations*.

La Oficina de Género del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires, que coordina un grupo de trabajo sobre “Género, diversidad y derechos”, confirmó que la amplia mayoría de las personas detenidas en virtud del artículo 81 son personas trans. Esto probablemente responde al prejuicio y la discriminación general que existe contra estas personas y a las actitudes sesgadas del vecindario. (Amnistía Internacional, 2016 p. 25). Las voces de la segregación han llegado a instigar a los ciudadanos a apedrearlas, al tiempo que han reclamado el recrudescimiento de las prácticas de persecución. Los llamados al 911, las denuncias en medios de comunicación, las grabaciones y fotografías en teléfonos celulares, etc. con el objeto de excluir y apartar por su identidad de género, constituyen también una modalidad de criminalización.

La normativa actual permite que tanto trabajadoras como trabajadores sexuales (cis y transgénero) sean parados con frecuencia por la policía con la exigencia de exhibir su DNI. La extorsión en función a la posible imputación de un delito o contravención se ve favorecido por la potestad de sustracción de la vía pública y traslado a la seccional con que la policía cuenta con alegados fines identificatorios. Más aún, ante la reciente modificación de la Ley de Migraciones, la Dirección Nacional de Migraciones participa en los operativos policiales para verificar la situación migratoria, con el subsecuente temor ante posibles expulsiones. Por demás, el empleo de términos despectivos o del nombre de varón en los registros policiales y judiciales en tanto su identidad sexual se consigna como apodo, resulta una directa violación a la Ley de Identidad de Género¹¹.

Pero la criminalización no sólo es posible mediante la legislación penal pues la aplicación de otras leyes, decretos o políticas tienen idéntico propósito: la regulación, control y sanción en base a la expresión de género a quienes no acatan o cuestionan la moral o las normas de la comunidad. Por ende,

“disforia de género”, tipificada como trastorno psiquiátrico y figura asociada a la peligrosidad, también han formado parte de la ideología higienista que enmarca esta visión.

¹¹ Ley 26.763, 2012. Ley de Identidad de Género, BO nro. 32.404 (Argentina), artículo 1 apartado c) que contempla el derecho de toda persona “A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”.

la imposición de multas, la detención con fines de “rehabilitación”, la expulsión, la pérdida de la custodia de los hijos e hijas, la pérdida del derecho a prestaciones sociales y la violación del derecho a la intimidad y a la autonomía. (Amnistía Internacional, 2018, p. 56)

son también señaladas como una forma de criminalización por Amnistía Internacional.

VI - LA SELECTIVIDAD PUNITIVA INFORMAL

No obstante, el peligro radica en que, aun cuando en nuestro país ya no existen normas que explícitamente las penalicen por su condición y a pesar de la vigencia de la Ley de Identidad de Género, la naturalización de la violencia en el trato y los abusos policiales ha permitido su persistencia generalizada hasta nuestros días.

El trato de delincuente por la sola pertenencia a un grupo estigmatizado, con independencia de la realización de una conducta efectivamente ilícita, da cuenta de la presunción que sobre ellas se cierne, y que aumenta las conductas selectivas a su respecto por parte de las fuerzas. Esto favorece la proliferación de abusos (sometimiento en forma reiterada y arbitraria a hostigamiento, detención e investigación) o extorsiones con impunidad, conducta que se ha observado en numerosos países específicamente en casos de trabajadoras y trabajadores sexuales. La presunción de delito se erige como un impedimento, a la postre, para que las víctimas de tales abusos acudan a la justicia por temor a ser ellas, y no sus autores, objeto de investigación penal. De esta manera, este tipo de políticas construyen un contexto de impunidad para intimidaciones y abusos físicos.

Otros procedimientos vejatorios consisten en la requisita corporal y la desnudez forzada en la vía pública o dependencia policial, sean llevadas a cabo por personal masculino o femenino. Dichas requisas no finalizan en palpar las ropas y la inspección de sus pertenencias, sino también en prácticas como la desnudez total y el tacto anal, ello sumado a los insultos o agravios proferidos por su identidad de género.

En el estudio presentado por Amnistía Internacional (2016) respecto del ejercicio de la prostitución, específicamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha puesto de manifiesto el estigma vivido por el sector de trabajadoras trans a partir de controles ilegales originados en su apariencia, vestimenta o modales.

Estas conductas no sólo se dan en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que se replican en todo el país. A modo de ejemplo, se han relevado casos en Jujuy y Tucumán, en donde se ha denunciado que

el abuso de autoridad y la violencia policial se revelan en detenciones en cualquier momento de la noche. Son acusadas de ejercer la prostitución por estar en la vía pública, es-

tén o no ejerciéndola. Los agentes las tratan sin respeto por su identidad y utilizan las contravenciones de manera extorsiva o bien para participar del circuito lucrativo de la prostitución o para obtener un servicio sexual gratuito(ONU, 2016, p. 6).

En igual sentido, en la provincia de Buenos Aires las detenciones

son realizadas en la vía pública como tareas de prevención policial, sin denuncias previas ni en el marco de operativos identificados o investigaciones penales en curso. La intervención policial está motivada por el olfato policial (una travesti parada en la calle, subiéndolo o bajando de un auto, hablando con otras personas). (ONU, 2016, p. 7)

VII - NARCOTRAVESTIS

La selectividad del sistema penal y la presión persecutoria direccionada al grupo trans puede ser analizada también a la luz de las estadísticas relacionadas con la población carcelaria, contexto en el cual los estigmas y la vulnerabilidad se profundizan y plantean sus particulares desafíos cuando se trata de la mujer trans.

En tanto una multiplicidad de delitos ha llevado a la pena privativa de la libertad a diversas personas, las mujeres trans y travestis se encuentran cumpliendo condena en forma casi exclusiva por tipos penales relacionados con estupefacientes (tenencia o tráfico) (Radi & Pecheny, 2018, p. 161). Las minorías inmigrantes son un sector especialmente vulnerable en este tipo de delitos, y lo son más cuando se trata de mujeres trans extranjeras. En efecto, el 69% de las mujeres trans y travestis alojadas en el Servicio Penitenciario Bonaerense se encuentran privadas de la libertad por infracciones a la ley de estupefacientes, en tanto el 91% de la población trans y travesti encarcelada en la provincia de Buenos Aires es inmigrante (Malacalza, Jaureguiberry y Carabelos, 2019).

Esto también presenta cuestionamientos serios respecto al criterio policial y judicial frente a este sector de la población, y al posible empleo de la Ley 23.737 como herramienta de criminalización selectiva. No está de más indicar la discrecionalidad con la que los agentes preventores cuentan y la autonomía (sobre todo en investigaciones sobre estupefacientes) en la investigación que propicia señalamientos a personas sobre las que recae un status de sospecha permanente. Podría, entonces, afirmarse que “la relación entre la criminalización normativa y la presunción de delito es recíproca” (Amnistía Internacional, 2018, p. 56).

Esto da cuenta de que

existe una relación directa entre el impacto de las reformas legislativas en materia de estupefacientes, los modos en que se reconfiguran las políticas de seguridad y las políticas migratorias; y los procesos de estigmatización de las identidades trans y travestis que se advierten en las prácticas judiciales y en la mirada social. (Radi y Pecheny 2018, p. 157)

En este sentido, ha señalado Zaffaroni que los vulnerables son los “clientes habituales de las cárceles” (2017, p. 13), pues aún si han cometido un delito se trata de aquéllos de escasa lesividad y de sencilla detección (como es la venta de estupefacientes “al menudeo”). Y sin perjuicio de que se trata de delitos con pena leve, fundados en el relato policial como única evidencia de cargo o en el contexto de un panorama probatorio débil, las mujeres trans permanecen detenidas (muchas veces con sustento en la propia situación de vulnerabilidad, dada su situación de calle, como fundamento de la medida coercitiva).

En el informe “Narcocriminalidad y Perspectiva de Género”, ello se ha puesto especialmente en evidencia, en cuanto sostiene que

La participación de las mujeres en actividades ilícitas vinculadas a drogas suele darse en circunstancias de vulnerabilidad – socio-económica, afectiva, psíquica, etc. – que generan las condiciones para que ellas accedan al mercado ilegal, muchas veces como único medio de supervivencia. (PROCUNAR, 2022)

reconociendo que dados los contextos y trayectorias de vida, el sistema penal interviene de forma violenta, discriminatoria y desproporcionada debido a criterios de género y sexualidad.

Esta persecución criminalizante muestra, por demás, escasa efectividad en tanto apunta a los eslabones más débiles de la cadena de tráfico de estupefacientes y a quienes desempeñan las tareas de menor trascendencia en tales organizaciones criminales, con intensificación del peso punitivo sobre las personas trans y travestis, por efecto de las situaciones de extrema pobreza, violencia y vulneración de derechos. Ellas realizan actividades en economías informales altamente criminalizadas, como el mercado de drogas, el trabajo sexual o el sexo por supervivencia, siendo así etiquetadas por las agencias de poder punitivo como peligrosas y, por ende, más vulnerables al abuso policial (García Castro, et al, 2020).

En consecuencia, en este proceso de criminalización se ha difundido la categoría de “narcotravestis” usada por los medios de comunicación locales y replicada por los vecinos para exigir la relocalización de las denominadas “zonas rojas” y la aplicación de políticas punitivas. Ello nuevamente, reconduce la discusión hacia la presencia en el espacio público de grupos que rompen con la hegemonía en la construcción de las identidades de género.

VIII - MARCO LEGAL

El panorama descrito da cuenta de la gravedad de la situación y el profundo impacto de la violencia contra las personas LGBTI+. Por ello, la Comisión Interamericana

de Derechos Humanos (CIDH) ha instado a los Estados a la derogación de la legislación que criminaliza en forma directa o indirecta la identidad y la orientación sexuales, no sólo a fin de adecuar su normativa a los estándares internacionales¹² sino como mensaje a la sociedad en general y puntualmente a la policía “de que estas leyes no pueden ser utilizadas para amenazar o extorsionar a las personas LGBT o aquellas que son percibidas como tales”(CIDH, p. 70). En esta misma dirección apuntan los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género del 2006), la Asamblea General de las Naciones Unidas (al adoptar la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” del 2008), la Asamblea General de la OEA (que dictara resoluciones instando a sus miembros a suprimir todas las formas de discriminación y violencia contra personas LGTBI), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el reconocido caso “Atala Riffo vs. Chile”¹³) y la propia CIDH que en el 2011 asignara a los derechos de las personas LGTBI como tema prioritario.

En nuestro país, la vulneración a estos derechos ha sido reconocida por el Estado en el Decreto 1086/05, mediante el cual se aprobó el documento Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación. La Discriminación en la Argentina. Diagnóstico y Propuestas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto en el fallo de 2006: “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia”, y se han dictado la Ley de Reforma al Matrimonio Civil – 2010 – y el hito representado por la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743), mostrando grandes avances en la materia. Resulta destacable, a su vez, la Ley Diana Sacayán de Cupo Laboral para Personas Travestis y Trans (Ley 14.783), por medio de la cual se ha creado en el sector público bonaerense un cupo mínimo de al menos un 1% de los empleos para el colectivo travestis, transexuales y transgénero. Esta ley provincial del 2015 fue seguida de su par a nivel nacional, Ley 27.636 de Promoción del acceso al empleo formal para personas travestis, transexuales y transgénero Diana Sacayán-Lohana Berkins del año 2021.

No obstante, dichos avances, resta un arduo camino de concientización socio-cultural y de efectivización de los derechos ya reconocidos, que no repara las consecuencias ni secuelas padecidas por las víctimas de los actos institucionales discriminatorios y criminalizantes del pasado, por el hecho de expresar una sexualidad no normativa. Por dicha razón, es que se ha presentado un proyecto de ley destinado a establecer un régimen de reparación, con su respectivo impulso activista a través de la Campaña #ReconocerEsReparar, a fin de que se disponga una pensión para las personas que

¹² Ello así, en tanto el artículo 1.1 de la CIDH destaca a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas, y resalta el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación a todos los derechos correspondientes.

¹³ En su considerando 93, estableció: “Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base a su orientación sexual” (Caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Corte IDH, 24 de febrero de 2012).

hubiesen sido privadas de su libertad con fundamento en su orientación sexual, por parte de las fuerzas de seguridad, en el contexto de los mencionados edictos policiales e incluyendo a las víctimas del terrorismo de Estado, que fueran objeto de persecución directa por el Estado en dictadura y en democracia.

IX - UN PRECEDENTE DESTACABLE

Abordaremos aquí la resonante sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 8 el pasado 06/07/2022¹⁴, en el marco de la cual se dispuso la absolución de veintiún mujeres transgénero acusadas de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Ello fundado en la ponderación, con perspectiva de género, de los múltiples factores de vulnerabilidad que influyen en la situación de vida de las imputadas.

Desde esta óptica, se ha hecho hincapié en la interseccionalidad¹⁵ partiendo de información obtenida de extensivas y criteriosas entrevistas personales que la magistratura mantuvo con cada una de las mujeres involucradas en dicho proceso judicial. Se destacó, allí, la falta de consignación en el trámite del proceso de “los motivos reales que condicionaron a este grupo a vincularse con los estupefacientes como estrategia de supervivencia en el ejercicio de la prostitución” o de “como ello se encuentra directamente ligado a sus identidades y expresiones de género y las múltiples opresiones que soportan”.

Se hizo hincapié en el precedente de sumo interés en la materia aquí en trato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Vicky Hernández vs. Honduras”, del 26/03/2021 en donde se evidencia que los prejuicios personales y estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar y se reconoció especialmente la protección de derechos de las mujeres trans en el marco de la Convención de Belém do Pará.

Tras el extenso análisis de aquellos factores que han sido objeto del presente trabajo, el Tribunal Federal 8 sostuvo que en el caso en trato concurría un estado de necesidad justificante (en los términos del art. 34 inc. 3 CP.), teniendo en consideración la escasa lesividad de la infracción que se les atribuía a las imputadas (delitos, por demás,

¹⁴ Fallo del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 8, Causa nro. 8025/2013, sent. del 06-07-2022, disponible en https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/08/Sentencia-del-Tribunal-Oral-en-lo-Criminal-Federal-8.-Causa-N%C2%B0-8025_2013.-Absoluci%C3%B3n.pdf

¹⁵ Criterio de indispensable relevancia en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, que implica la contemplación de la confluencia transversal de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgos de discriminación, destacado por en el compendio “Igualdad y no discriminación” del año 2019, y respecto al cual adquieren suma relevancia las reconocidas “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” de 2018.

de peligro abstracto) en contraste con la extrema situación de vulnerabilidad que ha signado sus vidas como producto de su pertenencia al colectivo LGBTIQ+, y el peligro actual e inminente al que se encuentran expuestas de forma constante (peligro en su salud e integridad que se desprende de la marginalidad a la que son empujadas y por la selectividad del poder punitivo y de sus agentes).

X - CONCLUSIÓN

Existe una realidad evidenciada en el hecho de que las mujeres trans viven en mayor escala la problemática que aquí se ha planteado, incluso en relación a los hombres trans (Berkins, Fernández, 2005; INDEC e INADI, 2012; Ruiz, et al 2017). Tal vez esto podría deberse a que, aun cuando tanto trans femeninas como masculinos se aparten de los parámetros cis-heteronormativos (al no encuadrar en el esquema binario de categorías diseñadas para normalizar) y sufren estigmas socioculturales en muchos ámbitos de su vida, las reglas patriarcales vuelven a hacerse presentes para marcar la diferencia valorativa y jerárquica entre ambos. Sin perjuicio de las causas, nos encontramos en definitiva ante la selectividad y consecuente estigmatización que imponen las agencias punitivas, quienes en la forma más encarnizada reflejan aquello que existe en el imaginario social. El control y la reglamentación sobre estas identidades de género disidentes es posible en tanto son vistas como amenazantes, y son el chivo expiatorio de discursos políticos y mediáticos basados en señalamientos peyorativos y discriminatorios que se erigen en una especie de transfobia. No pueden comprenderse las problemáticas a las que este colectivo se enfrenta sino como parte de un entramado de exclusión y vulneración de derechos, que se traduce en violencia estructural.

Sin embargo, debemos reconocer que nos encontramos en un proceso de concientización y avance, aunque paulatino, en pos de la inclusión de las personas trans en la sociedad, que demanda extremar esfuerzos para que reciban un trato digno y el respeto al derecho a asumir y expresar la identidad de género autopercibida.

REFERENCIAS

- AMNISTÍA INTERNACIONAL. (2016). *Lo que hago no es un delito: El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la ciudad de Buenos Aires*. En <https://www.amnesty.org/es/documents/amr13/4042/2016/es/>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. (2018). *Políticas del cuerpo: Manual general sobre la criminalización de la sexualidad y la reproducción*. En <https://www.amnesty.org/es/documents/pol40/7763/2018/es/>
- BERKINS, L. Y FERNÁNDEZ, J. (2005). *La gesta del nombre propio: Informe sobre la*

- situación de la comunidad travesti en la Argentina*. Madres de Plaza de Mayo.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGTBTI.pdf>
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. (2016). Situación de los derechos humanos de las personas travestis y trans en Argentina. En https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/02/INT_CE_DAW_NGO_ARG_25486_S.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2021a). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 14 - Igualdad y no discriminación*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2021b). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 19 - Derechos de las personas LGTBI*.
- GARCÍA CASTRO, T., SANTOS, M. (Coords.), CUEVAS, K., MORALES, A. (2020). Mujeres Trans privadas de la libertad: la invisibilidad tras los muros. En <https://idpc.net/es/publicatons/2020/4/mujeres-trans-privadas-de-libertad-la-invisibilidad-tras-los-muros>
- INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO. (2016). Diversidad sexual y derechos humanos. En <https://www.studocu.com/es-ar/document/instituto-superior-de-formacion-docente-no-11/pedagogia-i/inadiv-ersidad-sexual-y-derechos-humanos-para-repensar-la-escuela-en-la-modernidad/16167739>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS E INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO. (2012). Primera Encuesta sobre Población Trans: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans. En https://www.indec.gob.ar/micro_sitios/WebEncuestaTrans/pp_encuesta_trans_set_2012.pdf
- MALACALZA, L., JAUREGUIBERRY, I., CARAVÉLOS, S. (2019). "Narcotravestis": procesos de criminalización de mujeres trans y travestis por el delito de venta de estupefacientes. En *Cuestiones Criminales*. 2 (3), 3-18. En: <https://www.academica.org/nahuelroldan/6.pdf>
- NAPIARKORVSKI, F. (2012). Vulnerabilidad de derechos en personas trans. En <https://www.aacademica.org/000-072/55.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (2015). Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género. En <https://www.refworld.org.es/docid/557157c44.html>
- OBSERVATORIO DE VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. (2016). Información Adicional para la consideración del Informe de Argentina. Comité de Derechos Humanos. En: <https://www.Defensorba.org.ar/micrositios/ovg/pdfs/Informe-Comite-Derechos-Humanos-ONU-2016.pdf>

- PROCURADURÍA DE NARCOCRIMINALIDAD. (2022). Narcocriminalidad y Perspectiva de género, informe. En https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf
- RADI, B. Y PECHENY, M. (Coords.). (2018). *Travestis, mujeres transexuales y tribunales: hacer justicia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, (1° ed.). Editorial Jusbaire. En <https://editorial.jusbaire.gov.ar/libro/descargar/223/pdf>
- RUIZ, A., LAS MOCHAS, FUSTER PRAVATO, L., WAYAR, M., MANSILLA, G. Y OTROS. (2017). *La revolución de las mariposas: A diez años de La Gesta del Nombre Propio*. Ministerio Público de la Defensa. En <https://www.mpdefensa.gob.ar/publicaciones/la-revolucion-las-mariposas-a-diez-anos-la-gesta-del-nombre-propio>
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. Y SLOKAR, A. (2017). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ediar.



LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA COMO GARANTÍA DE DEFENSA
Jorge Andrés Álvarez

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

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 10/08/2023

Aprobado: 25/08/2023

LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA COMO GARANTÍA DE DEFENSA

THE ALTERNATIVE ACCUSATION AS A GUARANTEE OF DEFENSE

Por Jorge Andrés Álvarez¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: La acusación alternativa, suele presentarse como un instituto procesal interactivo de la garantía constitucional de defensa en juicio.

Sin perjuicio de ello, no parece prudente que los hechos se imputen alternativamente, en oportunidad en que los titulares de la acción carezcan de conocimiento cierto respecto de cual pudo haber sido – en principio – la conducta delictiva, empleando la acusación subsidiaria como una especie de *ultima ratio* ante pesquisas con evidencias endebles.

Si la acusación alternativa es utilizada respetando los parámetros constitucionales de la defensa en juicio y la compatibilidad con el principio de congruencia, permite al imputado ejercer con mayor amplitud su defensa y aportar elementos de prueba al respecto.

De lo contrario, si es monopolizada como correctora de deficiencias investigativas, no se estaría respetando la garantía en cuestión como así tampoco los principios de objetividad e imparcialidad propios de un sistema procesal acusatorio.

Palabras clave: deficiencia argumentativa, presupuestos fácticos, imputado

Abstract: The alternative accusation is usually presented as an interactive procedural institute of the constitutional guarantee of defense in court.

Without prejudice to this, it does not seem prudent that the facts are imputed alternatively, at a time when the owners of the action lack certain knowledge about what - in principle - the criminal conduct could have been, using the subsidiary accusation as a kind of last ratio before investigations with flimsy evidence.

If the alternative accusation is used respecting the constitutional parameters of the defense in

¹ Abogado (UBA), Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad Austral). Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín. Docente de la Facultad de Derecho (UBA). Asesor Académico del Consejo de la Magistratura de la Prov. de Bs. As. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1283-1655>. Correo electrónico: joralvarez21@hotmail.com

trial and the compatibility with the principle of congruence, it allows the accused to exercise his defense more broadly and provide evidence in this regard.

Otherwise, if it is monopolized as a corrector of investigative deficiencies, the guarantee in question would not be respected, nor would the principles of objectivity and impartiality of an accusatory procedural system.

Keywords: argumentative deficiency, factual assumptions guarantee, accused

I - INTRODUCCIÓN

La acusación alternativa, tal como se encuentra regulada en el Código Procesal Penal de Buenos Aires (art. 335) es una temática compleja de abordar desde el orden constitucional, toda vez que se interrelacionan numerosas garantías y principios que hacen a la defensa en juicio de la persona imputada.

En este orden de ideas, el trabajo intentará ubicar el tema de forma sustancial, materializando un análisis conglomerado del derecho constitucional de defensa en juicio, del principio de congruencia y de que forma la aplicación de la acusación alternativa, vulnera o no dichas garantías constitucionales, como así también que tipo de aptitudes presenta para el estricto cumplimiento de las mismas.

II - RELACIÓN DE LA GARANTÍA DE DEFENSA EN JUICIO CON LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA

Inicialmente, se expondrán cuestiones vinculadas a la defensa en juicio como garantía medular anexada al principio de congruencia, para luego reseñar de que forma la acusación alternativa puede ser utilizada en ciertas ocasiones como un derecho del causante o bien como una situación contraria a la garantía en tutela. En dicho orden, si se emplea incorrectamente podría cercenar la posibilidad de defenderse de manera eficaz, respecto del estado de sospecha que pesa sobre el inculpado. En tal génesis radica el análisis que estimo conveniente realizar y que hace a la esencia de estudio del tópico planteado.

En cuanto a la defensa en juicio, dicha garantía se encuentra reconocida en el art. 18 de la Const. Nac. cuando se sindicó "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos". Al respecto, se ha sostenido que

en la norma de cita se consagra en forma genérica el derecho a la jurisdicción, es decir, a recurrir a un órgano de justicia para la resolución de las controversias que se susciten, función que le está reservada al Estado en forma exclusiva. (Sabsay, Onaindia, 1999, pp. 69-70)

A ello, se adunan las normas internacionales reconocidas en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna. A saber, los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica [PSJCR]), arts. 18 y 26 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

Por otra parte y como el presente trabajo intentará desplegar el ámbito de aplicación de la acusación alternativa en el actual Código de Procedimiento provincial, digesto este en el cual se reglamentó directamente la cuestión, entiendo oportuno destacar que la Constitución de la provincia de Buenos Aires reconoce la genérica garantía de la defensa en juicio en el art. 15, ampliando los términos utilizados por la Constitución nacional, toda vez que indica que la Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes.

Concomitantemente con las consideraciones expuestas, resulta primordial destacar, que una de las etapas básicas del proceso penal es, sin duda, la facultad del legitimado pasivo de ejercer suficientemente su defensa frente a la inculpación del poder punitivo estatal. En cuanto a esta situación la CSJN, ha sostenido que: "La garantía constitucional de la defensa en juicio requiere, esencialmente cuando se trata de pronunciamientos condenatorios en causa penal, que haya tenido lugar válidamente en el proceso la acusación, la defensa, prueba y sentencia final"².

En este orden de ideas, la garantía encuentra aristas que hacen a su aplicabilidad, considerando que la acusación alternativa debe ser examinada en relación a la obligación estatal de hacer conocer la imputación, es decir que haya vinculación conexas con la delimitación del objeto procesal, desde un inicio hasta el momento de dictarse sentencia. Es por ello que la genérica garantía de la defensa en juicio permite encontrar su ámbito de aplicación en los fundamentos constitucionales del derecho procesal penal, siendo junto al juicio previo, el principio de inocencia, la igualdad de posiciones y el *ne bis in idem*, las delimitaciones sustanciales de los preceptos relativos al procedimiento penal adversarial.

Las prerrogativas enunciadas precedentemente, también han sido reguladas expresamente en las distintas Convenciones Internacionales. Al respecto:

La norma citada – art. 8 PSJCR – regula en su primer apartado, el derecho de toda persona a acceder a una jurisdicción eficaz, sea cual fuere la naturaleza del proceso que deba enfrentar. En el segundo apartado – art. 8.2 – se establecen las garantías mínimas del debido proceso penal que se encuentran desarrolladas en 8 incisos ... El artículo 8.2. b) del tratado americano reconoce al inculpado la garantía de la comunicación previa y detallada de la acusación, en cuanto el artículo 8.2 c) concede al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, se trata de ofrecer las oportunidades adecuadas para una correcta defensa. (Albanese, 2000, p. 203)

² CSJN (1976). "Aduana de Paso de los Libres c/S.C.A. Belport" (fallos 295:591).

El punto de partida relacionado a la defensa en juicio, radica en la posibilidad de ser oído por el acusador, de forma tal que las expresiones vertidas por todo sujeto inculpado sean materializadas libremente (sin obligación de decir verdad, ni de recibir cualquier tipo de coacción). Se ha sostenido, respecto a lo antedicho, que:

La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye también la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad y corrección), o para inhibir la persecución penal. Tanto es así que algunas constituciones incluyen directamente en su texto el derecho a ser oído como base de desarrollo de lo que nosotros conocemos como derecho a defenderse (p.ej. Ley Fundamental de la República Federal Alemana). (Maier, 2004, p. 552)

En tales cuestiones, deviene oportuno profundizar el tema de la acusación alternativa, ya que como veremos, el concepto inicial para definir acusaciones alternativas o subsidiarias radica en la idea de otorgarle al encausado la posibilidad de defenderse, en detalle, de aquellas cuestiones respecto de las que sería imputable.

No obstante, existen posibles problemáticas respecto a la interpretación que se realiza de la acusación alternativa, cuando el acusador no desarrolla una encuesta plenaria y por tales motivos no le es posible delimitar el objeto procesal; ergo, ante tal situación, decide imputar un hecho principal y otro secundario, pudiendo llegar a menoscabar la posibilidad de una defensa efectiva, en tanto si ni siquiera aquel que debe acusar se representa con claridad como podrían haber acontecido los sucesos, no pareciera pertinente exigirle al sujeto activo que se defienda de algo insustancial.

Por ello, deviene ineludible que quien convoca a un imputado a prestar declaración, relate en forma precisa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que aconteció el suceso delictivo que se le endilga, a fin de propender a una defensa eficaz y acorde con las pautas constitucionales. Vélez Mariconde explica que

es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación. (1992, pp. 215-216)

De ahí que, si se decide materializar una imputación alternativa, ambos presupuestos fácticos deben estar detallados en sintonía con el derecho de defensa. Las percepciones vertidas sintéticamente con anterioridad, en cuanto a la necesidad constitucional de materializar una descripción correctamente detallada, importa la posibilidad de que el inculpado pueda desarrollar con plenitud el derecho a ser oído, como así también proponer diligencias probatorias idóneas para defenderse eficazmente. Ello así, en tanto que

conectado con estos principios, la Corte ha sostenido la necesidad de que la acusación dirigida contra un imputado, describa con precisión la conducta reprochada, a fin de que

el procesado pueda ejercer con plenitud su derecho de ser oído y de producir prueba.
(Carrió, 2005, p. 72)

Esencialmente, aunado a los requisitos que debe sustentar una intimación válida, es dable destacar que el lenguaje utilizado por el funcionario debe ser el adecuado, para que el legitimado pueda no sólo conocer la acusación, sino que también pueda ejercer acabadamente la defensa de su interés. Y cuando exista una imputación alternativa, ambas deben describir específica e independientemente los presupuestos fácticos, entendiéndose con claridad donde radica la diferencia sustancial de la subsidiariedad del reproche.

Sobre el particular, no huelga señalar que una imputación adecuadamente instrumentada permite defenderse eficientemente, a la vez que posibilita desconocer todos o alguno de sus elementos para evitar la consecuencia jurídico-penal. Sobre dicha línea, a efectos de garantizar la defensa, no puede estimarse una imputación confusa, esto es, un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado y mucho menos en una abstracción, acudiendo al nombre del tipo penal infraccionado, sino que por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona (Maier, 2004, pp. 553-554).

En parigual, Clariá Olmedo elogia las letras del Código Procesal mendocino, por cuanto entiende que refleja la esencia básica de dicho acto, el que relata:

hacer saber al imputado detalladamente el hecho o específicamente los hechos si fueran más de uno... Debe tratarse de una intimación lo suficientemente amplia y completa, como para que el imputado se compenetre en toda su extensión del hecho que se le atribuye y de sus circunstancias. Debe ser oportuna para que el imputado pueda contestar a la imputación en el mismo acto de la indagatoria. Ha de ser clara y específica. (Clariá Olmedo, 1998, p. 514)

En cuanto a la forma y contenido de la imputación, es primordial que la misma – bajo ningún concepto – comprometa al Tribunal que, en definitiva, será la instancia que juzgará la conducta en un sistema acusatorio, como por ejemplo sucede en la provincia de Buenos Aires; ello debe ser valorado toda vez que como me explayaré en la conclusión del trabajo, es mi criterio que la imputación alternativa o subsidiaria sólo puede ser instrumentada en la etapa preparatoria del plenario, pero una vez alcanzada dicha instancia, el alegato último debe imputar un solo hecho, respecto del cual el Tribunal edificará la plataforma para sentenciar, lo cual no importa conforme indicara con anterioridad, compromiso alguno para el órgano jurisdiccional actuante, por cuanto debe primar el principio de imparcialidad.

En efecto, la imputación – por lo demás – no debe comprometer al tribunal que juzga. Es decir, que a fin de conservar su imparcialidad, debe mantener inalterable la hipótesis acusatoria que edifica el objeto del proceso. Allí, radica la regla esencial del

principio acusatorio, que en el procedimiento penal, sobre todo en la persecución de delitos de acción pública, tiene un sentido meramente formal, para posibilitar la defensa del imputado y la imparcialidad del tribunal, a contrario de lo que sucede de ordinario en el procedimiento civil, dado el dominio de la autonomía de la voluntad de las partes (Maier, 2004, p. 554).

Sentado ello, es posible concluir que dentro del ámbito de la acusación alternativa, aquel que efectúa la imputación, debe siempre interpretar el acto con tales premisas (defensa del imputado) y ante ello el suceso que se le endilga debe ser detallado en forma minuciosa y sin ambiguas postulaciones que perturben las posibles manifestaciones exculpatorias.

Sobre el particular, vinculado a la importancia que la declaración del imputado presenta, esencialmente como acto de defensa en juicio y en sintonía con la temática de la acusación alternativa, se ha entendido que:

Es la primera posibilidad que tiene el imputado para que se le escuche en el proceso. Consiste en la exposición espontánea o provocada por un interrogatorio que aquel cumple facultativamente ante el juez. La realización del acto que la dispone deviene esencial para el desarrollo del proceso respecto de determinada persona, aunque el compareciente se niegue a declarar. (D'Albora, 2003, p. 630)

Dichas posibilidades expresadas, que hacen a la defensa en juicio, operan en forma necesaria siempre que exista un conocimiento cierto y determinado de la imputación realizada. En efecto, partiendo de la premisa primordial, de que nadie puede defenderse de algo que no conoce, la comprensión cierta de la intimación hace a la genérica garantía de la defensa en juicio, como derivación sustancial del derecho a ser oído.

Esta situación, se vislumbra claramente en la temática de la acusación alternativa, ya que la primera posibilidad de escuchar al causante debe ser analizada desde la perspectiva – cuasi ambigua – de considerar que el mismo *prima facie* pudo haber participado de dos accionares delictivos disímiles, aunque no exista seguridad alguna de que haya participado en alguno de ellos.

A modo de síntesis, la genérica garantía de defensa en juicio con las acepciones explicitadas en los párrafos que preceden, son cuestiones vinculantes al amplio espectro que presenta el análisis de la acusación alternativa, puesto que dicha prerrogativa inherente al órgano acusador, encuentra límites pragmáticos en el derecho constitucional examinado.

III - RELACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA CON LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA

En primer lugar, es oportuno visualizar que desde el momento en que se materializan acusaciones subsidiarias, aquel representante del órgano judicial que la instru-

menta, persigue la idea tangencial que el procesado conozca las posibilidades que hacen a la persecución estatal.

Ello así, a efectos de respetar la defensa en juicio y el derecho a ser oído resulta acertado, aunque no se presentaría lógico que los hechos se imputen alternativamente cuando no se ostente conocimiento potencial, de cual podría haber sido esencialmente la conducta que cometió el individuo, utilizando de esa forma el instituto en análisis como una especie de “excursión de pesca”, ante investigaciones precarias desde lo probatorio.

En cuanto a los fundamentos normativos del principio de congruencia, los mismos se encuentran en la Const. Nac. (art. 1 – principio republicano, modelo de enjuiciamiento acusatorio –; art. 18 – derecho de defensa – y 75 inc. 22 – tratados internacionales –). El art. 8 del PSJCR. y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también tutelan, entre las garantías judiciales del imputado, el derecho a ser oído e informado detalladamente de la acusación.

En este sentido, el principio de congruencia radica en que la sentencia, debe adecuarse a los presupuestos fácticos que vienen siendo expuestos durante la totalidad del proceso penal instrumentado. A saber, que el hecho delictivo por el cual se lo condena al imputado, sea idéntico al que se le hizo saber en las oportunidades en que fuera citado a prestar declaración o bien cuando se dictó su procesamiento o cuando se elevó a juicio la encuesta preliminar desarrollada (siendo indistinto el Código Procesal que se analice en cuanto a las terminologías utilizadas).

La reglamentación esencial del derecho a ser oído, no tendría razón de ser, si no se estimara a su vez, que la sentencia sólo se debe referir al evento y las circunstancias que contiene la acusación, las cuales han sido intimadas al acusado y por consiguiente sobre aquellos elementos de atribución de responsabilidad sobre los que ha ejercido su derecho a ser oído. Dicha es la regla que trasluce el principio de correlación entre la acusación y la sentencia (Maier, 2004, p. 568).

Esta interpretación erige la máxima inviolabilidad de la defensa en juicio, ya que no puede existir durante el proceso penal ningún tipo de situación sorpresiva para el encartado que restrinja sustancialmente su posibilidad, no sólo de conocer las imputaciones que se le efectúan, sino también defenderse en forma eficaz y uniforme de las mismas.

Es por ello, que aquí ostenta un papel central la temática de la acusación alternativa, puesto que la congruencia a partir de la existencia de una intimación subsidiaria deberá mantenerse incólume durante la totalidad del proceso hasta el alegato fiscal, en tanto lo contrario vulneraría el derecho de defensa eficaz y se colocaría tanto al imputado, como a su defensa letrada, en la ardua tarea – constitucionalmente inválida – de afrontar dos presupuestos fácticos en la etapa final del proceso, con la consecuente carga de planificar una doble estrategia de confrontación.

Cabe señalar, que en dicha oportunidad conclusiva el acusador está obligado “objetivamente” a tener por acreditado un hecho disvalioso, puesto que de lo contrario se

vería en la obligación de no materializar acusación alguna. En tal contexto, entiendo que en la etapa del plenario el estado debe haber acreditado un hecho en particular, puesto que, si materializa en dicho momento procesal una acusación alternativa o subsidiaria, significaría que no ha logrado probar ninguna de las dos conductas en forma “objetiva”.

Desde el plano jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado la idea que las distintas etapas del proceso deben encontrar los mismos presupuestos fácticos que se le endilgaron al procesado en oportunidad de recibirle declaración indagatoria o su asimilable en los distintos Códigos Adjetivos provinciales.

De esta forma se ha pronunciado en el caso “Zurita” donde indicó que

la correlación necesaria entre el hecho comprendido en la declaración indagatoria, el que fue objeto de acusación y el que fue considerado en la sentencia final, correlación que es natural corolario del principio de congruencia, no se ha respetado en el caso.

La Corte puntualizó, que ni en la indagatoria, ni tampoco en la acusación o en la sentencia de primera instancia, se le había atribuido al procesado que el arma agravante para el robo, fuese la misma que resultara sustraída en el atraco en cuestión. Ello le impidió, concluyó el Alto Tribunal, la defensa material y técnica, con directa e inmediata afectación de la garantía del art. 18 de la Const. Nac. respecto de la circunstancia de agravación tal como fue concebida en la sentencia apelada (Carrió, 2005, p. 72).

Este caso deviene paradigmático, para destacar el criterio antes sustentado, que imposibilita materializar acusaciones alternativas entre figuras básicas y agravadas, puesto que si en primera instancia se imputaba tanto el robo simple, como así también el agravado en razón que uno de los elementos sustraídos era un arma, se vulnerarían las posibilidades de defensa, toda vez que la refutación de un hecho podría importar la confesión del otro.

A modo de ejemplo, podemos decir que si el imputado se intentaba defender del robo agravado sosteniendo que el arma se encontraba en el lugar y él no la portaba al momento del desapoderamiento, estaría confesando necesariamente el robo simple y ello es claramente contradictorio respecto a la garantía constitucional de la no autoincriminación (art. 18 de la Const. Nac.). Al respecto, se ha entendido que: “En sede penal el derecho a guardar silencio implica la facultad de no autoincriminarse y a que la eventual confesión rendida lo sea conforme a determinadas garantías” (Gelli, 2002, p. 174); ante tal premisa parece que al ser imputados hechos que podrían ser denominados contrapuestos en su esencia básica, se restringiría la posibilidad de defenderse sin autoincriminarse respecto de otro suceso, con relevancia penal.

En otros pronunciamientos, la CSJN ha respetado los conceptos antes vertidos, considerando al principio de congruencia como un derivado esencial del derecho de defensa en juicio. A partir de lo expuesto, las acusaciones subsidiarias deben respetar el principio de congruencia y ello es así toda vez que, si se instrumenta a fin de otorgar

la posibilidad de defenderse y en el debate se prueba el hecho secundario, debe mantenerse incólume el principio en trato.

Este, a mi criterio, es un punto favorable de la acusación alternativa, en tanto permite llegada la instancia, seleccionar un solo hecho, habiéndole otorgado al encausado la posibilidad previa de defensa, sin ver contrariada la congruencia entre las imputaciones desarrolladas durante la sustanciación del proceso de enjuiciamiento.

Son hermenéuticas las consideraciones vertidas por Francisco D'Albora, quien entiende que:

esta singular descripción de los hechos cobra un singular relieve si el imputado se abstiene de declarar ya que la pormenorizada acotación de cada uno de los episodios servirá para que, tanto los acusadores como los defensores y el propio tribunal, se encuentren en condiciones de determinar si este principio de congruencia garantizado por la Constitución nacional se ha observado fielmente. La predeterminación del fallo, a través de su cumplimiento, exige que las palabras empleadas en la narración histórica de los hechos estén en la tipología penal con carácter normativo y jurídico. En el sistema del código una mutación en cuanto al hecho exigiría la remisión del proceso al juez competente; más aún si del debate surgen hechos que evidencian la existencia de un delito continuado o circunstancias agravantes de calificación, el tribunal debe suspender el juicio si lo pide la defensa. De ahí la importancia del principio de congruencia ... Para verificar el ajuste del principio de congruencia corresponde comparar el objeto procesal materia de la indagatoria con la requisitoria de elevación a juicio y la sentencia. (2003, p. 630)

Por tales motivos, es que la acusación alternativa puede llegar a ser un instituto que se utilice para garantizar la defensa en juicio, ante supuestos en que no existan motivos suficientes para presumir que una persona participó de un solo hecho. De esta forma, se concede al imputado la posibilidad de defenderse de las dudas que recaen sobre su comportamiento y que se resuelva su situación procesal en forma expedita.

No obstante, como explicaré en el siguiente capítulo con mayor precisión, la acusación alternativa o subsidiaria solamente puede ser utilizada en la etapa preliminar al plenario, pero llegado el momento en que el órgano acusador debe instrumentar el alegato, solamente podrá acusar por un solo hecho que considera probado, por cuanto de lo contrario – en caso de ostentar dudas al respecto – el camino correcto que debe seguir, adoptando un criterio objetivo de oportunidad, es peticionar al Tribunal la absolución del acusado.

En este orden de ideas, Maier analizando cuestiones paradigmáticas del principio de congruencia afirma que:

Otro caso específico puede hallarse en las prohibiciones alternativas, que incluyen comportamientos numéricamente indiferentes: aquellas que vedan varios comportamientos diversos, cuya consumación delictual solo requiere que uno de ellos se perpetre y al mismo tiempo cuya consumación conjunta no multiplica los hechos punibles. Es un

buen ejemplo la figura descrita por el Art. 224 del Código Penal – espionaje –, los diferentes comportamientos que allí se describen consuman individualmente, cualquiera de ellos la infracción y a la vez si todos se llevaran a cabo conjuntamente no multiplicarían la infracción en el sentido del concurso material de los hechos punibles. Desde nuestro punto de vista, la regla procesal que estudiamos, sin embargo, no habilita la condena por otro comportamiento alternativo, si el no ha sido objeto de la acusación; diríamos, con cierta licencia de vocabulario que la imputación no es, desde este punto de vista fungible. (2004, p. 569)

El conocimiento total de las imputaciones posibles que el órgano acusador pueda instrumentar en el proceso respecto del encartado, podría operar ciertamente como una garantía extra dentro de los confines de la defensa en juicio. Es decir, que si la vindicta pública en la etapa investigativa no ostenta sospechas ciertas respecto de una sola conducta delictiva, puede utilizar el instituto de la acusación alternativa para generar una eficaz defensa en juicio del procesado, permitiendo que tanto él como sus letrados establezcan estrategias de justificación y que en la etapa del plenario no se vean sorprendidos por una acusación disímil, respecto de la cual jamás tuvieron posibilidad de contrarrestar.

Vinculado a la exculpación y al ejercicio del derecho de defensa se ha entendido que:

A su vez, otro principio procesal, el de contradicción, exige, entre más factores, ese conocimiento completo y oportuno de la acusación para que su destinatario tenga la oportunidad de exculparse y ejercer su derecho a la defensa, por sí mismo o asistido de abogado, derecho para cuya satisfacción no basta la mera designación de los correspondientes profesionales, siendo necesario que los así nombrados puedan proporcionar una asistencia real y operativa a sus patrocinados (*right of effective representation*), con un contenido real y la suficiente eficacia dialéctica, sin reducirla a un cumplimiento formal. El hecho que, de un lado, haya una acusación y, de otro, una defensa, atribuye al proceso un planteamiento dialéctico que se traduce en la regla de la contradicción, mediante la cual se separa lo verdadero de lo falso, lo útil de lo inútil, lo esencial de aquello que no lo es. (Langevin, 2007)

Como corolario de la temática expuesta precedentemente, resulta dable aclarar, que el Tribunal de Sentencia no se encuentra obligado a mantener la calificación legal sustentada por el Ministerio Público Fiscal, sino que aquello que debe respetar son los sucesos descritos en cada una de las etapas del proceso. Opinar lo contrario importaría vulnerar la posibilidad de defensa del encausado, en tanto cambios radicales en los acontecimientos endilgados significaría dificultar la tarea probatoria defensiva, de aquel que tutele los intereses de un imputado y ello cobra especial trascendencia frente a la presencia de una acusación alternativa en distintas etapas del procedimiento.

Es por ello, que reviste significativa importancia el primer acto en que se le recibe

declaración al sujeto activo, al delimitar el objeto procesal sobre el que deberá analizarse el proceso inculpativo. Así las cosas, lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado que se pone a cargo de alguien como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es, precisamente, decidir sobre él. Cualquier modificación sustancial, desde el punto de vista jurídico, sobre el cual se examina un hecho, puede provocar indefensión, por lo inimaginable de la situación que se produce desde un ángulo de observación de la defensa técnica (Maier, 2004, p. 569).

IV - ANÁLISIS ESTRICTO DE LA ACUSACIÓN ALTERNATIVA

El siguiente capítulo está dirigido a desentrañar las aristas que presenta el tema en estudio, intentando dar una perspectiva integradora en orden a los cuestionamientos constitucionales que podrían articularse respecto de la acusación alternativa. Asimismo, se establecerán pautas de interpretación relacionadas con las posibles afectaciones de la acusación subsidiaria a partir de casos particulares.

Ahora bien, como ha sido detallado previamente, la acusación alternativa merece ser examinada conjuntamente con el concepto de congruencia en la inteligencia que establecer, en un proceso penal, imputaciones subsidiarias a la principal posibilitaría, en definitiva, que se mantenga vigente dicha premisa vinculada al derecho de defensa, ante supuestos en que durante el debate oral no sea posible acusar por el hecho principal.

En este orden de ideas, jurisprudencialmente se optó por analizar la acusación alternativa como una forma cierta y eficaz en que el imputado, ante determinados supuestos delictivos, pueda conocer las sospechas absolutas que recaen sobre él, para de esta manera ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio en forma eficiente, sin riesgo alguno de ser turbado en etapas posteriores por estrategias acusadoras ocultas. Se ha sostenido que:

Las hipótesis subsidiarias o alternativas, aun las que se excluyen entre sí, resultan recomendables en ciertos casos y favorecen que el acusador, cuando no puede asegurar el éxito de su tesis principal, posibilite una condena por el mismo acontecimiento histórico³.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia puntualizó que: “la acusación alternativa o subsidiaria es el mejor remedio para evitar la doble acusación penal, susceptible de provocar la indefensión del imputado”⁴.

³ CCCF, Sala I, L.L. del 27/11/2000, f. 101.247

⁴ L.L. SJP del 30/5/2003, f. 105.571

En concordancia con las postulaciones reseñadas, es posible colegir que la concreción de una acusación alternativa en oportunidad de requerir la elevación a juicio de una encuesta preliminar, permite al imputado además de conocer las imputaciones que recaen en su contra, idear una estrategia probatoria acorde a las circunstancias del caso, para luego no verse sorprendido por la incorporación en la etapa final del proceso de nuevos elementos, que el acusador no había exhibido durante etapas previas.

Por consiguiente, la instrumentación de la acusación alternativa puede caracterizarse no solo por la posibilidad de conocimiento que le otorga al imputado de saber cuáles son los objetos procesales que circunscribirán el proceso, sino que también permite la recolección anticipada de complementos probatorios. Sobre esta premisa, D'Albora entiende que:

La indicación de las probanzas que sustentan el requerimiento de elevación a juicio – los motivos – se exige para posibilitar su refutación a través del ofrecimiento de prueba para el debate (art. 354 párrafo primero). Tal facultad – producir pruebas – integra una cabal defensa (art. 18 Const. Nac.). (2003, p. 765)

Ahora bien, en acápites previos, se han plasmado supuestos en los cuales es viable observar que la acusación alternativa resulta ser un remedio atinado para alcanzar una tutela categórica del derecho de defensa en juicio y por consiguiente del principio de congruencia durante la sustanciación del proceso. Asimismo, se destacaron las ventajas que ello implica para la recolección previa al debate de elementos probatorios inherentes al ejercicio de la defensa estrictamente técnica. No obstante, lo cual, recordemos que, no todos los delitos admiten la posibilidad de instrumentar acusaciones alternativas o subsidiarias (p. ej: figuras básicas y agravadas, etc.) siendo que ello podría generar una “coacción encubierta” respecto del encartado de confesar el hecho menos grave.

En este orden de ideas, el profesor Sancinetti ejemplifica situaciones dogmáticamente puntuales respecto de figuras delictivas que no admiten una persecución punitiva alternativa o subsidiaria, ensayando la cuestión desde la perspectiva del caso “García Belsunce”.

Así, explica que:

La curiosidad de que la sentencia haya llegado a una condena por la imputación alternativa (subordinada), que contenía la acusación: intervención en un homicidio (arts. 45, 79, 80, C.P) o bien encubrimiento por ocultar, alterar o hacer desaparecer los rastros de un hecho delictivo en el que uno mismo no haya participado (art. 277, inc. 1, a y b, e inc. 3, a, C.P).

A primera vista, una imputación ambivalente de esa clase se presenta como contradictoria para el lego, porque quien afirma que alguien intervino en un delito (imputación principal) no puede afirmar a la vez que no intervino en él (imputación alternativa). Pero esta apariencia engaña: la acusación alternativa es legítima, aunque esta cuestión está discutida en la doctrina y, por lo demás, es vidriosa en los detalles.

No hay ningún vicio lógico en que el acusador parta de la base de que cierto hecho, que para él es “claro”, está probado, y piense a la vez que los jueces pueden no coincidir con él, es decir, que ellos consideren que “no está probado” el hecho de la imputación principal. Y si se tiene por no probada la participación en el homicidio, entonces, al menos los actos que para el acusador son de “auto”- encubrimiento, deberían ser valorados por los jueces - esa es la lógica de la acusación alternativa - como encubrimiento de un tercero, por ende, como hecho punible por esta razón. La acusación, acaso, denunciaba su inseguridad respecto de la imputación principal, pero no era lógicamente contradictoria.

Sin embargo, aunque ese procedimiento es teóricamente factible, en el caso concreto tropezaba con un obstáculo que, a mi juicio, era insalvable. Y es que el delito de encubrimiento tiene prevista una excusa absolutoria (lo que quiere decir que entonces el hecho no es punible), cuando el que realizó los actos de ocultamiento “hubiere obrado en favor de un pariente” (hasta cierto grado de parentesco que señala la ley) o “de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud” (art. 277, inc. 4, C.P). Dicho a modo de ejemplo: si se encubre al propio hermano, el hecho no es punible. Ahora bien, aun cuando uno no conozca las vicisitudes de la causa judicial, parece evidente que en un caso de estas características el “verdadero” responsable bien podría estar en una relación personal con el acusado de aquellas que indica el art. 277, inc. 4, C.P, por lo que, entonces, el hecho no sería punible.

El tribunal, al parecer, ha expresado que no se sabe en favor de quién se realizó el encubrimiento, pero justamente esto implica que pudo tratarse de un hecho impune, ya sobre la base del propio punto de partida del tribunal. Para la condena por encubrimiento, entonces, y en razón de las especiales circunstancias del caso, habría sido necesario - tal es mi opinión - que hubiera estado identificada positivamente la persona encubierta y que ésta no fuese de aquellas cuyo favorecimiento la ley no somete a pena. En suma, a mi modo de ver, en el caso concreto no era posible la condena por la imputación alternativa. (Sancinetti, 2007)

Pese a coincidir con lo señalado precedentemente en cuanto a que el Tribunal de intervención, debiera tener por acreditado quien es el autor del homicidio para descartar la excusa absolutoria prevista para el delito de encubrimiento, entendiendo que el *onus probandi* recae sobre el Ministerio Público Fiscal (el cual no acreditó ello en el marco de la causa de referencia) y no sobre la defensa; me permito disentir en cuanto a que sea posible la instrumentación de una acusación alternativa, en oportunidad de materializar el alegato el representante estatal.

Al respecto, la propia letra del Código Procesal Penal provincial, fija pautas interpretativas en tal sentido. En efecto, el art. 335 establece que

el requerimiento podrá indicar alternativamente aquellas circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la correcta defensa del imputado.

Es por ello que la terminología “para el caso de que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal”, importa sus-

tancialmente que durante el plenario debe optarse por una de las dos opciones, siendo aquella que se encuentre probada, de lo contrario deberá requerirse la absolución del imputado.

Recordemos en este sentido, que el Ministerio Público Fiscal ostenta la obligación de mantener durante la totalidad del proceso, un criterio objetivo de intervención (art. 59 del CPP).

Permitir lo contrario, estimo, resultaría tanto como otorgar una autorización para apartarse de ese criterio de objetividad, en tanto si entiende que se probaron posiblemente dos hechos delictivos, ello implicaría *mutatis mutandi* la carencia convictiva de haber podido acreditar racionalmente la participación, en al menos, uno de ellos.

Las leyes argentinas han sido ambivalentes en cuanto a la incorporación expresa de la acusación alternativa en sus reglamentaciones procesales. No obstante, en ningún caso la han prohibido expresamente, ni se han opuesto a que el acusador proceda de esta manera, estableciendo formas recomendables en casos conflictivos e, incluso, en aquellos en los cuales el acusador no puede asegurar el éxito de su tesis principal. La práctica ha impuesto esta forma de acusar en las ofensas progresivas contra el honor (calumnia e injuria, CP 109 y 110). (Maier, 2004, p. 574).

En efecto, ello describe que más allá de la no incorporación de la temática en los digestos procesales, lo cierto es que como hemos podido observar tanto la jurisprudencia, como así también la doctrina han emitido distintas opiniones sobre el asunto, promoviendo a mi criterio la incorporación dentro del art. 335 del Ritual bonaerense del instituto, en forma expresa, como lo reseñara anteriormente.

Algo similar ha sucedido en el Código Procesal Penal de Santa Fe, el cual luego de su última modificación, incluyó la previsión normativa que permite al titular de la acción pública efectuar un requerimiento acusatorio alternativo. Específicamente el art. 295 establece que en

el requerimiento acusatorio... podrán indicarse y servirán como acusación alternativa, aquellas circunstancias del hecho que permitirían encuadrar el comportamiento del imputado en una figura distinta de la ley penal, que se precisará, para el caso que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal.

Por demás, deviene interesante transcribir lo reseñado por el Dr. Tomás Gabriel Orso (fiscal de Primera Instancia, provincia de Santa Fe), quien en las conclusiones de un trabajo materializado con motivo de la reforma indicó acertadamente que:

En definitiva y por los motivos expuestos, considero que una estrategia fiscal consistente en la introducción, durante el plenario, de una acusación principal y otra subsidiaria, formuladas no solapadamente sino de modo explícito y respetuosa del marco fáctico contenido en la primigenia intimación no sólo resulta respetuosa del debido proceso sino

que no causa sorpresa a la Defensa, quien estará en condiciones de adoptar la estrategia que estime adecuada, pudiendo rebatir todas las hipótesis que el acusador puso en juego y sobre las cuales deberá pronunciarse el órgano jurisdiccional.

Finalmente, como corolario del capítulo en trato, es factible afirmar que la acusación alternativa resulta ser un medio apto, para abordar cuestiones en las que no existan en la encuesta preliminar indicios vehementes que permitan presuponer que una persona denunciada penalmente ha participado de un evento en particular, siendo que la pesquisa preparatoria no ha podido dilucidar acabadamente tales extremos.

En tal inteligencia, se ha sostenido que:

En relación a los casos de congruencia deben analizarse a la luz de la ley penal que provoca el llamado concurso de leyes o concurso aparente. Lo importante para el principio estudiado, propio del derecho procesal, es comprender que, a pesar de la vigencia de la regla *iura novit curia*, la sentencia, para no provocar la indefensión, no puede exceder el marco de las circunstancias fácticas efectivamente descriptas por la acusación (eventualmente el auto de apertura del juicio) para ser corroboradas durante el debate; y más allá de ello, advertir que en estos casos, regularmente jugará un papel esencial el principio *ne bis in idem*, de manera que si la acusación fracasa u obtiene cierto resultado no será posible perseguir penalmente con posterioridad, introduciendo las circunstancias faltantes en la primera persecución ... Es por ello que el mejor remedio para estos - y otros casos - es acudir a la acusación alternativa o subsidiaria: ella supone que el acusador pondrá en juego las hipótesis posibles, cuidando de describir todas las circunstancias necesarias para que puedan ser verificadas en la sentencia, sin perjuicio de ordenar el escrito de manera que permita entender cuál es la tesis principal y cuál o cuáles las subsidiarias o alternativas. Una acusación construida de esta forma permite la contestación defensiva, la prueba y la decisión; se observa claramente como ella es el pilar fundamental que permite el ejercicio idóneo del derecho de defensa. (Maier, 2004, p. 574)

Por otra parte, la inclusión de acusaciones alternativas previo al desarrollo del plenario, permite disminuir complicaciones que suelen presentarse ante la existencia de hechos diversos que requieren la suspensión del debate, a los efectos de que la defensa del encartado analice la situación y se decida el temperamento procesal que corresponda adoptar.

Así, se ha expresado que:

El pronunciamiento del Tribunal debe circunscribirse con precisión a los términos del debate y tal como han sido formuladas las pretensiones de la acusación y la correspondiente defensa. A fin de evitar como consecuencia de la aplicación de estos principios, absoluciones discutibles para el Ministerio Público, es aconsejable el empleo de acusaciones alternativas, en la que se distinga la tesis principal de la subsidiaria. Ello posibilitaría la condena por receptación frente a una acusación principal por hurto, lo que resultaría vedado, si el primer delito no fue requerido por el Fiscal y por lo tanto el acusado no pudo defenderse. (Falcone, 2002, pp. 101-102)

V - CONCLUSIÓN

Como corolario, deviene apropiado elaborar una sinopsis conceptual unificadora de los criterios sustentados, en lo atinente a los principios constitucionales valorados en relación a la acusación alternativa, como así también respecto del ámbito de aplicación que propicio conforme las consideraciones examinadas.

Sentado ello, destaco que la acusación alternativa resulta ser un instituto derivado sustancialmente de la garantía constitucional de la defensa en juicio, entendiéndose que la idea consistente en que un individuo sea intimado respecto de un accionar disvalioso principal y otro subsidiario importa un debido ejercicio de la prerrogativa legal en cuestión. No obstante, en ciertas ocasiones puede presumirse que ello no es analizado bajo dicha modalidad por los acusadores, en la inteligencia que las acusaciones alternativas importan la idea de no tener acreditado cual es realmente el acontecer delictivo en que pudo ostentar participación el imputado, posiblemente por ineficacia investigativa.

Asimismo, se ha propiciado la idea relativa a que si se entiende menester conformar una imputación subsidiaria, los objetos procesales deben estar individualizados de forma tal que el imputado se defienda de tales acusaciones, sin menoscabar el derecho de defensa.

Por otra parte, se postuló que una importante arista de la acusación subsidiaria, es no permitir sorpresas inimaginables durante el plenario que restrinjan derechos inherentes a la defensa del imputado. La congruencia de una intimación subsidiaria, deberá mantenerse incólume en la totalidad del proceso hasta el alegato fiscal, ya que de lo contrario se vulneraría la garantía constitucional en trato.

En definitiva, considero que la acusación alternativa opera como una garantía complementaria dentro de los confines de la defensa en juicio y le exige al representante del órgano acusador una actuación acorde a criterios de objetividad, que deben guiar inexorablemente su intervención en el proceso.

La propia letra del art. 335 del CPP estipula que al final del debate se podrá acusar solo por un hecho, resultando apropiado el texto en resguardo de las garantías constitucionales y convencionales que han sido enunciadas.

En definitiva, la acusación alternativa es un instituto que utilizado respetando los parámetros constitucionales de la defensa en juicio y la compatibilidad del principio de congruencia permite al imputado de un delito ejercer con mayor aptitud su defensa y aportar elementos de prueba al respecto. De lo contrario, si es utilizada como corrector de deficiencias en la pesquisa, las garantías en trato se verían seriamente transgredidas.

REFERENCIAS

- ALBANESE, S. (2000). *Garantías Judiciales (algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los Derechos Humanos)*. Ediar.
- CARRIÓ, A. D. (2005). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, (5° ed. actualizada). Hammurabi.
- CLARIÁ OLMEDO, J. A. (1998). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo IV*. Ediar
- D'ALBORA, F. J. (2003). *Código Procesal Penal de la Nación Comentado. Tomo II*, (7° ed.). Abeledo Perrot.
- ERBETTA, D., FRANCESCHETTI, G. Y ORSO, T. (2009). *Código Procesal Penal de la provincia de Santa Fe*. Rubinzal- Culzoni.
- FALCONE, R. A. (2002). *El principio acusatorio (El procedimiento oral en la provincia de Buenos Aires y en la Nación)*. Ad-Hoc.
- GELLI, M. A. (2002). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, (2° ed. ampliada). La Ley.
- LANGVIN, J. H. (2007) Los límites punitivos del juzgador en el proceso penal. En *Revista Jurídica La Ley*. LA LEY 2007-D. 633-649
- MAIER, J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Tomo I Fundamentos*. (2° ed.). Editores del Puerto.
- SABSAY, D. A. Y ONAINDIA, J. M. (1999). *La Constitución de los argentinos, Análisis y Comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Errepar.
- SANCINETTI, M. A. (2007). ¿Homicidio versus encubrimiento del autor del hecho, que acaso pudiera ser pariente? A propósito de la sentencia sobre el homicidio de María Marta García Belsunce. En *EIDial.com biblioteca jurídica online*. www//eldial.com
- VÉLEZ MARICONDE, A. (1981). *Derecho Procesal Penal. Tomo II*. (4° ed.) Editorial Lerner.



*ACCESO A LA JUSTICIA DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA
DE FAMILIA Y GÉNERO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES*
Mónica Alejandra Jurado

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

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 13/09/2023

Aprobado: 27/09/2023

ACCESO A LA JUSTICIA DE MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE FAMILIA Y GÉNERO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ACCESS TO JUSTICE FOR WOMEN VICTIMS OF FAMILY VIOLENCE AND GENDER VIOLENCE IN THE PROVINCE OF BUENOS AIRES

Por *Mónica Alejandra Jurado*¹

Morón, provincia de Buenos Aires, Argentina

Resumen: El camino que debe emprender la mujer víctima de violencia de género y de violencia familiar para acceder a la justicia, pese a los grandes avances legislativos y judiciales tanto a nivel nacional como internacional, se encuentra muchas veces tan lleno de obstáculos que se convierte en una verdadera revictimización. Esa misma revictimización que tanto jueces como legisladores y operadores en género deben evitar.

Palabras clave: círculo de violencia, cien reglas de Brasilia, fuero de familia

Abstract: The path that women victims of gender violence and family violence must take to access justice, despite the great legislative and judicial advances at both the national and international level, is often so full of obstacles that it becomes a real challenge. revictimization. That same revictimization that judges, legislators and gender operators must avoid.

Keywords: circle of violence, one hundred rules of Brasilia, family law

I - INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, la violencia de género (que se manifiesta en lo físico, emocional, económico, sexual entre otras) a nivel mundial pasó a ser reconocida como un problema social en el que confluyen factores de diferente índole – culturales, sociales, económicos – que posibilitan las diversas manifestaciones de violencia en los distintos

¹ Abogada, Secretaria de Juzgado de familia del Departamento Judicial de Morón, Prov. de Bs. As. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-6489-4214>. Correo electrónico: jurado_moni@yahoo.com.ar

ámbitos de la vida social y de desigualdad entre hombres y mujeres.

El acceso a la justicia se constituye como un elemento central y trascendental en materia de protección de los derechos de la mujer víctima de violencia de género y es determinante para la restitución de los mismos².

Sin pretender agotar la temática planteada, el presente trabajo está orientado a indagar, desde una perspectiva de género, el difícil camino que debe emprender la mujer víctima de violencia familiar y violencia de género³ hacia la obtención de justicia y los obstáculos que debe atravesar para lograrlo. Para ello, comenzaré abordando las nociones de violencia familiar y violencia de género y una breve reseña de la principal legislación aplicable en la materia que señala el camino que debe seguir el Estado con el objeto de preservar la misma. Luego, una descripción de las funciones y objetivos de los principales organismos provinciales y municipales encargados de promover políticas públicas en relación a la problemática que se ventila. Finalmente se esbozará la situación actual de las dependencias judiciales en materia de género en la provincia de Buenos Aires y se señalarán algunos de los obstáculos existentes en el acceso que observo desde mi experiencia como integrante de la Justicia de Familia. En este recorrido se buscará arribar a reflexiones con el fin de evitar que las normas queden en meras palabras y pueda alcanzarse el cambio necesario para brindar un mejor servicio de justicia.

II - MARCO CONCEPTUAL

Ha sido uniforme tanto la doctrina como la jurisprudencia en sostener que, para la producción de una situación de violencia, forzosamente es necesaria la preexistencia de un desequilibrio entre la víctima y el agresor.

Específicamente en relación a hombres y mujeres, la violencia de género se diferencia de otro tipo de violencia en función de que en su génesis se encuentran inmersas conductas o comportamientos basados en género sobre la masculinidad y feminidad y que tiene como fundamento el sistema patriarcal⁴. Resulta esencial a su vez poder

² Es fundamental garantizar a estas, toda posibilidad de acceso a políticas orientadas a prevenir y erradicar este tipo de conductas violentas que las afectan.

³ Resulta indispensable señalar que no resultan las mujeres cis las únicas vulneradas por las dinámicas del sistema patriarcal y las relaciones de poder asimétricas existentes en nuestro orden social, dado que lo mismo sucede con las personas autopercebidas travestis, trans que no se identifican como mujeres u otras identidades sexogénéricas disidentes pertenecientes a la comunidad LGTBQ+, y personas pertenecientes a las distintas minorías, que padecen los mismos o aún mayores inconvenientes al momento de intentar acceder a la justicia en caso de violencia de género.

⁴ Sistema que a lo largo de los años convalidó ciertas pautas culturales, además de considerar "naturales" ciertos comportamientos agresivos por parte de los hombres que han sido internalizados por la sociedad, imponiendo una masculinidad hegemónica que coloca en una posición subordinada a la mujer. "Entendemos por patriarcado un sistema de dominio masculino y heterosexual sobre la esfera pública y privada, aprovechado para perpetuar los privilegios de los varones heterosexuales y la subordinación de

distinguir las nociones de “violencia de género” y “violencia familiar”.

Cuando se habla de la agresión que se ejerce contra la mujer, se hace referencia a cualquier acto o conducta basada en el género, que pueda causar su muerte, ocasionar un daño, o un sufrimiento a nivel tanto mental como corporal, económico, etc. En este sentido, engloba dentro de su idea todas aquellas formas de violencia que se ejercen contra las mujeres, tanto en el ámbito público como privado, y como tal abarca múltiples formas en su concreción. Este concepto, centra su atención en el género como factor o elemento determinante, sin considerar el contexto donde la violencia se desarrolla.

Resulta necesario precisar que la identidad de ambos conceptos surge ya que la violencia familiar constituye una de las manifestaciones más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros, debido a que se basa en el abuso del poder y la dominación de varones sobre mujeres en el ámbito de sus relaciones íntimas (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, 2009).

En el último tiempo, los Estados se han visto obligados a constituir distintos instrumentos internacionales que garanticen los derechos de las mujeres, dentro de los cuales se encuentra el acceso a la justicia⁵.

Sin embargo, el hecho de que se dicten diversas normas que busquen resguardar y proteger a la mujer, no garantiza por sí mismo el acceso a la justicia. Autoras como Kohen y Birgin han dicho:

El derecho de acceso a la justicia es un derecho humano fundamental en un sistema democrático de gobierno que tenga por objeto garantizar los derechos de todas las personas por igual. Cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y garantizar la igualdad ante la ley. El acceso a la justicia tiene un doble significado: en un sentido amplio se entiende como garantía de la igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, los órganos o los poderes del Estado que generan aplican o interpretan las leyes y regulan normativas de especial impacto en el bienestar social y económico. Por otro lado, el acceso a la justicia también incluye el conjunto de medidas que se adoptan para que las personas resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los tribunales de justicia. (2006)

El comprobar y detectar las distintas manifestaciones de violencia que se ejercen

las mujeres, lesbianas, transgénero, varones homosexuales, y cualquier otra disidencia sexo-genérica. El patriarcado se basa fundamentalmente en la desigualdad de género y hace aparecer el poder y los privilegios de los varones heterosexuales como naturales, antes que socialmente contruidos”.(Gruenberg, 2019)

⁵ La creciente atención a la violencia que padecen las mujeres por su género en la agenda tanto regional como internacional, el continuo trabajo y las acciones por parte de movimientos feministas y organizaciones dedicadas a la contención de estas mujeres violentadas lograron hacer visible la violencia contra las mujeres como una manifestación de la sistemática discriminación de género e inequidad, y como una violación a los derechos humanos, obligando a los estados a suscribir distintos instrumentos.

sobre las mujeres tiene la importancia fundamental de orientar las políticas públicas que sean necesarias para hacer frente a dicha problemática.

La complejidad de la situación es tal que, para dar respuesta a ello, el Estado descentraliza su poder en instituciones y organizaciones especializadas para un adecuado tratamiento.

Sin embargo, resulta de público conocimiento que la falta de presupuesto, de personal y de capacitación especializada entre otros factores de importancia, se traduce en la práctica en una gran dificultad para la implementación de políticas públicas que puedan tratar con eficacia y eficiencia el acceso a la justicia y la adopción de medidas que pongan fin de manera definitiva a la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la mujer.

III - MARCO NORMATIVO

Corresponde entonces hacer una breve reseña de la legislación principal aplicable en materia de violencia de género y violencia familiar, sobre la que se basa el sistema bonaerense de prevención, protección y erradicación de la misma.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW): Es una de las herramientas fundamentales en materia de protección de los derechos de las mujeres, ya que esboza como premisa el resguardo del derecho que estas tienen al desarrollo de una vida libre sin que intermedie agresión alguna, promulgando una mayor participación en igualdad de condiciones que los hombres.

Entre sus objetivos se reconoce la intención de reafirmar la fe en los Derechos Humanos como puntapié inicial para fomentar la dignidad y el valor del ser humano en toda su dimensión para que tanto hombres como mujeres puedan ejercer sus derechos siendo que todos nacen libres e iguales por lo que no resulta factible que uno de los géneros domine y ejerza subordinación sobre el otro⁶.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la mujer (Convención Belém do Pará)⁷: Esta Convención marcó un antes y un después en cuestiones de género, ya que se convierte en el primer tratado de Derechos

⁶ Otro punto importante para considerar es que se trata del único instrumento que tiene un enfoque exclusivo sobre la discriminación de la que es objeto la mujer.

⁷ Junto con la CEDAW, conforman el corpus normativo internacional más relevante en materia de derechos humanos de las mujeres.

Humanos que aborda específicamente la temática de violencia contra las mujeres.

La Comisión Interamericana de Mujeres detectó un vacío legal en la CEDAW en relación a la violencia contra la mujer. Fue así como se inició un diálogo participativo con expertas de toda América y con la sociedad en general, que concluyó en la redacción de esta Convención⁸.

Entre los puntos que aborda, se destaca que los Estados se obligan por medio de este instrumento a adoptar en forma progresiva medidas y políticas públicas amplias para prevenir, investigar y sancionar los hechos de violencia contra las mujeres con la debida diligencia.

En virtud de la aprobación de la Convención se crea el MESECVI, Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, que evalúa en forma continua la aplicación efectiva de la Convención por parte de los Estados, verificando que los responsables de las políticas públicas desarrollen los programas necesarios para que todas las mujeres gocen efectivamente de sus derechos.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: Aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en el mes de marzo de 2008, en líneas generales, conforman directrices que debe seguir todo operador del sistema judicial, cuyo objetivo es garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Surge de la exposición de Motivos de las Reglas que

El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.

Estas no sólo se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino también recomiendan la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad.

El capítulo II se refiere al efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, señalando que deben promoverse las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico sea efectiva, adoptándose medidas que mejor se adecúen a cada condición de vulnerabilidad, garantizan-

⁸ <https://www.fder.unr.edu.ar/2019/06/05/a-25-anos-de-la-convencion-de-belem-do-para/>

do una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada, y que esta sea gratuita para aquellas personas que se encuentren en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones, entre otras.

A través de la Acordada nro. 05/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 24 de febrero de 2009, el Máximo Tribunal indica que las mismas deben ser seguidas –en cuanto resulte procedente– como guía en los asuntos a que se refieren.

LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley 26.485 – Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales: Consiste en una regla orientada a promover y garantizar el reconocimiento y la protección de los derechos de las mujeres en general, reconoce los derechos que se resguardan basado en las Convenciones internacionales y los enumera, incorporando el concepto de lo que se entiende por violencia contra la mujer; esto es, toda conducta, ya sea por acción u omisión basada en una relación de desequilibrio que afecta concretamente la vida, dignidad y derechos de la mujer.

En su articulado, señala los distintos tipos de violencia: psicológica, sexual, física, económica, patrimonial y simbólica, estableciendo el contenido de cada una de ellas.

Ley 12.569 – Ley de Violencia Familiar: De aplicación en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la Ley 12.569 y su decreto reglamentario nro. 2875/05 (con las modificaciones introducidas por la Ley 14.509 y el Dec. Reglamentario 436/15), refiere el concepto de violencia familiar, definiendo a la misma como “toda acción, omisión, abuso, que afecte la vida, libertad, seguridad personal, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito”.

En el art. 7 la Ley prevé la actuación de oficio, facultando al/la juez/a interviniente que resuelva de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta el tipo de violencia y con el fin de evitar su repetición, dictando distintas medidas cautelares de protección a favor de la víctima y a su grupo familiar. El art. 7 bis indica las sanciones a las que será pasible el denunciado en caso de incumplimiento a la orden judicial.

IV- ORGANISMOS DEPENDIENTES DEL PODER EJECUTIVO ENCARGADOS DE LA PROTECCION EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VIOLENCIA FAMILIAR

Organismos provinciales y municipales

La premisa básica al analizar cómo lograr la restitución y resguardo de los derechos de las mujeres que padecen violencia consiste en aceptar un concepto amplio e integral del acceso a la justicia que incluye el compromiso activo de los tres poderes

del Estado con el fin de lograr un abordaje concreto, sistemático y efectivo de la cuestión de género: esto es la prevención, atención, acompañamiento, adopción inmediata de medidas de protección y seguimiento de los casos particulares⁹.

Para Diana Maffia las políticas estatales deben estar orientadas a

fortalecer la capacidad de las mujeres para una vida libre de violencia, lo que implica educar, generar conciencia, controlar las expresiones mediáticas que degradan y segregan a las mujeres, visibilizar y desnaturalizar las múltiples formas de violencia en las relaciones sociales, dar atención a las víctimas y a los niños y niñas involucrados en grupos de convivencia violentos, ofrecer grupos de ayuda, atención psicológica, patrocinio jurídico, refugios para los casos graves, casas de medio camino, capacitación e integración laboral que permitan rehacer un proyecto de vida autónoma. (2012)

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, la Subsecretaría de Programas Especiales contra la Violencia por Razones de Género, las Secretarías y Direcciones de Género de los municipios entre otros organismos del Poder Ejecutivo coordinan estrategias de intervención entre sí y con las dependencias judiciales en materia de género de la provincia.

Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual¹⁰

Actúa en particular con relación, entre otras cosas, en todo lo inherente a coordinar la labor de las unidades orgánicas que funcionen en los restantes Ministerios y Organismos y que tengan competencias vinculadas a las políticas de géneros y diversidad, constituyéndose en órgano rector de las mismas.

Entiende en la incorporación de una perspectiva de género en las políticas de gobierno, interviene en la prevención y erradicación de todo tipo de discriminación, violencia, acoso y maltrato contra las mujeres, lesbianas, travestis, trans +, coordina las acciones necesarias para el desarrollo de políticas de concientización y prevención, campañas de sensibilización y jornadas sobre la problemática de género, mujeres y colectivos LGTBI+, con organismos gubernamentales, no gubernamentales, instituciones públicas o privadas, asociaciones civiles y cualquier otra organización que tenga objetivos afines a los asignados al Ministerio, y en la representación de la Provincia de Buenos Aires en temáticas vinculadas con géneros y diversidad sexual ante los Organismos Nacionales e Internacionales.

⁹ La errónea diferencia que hacía el sistema jurídico respecto del ámbito público y privado en que se cometían los hechos violentos, fue dejada de lado mediante la incorporación a nuestra legislación de las referidas "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la mujer (Convención Belém do Pará)" y la CEDAW, entre otras convenciones internacionales, a partir de las cuales se reconoce la existencia de situaciones violentas contra la mujer dentro del ámbito intrafamiliar por cuestiones de género y se impone a los Estados que suscribieron las mismas la obligación de adoptar las medidas necesarias tendientes a prevenir, investigar y sancionar ese tipo de conductas.

¹⁰ Creado el 11 de diciembre de 2019 mediante la Ley 15.164 (art.28).

Asimismo, actúa en carácter de autoridad de aplicación de la Ley de Violencia Familiar (Ley 12.569), coordina el diseño de políticas para el abordaje y la prevención de masculinidades violentas, entiende en la aplicación de la Ley 27.499 de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres Poderes del Estado y articula con las instituciones y organismos competentes los mecanismos necesarios para la aplicación de la Ley 27.452.

La extensión de la provincia de Buenos Aires hizo necesaria la división del territorio en regiones para facilitar el acercamiento de las políticas del Ministerio a cada municipio con el fin de promover la creación de áreas de género, fortalecer las ya existentes y promover que se las jerarquice a los principales rangos de gestión, articular esfuerzos para la erradicación de las violencias y la promoción de la igualdad.

Por otro lado, el Consejo de Articulación de Políticas de Género y Diversidad Sexual, que depende de la Subsecretaría de Políticas Transversales de Género, genera los acuerdos para el desarrollo de políticas públicas en los territorios de la provincia.

El Consejo tiene el objetivo de transversalizar el enfoque de género a nivel local para que llegue a los municipios y a los territorios en la construcción de cercanía.

Asimismo, considera una línea de acción prioritaria la creación y el fortalecimiento de las Mesas Locales de violencia municipales.

Observatorio de Violencia de Género (OVG)

El Defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires creó el OVG como el modo para contribuir en el avance hacia la unificación de los registros sobre violencia de género a nivel provincial.

“Con el fin de monitorear e incidir en la formulación de políticas públicas eficaces para la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género, y lograr la unificación de los registros sobre violencia de género a nivel provincial”¹¹, el Observatorio ha confeccionado una serie de documentos que describen el circuito institucional que deben recorrer las mujeres que denuncian situaciones de violencia familiar y solicitan medidas de protección, señalando los patrones de intervención críticos que surgen de ese circuito, elevando los mismos a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, con el objeto de, a partir de su visibilización, buscar una mejora en el sistema¹².

¹¹ <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/ovg/>

¹² Dentro del marco del debate sobre la creación de un Fuero Unificado de Justicia en Violencia contra las Mujeres en el ámbito nacional, el Observatorio de Violencia de Género remitió al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación un diagnóstico sobre el funcionamiento de la justicia especializada en violencia familiar en la provincia de Buenos Aires, identificando los núcleos problemáticos más importantes para el acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia familiar en los Juzgados Protectorios y el Área de Procesos Urgentes (APUR) del Departamento Judicial de La Plata y en los Juzgados de paz de toda la Provincia. Relevó además apreciaciones generales sobre el funcionamiento de las Unidades Fiscales especializadas en violencia de género.

Cuenta con un equipo interdisciplinario que recibe solicitudes de intervención y/o de asesoramiento sobre situaciones de violencia de género de toda la provincia, las cuales son ingresadas de manera presencial, telefónica o vía web. Ha elaborado un Protocolo de Atención de Casos en Emergencia de Situación de Violencia Familiar y de Género, orientativo con pautas para la recepción de casos por parte de los operadores.

Dirección Provincial de Acceso a la Justicia y Asistencia a la Víctima

Dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, tiene entre sus múltiples acciones las de: Promover la implementación de herramientas efectivas con el objeto de ampliar las políticas públicas tendientes al acceso a la justicia de los sectores en situación de vulnerabilidad; promover la participación comunitaria de los habitantes de la provincia en aquellos temas, cuestiones, inquietudes y problemáticas que se relacionen con el acceso a la justicia, proponer políticas para el debido acceso a la justicia de personas víctimas de violencia familiar y/o de violencia de género y articular acciones de ésta temática con el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la Nación, coordinar y diseñar el funcionamiento de los dispositivos comunitarios de acceso a la justicia provinciales y centros descentralizados, asistir a las víctimas de delitos así como a las y los familiares de estas atendiendo en sus necesidades de protección y asesoramiento, asistir a las víctimas en la formulación de denuncias, tramitación y seguimiento de las causas judiciales, proponer políticas para la asistencia de la víctima del delito, su protección y la de su familia, coordinando acciones y programas con el Poder Judicial y demás organismos competentes del Poder Ejecutivo, municipalidades y organizaciones no gubernamentales, entre otros.

Registro Único de Casos de Violencia de Género (RUCVG)

Creado por el Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires (Ley 14.603), se constituye como un documento fuente de muchas de las políticas creadas en materia de violencia de género. El mismo registra los casos de violencia de género en cada uno de los distritos integrantes de la provincia de Buenos Aires, con el fin último de organizar y sistematizar la información para tener no sólo una visión más clara de la realidad en la Provincia sino además poder elaborar estrategias de actuación eficientes frente a las problemáticas vinculadas a la violencia de género, creando una base de datos común, que se constituirá en insumo fundamental para la elaboración de datos estadísticos que estarán disponibles para ser utilizados por todos los organismos provinciales y municipales que atiendan dicha problemática.

La situación en los Municipios

Los Estados Municipales asumen un protagonismo propio al pasar a incorporar en

su agenda diaria la política de género¹³. Las Mesas Locales de Violencia existentes en cada municipio constituyen un espacio de diálogo interinstitucional, intersectorial y comunitario donde se concertan y organizan los acuerdos necesarios para la generación de las políticas públicas a nivel municipal. Constituyen un valioso espacio de articulación intersectorial para el diseño de estrategias de prevención y atención de las violencias por razones de género en cada territorio.

Por otro lado, el centro de debate de las políticas públicas de los municipios recae sobre el problema de la violencia, que integra el grueso de las líneas de acción y de las tareas desarrolladas por los organismos locales de género que tienen como función la asistencia y prevención de la violencia. La mayoría de ellos otorgan a través de sus Direcciones y/o Secretarías de Género un asesoramiento de tipo integral, lo cual se traduce en asesoramiento legal de las víctimas, apoyo a través de profesionales específicos como por ejemplo psicólogos, e incluso intervienen en la atención primaria, ofreciendo hogares-refugio para casos de víctimas en situación de vulnerabilidad, interviniendo en el proceso judicial contra el victimario, etc.¹⁴.

Existen organismos avocados a políticas de género, distribuidos entre los distintos partidos que integran la provincia de Buenos Aires. Algunas de las acciones implementadas por el conjunto de unidades estatales plantean protección y asistencia a mujeres en situación de alto riesgo, capacitación con perspectiva de género a agentes municipales, talleres en escuelas, campañas en plazas, jornadas de sensibilización de noviazgos libres de violencias, contención psicológica, asesoramiento legal y capacitaciones de inserción laboral para mujeres. Además, varios de esos espacios están dedicados a políticas de diversidad sexual¹⁵.

V - ÓRGANOS JUDICIALES DE INTERVENCIÓN Y DENUNCIA DIRECTA

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la denuncia por violencia familiar y por violencia de género puede realizarse: en las Comisarías de la Mujer y la Familia (dependencias que fueron creadas a tales efectos y cuentan con grupo de profesionales que asisten a las denunciantes al momento de presentarse en la dependencia, brindándoles asesoramiento y contención) o cualquier otra dependencia policial; ante el propio

¹³ La participación dentro del territorio de distintos actores que integran la sociedad civil en conjunto con las Direcciones y Secretarías de Género de los municipios resulta también imprescindible en el abordaje de las cuestiones de género.

¹⁴ Todas estas acciones en materia de género, requieren del trabajo conjunto y articulado con otras áreas e instituciones integrantes de cada territorio, como lo son los centros de atención primaria de salud, organismos jurisdiccionales, comisarías, etc.

¹⁵ Según relevamiento efectuado por investigadoras del Observatorio del Conurbano Bonaerense de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS). <http://observatorioconurbano.ungs.edu.ar/>

servicio de emergencias de salud o a través de organismos jurisdiccionales como son las Fiscalías de turno, Defensorías Oficiales y la Justicia de Paz.

Si bien, tal como surge del Registro de Violencia Familiar de la provincia de Buenos Aires¹⁶ elaborado por el Área Registros de la Secretaría de Servicios Jurisdiccionales dependiente de la SCJBA, la cantidad de denuncias por violencia familiar o por violencia de género realizadas por mujeres ante los juzgados de paz resulta menor a las recibidas por los juzgados de familia, puede advertirse a través de la experiencia diaria de quienes trabajamos en temáticas de violencia familiar y de género que la intervención de la Justicia de Paz posibilita a la víctima que su atención se efectúe en el órgano jurisdiccional más cercano a su domicilio, lo que redundaría en su beneficio, no sólo por cuestiones de cercanía y conocimiento del territorio, sino porque también evita los traslados innecesarios y disminuye notoriamente las pérdidas de tiempo y la generación de gastos que deberá afrontar la víctima.

De los Juzgados “protectorios” sobre violencia familiar, salud mental y niñez a los Juzgados de Familia originarios

Dentro de la provincia de Buenos Aires se vienen desarrollando distintas tareas y mecanismos tendientes a avanzar en materia de protección sobre la violencia de género.

Un caso paradigmático es el desarrollado en la ciudad de La Plata. Esta actividad de prueba ha sido impulsora de la creación de un programa piloto que consistía en una nueva distribución o manejo de las causas sobre “niñez, salud mental y protección contra la violencia familiar”, en juzgados específicos en materia de Familia, a los que se denomina como Juzgados Protectorios (creados mediante Resolución 3.488/10 de la SCJBA), todo ello en pos de reforzar el sistema jurídico y crear órganos específicos que brinden un tratamiento especializado, concentrándose en el problema de la violencia de género y tratando de aliviar la gran cantidad de causas que sobre la materia existen dentro del sistema judicial.

Si bien dichos juzgados en sus resoluciones citaron normativa internacional en materia de violencia familiar, se observa como aspecto negativo el hecho de que dichos cuerpos jurisdiccionales fueron creados en base a la Ley provincial nro. 12.569, cuya materia o ámbito de aplicación se reduce a la “violencia familiar”, no siendo extensible a otras formas de violencia que puede sufrir una mujer y que han sido referidas en la primera parte del presente.

Uno de los principales problemas u obstáculos que pueden advertirse, surgen del hecho de que estos juzgados especializados solamente responden frente a casos de

¹⁶ Creado por el art. 18 de la Ley 12.569, (modif. Ley 14.509), reglamentado y ampliado en sus funciones por Acuerdo N° 3690 y Res Pte. SPL N° 140/15 de la SCJBA.

agresiones o violencia y el dictado de medidas protectorias, delegando a los juzgados de familia ordinarios el tratamiento del fondo de las cuestiones controvertidas como lo puede ser un divorcio, comunicación, alimentos, etc¹⁷. Este modelo de intervención implica que cuestiones vinculadas entre sí se encuentren bajo el tratamiento de diferentes órganos jurisdiccionales, lo que conlleva a una innecesaria fragmentación del conflicto, somete a la víctima a circular dentro de un sistema institucional complejo y provoca en muchos casos decisiones contradictorias¹⁸.

Por ello, luego de más de cinco años de prueba, estos juzgados fueron reconvertidos a juzgados de familia, resultando los que en la actualidad laboran diariamente con las denuncias y situaciones de violencia de género y familiar en el ámbito provincial.

Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires - Defensorías específicas abocadas a cuestiones de Violencia Familiar - Unidades fiscales especializadas en violencia de género - Centros de Atención a la Víctima

Tras la creación de los juzgados de familia con asignación concreta en materia protectoria, se implementaron en el ámbito de las defensorías oficiales de los distintos departamentos judiciales de la provincia de Buenos Aires, ayudantías y/o secretarías especializadas en la tramitación de los procesos previstos en la Ley 12.569.

El Área para la Asistencia de Procesos Urgentes del Departamento Judicial de La Plata (APUR) comenzó a funcionar en octubre de 2012, teniendo dentro de su competencia los asuntos de violencia familiar.

La actual deficiencia en términos de recursos profesionales con la que cuenta el Área de Procesos Urgentes impide la implementación de mecanismos de seguimiento de las medidas que se solicitan y, en la experiencia diaria de quienes trabajan en la Justicia, se advierte que las mujeres siguen realizando gran cantidad de actos procesales sin acompañamiento jurídico, como el diligenciamiento de los oficios y mandamientos y la solicitud de colaboración por parte de la policía.

La actuación de las defensorías civiles en general se circunscribe a la recepción de la denunciante, que en algunas ocasiones se presenta con la copia de la denuncia policial, y en otros, realiza la denuncia ante dicha dependencia, efectuando además el escrito solicitando las medidas de protección, concurriendo la denunciante personalmente al juzgado que se le sortee o al que se encuentre de turno (si ello ocurre fuera

¹⁷ Temas que sin duda pueden constituir uno central en el marco de una situación de violencia, por lo que necesitan una pronta solución que no puede diferirse en el tiempo, ni ser tratados de manera independiente o autónoma entre sí por distintos juzgadores.

¹⁸ Este modelo de gestión obstaculiza el acceso a la información de manera completa y expeditiva sobre el proceso judicial vinculado a los hechos denunciados. Así, que la mujer deba comparecer en sede judicial con patrocinio legal para poder formar parte activamente del trámite deriva en una actitud revictimizante, dado que al momento de efectuar la denuncia la víctima dio todos los elementos necesarios para encaminar el trámite judicial.

del horario judicial) a presentarlo.

La modalidad de trabajo diseñada comienza con la atención del caso por el Área de Admisión, que recibe la escucha a los fines de determinar la necesidad de abordarlo interdisciplinariamente con el Área Técnica.

Esta Área Técnica cuenta con un Equipo interdisciplinario de la Secretaría Civil, integrada por una psicóloga, una trabajadora social y una asistente social con formación en violencia familiar.

No se realiza seguimiento de las actuaciones del expediente, salvo la representación de la denunciante en alguna cuestión puntual que se pueda suscitar (una audiencia, por ejemplo). Además, existen demoras en los tiempos para la recepción de las denuncias que se realizan, siendo las víctimas entrevistadas por distintas personas en lugares diferentes, relatando los hechos acontecidos en reiteradas oportunidades, generando instancias de revictimización.

En la provincia de Buenos Aires rige un sistema procesal penal acusatorio. Ello significa básicamente que la investigación de las causas penales se encuentra a cargo del Ministerio Público Fiscal que basa su funcionamiento en el Código Procesal Penal y en la Ley de Ministerio Público – Ley 14.442 –.

Mediante la Resolución 346/14, la Procuración General de la SCJBA estableció reglas de conexidad a los efectos de determinar la competencia fiscal en aquellos supuestos en los que – existiendo identidad del agresor denunciado – se sustancien simultáneamente o se hayan sustanciado causas por violencia familiar con la intervención de distintos agentes fiscales.

Teniendo en consideración que en términos de eficacia institucional resulta trascendente tener presente que la violencia no permite actividades dilatorias, ni respuestas erráticas, la Procuración General de la SCBA, a fin de remover los obstáculos hacia el pleno acceso a la justicia de las víctimas de violencia familiar y de género que permitan una intervención judicial inmediata y efectiva frente a los hechos denunciados, ha creado Centros de Atención a la Víctima (CAV), Unidades Fiscales especializadas en género y Unidades o Secretarías especializadas en la investigación de delitos de violencia familiar.

Desde el sitio del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires¹⁹ se informa a la población bonaerense de qué manera puede realizar una denuncia por violencia de género y por violencia familiar.

Así, se les indica que, dentro del horario de atención judicial, pueden presentarse ante cualquier dependencia fiscal o la de turno. Luego de ese horario, otra opción es efectuarla mediante un sistema de denuncias on line²⁰.

¹⁹ <https://www.mpba.gov.ar/>

²⁰ Sin embargo, se advierten – en principio – dos grandes inconvenientes en relación a la actuación del Fuego Penal en relación a las denuncias recibidas: por un lado, los formularios on line que deben completar las

VI - PRINCIPALES OBSTÁCULOS QUE PRESENTA LA POSIBILIDAD DE ACCESO A LA JUSTICIA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Sin perjuicio de la existencia de normas aplicables en materia de violencia de género, se puede advertir que tanto el sistema legal como el administrativo hasta el día de hoy se enfrentan en la práctica a determinados obstáculos o impedimentos en cuestiones vinculadas al acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia. Algunos de ellos son una consecuencia directa de problemas estructurales del propio sistema y otros son el producto de una conducta arraigada en nuestra sociedad, vinculada a estereotipos o prejuicios arrastrados desde décadas atrás que pueden encontrarse en los operadores tanto administrativos como de justicia.

Respecto de la limitación o impedimentos que existen para que las mujeres puedan acceder a los mecanismos de justicia en pos de obtener una respuesta ante una situación de violencia, desde mi experiencia como integrante de un Juzgado de Familia, observo que pueden encontrarse, además de los ya señalados en los puntos anteriores, los siguientes:

1.- Por un lado, la presencia de múltiples fueros que intervienen ante el reclamo o denuncia efectuada por una mujer en virtud de la comisión de un hecho de violencia hacia su persona²¹, lo cual constituye en primera instancia un retardo en el acceso al sistema judicial, logrando en consecuencia una revictimización de la mujer, dado que la superposición en cuanto a la intervención de diversos organismos frente a hechos vinculados entre sí, necesariamente genera una descontextualización de la violencia, la cual deja de entenderse como un todo o un hecho continuo, para comenzar a hablar de una sucesión de eventos aislados que son investigados de manera autónoma.

2.- A partir de la denuncia que realiza ante una Comisaría de la Mujer o ante otras comisarías comunes, comienza la “ruta judicial” que debe transitar la mujer víctima de violencia.

Desde ese momento, debe concurrir a los Tribunales a efectos de que la Receptoría General de Expedientes le informe ante qué juzgado de familia se ha radicado su denuncia. En el caso que hubiere además algún hecho penal, debe concurrir a la Mesa

denunciantes son limitados y no resultan comprensibles para todas ellas, no les permiten relatar de manera completa no sólo los hechos a denunciar, sino que tampoco se les guía en relación a qué datos resultan útiles para comprender la gravedad de la situación, para ponerse en contacto con ellas y con el denunciado, domicilio de ambos, grupo familiar que quizás también se encuentre en situación de riesgo, etc.

Por otro lado, y pese a la existencia de leyes sobre violencia y convenciones internacionales vigentes que habilitan la posibilidad del dictado de medidas cautelares urgentes ante la toma de conocimiento de un hecho de violencia, a la hora de resolver se solicita a la víctima que aporte elementos de prueba y de investigación que devienen en la demora de una resolución satisfactoria y, consecuentemente, la no protección inmediata de la denunciante.

²¹ Juzgados de familia, UFI y J, Defensorías, Direcciones de Género municipales, Servicios Locales de Promoción y Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, entre otros.

de Entradas de la Fiscalía General Departamental a fin de conocer la Unidad Fiscal de Investigación y Juicio que interviene.

Si bien el/la agente fiscal lleva adelante la acusación, generalmente se trata de hechos dependientes de instancia privada por lo que la acción debe ser instada por la parte. Para ello necesita la representación letrada de un abogado defensor público, ya que, en la enorme mayoría de los casos, las víctimas no cuentan con medios económicos para solventar tales gastos.

3.- Luego de conocer el juzgado de familia interviniente, debe presentarse ante el mismo a fin de solicitar se dicte medida de protección a su favor (y de sus hijos).

Para el caso en que deba ser entrevistada por los/las profesionales de los equipos técnicos de los juzgados de familia, quizás le sea solicitado que concurra a la dependencia judicial en más de una ocasión, dependiendo de la problemática que debe abordarse.

Encuentra aquí un obstáculo importante, ya que, si tiene trabajo formal, necesita pedir permiso para concurrir a los juzgados, cuya atención es por la mañana, pudiendo ser varias las dependencias a las que debe presentarse, y si su trabajo es informal, difícilmente le concedan esos permisos, y su reclamo termina quedando en la nada.

Por otro lado, si la mujer no trabaja y su único sostén económico era su pareja, la falta de ingresos y la distancia existente entre su domicilio y los organismos judiciales y administrativos hace que en muchas ocasiones desista de continuar con los procesos.

Al ser la mujer la única encargada del cuidado de los/las hijos/as, todos los pasos señalados precedentemente los transita sola con la situación emocional y física en que se encuentra, con la responsabilidad de cumplir con horarios de escuelas, alimentos, etc. de los/las mismos/as, o, lo que deviene en una mayor dificultad, recorre junto a ellos las dependencias judiciales y administrativas. Como consecuencia vemos en los juzgados de familia, y demás dependencias judiciales a niños y niñas despiertos desde horas muy tempranas, en muchos casos mal alimentados acompañando a sus madres²².

A esto debe sumarse, que en algunos casos existe una falta de diligencia por parte de los operadores de justicia y/o administrativos quienes no se encuentran realmente comprometidos y formados con las políticas de género²³.

4.- Otro de los principales obstáculos que existen en materia de acceso de la justicia, y tal lo señalara precedentemente, se traduce en que, en el caso de que la situación de

²² Todo esto, genera una exigencia en la persona de la víctima que, además de sufrir la comisión de una agresión, debe desfilar por los distintos tribunales y ante distintos operadores del sistema, reviviendo de manera reiterada el hecho sufrido. Este mecanismo adoptado por los órganos jurisdiccionales, atenta de manera notoria contra la realización de denuncias, y comprometen la integridad física y psíquica de las víctimas que no obtienen una respuesta inmediata a sus reclamos.

²³ En este sentido la doctrina ha dicho que: "a veces por desidia o falta de formación de los/as operadores/as jurídicos/as, a veces por prejuicios y discriminación, muchas veces la intervención de la justicia pe-

violencia configure un delito, el mismo debe ser “probado” en sede penal, con todo lo que ello implica para la mujer víctima, con el fin de obtener una medida de protección. Sin embargo, ante el incumplimiento de estas medidas ordenadas por el juez/a de familia puede advertirse que no tiene su correlato en el fuero penal. Se observa cierta reticencia por parte de algunos jueces penales respecto al dictado de medidas cautelares, lo que motivó que la SCJBA implementara la Acordada 4099 y anexo (del mes de marzo de 2023) que resalta la obligación de adoptar medidas y/o fundamentar expresamente porque no han sido adoptadas.

5.- A lo relatado precedentemente, debe sumarse el hecho de que en numerosas ocasiones la víctima se retracta durante el trámite del proceso o investigación, cuando verifica las dificultades que puede tener en su vida particular y las de sus hijos. El miedo a las consecuencias por parte del agresor, la reconciliación y el pedido de perdón (CÍRCULO DE VIOLENCIA)²⁴, como así también la existencia de una dependencia a nivel económica son algunos de los elementos que contribuyen al freno de una investigación. En definitiva, ante tantos obstáculos, del daño producido por la violencia ejercida por el hombre, solo un porcentaje será investigado concienzudamente y sancionado.

6.- Al hablar de acceso a la justicia inconscientemente nos remitimos de manera in-

nal las deja en una peor situación que en la que estaban". Y esto, sumado a que "el proceso puede haberlas obligado a ventilar su intimidad", entre otras experiencias invasivas, puede volver a colocarlas en el lugar de víctimas y, por tanto, convertirse en un obstáculo de un adecuado acceso a la justicia. Lo que, en tanto parte del Estado y está fundado en un supuesto de violencia de género, podría configurar un caso de violencia institucional" (Piqué, 2017).

²⁴ Concepto creado por la psicóloga estadounidense Lenore E. Walker en 1978 en su libro *The Battered Woman*, plantea que la violencia contra las mujeres aumenta de forma cíclica o en espiral ascendente, especialmente la que es ejercida por sus parejas. De acuerdo con Walker, el círculo de la violencia se compone de tres etapas: La fase de tensión, que se caracteriza por una escalada de fricción y conflictos entre la pareja. El hombre expresa hostilidad, irritabilidad e intolerancia pero no en forma explosiva, aunque se pueden registrar los primeros signos de violencia psicológica o emocional. Ella trata de contener la situación para evitar que se acumule más tensión. Luego, la fase de agresión, es el resultado de la tensión acumulada. Se presentan los primeros signos de violencia emocional, física o psicológica. Aunque existen pruebas para pedir ayuda o solicitar apoyo, el temor de ella de ser más violentada puede impedir, en muchas ocasiones, que se tomen acciones concretas para frenarlo. En tercer lugar se encuentra la fase de conciliación o luna de miel: El agresor muestra arrepentimiento y pide perdón. Hace promesas de cambio y muestra afecto, lo que puede hacer que la mujer justifique a su pareja y continúe a su lado, pasando por alto el episodio violento. La autora explica que estas tres etapas son repetitivas y cíclicas cuando una mujer está en una situación de violencia de género en la pareja. El problema es que cuando la mujer está inmersa en el círculo de la violencia, cree que la conducta de su pareja depende de su propio comportamiento, se siente responsable e intenta una y otra vez cambiar las conductas del maltratador. Sin embargo, cuando observa que sus expectativas fracasan de forma reiterada, desarrolla sentimientos de culpa y vergüenza. Además, con el paso del tiempo, el maltrato se hace más frecuente y dañino, por lo que se desarrollan síntomas depresivos, apatía, indefensión y desesperanza, lo cual les dificulta más salir del círculo violento. No actuar a tiempo podría causar daños irreparables en su salud y, en un caso extremo, la muerte de la mujer.

mediata al ámbito jurisdiccional, sin detenernos a pensar que, en realidad, existen esos otros organismos administrativos municipales o provinciales que operan como nexo entre las mujeres y el/la juez/a que dictará una medida de protección a su favor.

Ellos son los encargados de contener, acompañar, fortalecer a esas víctimas con el fin de evitar que vuelvan a pasar por situaciones análogas y superen ese círculo de violencia que las daña y pone en la mayoría de los casos en riesgo su vida y la de sus hijos.

La falta de recursos, el cambio de operadores como consecuencia de los distintos procesos electorales, lo que modifica la forma de encarar las políticas públicas y, concretamente sobre la protección de las mujeres víctimas de violencia, produce la provisoriedad del trabajo por ser contratados o porque se renuevan casi continuamente debiendo los equipos técnicos readaptarse y comenzar a trabajar desde cero en cada caso de violencia, deriva en la no existencia en muchos casos de personal especializado para tratar a las víctimas, la no constancia en el trabajo de territorio y el desapego obligado de la víctima con los operadores con quien estaba trabajando, con las consecuencias emocionales en la víctima quien tiene que volver a generar *rapport* y confianza con el/la operador/a encargado de su situación.

7.- Una de las formas más directas de hacer llegar la jurisdicción a las víctimas es a través del trabajo policial, quienes ante una denuncia de agresión domiciliaria interviene y procede a comunicarse de inmediato telefónicamente con el juez de familia en turno a la espera de la orden judicial pertinente.

Si bien los/as jueces/as pueden dictar las medidas de protección *in voce*, en la realidad no todos los magistrados y las magistradas adoptan medidas de esta manera.

Observando la actividad cotidiana, especialmente en jurisdicción del conurbano bonaerense, mientras en algunas departamentales, ante el llamado telefónico del personal policial al juzgado de familia en turno para comunicar un hecho de violencia, el/la titular ordena que un/una funcionario/a libre acta de lo actuado, debiendo apersonarse en el lugar para luego decidir si se adopta o no medida protectora en el momento, en otras (tal el caso de los Deptos. Judiciales de Morón y Moreno, p. ej.), las medidas cautelares se dictan telefónicamente ante la mera descripción de los hechos y el peligro inminente.

Partiendo de la base de que fueron llamados por personal policial (funcionario público) que se encuentra en el lugar de los hechos, se dicta la medida cautelar la cual es notificada a las partes en el acto, debiendo la Comisaría luego remitir a los juzgados de familia el sumario correspondiente para la prosecución de las actuaciones y seguimiento de la problemática familiar.

8.- La distancia geográfica que existe en distintos partidos y localidades de la provincia de Buenos Aires entre las ciudadanas y los organismos administrativos y dependencias policiales, deviene en un importante obstáculo especialmente para las mujeres violentadas al momento no sólo de tener que denunciar el hecho violento y seguimiento del proceso sino también, en la continuidad de los tratamientos terapéuticos (individuales o grupales) que se les recomiendan para alcanzar el fortalecimiento per-

sonal que le permita contar con herramientas suficientes para evitar caer nuevamente en hechos de violencia.

9.- Si quien denuncia un hecho de violencia tiene dificultades auditivas o en el habla, o pertenece a un grupo de migrantes resulta muy difícil a los/las operadores/as judiciales entender cuál es su reclamo, debiendo recurrirse a intérpretes y/o traductores que hagan de nexo entre las víctimas y el equipo técnico o el/la funcionario/a que realiza la entrevista.

La no existencia de intérpretes dependientes del cuerpo técnico judicial limita esta acción, ya que deben ser sorteados desde un listado de peritos oficiales o solicitados a los organismos pertinentes, externos al Poder Judicial²⁵.

Del recorrido legislativo, jurisprudencial y de mi propia labor como funcionaria del Fuero de Familia, puedo observar que, pese a las modificaciones que se han realizado en los últimos años, actualmente se hace difícil tener una mirada optimista respecto de la facilidad que tienen las mujeres en situación de violencia de género y violencia familiar de acceder a la Justicia en la provincia de Buenos Aires.

Resulta imperioso que el Estado incorpore y proporcione los servicios necesarios para lograr simplificar el camino (tanto administrativo como judicial) a transitar por las víctimas de violencia hasta la obtención de justicia²⁶.

Por tal motivo, no se trata solamente de crear y aplicar normas en contra de la violencia de género, sino que debe complementarse con la continuidad de políticas pú-

²⁵ Ello no sólo retrasa la adopción de medidas de cuidado, sino que deriva en un posible costo que la víctima en la mayoría de los casos no puede afrontar.

²⁶ Como ejemplo se describe sucintamente una situación relatada por una víctima de violencia familiar, quien reside en una localidad del conurbano bonaerense: ante un hecho gravísimo de violencia por parte de su pareja, la mujer llama inmediatamente a la policía, quien, al presentarse en la vivienda para alejar al denunciado, le informa que debe asistir a la Fiscalía en turno para radicar la denuncia ya que existen lesiones hacia su persona. Al llegar le refieren que no cuentan con Fiscalías especializadas en género, siendo las de delitos "comunes" las encargadas de recibir la denuncia en caso de existir lesiones.

La víctima, que había radicado denuncias anteriores ante los Juzgados de paz por otros hechos igualmente graves, solicita se imponga una medida de prohibición de acercamiento del atacante, con utilización de dispositivo de monitoreo electrónico dual para el control del cumplimiento de la misma (la comúnmente denominada colocación de tobillera electrónica) y botón antipánico (Programa de Abordaje y Monitoreo Electrónico de Situaciones de Alto Riesgo de las Violencias por Razones de Género, y su Protocolo de actuación, creado con el objetivo último de transversalizar la perspectiva de género en el año 2021 bajo Resolución Conjunta N° 05/2021 entre el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual; el de Seguridad y la cartera de Justicia y Derechos Humanos).

Para ello, se le indica que debe comparecer ante la Dirección de Género del Municipio en el que se domicilia y relatar su situación. Todo ello a fin de que determinen la conveniencia y posibilidad de activar el Protocolo de actuación referido precedentemente, especialmente dado que ella reside en una localidad y el agresor en otra (ambos pertenecientes al mismo Departamento Judicial).

Este recorrido, implicó en la denunciante no sólo pedir días en su trabajo a fin de comparecer ante las distintas dependencias, sino también -principalmente- buscar un lugar donde refugiarse ella y sus hijos ya

blicas que logren brindar respuesta rápida y eficiente a la mujer víctima que se traduzca en un correcto servicio de justicia²⁷.

Es necesario proyectar una concientización y especialización periódica y continua de todos los operadores estatales y privados en violencia de género y familiar, como una forma de garantizar a futuro la erradicación de preconceptos y estereotipos que pretenden invisibilizar y minimizar este ataque a un derecho humano fundamental²⁸.

REFERENCIAS

- BODELON, E. (2012). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Ediciones Didot.
- EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO. (2009). *Informe sobre género y derechos humanos en Argentina (2005-2008)*. Biblos.
- GRUENBERG, C. (2019). *Corrupción, patriarcado y derechos humanos: el género del poder*.
- KOHEN, B. Y BIRGIN, H.(Comps.). (2006). *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Biblos.
- LARRAURI, E. (2008). *Mujeres y sistema penal*. Editorial BdeF.
- LAURENZO, P., MAQUEDA, M. Y RUBIO, A. (2009). *Género, violencia y derecho*. Editores del Puerto.
- MAFFIA, D. (2012). *Violencia de género: avances y cuestiones pendientes*. *Diario Perfil*.
- PIQUÉ, M. L. (2017). *Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional*. En J. Di Corleto (Comp.). *Género y justicia penal*. Ediciones Didot.
- ROFMAN, A. (2016). *Introducción*. En A. Rofman (Comp.) *Participación, políticas públicas y territorio: aportes para la construcción de una perspectiva integral*. Ediciones UNGS.

que, desde su denuncia, no se adoptó medida cautelar alguna que la resguarde. Todo ello con el riesgo de vida que implica para todos ellos.

²⁷ Lo que por otro lado se encuentra previsto dentro de las Cien Reglas de Brasilia.

²⁸ La Ley provincial nro. 15.134 (conocida como Ley Micaela) fue sancionada el 21 de marzo de 2019 y establece la capacitación obligatoria en la temática de género y prevención de violencias contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en los tres poderes del Estado provincial cualquiera sea su nivel y jerarquía.



*EL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LA ACREDITACIÓN
DE HECHOS EXTERNOS E INTERNOS*
Santiago Martín Irisarri

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

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 27/09/2023

Aprobado: 10/10/2023

EL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN LA ACREDITACIÓN DE HECHOS EXTERNOS E INTERNOS¹

EVIDENTIARY REASONING IN THE ACCREDITATION OF EXTERNAL AND INTERNAL FACTS

Por Santiago Martín Irisarri²
Universidad del Este, Argentina

Resumen: El artículo analiza cómo funciona el razonamiento probatorio y cuál es su incidencia en la acreditación de los hechos. Se explican los vínculos existentes entre los enunciados probatorios y las actitudes proposicionales de los magistrados. A partir de allí se analiza de forma particularizada la cuestión probatoria con relación a los hechos psicológicos, repasando los diversos postulados que han llevado a la doctrina a sostener que no estamos ante hechos susceptibles de ser probados. Finalmente, se explica que, pese a las dificultades, no existe impedimento alguno para sostener que los hechos psicológicos pueden probarse.

Palabras clave: razonamiento, prueba, hechos, justificación

Abstract: The article analyzes how evidentiary reasoning works and what is its incidence in the accreditation of facts. The existing links between the evidential statements and the propositional attitudes of judge are explained. From there, the evidentiary issue in relation to psychological facts is analyzed in a particularized manner, reviewing the different postulates that have led the doctrine to argue that we are not dealing with facts susceptible of being proved. Finally, it is explained that, in spite of the difficulties, there is no impediment to sustain that psychological facts can be proved.

¹ El artículo es producto de la investigación "La prueba de los estados mentales," 2021-2022, financiada por la Universidad del Este (Dir.: Irisarri, S.; Investigadores: Trybalski, M., Giordano, F., Botindari, M., Carasatorre, J., Yurec, C., González, M., Raina, V. y Villamin, B.).

² Abogado, (UNLP). Especialista en Derecho Penal (UB). Magíster en Razonamiento Probatorio por las Universidades de Girona (España) y Génova (Italia). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UNLP). Investigador y Secretario de Investigación (UDE). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3872-4743>. Correo electrónico: sirisarri@ude.edu.ar

Keywords: reasoning, proof, evidence, justification

I - INTRODUCCIÓN

Los procesos de juzgamiento tienden a conocer la existencia de hechos pasados. Saber si Juan ha matado a Pedro, si José ha incumplido el contrato o si Jorge ha mantenido la tenencia de un inmueble durante más de 10 años, se torna una labor imprescindible para la correcta aplicación de la ley sustantiva.

Pero el conocimiento de estos hechos pasados no es algo sencillo ni fácil de lograr, en tanto cuando nos referimos a “hechos pasados” estamos mencionando hechos que han existido, que tuvieron lugar en nuestro mundo y en algún momento de la historia, pero que hoy pertenecen al “pasado”. No son susceptibles de ser reproducidos, sino – a todo evento y dependiendo el caso – reconstruidos.

La aclaración antedicha es relevante y vale resaltarla, pues es habitual que cuando las personas (por lo general no juristas, aunque también ocurre con muchos de ellos) se refieren al proceso, lo hacen pensando que su tramitación nos permitirá conocer los hechos del pasado (como si se tratara de un proceso “infalible”). Sin embargo, la realidad nos enmarca que el proceso de juzgamiento, llevado a cabo por personas de carne y hueso (algunas más capaces que otras), no necesariamente nos llevará a conclusiones certeras e infalibles. Puede ocurrir (incluso ha ocurrido muchas veces) que se tengan por probados hechos que no han ocurrido y viceversa.

Los hechos a los cuales hacemos referencia no sólo abarcan “hechos externos” (p. ej., matar, privar de la libertad, incumplir un contrato), sino también “hechos internos” o “psicológicos” (querer matar a otro, conocer que se está privando de libertad a otro, tener intención de incumplir con el contrato). Los hechos externos, como puede advertirse, se corresponden con eventos susceptibles de ser percibidos directamente por los sentidos; en cambio, los hechos psicológicos no pueden ser captados por los sentidos, por lo menos de forma directa e inmediata. Para ser claro al respecto, uno puede ver si Juan ataca a Pedro, pero no puede ver (ni oler ni palpar ni escuchar ni degustar), la intención de Juan (de matar, de lesionar, de asustar, de hacer una broma, etc.). Pese a la distinción mencionada, es importante aclarar que, en el ámbito del proceso judicial, los hechos externos no son directamente percibidos por el sujeto que tiene que decidir sobre su existencia (el juez); caso contrario, no estaríamos ante un juez, sino ante un testigo. De más está mencionar que ningún juez tiene una “bola de cristal” ni goza de “poderes mágicos” que le permitan conocer los hechos del pasado (sean externos o internos), por lo cual, para realizar tal labor cognoscitiva, requerirá de asistencia, la cual encontrará en la prueba.

La intención de este trabajo es poder abordar los diversos conceptos que sutilmente hemos referido en estas primeras líneas, intentando explicar los distintos planos de análisis que hacen al conocimiento y a la prueba de los hechos pasados, tanto exter-

nos como internos. En este sentido, explicaremos cómo es que se pueden conocer estos hechos y mediante qué tipo de razonamiento. Finalmente, trataremos de forma particular cómo funcionan estos razonamientos en lo que hace al conocimiento de los hechos internos.

II - EL RAZONAMIENTO PROBATORIO

Como punto de partida debemos aclarar qué es y cómo funciona el razonamiento probatorio.

Quizás el lector se sorprenda, pero la realidad es que el razonamiento probatorio es utilizado por las personas a lo largo de su vida cotidiana; es más, es lo que les permite a los ciudadanos (independientemente de quién se trate) desarrollar su vida con plenitud. Sin razonamiento probatorio, nuestra vida sería inviable.

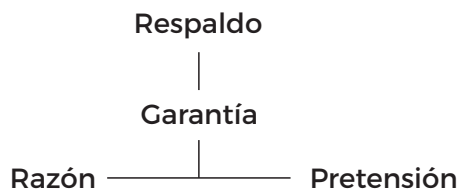
El razonamiento probatorio constituye un tipo de razonamiento que contiene pruebas en alguna de sus premisas o en su conclusión (Tuzet, 2011). No hablamos de “pruebas” en el sentido técnico-procesal, sino en el sentido cotidiano de la palabra, es decir, nos referimos a todo aquello que queda en el mundo tras la ocurrencia de un hecho. Por ejemplo, luego de un homicidio, tendremos un cadáver; luego de pisar el barro, habrá una huella; luego de una fuerte tormenta, encontraremos ramas rotas, etc. El cadáver, la huella y las ramas rotas son pruebas de que ha ocurrido un homicidio, de que alguien ha pisado el barro y de que ha habido una tormenta. Se advierte así que las pruebas son hechos conocidos que nos permite acercarnos a hechos desconocidos.

La nota característica de los procesos judiciales es que quien debe resolver sobre la ocurrencia de los hechos es un sujeto (juez) que no tuvo la posibilidad de percibirlos directamente. El modo en que el juez conoce los hechos del pasado es mediante el desarrollo de estos razonamientos de tipo inferencial, los cuales permiten ir de lo conocido hacia lo desconocido: lo conocido serían las pruebas y lo desconocido el hecho del pasado cuya posible ocurrencia es de interés³.

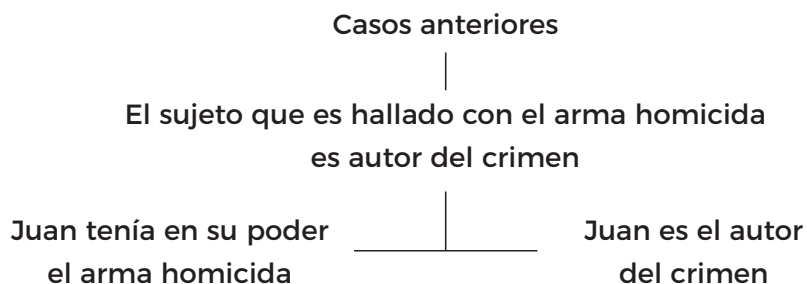
Quizás la forma más sencilla de comprender el funcionamiento de estos razonamientos es mediante el modelo argumentativo de Toulmin (2007), quien de forma muy simple, explica que estos razonamientos se descomponen en las siguientes partes: **pretensión**: (en nuestro caso, un enunciado fáctico que se quiere conocer), **razón**: (información recolectada sobre la cual se sustenta la pretensión), **garantía**: (vínculo que enlaza las razones con la pretensión) y **respaldo**: (apoyo de la garantía).

Si tuviéramos que esquematizar lo antedicho, lo haríamos de la siguiente forma:

³ Debemos aclarar que no necesariamente los hechos relevantes para el proceso se corresponden con hechos del pasado, también existen hechos relevantes presentes (el daño psicológico que sufre la víctima en la actualidad) y hasta futuros o eventuales (la fuga del imputado en caso de estar libre).



En un caso judicial sería:



Como se observa, a partir de hechos conocidos (“Juan tenía en su poder el arma homicida”) se logran conclusiones con relación a hechos inicialmente desconocidos (“Juan es el autor del crimen”); pero, para ello, fue necesario establecer un conector (“La persona que es hallada con el arma homicida es autor del crimen”). En el ámbito judicial los conectores pueden ser de dos tipos: a) máximas de experiencia; y b) presunciones legales. Las máximas de experiencia se corresponden con razonamientos de tipo inductivo, los cuales permiten obtener reglas generales a partir de casos particulares; mientras que las presunciones legales se corresponden con reglas de valoración establecidas por el propio legislador de forma abstracta, las cuales deben ser aplicadas por los jueces en los casos concretos.

Las máximas de experiencia son generalizaciones (de allí que se hable de razonamiento de tipo inductivo) que nos permiten de forma preliminar establecer vínculos entre diversos hechos (p. ej., las frutas maduras caen del árbol, los bebés lloran cuando tienen hambre, luego de un día de lluvia el asfalto queda mojado, etc.).

Estos razonamientos de tipo inductivo tendrían la siguiente estructura:

A es un Y y P

B es un Y y P

C es un Y y P

Todos los Y son P

Utilizando uno de los ejemplos anteriores diríamos:

Juan es un bebé y llora al tener hambre

José es un bebé y llora al tener hambre

Carlos es un bebé y llora al tener hambre

Los bebés lloran al tener hambre

En un proceso judicial podríamos sostener:

En el caso A, X fue hallado con el arma homicida en su poder y era el autor del crimen

En el caso B, J fue hallado con el arma homicida en su poder y era el autor del crimen

En el caso C, P fue hallado con el arma homicida en su poder y era el autor del crimen

Los sujetos que son hallados con el arma homicida en su poder son autores de los crímenes

Nótese que a partir de casos particulares se obtienen reglas generales, que serán luego utilizadas en los restantes razonamientos como garantías que nos permitirán vincular las razones (pruebas) con las pretensiones (conclusiones).

Pero lo cierto, como ya anticipamos, es que no sólo tendremos vínculos constituidos a partir de máximas de experiencia, sino también a partir de preceptos legales. Por ejemplo, en el ámbito del proceso penal bonaerense, el art. 148 del CPP establece que para merituar el peligro de fuga el juzgador tendrá en cuenta “la pena que se espera como resultado del procedimiento” (en este caso, la presunción legal sería “si la pena en expectativa es elevada, debe presumirse que el imputado se fugará”). Algunas de las presunciones legales podrán ser dejadas de lado ante prueba en contrario (presunciones *iuris tantum*), mientras que otras no (presunciones *iure et de iure*).

Tanto en el caso de las máximas como de las presunciones legales, las reglas generales permiten el desarrollo de razonamientos de tipo deductivo, por ejemplo:

Si la pena en expectativa es elevada, debe presumirse que el imputado se fugará

La pena en expectativa es elevada

El imputado se fugará

Por si no ha quedado claro, mientras que la regla general constituye la premisa mayor del razonamiento, el enunciado fáctico concreto constituye la premisa menor. La conclusión, al ser un razonamiento deductivo, surge necesariamente (es decir, si razonamos correctamente, sólo podremos llegar a una conclusión).

La nota característica de los razonamientos probatorios es que nunca nos podrán llevar a conclusiones certeras (desde el plano lógico-racional), sino sólo probables. Y esto es así ya que estos razonamientos, en alguna u otra medida, se apoyan sobre inducciones. Volviendo al ejemplo anterior del peligro de fuga, por más que en cientos de miles de casos los imputados por delitos con penas elevadas se hayan fugado, nada obsta a que existan imputados que – en iguales situaciones – no lo hagan; de igual manera, por más que en la amplia mayoría de casos el autor del crimen haya sido hallado con el arma homicida en su poder, nada obsta a que existan casos en que el arma homicida esté en poder de un inocente.

En consecuencia, por más seguridad que tengamos con relación a nuestros razonamientos y las conclusiones obtenidas, no debemos olvidar que siempre existirán otras hipótesis explicativas de las pruebas; justamente, la existencia de estas otras hipótesis hará que nuestra conclusión no sea certera, sino probable.

Las actitudes proposicionales de “está probado que p”

Hablar de las actitudes proposicionales de “está probado que p” esconde variadas temáticas que inexorablemente deben ser analizadas en detalle. Si no comprendemos debidamente qué significa “está probado que p” (o, por lo menos, si no nos ponemos de acuerdo o qué debe ser entendido por “está probado que p”), difícilmente podamos discutir con coherencia cuestiones en materia probatoria (sea la cuestión que sea).

Previo a todo, y para evitar confusiones, debemos dejar en claro que “p” representa cualquier enunciado fáctico; por ejemplo, “Juan ha matado a Pedro”, “Carlos ha estafado a Romina”, “el inmueble no ha sido habitado durante los últimos 10 años”, “el contrato ha sido suscripto por Marcos”. En el fondo, “p” suele corresponderse con los hechos jurídicamente relevantes que, a fin de cuentas, serán tomados (o no) por el Juzgador para resolver el caso en cuestión.

Explica Ferrer Beltrán (2005, p. 80) que “está probado que p” puede corresponderse con las siguientes actitudes proposicionales: a) el juez cree que p; b) el juez conoce que p; c) el juez ha aceptado que p. Si sustituimos p por el enunciado “Juan ha matado a Pedro” diríamos: a) El juez cree que Juan ha matado a Pedro; b) el juez conoce que Juan ha matado a Pedro; c) el juez ha aceptado que Juan ha matado a Pedro.

A continuación, explicaremos cada uno de estos criterios.

Primeramente, podría sostenerse que “está probado que p” se vincula con “el Juez cree que p”. No es extraño encontrarse con autores, fallos e incluso leyes que establezcan una equiparación entre lo probado y lo que el juez cree (este pensamiento puede encontrarse en aquellos fallos en los cuales los jueces deciden en base a que “tienen la convicción” o en aquellos doctrinarios que requieren la certeza – entendida como “convencimiento” – del juzgador para condenar).

El inconveniente que presenta esta equiparación entre creencias del juzgador y enunciados probados es que no necesariamente la creencia se sustentará en criterios racionales o en las pruebas producidas durante la tramitación del proceso. Autores como Guibourg, Ghigliani y Guarinoni (1988) mencionan que las creencias pueden tener las siguientes fuentes: a) la experiencia: creer algo cuando lo descrito por la proposición ha sido captado directamente por nuestros sentidos (p. ej., cuando hemos visto a Juan matar a Pedro o hemos escuchado como Romina había sido amenazada por Carlos); b) razonamiento empírico: creer algo por razonamiento cuando, sin haber observado directamente el objeto (entiéndase “hecho”) de nuestra creencia, lo inferimos

a partir de otros elementos que sí han sido observados (p. ej., cuando un cazador observa una rama rota y considera que un animal ha pasado por allí); c) razonamiento no empírico: las proposiciones pueden demostrarse mediante cálculos, a partir de otras proposiciones; es decir, no existe contacto con la experiencia pues estamos ante un razonamiento formal (p. ej., “ $2+2=4$ ”); d) la autoridad: quien cree no elaboró por sí mismo el razonamiento que lo lleva a creer ni tuvo contacto directo con el hecho u objeto de la creencia (p. ej., creer que Juan mató a Pedro porque así lo sostuvo el juez; o creer que la Tierra es redonda porque lo dijo el profesor; o creer que la mancha encontrada en la escena del crimen es sangre, pues así lo ha afirmado el perito); e) intuición: se sustenta en sensaciones internas del sujeto que – en algunos casos sin motivo alguno – lo llevan a creer (p. ej., creer que Juan mató a Pedro porque así lo presiento o porque no puedo pensar en otro sujeto capaz de cometer un delito tan aberrante); f) fe: en este caso no hablamos de razonamientos ni de la experiencia ni de la autoridad, sino de la creencia de la verdad de una proposición por el solo hecho de tener fe en ello (creer en Dios – para muchos – es una cuestión de fe).

Como puede advertirse, la creencia sobre la ocurrencia de un hecho puede tener diversas fuentes; algunas alejadas de la racionalidad o, aun encontrándose dentro de estos parámetros, alejadas de la prueba que pudieron haberse producido durante el proceso. Si bien no lo hemos aclarado, vale mencionar que la creencia no es optativa; es decir, uno no elige qué creer, sino que directamente cree.

Por otro lado, si meramente tomamos a la creencia como criterio legitimante para tener por acreditado *p*, advertiremos que las resoluciones judiciales no podrían ser controladas, pues bastaría con que el juzgador alegue haberse convencido sobre que *p* para que tal enunciado sea considerado – válidamente – como probado.

Pasaremos ahora a analizar el segundo criterio mencionado, conforme el cual se podría sostener que “está probado que *p*” se vincula con “el juez conoce que *p*”; como se advierte ya no hablamos de creer, sino de conocer. Al respecto, el conocimiento requiere por lo menos: 1) la creencia de *p*; y 2) que *p* sea verdadero⁴. Si bien esta concepción permitiría el control de la decisión judicial, por lo menos en lo que hace al segundo requisito, la realidad – como bien lo expresa Ferrer Beltrán – es que se estaría exigiendo demasiado (recordemos que, desde el plano lógico-racional, el razonamiento probatorio sólo puede llevarnos a conclusiones probables, pero nunca certeras).

Asumir que “está probado que *p*” se vincula con “el juez conoce que *p*” haría inviable y racionalmente imposible tener por probados los enunciados fácticos; por ello, también debemos descartar este criterio.

En tercer y último lugar, “está probado que *p*” puede (y a nuestro modo de pensar debe) ser entendido como “el juez ha aceptado que *p*”. Al respecto, Ferrer Beltrán (2005) sostiene que la aceptación de *p* debería depender de los elementos de juicio

⁴ Algunos iusfilósofos incorporan un tercer requisito: la existencia de pruebas en favor de *p*.

(pruebas) suficientes para aceptar p, lo cual deja en evidencia la existencia de dos requisitos: 1) que existan pruebas, que debieron haber sido admitidas y producidas durante la tramitación del proceso (imposibilitando al juez tomar en consideración pruebas que no se hayan presentado en el proceso o, habiéndose presentado, que no hayan sido admitidas o, habiendo sido admitidas, que no hayan sido producidas); y 2) la hipótesis p debe haber sobrepasado el nivel de exigencia corroborativa (estándar de prueba) vigente en la legislación aplicable⁵. Como puede advertirse, hablamos de una actitud proposicional voluntaria, es decir, el juez decide aceptar p (lo cual no ocurre con las creencias, que no dependen de la voluntad). Vale decir que la aceptación es contextual, pues lo que el juez acepta en un contexto puede no aceptarlo en otro (p. ej., la proposición p puede ser aceptada en el juicio – por imperativo legal –, pero no en su vida privada – por no creer en ella –; incluso, podría ocurrir que la proposición p sea aceptada en un proceso civil y no en uno penal – por existir diversas reglas de valoración o estándares probatorios aplicables –). Nótese que este tercer postulado, a diferencia de los anteriores, permite controlar las razones por las cuales el juez ha aceptado que p, lo cual no ocurre con los entendimientos anteriores. De esta forma se advierte que el enunciado “está probado que p” (enunciado declarativo) es relacional, es decir, no es posible afirmar de modo absoluto que p ha sido probado, sino solo con relación a un determinado conjunto de pruebas y en un determinado proceso.

Luego volveremos sobre estas cuestiones.

Razonamiento probatorio y hechos psicológicos

Habiendo explicado cómo funciona el razonamiento probatorio, es hora de analizar cuál es su incidencia cuando el hecho que se pretende probar se corresponde con estados mentales.

Los estados mentales son hechos psicológicos, los cuales, explica González Lagier (2022), pueden distinguirse en voliciones (deseos e intenciones), cogniciones (creencias y conocimientos), percepciones y sensaciones, estados afectivos (emociones, estados de ánimo) y actos mentales (deliberar, decidir, etc.).

Conocer los estados mentales ajenos (en adelante EMA) es muy importante en el ámbito jurídico, ya que gran parte de las normas supeditan su aplicación al estado mental que pudo haber guiado o motivado el comportamiento de un sujeto. Si tomamos, por ejemplo, el art. 79 del Código penal advertiremos que para la comisión de un homicidio simple se requiere de un sujeto que mate a otro. Si bien el legislador nada nos dice con relación al estado mental del sujeto que mata a otro, la doctrina no ha dudado de que se trata de un sujeto que debe conocer y querer matar a otro. La inexis-

⁵ Un acabado y riguroso estudio sobre el tema “estándares de prueba” puede encontrarse en *Prueba sin convicción* de Jordi Ferrer Beltrán.

tencia de estos hechos psicológicos (correspondientes con el aspecto cognoscitivo y volitivo del dolo) torna inaplicable el artículo en cuestión. Pero además del art. 79, encontramos el art. 80, el cual consagra variados y cuantiosos agravantes. Algunos dependerán del motivo que ha llevado a un sujeto a cometer el delito, otros se refieren al parentesco existente entre víctima y victimario, otros a la ultrafinalidad del sujeto, etc. Cada uno de estos agravantes se sustenta en diversos estados mentales (correspondientes con las palabras “odio”, “para”, “sabiendo que lo son” – según la anterior legislación –, “por”, etc.). Como puede advertirse, un mismo hecho externo (matar a otro), puede subsumirse en variados tipos penales dependiendo del estado mental del sujeto actuante. De allí la importancia de la prueba de los EMA para los juristas.

Pese a ello, los EMA se caracterizan por no ser susceptibles de ser percibidos directamente por los sentidos de las personas. Cuando observamos a alguien empuñando un arma de fuego no podemos ver ni oler ni saborear ni escuchar ni palpar la intención ni el motivo que el sujeto tiene al realizar tal comportamiento. Esta realidad (que nadie podría negar) es lo que ha llevado a parte de la doctrina a considerar que los EMA no son susceptibles de ser probados, sino – a lo sumo – imputados.

Entre los argumentos esbozados por los pensadores del derecho para negar la posibilidad de probar los EMA, encontramos:

a) El problema perceptivo: los estados mentales no serían susceptibles de ser percibidos directamente por los sentidos; en consecuencia, no serían susceptibles de ser probados.

b) El problema conclusivo: nunca podrá saberse con certeza si la conclusión arriba-
da con relación a un EMA es verdadera.

Consideramos que tales problemas en realidad no constituyen problemas significativos, sino que estamos ante meros equívocos o discrepancias conceptuales.

Para explicarlo analizaremos ambos argumentos por separado.

a) El problema perceptivo

Es cierto que los EMA no son susceptibles de ser percibidos directamente por los sentidos, pero ello no debe llevarnos a la conclusión de que los EMA no pueden ser probados.

Basta con tomar cualquier libro de historia para notar que gran parte de los relatos que allí encontraremos (por no decir la totalidad) no se corresponden con hechos percibidos directamente por los sentidos de quienes han escrito tales obras. La realidad es que estos hechos conforman el pasado y, como tales, no fueron captados por quienes ahora alegan conocerlos. El autor de algún manual de historia griega puede afirmar que Aristóteles nació en Estagira y que fue el padre de la lógica sin siquiera haberlo conocido y, pese a ello, difícilmente alguien discuta sus enseñanzas; en igual manera, los científicos nos dicen que hace cientos de miles de años existieron unos seres

gigantescos que caminaron nuestro planeta tierra (conocidos como “dinosaurios”), pese a que actualmente el hombre no pueda captarlos por sus sentidos. La pregunta que nos hacemos es ¿cómo han hecho estos historiadores o científicos para conocer hechos tan remotos? La respuesta es sencilla, mediante el razonamiento probatorio. Los indicios sobre la existencia de Aristóteles son los manuscritos que con el correr del tiempo se han difundido permitiendo conocer su vida, mientras que, con relación a los dinosaurios, la evidencia sobre su existencia está en los fósiles que hasta el día de hoy se siguen hallando y que nos obligan a pensar que estamos ante esqueletos de gigantescas criaturas.

En consecuencia, no hace falta percibir para conocer.

En lo que hace a los EMA existen infinidad de indicios que nos permiten inferir su existencia; por ejemplo, cuando un sujeto nos dice “tome señor, esto es suyo”, pensamos que el sujeto tiene la intención de entregarnos algo; cuando un amigo se para frente a nosotros y extiende hacia los lados sus brazos, pensamos que nuestro amigo quiere darnos un abrazo; cuando una persona toma una piedra y nos la arroja fuertemente contra nuestro cuerpo, pensamos que tiene la intención de lastimarnos; cuando un hombre recibe la noticia de que su padre ha muerto y luego de ello comienza a llorar, pensamos que está triste.

Cada uno de estos pensamientos evidencia un razonamiento probatorio. Si tomamos el último supuesto, se advierte que en base a determinados indicios (notifica del fallecimiento del padre y llanto) inferimos (mediante la aplicación de las reglas “los hijos se entristecen ante el fallecimiento de los padres” y “las personas que lloran están tristes”) una conclusión (el sujeto está triste). Esto no quiere decir que la conclusión a la cual arribemos (en este caso, el hombre está triste) sea verdadera, sino solo que probablemente lo es (dependiendo qué tan justificado esté nuestro razonamiento).

b) El problema conclusivo

Es cierto que nunca podremos llegar a certezas con relación a los EMA, pero - nuevamente - ello no nos debe llevar a la conclusión de que los EMA no puedan ser probados.

En primer lugar, para comprender el punto, debemos explicar que la certeza puede ser entendida de dos maneras diferentes: como certeza subjetiva (psicológica o moral) y como certeza objetiva (lógico-racional). Si bien cualquier persona puede tener la certeza (subjetiva) sobre la existencia de un EMA, desde el plano lógico racional nunca podremos alegar con certeza (objetiva) la existencia de dicho EMA. Y ello es así porque, tal como lo hemos mencionado a lo largo de este trabajo, las certezas lógico racionales con relación al conocimiento de hechos son inalcanzables; a lo sumo, podremos afirmar la probable existencia de un EMA, pero no podremos ir más allá.

Dicho esto, se advierte que el argumento de que no podremos conocer con certeza (lógico racional) los EMA es correcto, pero (y aquí está el punto) este mismo argumen-

to vale y se hace extensible para cualquier hecho, tanto externos como internos. No sólo no podremos alegar con certeza lógico racional la existencia de un EMA, sino que tampoco podremos hacerlo con relación al homicidio de Pedro en manos de Juan, a la privación de libertad que sufrió Carla por parte de Marcos y, yendo aún más allá, al hecho de que la tierra es redonda y que gira alrededor del sol. En otras palabras, si bien podemos arribar a la verdad, nunca sabremos con certeza si lo hemos conseguido.

En segundo lugar, retrotrayéndonos a la cuestión de “está probado que p”, creemos que aquellos que niegan la posibilidad de probar la existencia de los EMA lo hacen porque asumen que, para tener por “probado” un enunciado, el mismo tiene que ser verdadero, lo cual es un error. Un enunciado probado no debe ser entendido como un enunciado verdadero, sino como un enunciado que tenga apoyatura suficiente en las pruebas.

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿cómo funciona entonces el razonamiento probatorio cuando lo que se pretende conocer son hechos psicológicos (EMA)?

La respuesta: funciona de igual manera que lo hace cuando lo que se pretende conocer es un hecho externo.

Pongamos un ejemplo:

Supongamos que en un proceso penal se está discutiendo la comisión de un homicidio; según el fiscal estaríamos ante un homicidio doloso (lo cual requiere, según parte de la doctrina, conocimiento y voluntad) y según la defensa ante un homicidio culposo (no intencional). Desde el plano externo no existe discusión: el sujeto A tomó un revólver, apuntó contra el cuerpo de la víctima y gatilló. Los indicios que permitirían inferir la intención homicida serían: tomar un arma de fuego, apuntar contra el cuerpo de la víctima y, finalmente, gatillar. Si aplicamos la regla “las personas que toman un revólver, apuntan contra el cuerpo de otra persona y disparan tienen la intención de matar” la conclusión a la cual deberíamos arribar sería “el sujeto ha tenido la intención de matar”.

Como se advierte el razonamiento desplegado mantiene la misma estructura que el utilizado para la acreditación de hechos externos; es decir, tenemos diversos indicios que, mediante su subsunción en una regla general (en este caso máximas de experiencia), nos permiten sacar conclusiones con relación a los EMA.

Pese a ello, y tal como también podría ocurrir en materia de hechos externos, las reglas generales que se utilizan para estructurar el razonamiento inferencial podrían tener excepciones que hagan inviable su aplicación; en este caso, por ejemplo, la defensa bien podría plantear que el sujeto actuante pensó que el arma utilizada era de utilería, como también podrá alegar que no tuvo la intención de causar la muerte en tanto no apuntó contra partes sensibles del cuerpo sino contra las piernas (produciéndose la muerte como consecuencia del impacto de la bala sobre una arteria vital). El primero de los dos argumentos (creencia de que el arma era de utilería) sería viable si el homicidio se produjo durante la filmación de una película de acción, no así si el homicidio

se produjo en una casa de venta de armas; por su parte, el segundo argumento (disparar contra partes del cuerpo no vitales) sería viable si efectivamente se acredita que el sujeto disparó contra las piernas impactando la bala contra la arteria femoral.

Dependiendo de los indicios que tengamos, las reglas que apliquemos y las eventuales excepciones que puedan plantearse, llegaremos a conclusiones sobre la existencia de los hechos psicológicos, tal como ocurre con los hechos externos. Pese a ello, debemos volver a remarcar que nunca lograremos certezas lógico-rationales, en tanto – aun tomando los argumentos de la defensa – el sujeto pudo haber disparado contra la parte inferior del cuerpo con la intención de impactar sobre la arteria, como también pudo haber sabido que se trataba de un arma real, aun produciéndose la muerte durante la filmación de una película.

El caso planteado nos permite entender que los enunciados probatorios (Juan mató a Pedro de forma intencional) no necesariamente tienen que ser verdaderos. Puede estar probado el enunciado y en consecuencia ser aceptado por el juez, y aun así ser falso; de igual manera, puede no ser aceptado por el juez por no haber sobrepasado el nivel de exigencia corroborativa requerido por el estándar probatorio aplicable y, pese a ello, ser verdadero.

III - A MODO DE CIERRE

Los procesos de juzgamiento tienden a conocer hechos del pasado, lo cual es posible mediante razonamientos inferenciales estructurados a partir de la constatación de indicios. Si bien los hechos externos no deben ser confundidos con los hechos internos, la realidad es que no existen variaciones en lo que hace a su prueba; en ambos casos, el razonamiento probatorio es lo que nos permitirá acercarnos y eventualmente conocer estos hechos. Pese a ello, debemos ser firmes al manifestar que los hechos probados no necesariamente serán verdaderos; pueden serlo o no. Comprender que “está probado que p” debe vincularse con la actitud proposicional “el juez ha aceptado que p” (dependiendo tal aceptación de los “elementos de juicio suficientes”), es lo que nos permitirá estructurar un proceso de juzgamiento coherente, no arbitrario y racional para la toma de decisiones.

REFERENCIAS

- COPI, I. (1983). *Introducción a la lógica*. EUDEBA.
- FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2022). Filosofía de la mente y prueba de los estados mentales: una defensa de los criterios de “sentido común”, en *Quaesttio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*. (3), 49-80.

- GUIBOURG, R., GHIGLIANI, A. y GUARINONI, R. (1988). *Introducción al conocimiento científico*. EUDEBA.
- TARUFFO, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- TOULMIN, S. (2007). *Los usos de la argumentación* (Morras, M. y Pineda, V. Trad.) Península ediciones. (Obra original publicada en 1958).
- TUZET, G. (2011). *Filosofía de la prueba jurídica*. Marcial Pons.



*LA (NO) INFLUENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SENTENCIA 381/15
DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES
Francisco Brocca y Noelia Magali Rybak*

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

Año: 01/N°1 - Diciembre 2023

Recibido: 03/07/2023

Aprobado: 21/07/2023

LA (NO) INFLUENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA SENTENCIA 381/15 DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CORRIENTES

**THE (NON) INFLUENCE OF HUMAN RIGHTS IN SENTENCE 381/15 OF
THE SUPREME COURT OF JUSTICE OF THE PROVINCE OF CORRIENTES**

Por Francisco Brocca¹ y Noelia Magali Rybak²

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: En el año 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la CSJN) interpretó una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), retomando una vieja discusión sobre si nuestra nación adhiere a un sistema monista o dualista de Derechos Humanos. En base a dicho fallo, el Supremo Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes (en adelante el STJ de Corrientes) dictaminó que no está obligado a cumplir con lo resuelto en el Derecho Internacional y así convalidó la imposición de una pena de prisión perpetua a un menor de edad, instituto prohibido por la Convención de los Derechos del Niño, bajo el argumento de lo “novedoso” del fallo de la CSJN y en la directriz de que la Corte IDH no funciona como una instancia más de apelación. En el presente trabajo, se ahondará respecto a las consecuencias de la posición cuasi dualista adoptada por la CSJN a la cual hizo alusión el fallo del STJ de Corrientes en examen, que ha generado consecuencias sumamente perjudiciales para una persona menor de edad.

¹ Auxiliar Letrado del Ministerio Público Fiscal en Moreno - General Rodríguez. Diplomado en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (UBA), y en Sistema Penal y Nuevas Modalidades Delictivas (UNO). Jefe de Trabajo Práctico de Derecho Internacional Público en la Universidad Plácido Marín de San Isidro. Ayudante Docente Derecho Internacional Público (UBA). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-1318-9682>. Correo electrónico: fran.brocca@gmail.com

² Auxiliar Letrada del Juzgado en lo Correccional nro. 2 del Departamento Judicial de Moreno - General Rodríguez. Abogada (UBA), Diplomada en Régimen Procesal Penal (CALP), Sistema Penal Internacional y Nuevas Modalidades Delictivas y diplomando en Derecho Constitucional y Magistratura (UNO). Identificador ORCID <https://orcid.org/0009-0007-0127-3894>. Correo electrónico: magali.rybak@hotmail.com.ar

Palabras clave: niñez, Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), monismo o dualismo, prisión perpetua

Abstract: In 2017, the Supreme Court of Justice of the Nation interpreted a judgment from the Inter-American Court of Human Rights, going back to an old discussion about whether our nation adheres to a monist or dualist system of Human Rights. Based on said ruling the Supreme Court of Justice of the Province of Corrientes, in 2019, to rule that it is not obliged to comply with what is resolved in International Law and thus validated the imposition of a penalty of life imprisonment on a minor of age, an institute prohibited by the Convention on the Rights of the Child, under the argument of the “novelty” of the CSJN ruling and the directive that the Inter-American Court does not function as a further instance of appeal. In this work, we will delve into the consequences of the quasi-dualistic position adopted by the CSJN to which the ruling of the STJ of Corrientes under examination alluded, which has led to extremely harmful consequences for a minor.

Keywords: childhood, Inter- American Human Rights System (SIDH), monism or dualism, perpetual imprisonment

I - INTRODUCCIÓN

La relación entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido ambivalente a lo largo de la historia. Por momentos la CSJN acató las sentencias de la Corte IDH sin objeción alguna, llegando a dictaminar los ministros, tanto que las sentencias de este Tribunal internacional eran obligatorias como que sus opiniones consultivas también denotaban cierta obligatoriedad para el Estado.

En cambio, luego de lo dictaminado por la Corte IDH en “Fontevicchia y D’Amico”³, la CSJN argumentó que la primera no tiene la potestad para dictar una sentencia de semejante magnitud y por ende no debería acatarse lo resuelto⁴, retomando una vieja discusión sobre el carácter monista o dualista del Estado que parecía zanjada con el fallo “Ekmedjian c. Sofovich”⁵.

En el presente trabajo evaluaremos la posición cuasi dualista adoptada por la CSJN, que dificulta la incorporación del Derecho Internacional en el derecho interno, dando lugar a sentencias como la evidenciada en el fallo del STJ de Corrientes que se desarro-

³ Corte IDH, Serie C, No 238 “Caso Fontevicchia y D’ Amico Vs. Argentina”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre del 2011.

⁴ CSJN, Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’ Amico v. Argentina” por la CIDH, 14 de febrero de 2017

⁵ CSJN, Fallos: 315:1492, “Ekmedjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros”, del 07 de julio de 1992.

llará en el presente, y que generara en particular un avasallamiento sobre los derechos de los niños.

La discusión doctrinal monismo vs. dualismo gira en referencia a la incorporación del derecho internacional al ordenamiento interno. Mientras que la primera teoría propone la incorporación automática justificando que derecho internacional y el derecho interno son dos subsistemas que pertenecen a un mismo sistema normativo, los seguidores de la tesis dualista, al considerar que estas dos ramas del derecho son sistemas normativos distintos, requieren la transformación del derecho internacional para poder ser aplicado en el orden jurídico interno (González Napolitano, 2015, p. 277).

En este camino de análisis, deberemos tener en cuenta la doctrina del “control de convencionalidad” sentada por la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”⁶, en la que dictaminó que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o Pacto de San José de Costa Rica), teniendo en cuenta no sólo el tratado sino las interpretaciones de la Corte IDH.

La CSJN ya ha hecho uso de esta doctrina en la célebre causa “Simón”⁷, en la que afirmó que la jurisprudencia de la Corte IDH, así como las directivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados del Pacto de San José de Costa Rica.

La posición cuasi dualista adoptada por la CSJN dificulta la incorporación del Derecho Internacional en el derecho interno, dando lugar a sentencias como la evidenciada en el fallo del STJ de Corrientes respecto a la imposición de una pena de prisión perpetua para una persona menor de edad, generando así un avasallamiento sobre los derechos de los niños en particular⁸.

II - LA CUESTIÓN PENAL JUVENIL

La discusión sobre la cuestión penal juvenil es un problema de larga data, por ejemplo, podemos remontarnos a las casas reformativas o para jóvenes ofensores en Inglaterra, mientras que, ya más cercano a los años 2000, en los Estados Unidos de América emerge el movimiento conocido como “El movimiento pro salvación del niño” acom-

⁶ Corte IDH, Serie C, No. 154 “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, considerando 124.

⁷ CSJN, “Simón”, Sentencia del 14 de junio de 2005, considerando 17.

⁸ STJ de Corrientes Expediente nro. STP 381/15 caratulado: “Recurso de revisión en E. E. I. y otros s/ Homicidio triplemente calificado”, 4 de noviembre del 2017.

pañado de la lógica del positivismo como método científico, y de la filosofía económica-cultural del liberalismo y progresismo norteamericano del Siglo XX.

Este movimiento intentó hacer para el sistema penal – juvenil – lo que los industriales y los dirigentes empresariales quisieron hacer para la economía norteamericana: mantener el orden, la estabilidad y el control conservando al mismo tiempo el sistema de clases y de distribución de riquezas existentes al momento (Platt, 1997, pp. 23-24).

En este sentido, Platt fue muy crítico de este movimiento. Planteó que los defectos y las limitaciones de este movimiento fueron, justamente, en función de la tendencia psicológica de sus dirigentes a adoptar actitudes de rigidez y probidad moral. Gozó del apoyo de familias poderosas, que, ancladas en su ideal libertario-progresista, fueron reproduciendo de esta manera una fuerza de trabajo especializada y disciplinada (Platt, 1997, p. 23).

Seguendo con la evolución del derecho penal juvenil, surgió a nivel internacional, lo que se conoce como la doctrina de la situación irregular, estableciendo sub especies para diferenciar a la categoría “infancia”, no considerada un campo social homogéneo, postulando de ese modo el surgimiento de dos caras de una misma moneda, donde se podía vislumbrar dos situaciones completamente antagónicas, pero que igualmente eran asimiladas a idéntica tutela.

Por un lado, aquellos que socialmente se encontraban adaptados y quienes tenían sus necesidades básicas satisfechas (educación, familia, hogar, acceso a la salud). Y por otro, los que no lograban “encajar” en el seno de la sociedad, por nacer en sectores vulnerados, lo que esencialmente los convertía en “menores desviados”, ya sea por tener algún contacto con el sistema penal o por su evidente estado de pobreza, desamparo o de vulnerabilidad (Campos García, 2009, p. 355).

En ese contexto, en nuestro país tuvo su génesis la Ley nacional 10.903/1919, denominada “Ley Agote”, la cual regulaba – entre otras cosas – el “patronato de menores” que también ha sido receptada por otros Estados y la cual pregonaba un discurso tutelar, donde el menor (incluido o excluido) ya sea por una u otra razón necesitaba la intervención del Estado que lo proteja por la sencilla y llana razón de ser incapaces de valerse por sí.

Teniendo en cuenta esto, y recordando la filosofía del movimiento norteamericano de moda en ese momento, Movimiento Pro Salvación del Niño, donde el eje central radicaba en hacer el “bien” a los niños, niñas y adolescentes, se apreciaba la intervención irrestricta y sin límites por parte de los adultos para lograr un desarrollo adecuado, estigmatizando a los niños, niñas y adolescentes como incapaces, necesitados de tutela, sin brindar respuestas diferenciadas a aquellos menores que incurrieran en una infracción a la ley penal, de quienes se encontraban en situación de calle o desamparados, bajo ese escenario es que se desempeñaban los ex Tribunales de Menores de Argentina.

Con el paso del tiempo y el desarrollo de las herramientas internacionales, las cuales buscaron romper con los viejos paradigmas, en aras de enfatizar en el cumplimiento de los derechos humanos, en particular, de los niños, niñas y adolescentes, es que se

trabajó en la elaboración y creación de instrumentos que permitan la protección integral de este colectivo de personas, en una búsqueda incesante para reconocerlos como sujetos de derechos y no simplemente objetos de ello.

Surgió así la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención), adoptada por la Asamblea General de las Naciones en el año 1989. En este punto, es dable resaltar que la Argentina mediante la Ley 23.849, la incorporó a su derecho interno otorgándole, luego de cuatro años, tras la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22). Con ello, queremos resaltar los esfuerzos realizados por el Estado Nacional en consonancia con lo establecido por los organismos de derechos humanos respecto a la protección que todo niño, niña y adolescente y los deberes asumidos al ratificar la Convención.

Así también, nuestro derecho interno se ve complementado con la Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que refuerza el interés superior del niño como eje rector, previamente establecido por la Convención. A su vez, se establece respecto a los niños o jóvenes que quien deba juzgarlos no sea un juez universal, sino por el contrario, alguien capacitado para cumplir la función que requiere el fuero de especialidad.

En este camino, las nuevas necesidades han suscitado que todos aquellos magistrados y funcionarios que se desempeñen en el fuero, sean capacitados en la materia para que puedan dar la contención necesaria en todo proceso que se vea involucrado un menor, por ello que existan fiscales, defensores, jueces específicos para actuar en el fuero de la responsabilidad penal juvenil.

Por otra parte, interpretando esta Convención, respecto al artículo que consideramos es la piedra angular de todo el sistema juvenil (incluido el aspecto penal obviamente), la CIDH declaró

que la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño⁹.

En términos de Campos García, con la adopción de la Convención, poniendo como eje rector el principio del interés superior del niño, se supera la idea de incapacidad de los niños, niñas y adolescentes para asumir responsabilidad, concentrándose este sistema en la protección de derechos, más que en la protección de personas, lo que elimina el peligro de una selección que estigmatice y segregue (2009, p. 357).

Se reconoce la condición de las personas menores de edad, disminuyendo la posibilidad de manipulación del derecho por parte del poder punitivo, en razón de qué y

⁹ Corte IDH, Serie A nro.17 "Condición jurídica y derechos humanos del niño", - Opinión Consultiva OC - 17/02 del 28 de agosto de 2002.

ahora se encontrará limitado por derechos fundamentales, atendiendo así a las necesidades del niño, más que a las del Estado (García Méndez, 2019).

Argentina ratificó en 1990 la Convención, pero recién tras 25 años de vigencia de la misma, es que se adoptó una ley interna que receptó los principios de la doctrina integral esbozados en ella, pero sin desarrollar la cuestión penal juvenil, un debate que no ha prosperado hondamente en el Congreso de la Nación. El último intento infructuoso ocurrió en el año 2019 (García Méndez, et. al., 2019). Al día de hoy seguimos con un decreto ley, nro. 22.278/80 denominado “Régimen Penal de Minoridad”, adoptado por la última dictadura cívico-militar argentina que no contempla ni cumple con los estándares internacionales de la materia, mismo habiendo sido sancionado por ello el Estado argentino en el fallo “Mendoza” de la Corte IDH¹⁰.

Esta última cuestión es de vital importancia para este trabajo, puesto a que nuestro entender, no sólo Argentina no adoptó legislación interna adecuada en la materia, sino que el Supremo Tribunal de Corrientes para justificar la imposición de pena perpetua a un menor de edad, expresamente prohibida por la Convención y en las Observaciones Generales del Comité del Niño, desoyó claramente la normativa internacional basándose en el fallo “Fontevicchia y D’Amico” de la CSJN.

III - LA RELACIÓN ENTRE LA CORTE IDH Y EL ESTADO ARGENTINO

Como explica Contesse, la Corte IDH ha ido estableciéndose, a través de su propia doctrina y jurisprudencia, en la voz judicial suprema en materia de interpretación y control de los Derechos Humanos en América, ello a través de dos mecanismos particulares: el control de convencionalidad y el diálogo que hay entre la Corte IDH y los tribunales de los Estados americanos, logrando un *ius constitutionale commune* (Contesse, 2021).

Sin embargo, y a raíz de este ambicioso plan que llevó adelante la Corte IDH, la misma fue objeto de varios ataques. Los mismos fueron perpetrados en su mayoría por los Estados, disconformes con las sentencias de este Tribunal, de doctrinarios afines a las políticas de los Estados, y también de los propios ministros que trabajan o trabajaron en la Corte IDH.

El último citado autor diferencia entre *pushbacks* y *backlash*¹¹, de acuerdo a qué aspecto del máximo tribunal americano en materia de Derechos Humanos se ataque. En relación al tema traído a estudio, podríamos identificar como *pushback* lo dictaminado por Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en relación al

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, Sentencia de 14 de mayo de 2013.

¹¹ Por *pushbacks* se entiende a aquellos ataques directamente a la Corte, más severos, mientras que el término *backlash* hace alusión a ataques a la doctrina de la Corte.

caso “Fontevicchia y D’Amico”. Lo allí sentenciado no se condijo con el fallo “Derecho, René” de este mismo Tribunal, y de donde se desprendió, en nuestra opinión, la doctrina que todo Tribunal Superior de un Estado debería de adoptar al dialogar con un Tribunal internacional.

En el fallo “Derecho, René”¹², la mayoría de la CSJN hizo lugar al recurso de revocatoria y dejó sin efecto la sentencia que ella misma había dictado con fecha 11 de julio de 2007 confirmando la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que declaró la prescripción de la acción penal respecto del Sr. René Jesús Derecho a quien se le atribuyó el delito de Privación Ilegal de la Libertad, con el fin de cumplir con la reparación impuesta por la Corte IDH en el caso “Bueno Alves”.

De esta manera, con la postura sentada por la CSJN desde el fallo “Ekmekdjian c. Sofovich”, se había mutado de un criterio dualista a uno monista, generando que el Estado argentino oscile a un lugar más permeable para adoptar las decisiones de la Corte IDH. Se reforzó esta idea con las posturas adoptadas por máximo tribunal en los fallos “Simón” y “Mazzeo”¹³, pero más aún con el ya citado fallo “Derecho, René”.

Pero es interesante la postura de la CSJN en los fallos “Simón” y “Mazzeo” porque utiliza argumentos y cita la sentencia de la Corte IDH en “Barrios Altos”¹⁴, para derogar las leyes de “Obediencia Debida” (Ley Nacional nro. 23.521) y “Punto Final” (Ley Nacional nro. 23.492), no permitiendo ninguna amnistía o conmutación de pena impuesta a personas condenadas por crímenes de lesa humanidad.

Se encuentra establecido en la CADH, en la doctrina internacional y en las resoluciones de la Corte IDH que las sentencias de este Tribunal son obligatorias únicamente para los Estados parte en la controversia¹⁵. Argentina, en una lógica y acertada decisión, amplió en ese momento su postura para adoptar criterios de la Corte IDH y derogar así las dos leyes mencionadas anteriormente. En “Barrios Altos”, el Estado denunciado fue Perú, y la Corte IDH adoptó su criterio, el cual se mantiene, respecto que los crímenes de lesa humanidad no prescriben “CSJN.- causa nro. 259/2005”¹⁶, como así que los condenados por los mismos no pueden ser amnistiados o conmutadas sus penas.

¹² CSJN. Causa nro. 24.079, “Derecho, René Jesús s/ prescripción de la acción penal”, del 29 de noviembre de 2011.

¹³ CSJN. Fallos: 330:3.248, “Mazzeo Julio Lilo y otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad”, del 13 de julio de 2007.

¹⁴ Corte IDH. Serie C nro. 75, “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia de fondo de fecha 14 de marzo de 2001.

¹⁵ *Amici Curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Fontevicchia y D’Amico v. Argentina”, presentado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University Washington College of Law.

¹⁶ CSJN. Causa nro. 259, “Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/ Homicidio y Asociación Ilícita”, del 08 de marzo de 2005.

También en el año 2017, posterior al fallo “Fontevicchia y D’Amico”, la CSJN volvió a adoptar una decisión contrariando la doctrina de la Corte IDH. Lo hizo en el marco de la causa “Muiña”¹⁷. En ella, aplicó una ley interna, mediante la decisión de la mayoría, constituida por los ministros Highton, Rosenkrantz y Rosatti, quienes declararon aplicable la Ley 24.390 (conocida como “2 x 1”), que estuvo vigente entre los años 1994 y 2001, hoy derogada, que reducía el cómputo de la prisión, porque se trataba de la ley más benigna¹⁸. Por cada día detenido la persona sin condena firme, transcurridos los dos años de detención, se computaban como dos días de prisión. En disidencia, votaron los jueces Lorenzetti y Maqueda, quienes señalaron que esa reducción no es aplicable a los delitos de lesa humanidad.

Se puede concluir en este análisis, que el año 2017, con la nueva composición de la CSJN, la postura que adoptó fue acercarse a la posición que defiende la teoría del dualismo, siendo que entre sus defensores se impone la idea de la no obligatoriedad de cumplimiento de los estándares internacionales impuestos por la Corte IDH, lo cual se desprende de lo dictaminado en los fallos, “Fontevicchia y D’Amico” y “Muiña”, lo que como dijimos pudo ser el punto de partida de la sentencia del máximo Tribunal de una provincia argentina que expondremos a continuación.

IV - ANÁLISIS DEL FALLO DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CORRIENTES (STJ): EXPEDIENTE N° STP 381/15

Ingresando de lleno en la cuestión de fondo, esto es la decisión adoptada por mayoría para justificar la imposición de pena perpetua a una persona que, al momento de cometer el hecho era menor de edad, debemos adelantar que el fallo fue emitido en el año 2017, tres meses después de dictado el fallo “Fontevicchia y D’Amico” por la CSJN.

En su argumento, el STJ de Corrientes expresó respecto al fallo “Fontevicchia y D’Amico” que sin intención de ingresar en un discurrir dogmático, entendían que preliminarmente la Corte ha adoptado una postura, que so pena de encasillarla prefirieron considerarla novedosa (del voto del Sr. Ministro Dr. Eduardo Gilberto Panseri, punto IV párrafo 7 del fallo del STJ de Corrientes).

Ahora bien, la discusión dogmática que a nuestro entender no evidencia la sentencia del STJC, pero que, sin embargo, se vislumbra al citar la sentencia “Fontevicchia y D’Amico”, es si la Corte IDH funciona o no como una cuarta instancia. Lo cierto es que,

¹⁷ CSJN, Fallos 1574:2014, Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa “Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otros s/recurso extraordinario”, del 03 de mayo de 2017.

¹⁸ Cabe aclarar que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados adoptada el 23 de mayo de 1969, prohíbe que los Estados incumplan con sus obligaciones internacionales asumidas amparándose con una ley interna.

si bien la misma Corte IDH y la CSJN han dicho en sentencias, por ejemplo, en “Fontev ecchia y D’Amico”, que no funcionaría como una cuarta instancia en teoría, pero en la práctica lo hace y a nuestro entender lo debe hacer. Los Derechos Humanos (DDHH), en su totalidad, son una limitación muy clara al poder estatal. Por ende, la existencia de un Tribunal externo al Estado que decida en los casos más controversiales o problemáticos respecto a si el Estado es responsable o no en la violación los DDHH, resulta garantía de cumplimiento y una suerte de guardiana para que los Estados cumplan.

Entonces, el STJ de Corrientes ingresa en la discusión sin querer hacerlo al citar el fallo de la CSJN, no dice nada al respecto, siendo su argumento consecuente con un derecho penal de adultos, lo cual resulta endeble a los ojos de un derecho penal juvenil especial como obliga la CIDH.

De esta manera, a nuestro entender el STJ de Corrientes vulnera completamente esta legislación, con un argumento endeble y falta de lógica a los parámetros que venía teniendo la CSJN, a pesar que hay que mencionar que la CSJN siempre se caracterizó por oscilar entre posiciones monistas o dualistas.

Más allá de la discusión de si la CSJN sigue una u otra posición en “Fontev ecchia y D’Amico”, el problema más grave que trajo consigo la sentencia, es ser el puente de oro a que los tribunales argentinos comiencen a basarse en esta posición para violar el derecho internacional. Entendemos así, que se ha producido un retroceso de la jurisprudencia de la CSJN en la implementación del derecho internacional en nuestro derecho, siendo que el camino para llegar a una aceptación del derecho internacional no ha sido sencillo en la recepción jurisprudencial.

Pese que después se condene al Estado argentino y se lo aperciba en una instancia internacional, como ocurrió en el citado fallo “Mendoza” de la Corte IDH, el daño ocasionado o que puede ocasionar es grave. El STJ de Corrientes en este caso, con su fallo, condenó a una persona menor de edad a prisión perpetua, sosteniendo una postura que constituye clara violación a una norma imperativa del derecho penal juvenil internacional, un daño irreparable que acrecienta una discusión que todavía no se ha dado, adoptar una ley interna respecto al derecho penal juvenil que cumpla con los estándares internacional y que acabe con tanta discrecionalidad.

V - PRISIÓN PERPETUA A JÓVENES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Previo a profundizar nuestro punto de vista acerca de la aplicación de la prisión perpetua a menores en conflicto con el sistema penal, señalaremos algunas cuestiones que consideramos relevantes, para abordar el tratamiento diferenciado que merecen por su condición particular.

Liminarmente, el art. 18 de la Const. Nac. enumera las garantías que debe tener toda persona (sin distinción) que se encuentre sometida a proceso. Entre ellas, el debido proceso (correcta defensa en juicio y el ser juzgado en un plazo razonable), la presun-

ción de inocencia, el principio de legalidad, irretroactividad de la ley penal, juez natural y el principio de culpabilidad.

Nos detendremos a analizar éste último, para ello, es preciso aclarar que nuestra Constitución Nacional en su artículo 1 establece la forma representativa, republicana y federal de gobierno, en consonancia con lo que postula todo Estado de Derecho.

Particularmente, la forma republicana, pretende la desconcentración del poder a través de la división de los tres poderes del Estado (poder legislativo, ejecutivo y judicial), para así evitar la contaminación y la toma de malas decisiones que involucren y perjudiquen a la sociedad, bajo un sistema de frenos y contrapesos.

El Estado de Derecho, implica además de la igualdad ante la ley (art.16 de la Const. Nac.) y el reconocimiento de todas las personas que conforman la ciudadanía como sujetos de derecho. De allí, que nuestro código sustantivo en correlato con nuestra norma fundante establezca que el sistema penal argentino es un derecho penal de acto y no de autor (art.19, Const. Nac.).

El derecho penal de acto implica que a una persona se la juzgue por el comportamiento antijurídico que comete, independientemente de sus condiciones personales, se lo juzga por lo que hizo y no por lo que es, pues, el derecho en base a estereotipos preconcebidos, se encuentra expresamente prohibido.

Y es en ese sentido que, el principio de culpabilidad asume una labor esencial en la materia, dado que impone un límite infranqueable al poder punitivo estatal, toda vez que requiere que exista una proporción entre el hecho que se juzga y la respuesta sancionatoria, de lo contrario estaríamos frente a una pena ilegal, desmesurada.

En virtud de lo expuesto, ahora cabe hacer un paralelismo respecto a las particulares situaciones, donde aquel involucrado negativamente con la ley resulta ser un niño, niña o adolescente, puesto que no podemos obviar que se trata de una parte de la población que se encuentra vulnerada por una pluralidad de causas, es decir, no solo importa su edad, sino que incide las circunstancias previas y concomitantes del resto del entorno familiar con semejantes contactos con el sistema carcelario, la falta de educación, marginalidad, adicciones, entre otros factores.

De la experiencia, se advierte que los jóvenes que hoy día se encuentran sometidos a proceso generalmente no resultan ser los primeros en su seno familiar en atravesar una situación similar donde se inclinan a la comisión de delitos, es por esa razón, por tratarse de personas en pleno desarrollo, donde aún están moldeando su personalidad, requieren de un acompañamiento para que puedan contar con posibilidades ciertas de cambiar su historia y convertirse en adultos con una digna proyección de vida. Tal es así, que la Convención sobre los Derechos del Niño postula la protección integral del niño, teniendo como eje su interés superior (art. 75 inc. 22 de la Const. Nac., art. 3 de la C.D.N., Ley 23.849 y art. 3 de la Ley 26.061).

Así las cosas, cuando es algún integrante de este sector de la sociedad que se encuentra en crisis con la ley penal, resulta ineludible el tratamiento diferenciado, puesto que no puede ser reprochado del mismo modo a un infante o a un joven que a un

adulto, de quien se supone ha alcanzado el grado de madurez para poder motivarse conforme a las normas.

No puede pasarse por alto, la inmadurez cognitiva a esa altura de crecimiento, su evidente estado de desarrollo y sus realidades psicoactivas que influyen de manera negativa o positiva en la autodeterminación de su conducta.

Es por ello que, a menor culpabilidad, menor debe ser la respuesta estatal, de allí que el fuero de la especialidad impone un tratamiento diferenciado, basado en una protección integral de esa parte de la población, donde se acompañe al menor para su reeducación, en pos de su reinserción y no a su destierro social.

Es pacífica la doctrina en cuanto que los menores poseen como base todos los derechos reconocidos en el ordenamiento interno e internacional inherentes al ser humano, a los que además deben agregarse todos aquellos que posean por su condición especial, por ser una población estrictamente vulnerable por su edad, por lo tanto, tienen como mínimo todos los derechos y garantías que se le asignan a los adultos, a los que se le agregan los de la especialidad.

Dicho ello, no escapa al análisis del presente que la condena a prisión perpetua es la más severa de las sanciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico para delitos especialmente graves. Pero, así como el Código lo permite, la Convención, sumado a las Observaciones Generales nro. 10 y nro. 24 del Comité de los Derechos del Niño, que reemplazó a la primera, prohíben expresamente la pena de prisión perpetua a los niños, niñas y adolescentes sin discusión al respecto.

En esa línea, cabe traer a colación lo sostenido por Beccaría en su obra *De los delitos y de las penas* en torno a la celeridad de los procesos y la eficacia de la pena en la medida de la gravedad del delito. El citado autor, afirmaba que no podía llamarse a una sociedad "legítima" a aquella en que no sea principio ineludible que los hombres hayan querido someterse a los menores males posibles, en virtud de lo cual, el castigo debía ser directamente proporcional al mal causado, lo más eficaz posible para los demás y lo menos dura posible para quien la sufre.

Y en ese sentido postulaba que cuanto más pronta sea la respuesta al delito, sanción, – estrictamente ligado al principio de celeridad –, mayor incidía en el ánimo de los hombres, que aquella era consecuencia directa del comportamiento contrario a la norma, asimilable a una causa y efecto (Beccaria, 2005, p. 74).

La postura de la CSJN ha sido determinante en cuanto a la inconveniencia de aplicar a jóvenes la sanción perpetua, mediante la decisión adoptada en el fallo "Maldonado"¹⁹. Allí el cimero Tribunal se abocó a tratar la penalidad atenuada a jóvenes en conflicto con la ley penal, al revocar la decisión adoptada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, mediante la cual le impuso a Maldonado la pena de prisión perpetua.

¹⁹ CSJN. Causa nro. 1174, "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", Sentencia del 7 de diciembre del año 2005.

En primer lugar, cabe aclarar que en el caso Maldonado se debatía si era aplicable la escala penal reducida a los menores en conflicto con la ley penal. Y por otro, si la Casación al casar y revocar la sentencia efectuada por el *a quo* lo había realizado respetando las garantías constitucionales del joven.

Del precedente aludido, destacaremos algunas conclusiones que parecen interesantes resaltar del voto efectuado por la Dra. Argibay que clarifican la cuestión bajo análisis. Veamos: al emitir su voto la citada magistrada se refirió acerca de la legitimidad de las penas que deben imponerse en un Estado de Derecho, cuyos límites deben estar dados por la interpretación armónica de todas las herramientas con la que contamos los operadores judiciales respecto de aquellas que regulan su aplicación en el régimen penal juvenil, como por ejemplo, las Reglas Mínimas de Beijing que en su art. 3 extiende el alcance de los principios contenidos a los jóvenes adultos.

Es vital señalar que, en cuanto al principio de proporcionalidad remarcó que la privación de la libertad, como medida de último recurso, debe mantenerse durante el período más breve posible. En éste punto es preciso recordar que, en la Provincia de Buenos Aires, la prisión preventiva de los menores, no puede exceder de los 180 días, prorrogables por 180 días más (art. 43 de la Ley 13.634), pudiendo el Defensor solicitar la revisión de la medida de coerción cada tres meses.

La Dra. Argibay consideró que, si bien el delito debía ser el factor decisivo necesario, no resulta suficiente para la determinación del castigo, toda vez que cuando de jóvenes se trata deben ponderarse otros factores que inciden directamente en la conducta antijurídica, pues, debe ponerse especial atención la situación en la que se encuentran los jóvenes en conflicto con la ley penal a los efectos de salvaguardar la proporcionalidad. Por esa simple razón, y en respuesta al interrogante planteado de sí la Casación Nacional había dictado su fallo condenado a prisión perpetua, respetando los derechos fundamentales del joven Maldonado, a nuestro modo de ver, nada más lejos de ello, dado que su decisión no observó los lineamientos efectuados por los organismos internacionales y respecto de los cuales el estado argentino asumió su compromiso internacional.

Máxime sí, el art. 4, segundo párrafo del Decreto-Ley 22.278/80 prevé la posibilidad de aplicar la escala penal reducida de la tentativa y la Convención prohíbe expresamente el encierro perpetuo por los efectos nocivos que produce en los infractores.

La sentencia mencionada resultó trascendental para la determinación de la sanción en jóvenes delincuentes (marcó un antes y un después) respecto a la interpretación del precepto legal precitado, mediante el cual se entendió que optar por la escala de la tentativa debía ser la regla y no la excepción, siendo deber de los magistrados en caso de apartarse de la norma fundar su negativa, otorgándoles de esa manera un cierto margen de discrecionalidad a los jueces a la hora de resolver.

En tal sentido, la circunstancia de que los menores de dieciocho años gocen del principio de culpabilidad disminuida y con ello la posibilidad (en caso de ser necesario la imposición de pena) de fijar una sanción que se corresponda a la escala de la

tentativa del delito que se trate, guarda estricta relación con el principio de proporcionalidad y los fines preventivos especiales de la pena, visto como medidas de acción positiva tendientes a la reeducación y reintegración del joven a la comunidad, como un ser útil.

Tal como lo ha delineado la CSJN en “Maldonado”, emerge a fin de respetar derechos fundamentales de las infancias, la necesidad de observar las posibles consecuencias de la pena, como influye en la vida del adolescente su imposición, que se tenga en cuenta el grado de culpabilidad del menor y mayor grado de discrecionalidad en los jueces especializados a la hora de evaluar su aplicación, meritando cuidadosamente si resulta o no menester para la rehabilitación del menor.

Posteriormente, el Alto Tribunal tuvo la oportunidad de expresarse en “Marteau”, donde destacó que la necesidad de la pena a la cual hace referencia la Ley 22.278 (Régimen Penal de Minoridad), de ningún modo puede ser asociada a conceptos como “peligrosidad” o “gravedad del hecho”, dado que deben atenderse los fines resocializadores.

Como corolario, es dable mencionar que si bien el caso “Mendoza” data del año 1999 anterior a lo sentado por la Corte Nacional, lo cierto es que la condena a prisión perpetua a Mendoza y sus consortes por hechos de gravedad (cometidos cuando eran menores), fue motivo de tratamiento ante la Corte IDH y ameritó la declaración de responsabilidad internacional del Estado Argentino (año 2013)²⁰.

El máximo tribunal internacional, sostuvo que la medida privativa de la libertad como consecuencia de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Asimismo, remarcando lo estatuido por la CADH en su art. 5.6 la cual establece “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, consideró que la prisión y reclusión perpetuas, por su esencia, no cumplen con el objetivo de la reintegración social de los niños, por el contrario, implican su máxima exclusión de la sociedad, operando de forma netamente retributiva.

Por lo tanto, no son proporcionales ni logran el fin al que se aspira convencionalmente ya sea para los adultos en contacto con la ley penal y más aún en los niños en iguales circunstancias, siendo obligación indiscutible de los Estados, de la familia y de la sociedad de velar por los derechos de la población más vulnerable.

VI - CONCLUSIÓN

Sin perjuicio del planteo de una nueva discusión entre monismo o dualismo, que parecía haber quedado zanjada, la cual ha vuelto a la escena tras el fallo y la postura de

²⁰ Corte IDH, Serie C nro. 260, “Caso Mendoza y otros v. Argentina, Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones”, Sentencia 14 de mayo de 2013.

nuestra CSJN en el citado fallo “Fontevicchia y D’Amico”, decisión que luego fuera utilizada para la imposición de pena perpetua por parte del STJ de Corriente, entendemos que el eje central a tener en cuenta a la hora de decidir debe ser el principio rector de este fuero penal particular, el “interés superior del niño”.

Sostenemos que tal como lo ha expresado el Supremo Tribunal Nacional (Maldonado) y la Corte IDH (Mendoza), no debemos perder el norte de cual resulta ser la finalidad de la pena, algo que ha quedado establecido luego de sendas y amplias discusiones doctrinarias, esto es, que la resocialización del delincuente debe ser el ideal a seguir.

Somos conscientes que para ello, se necesita la implementación de medidas de acción positivas tendientes a la realización de mejoras en lo atinente a legislación más clara en el ámbito minoril y que se corresponda a los lineamientos dados por la Convención, la descongestión de establecimientos carcelarios, las mejoras en los centros de contención que albergan a los menores, a la asistencia a la familia y el acompañamiento de las infancias que permitan verdaderamente la construcción de un adulto con proyección.

Va de suyo que, con la imposición a un joven de una pena de prisión perpetua, más allá, de desoír que la prisión debe ser utilizada como *última ratio*, cuando no exista otro medio posible para garantizar su interés superior, se trunca toda posibilidad de establecer un proyecto de vida, de conformar una familia, de gozar de salud, de educación y de todos aquellos derechos inherentes por la condición de ser humano, es privarle la posibilidad de poder repensar sus actos para reintegrarse a la sociedad como un sujeto útil. Y ello, ineludiblemente produce efectos nocivos en el adolescente, equiparables a un sometimiento constante de saber que no tendrá un futuro, no puede reeducarse, tampoco puede recomponer ni reparar el daño causado.

Sentado ello y para culminar, todos los operadores judiciales debemos desde nuestro humilde lugar, replantearnos nuestra labor diaria y atender el caso concreto con todas las herramientas disponibles para evitar caer en el discurso facilista de que la prisionización es la solución para culminar con el delito. El desamparo minoril, principal causa de delincuencia joven, puede mitigarse con la debida diligencia por parte de los Estados actuando en pos de su protección integral, brindando mayores recursos educativos, salud, seguridad y generando espacios de contención psico-afectiva.

REFERENCIAS

- BECCARIA, C. (2005). *De los delitos y de las penas*. Editorial Libertador.
- BELOFF, M. (2012). *Convención sobre los Derechos del Niño comentada, anotada y concordada*. La Ley.
- CAMPOS GARCÍA, S. (2009). La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. *Revista IIDH*, (50). 351-377.
- CONTESSÉ, J. (2021). *Judicial Interactions and Human Rights Contestations in Latin*

America, Journal of International Dispute Settlement, idab005, <https://doi.org/10.1093/jnlids/idab005>.

CONTESSÉ, J. (2019). *Resisting the Inter-American Human Rights System*, 44 *Yale J. Int'l L.* Available en <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol44/iss2/1>, 2019.

GARCÍA MÉNDEZ, E., OTERO, R. F. Y VÁZQUEZ, S. (2019). *Historia y futuro de la cuestión penal juvenil. De Tejedor a Videla*. Ediciones Didot,

GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (Coord). (2015). *Lecciones de Derecho Internacional Público*. (1^ª ed.) Errepar.



NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA
FAMILIAR. ABORDAJE COMO VÍCTIMAS DE LA CONFLICTIVA
Santiago Gabriel Civitico

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

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 18/08/2023

Aprobado: 30/08/2023

**NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
EN CONTEXTO DE VIOLENCIA FAMILIAR
ABORDAJE COMO VÍCTIMAS DE LA CONFLICTIVA**

**BOYS, GIRLS AND ADOLESCENTS
IN THE CONTEXT OF FAMILY VIOLENCE
APPROACH AS VICTIMS OF FAMILY CONFLICT**

*Por Santiago Gabriel Civitico*¹

Universidad Abierta Interamericana, Argentina

Resumen: El artículo presenta dos tópicos que aquejan al conjunto de la sociedad, los cuales serán abordados dentro del ámbito de la provincia de Buenos Aires a través del análisis de las estadísticas elaboradas por el Registro de Violencia Familiar de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires (conf. art. 18 de la Ley 12.569, texto s/Ley 14.509). Este trabajo busca demostrar que existe un nexo de causalidad entre ambas situaciones planteadas en el título para poder elaborar estrategias de abordaje eficientes entre todos los operadores intervinientes desde el primer momento en que se toma conocimiento de una situación de violencia familiar donde se encuentren involucrados, aunque más no sea como testigos, niños, niñas y adolescentes.

Palabras clave: niñez, adolescencia, violencia, protección

Abstract: The article presents two topics that afflict society as a whole, which will be addressed within the scope of the province of Buenos Aires through the analysis of the statistics prepared by the Family Violence Registry of the Supreme Court of Justice of the province of Buenos Aires (conf. art. 18 of Law 12,569, text s/Law 14,509). This work seeks to demonstrate that there is a causal link between both situations raised in the title in order to develop efficient approach strategies among all the intervening operators from the first moment they become aware of a situation of family violence where they are involved, although but not as witnesses, children and adolescents.

¹ Secretario del Juzgado de Familia nro. 7 del Departamento Judicial de Morón. Docente Universitario (UAI). Docente Diplomatura de Género y Gestión Institucional (UNDEF). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6527-1183>. Correo electrónico: santiagocivitico@gmail.com

Keywords: justification causes, legitimate defense, violence against women, gender perspective

I - VIOLENCIA FAMILIAR

Aproximación a la problemática

La violencia, en sus distintas formas, dentro del ámbito familiar no es una problemática exclusiva u originada en estos tiempos, históricamente se han registrado este tipo de situaciones. En la gran mayoría de los casos silenciada, ocultada o invisibilizada, no solo por sus protagonistas sino también por aquellas personas que resultaban testigos de esos episodios.

Los avances a lo largo de la historia de distintos colectivos sociales, el crecimiento de los Derechos Humanos y por sobre toda las cosas el empoderamiento que han ido logrando las mujeres no solo en Argentina sino a nivel mundial, a través de años de lucha y reclamos por el reconocimiento de sus derechos²; sumado a la proliferación y acceso casi irrestricto a través de la tecnología a un caudal de información que antes resultaba vedado, o en su defecto, restringido solamente a ciertos medios de comunicación, por parte de la gran mayoría de la sociedad, han sido algunos de los factores que permitieron arrojar luz y visibilizar este flagelo como nunca antes había ocurrido.

El hecho de darle un nombre específico con su correspondiente contenido, dejando atrás significaciones que desviaban la atención, o bien, resultaban imprecisas y vagas, ha permitido en primer lugar poner sobre el tapete una problemática real y existente que aquejaba a muchas familias y darle un marco propio y concreto que permita avanzar sobre terreno firme para su abordaje.

Es por ello que, la posibilidad de plantear y/o evaluar un crecimiento de las situaciones de violencia dentro del seno familiar, resulta posible, con información más o menos precisa de un tiempo a esta parte, donde los registros existen pero aún resultan difusos e imprecisos en algunos aspectos, dificultando de esta manera la realización de estadísticas que abarquen la mayor cantidad de situaciones fácticas posibles y entreguen herramientas confiables para abordar de forma integral y eficaz la problemática por parte no sólo del Estado, a través de sus diversos organismos que lo componen, sino también por parte de la sociedad en su conjunto.

Antes de adentrarnos en una definición de violencia familiar cabe destacar que el paradigma de la familia nuclear, heterosexual, matrimonializada, sacralizada, con una

² Unión de Mujeres Argentinas (1947), Centro de Estudios Sociales de la Mujer Argentina, CESMA, (1974); Agrupación de Mujeres Alfonsina Storni, AMAS, (1977); Organización Feminista Argentina, (1981); Fundación para el Estudio de la Interrelación Mujer-Sociedad, FEIMUS, (1982).

figura masculina que se impone como jefe de familia proveedor y una mujer abocada al cuidado de los hijos y de la vivienda familiar ha perdido terreno, o cuanto menos no es necesariamente el único modelo familiar existente.

Sólo por nombrar algunas formas de organización familiar actuales podemos referenciar a la familia ensamblada, la familia monoparental, la familia ampliada y la familia homoparental. Cada una de ellas necesariamente configurará una organización y una dinámica diferente conforme sus necesidades y composición familiar.

Al respecto tiene dicho la Dra. Marisa Herrera:

el reconocimiento expreso de diversas formas de organización familiar es la consecuencia ineludible de la noción de pluralismo que campea la doctrina internacional de Derechos Humanos. Aceptar otras formas de relaciones merece igualmente, protección jurídica reconociendo el principio de pluralismo y de libertad que ve personificar la sociedad posmoderna. (2015)

La importancia de ese reconocimiento radica en la posibilidad de contextualizar los episodios de violencia en el marco de los diversos formatos familiares existentes.

Ahora bien, la Ley provincial 12.569 de Violencia Familiar, publicada en el Boletín oficial con fecha 2 de enero del año 2001, modificada por la Ley 14.509 (Boletín Oficial 3 de junio del año 2013), en su artículo primero refiere que: "se entenderá por violencia familiar, toda acción, omisión, abuso, que afecte la vida, libertad, seguridad personal, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, de una persona en el ámbito del grupo familiar, aunque no configure delito". Acto seguido en el segundo artículo establece cual es la noción a los efectos de la ley de grupo familiar, afirmando que

entenderá por grupo familiar al originado en el matrimonio o en las uniones de hecho, incluyendo a los ascendientes, descendientes, colaterales y/o consanguíneos y a convivientes o descendientes directos de algunos de ellos. La presente Ley también se aplicará cuando se ejerza violencia familiar sobre la persona con quien tenga o haya tenido relación de noviazgo o pareja o con quien estuvo vinculado por matrimonio o unión de hecho.

Como se puede observar, ambos artículos citados se caracterizan por la amplitud de sus definiciones y conceptos, cuestión que no resulta azarosa, sino que por el contrario tiene una finalidad específica y premeditada: no dejar fuera de su regulación a ninguna forma de violencia; ello, dentro de la mayor posibilidad de variantes de organizaciones familiares y/o relaciones afectivas entre personas.

Resulta evidente que, sea cual fuera la forma de organización familiar, cuando en la misma haya niños, niñas o adolescentes (en adelante NNyA), hijos de ambos adultos o de uno solo de ellos, los mismos cuanto menos serán testigos de la violencia entre los adultos, siendo muy frecuente que sean también víctimas directas de la violencia ejercida por el agresor.

Situación de los NNyA en contexto de violencia familiar

Abordar la problemática planteada implica necesariamente la articulación entre aquellas leyes de carácter protectorio sobre la materia. Para ello debemos partir desde el sistema integral de promoción y protección de los derechos (en adelante SPPD) de NNyA, a través de la Ley provincial 13.298 y su par nacional 26.061 hacia la Ley provincial 12.569 (modif. ley 14.509) de protección contra la violencia familiar.

Si bien el sistema integral de promoción y protección de los derechos de NNyA resulta más abarcativo y complejo desde el abordaje que realiza, comparte al fin y al cabo, la misma finalidad con la ley de protección contra la violencia familiar: la protección de NNyA cuando sean víctima de violencia, cualquiera sea la forma en que esta se manifieste.

Aclarada dicha circunstancia, entendemos insoslayable un análisis conjunto de la información recabada por ambos sistemas de protección. En este punto surge quizás el primer escollo para lograr información certera entre ambos sistemas, puesto que no existe oficialmente una fuente unificada por tratarse justamente de sistemas protectorios distintos sin perjuicio de compartir en muchas ocasiones el mismo objeto de tutela.

La información correspondiente al SPPD de NNyA depende del REUNA (Registro Estadístico Unificado de Niñez y Adolescencia), un sistema de información diseñado como herramienta de producción y consulta de información sobre NNyA, en su relación o vínculo con el SPPD, en casos de vulneración de derechos.

Mientras que las estadísticas acerca de las causas iniciadas en el marco de la protección contra la violencia familiar son recabadas por el Registro de Violencia Familiar – creado por el art. 18 de la Ley 12.569, texto según Ley 14.509 –, reglamentado y ampliado en sus funciones por Acuerdo nro. 3.690, Res. nro. 140/15 (SPL) dependiendo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

La especificidad del SPPD de NNyA por su naturaleza brinda información más específica, ya que el inicio del abordaje, desde la etapa primigenia y previa a la judicialización, se realiza ante la posible vulneración de los derechos inherentes a los menores de edad y se trabaja integralmente en la restitución de los mismos, buscando revertir dicha situación para garantizar un desarrollo armónico de la personalidad de los menores de edad.

Distinto sucede muchas veces en las intervenciones realizadas a través de las denuncias hechas por situaciones de violencia familiar en el marco de citada ley 12.569. La diferencia radica esencialmente en la modalidad del abordaje que se realiza. En primer lugar cabe referir que no suele existir una intervención previa a la judicial, ya que se inician con las denuncias realizadas mayormente en las comisarías, las cuales dan origen directo a una causa judicial.

En ese orden de ideas, al receptarse la denuncia no siempre se identifica a los menores de edad que componen el grupo familiar como posibles víctimas, cuestión que

puede entorpecer la intervención judicial al no contar con la totalidad de los elementos necesarios, a través de la denuncia, para una actuación integral que abarque la conflictiva desde todas las aristas posibles.

Esta no es una cuestión menor, porque al depender el abordaje judicial del contenido recabado en la denuncia, la mayor o menor precisión no sólo en el relato de los hechos sino además en la individualización de todo el grupo familiar y el lugar que ocupa cada miembro dentro de esa dinámica familiar violenta resulta vital para una intervención eficiente a través del dictado de aquellas medidas que mejor se ajusten a la realidad familiar en cada caso particular.

La importancia de identificar a tiempo que las situaciones de violencia familiar afectan a los NNyA como víctimas sin la necesidad de ser quienes reciben las agresiones en forma directa es la herramienta más importante para una actuación que posibilite minimizar los efectos nocivos que causan en el desarrollo armónico de su personalidad.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud en una reunión de consulta sobre la Prevención del Maltrato de Menores, redactó en 1999 un informe (*Violencia-y-Salud-Mental-OMS.pdf*) con la siguiente definición:

El maltrato o la vejación de menores abarca todas las formas de malos tratos físicos y emocionales, abuso sexual, descuido o negligencia o explotación comercial o de otro tipo, que originen un daño real o potencial para la salud del niño, su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

En ese mismo informe la OMS referencia las repercusiones en los hijos de aquellas parejas que poseen relaciones violentas, determinando que:

En un estudio hecho en Irlanda, 64% de las mujeres maltratadas dijeron que sus hijos presenciaban habitualmente la violencia; lo mismo declararon el 50% de las mujeres maltratadas en Monterrey. Los hijos que presencian la violencia matrimonial presentan mayor riesgo de sufrir una amplia gama de problemas emocionales y de conducta, entre ellos ansiedad, depresión, mal rendimiento escolar, poca autoestima, desobediencia, pesadillas y quejas sobre la salud física. Estudios realizados en los Estados Unidos y el Canadá indican que los hijos que presencian episodios violentos entre sus padres presentan con frecuencia muchos de los mismos trastornos conductuales y psicológicos de los niños que son maltratados directamente.

Más cerca en el tiempo, la misma entidad en el informe realizado en el mes de septiembre del año 2022 afirma que:

Casi 3 de cada 4 niños de entre 2 y 4 años (unos 300 millones) sufren con regularidad castigos corporales o violencia psicológica de la mano de padres o cuidadores. Una de cada 5 mujeres y uno de cada 13 hombres declaran haber sufrido abusos sexuales cuando te-

nían entre 0 y 17 años... El maltrato infantil engendra, entre otras cosas, problemas de salud física y mental que duran de por vida, sin olvidar que sus consecuencias sociales y laborales pueden, a la larga, ralentizar el desarrollo económico y social de un país... Con frecuencia el maltrato infantil queda oculto. Solo una parte de los niños que son víctima de malos tratos recibe en algún momento el apoyo de profesionales de la salud.

El maltrato infantil tiene a menudo graves consecuencias físicas, sexuales y psicológicas a corto y a largo plazo, entre ellas lesiones (traumatismos craneoencefálicos y graves discapacidades, especialmente en niños pequeños), estrés postraumático, ansiedad, depresión e infecciones de transmisión sexual (ITS), incluida la infección por el VIH. Las adolescentes pueden sufrir además otros problemas de salud, como trastornos ginecológicos o embarazos no deseados. El maltrato infantil puede mermar el rendimiento cognitivo y académico y guarda estrecha relación con el abuso de alcohol, el uso indebido de drogas y el tabaquismo, que son importantísimos factores de riesgo de enfermedades no transmisibles como las dolencias cardiovasculares o el cáncer. El maltrato es causa de estrés, asociado a su vez con alteraciones del desarrollo temprano del cerebro. En condiciones de estrés extremo, el desarrollo de los sistemas nervioso e inmunológico puede verse perjudicado, por lo que un adulto que haya sufrido maltrato en la infancia presenta mayor riesgo de sufrir problemas físicos y psicológicos o de comportamiento.

Esta información brindada por la Organización Mundial de la Salud resulta de vital importancia, pues representa un fuerte indicador de las repercusiones negativas que tiene en los NNyA, aún en su carácter de víctimas pasivas (como testigos), las situaciones de violencia en el ámbito familiar.

Por ello, la toma de conciencia de este flagelo a nivel mundial debe constituirse en un horizonte que implique un obrar positivo y diligente para todos aquellos operadores que, en principio por su profesión, trabajo, ocupación, etc., poseen contacto directo con NNyA; como así también pesa sobre el conjunto de cualquier sociedad que pretenda un futuro mejor la obligación de dar especial atención y cuidado a quienes resultan ser las raíces de este árbol de la vida.

II- LEGISLACION VIGENTE

Convención sobre los Derechos del Niño

Es el cuerpo legislativo internacional por excelencia respecto de los derechos de NNyA, incorporado a nuestro ordenamiento jurídico vigente con jerarquía constitucional en el año 1994, a través del art.75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

Sobre este instrumento se construyó todo el sistema jurídico nacional con posterioridad, observando cada una de las leyes dictadas sobre la materia los preceptos allí receptados, garantizando de esta forma la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías que poseen los NNyA.

El preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CSDN) es-

tablece los cimientos sobre los cuales se erigirá toda la convención a lo largo de sus artículos y deja en claro que:

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión

Y continúa estableciendo que: "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento."

Las pautas establecidas en el preámbulo son por demás claras y poseen un único norte, la protección integral de todos los NNyA hasta el máximo de los recursos posibles de los Estados firmantes. En esa dirección se erige todo el andamiaje jurídico que ha sido la referencia absoluta por excelencia de nuestro sistema nacional a través del dictado de las distintas leyes en la materia a lo largo de los años.

Así las cosas, vemos que la optimización de los recursos hasta el máximo de las posibilidades no sólo de todos los organismos que conforman el Estado, sino además de toda la sociedad en su conjunto no es ya una virtud, sino una obligación insoslayable.

Ley 26.061

El 28 de septiembre del año 2005 el Congreso Nacional sanciona la llamada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes bajo el número 26.061 dando de esta forma un salto cualitativo en lo que respecta a la regulación de los derechos de este colectivo de personas tan sensible como resultan ser los NNyA, quienes por su estado de desarrollo merecen no sólo un trato especial sino también una mirada integral e interdisciplinaria sobre sus necesidades, que permita garantizar un pleno y feliz crecimiento dentro de un marco favorable de condiciones que redunde en un mejor desenvolvimiento en la etapa adulta de sus vidas.

La Ley nacional 26.061 cuenta con su par en la provincia de Buenos Aires, la Ley 13.298, sancionada el mes de diciembre del año 2004. Ambas son fieles reflejos de los preceptos emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño, suscripta por nuestro país en el año 1989 e incorporada a nuestra legislación con jerarquía constitucional en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, a través de su art.75, inciso 22.

Resulta ineludible al abordar cualquier problemática que involucre a NNyA desta-

car la importancia de la Ley nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, porque si bien la gran mayoría de las ideas y los derechos allí contemplados ya se encontraban regulados en la Convención sobre los Derechos del Niño no es menos cierto que la incorporación de dichas ideas en una ley nacional no solo refuerza esos conceptos sino que además destierra por completo todo tipo de discrecionalidad al momento de actuar y resolver por parte de los distintos operadores en la materia.

El apego a las reglas allí instituidas resulta desde entonces insoslayable y funciona como una guía ineludible para quienes tomen conocimiento de alguna situación de vulneración de los derechos de los NNA, generando una obligación al Estado en su conjunto como último responsable (inclusive a nivel internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y garante del cumplimiento de la ley.

Ley 12.569 (Modif. Ley 14.509 y 14.657)

Tomando como punto de partida las definiciones de violencia familiar referidas al inicio del trabajo, corresponde ahondar en la especial protección que regula la ley en aquellas situaciones donde NNA resultan víctimas de alguna de las formas de violencias antes descriptas, como así también en la obligación legal de todos los efectores que tomen conocimiento, o bien tengan indicios de que puedan existir situaciones de violencia que los involucren.

Receptando la especial protección, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, que poseen los NNA, consagrada en el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, en su carácter de personas vulnerables por su falta de madurez física y mental, la Ley 12.569 conforme texto de la Ley 14.509 se encarga de extremar los recaudos de intervención cuando son personas menores de edad las involucradas en situaciones de violencia familiar.

Es por ello que en su artículo 4 dispone:

Cuando las víctimas fueran menores de edad, incapaces, ancianos o discapacitados que se encuentren imposibilitadas de accionar por sí mismas, estarán obligados a hacerlo sus representantes legales, los obligados por alimentos y/o el Ministerio Público, como así también quienes se desempeñan en organismos asistenciales, educativos, de salud y de justicia y en general, quienes desde el ámbito público o privado tomen conocimiento de situaciones de violencia familiar o tengan indicios de que puedan existir. La denuncia deberá formularse inmediatamente. En caso de que las personas mencionadas incumplan con la obligación establecida el Juez/a o Tribunal interviniente deberá citarlos de oficio a la causa que eventualmente se abra con posterioridad por la misma razón, podrá imponerles una multa y, en caso de corresponder, remitirá los antecedentes al fuero penal. De igual modo procederá respecto del tercero o superior jerárquico que por cualquier medio, obstaculice, impida o haya impedido la denuncia.

En la misma sintonía, al momento de detallar las medidas de protección para evitar la repetición de los hechos denunciados, la ley en su artículo 7 determina, entre otras:

Ordenar la fijación de una cuota alimentaria y tenencia provisoria si correspondiese, de acuerdo a los antecedentes obrantes en la causa y según las normas que rigen la materia. (inc. g).

Ordenar en caso en que la víctima fuere menor de edad o incapaz otorgar su guarda provisoria a quien considere idóneo para tal función, si esta medida fuere necesaria para su seguridad psicofísica y hasta tanto se efectúe un diagnóstico de la situación. La guarda se otorgará a integrantes del grupo familiar o de la comunidad de residencia de la víctima. Deberá tenerse en cuenta la opinión y el derecho a ser oído/a de la niña/o o adolescente. (inc. h).

Toda otra medida urgente que estime oportuna para asegurar la custodia y protección de la víctima. (inc. n).

La importancia de esta ley radica en que, siendo una norma que regula la protección de la violencia familiar en forma general, en consonancia con todo el SDPP y la CSDN, extrema recaudos y recursos a la hora de ejercer esa protección cuando las víctimas son personas menores de edad, estableciendo un sistema de responsabilidad en caso de incumplimiento de esas disposiciones. Motivo por el cual es necesario analizar toda la información extraída a través de este sistema de protección como así también la actuación de los distintos operadores que intervienen desde la formulación de las denuncias hasta el dictado de las distintas medidas de protección en sede judicial.

III- ESTADISTICAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La necesidad de indagar sobre estadísticas realizadas en la materia, tomando como puntapié inicial los datos obtenidos de los informes realizados por la Organización Mundial de la Salud, se impone a los fines de intentar arribar a conclusiones precisas en la influencia que puede tener la violencia familiar en el desarrollo armónico de su personalidad de aquellos NNyA que componen el grupo familiar.

En este punto cabe destacar que en un informe publicado por UNICEF (2021) sobre la materia aquí abordada surge que: “Los niños y niñas en edad escolar primaria que están expuestos a la violencia doméstica pueden tener más dificultades con las tareas escolares y muestran deficiencias en la atención y la concentración”.

Tanto la OMS como UNICEF son coincidentes en el efecto negativo que posee la violencia familiar en los niños, aun siendo solamente testigos de ese clima hostil, refiriendo al rendimiento escolar como una arista directa de impacto.

A fin de poder comenzar a pisar sobre terreno firme en la materia, se ha recabado información del relevamiento realizado en el año 2022 a nivel provincial por el Consejo Consultivo sobre Violencia Familiar, perteneciente a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

La información detallada a continuación muestra en primer término las causas ingresadas en toda la provincia de Buenos Aires, por protección contra la violencia familiar, en el período de los años 2010/2022 y la evolución durante el mismo lapso de tiempo.

Por último, se expondrán los porcentajes de dichas denuncias donde se registran a NNyA involucrados, o bien, resultan víctimas durante el año 2022, estableciendo como criterios las edades y el sexo.

El Registro de Violencia Familiar – creado por el art. 18 de la Ley 12.569, texto s/Ley 14.509 –, reglamentado y ampliado en sus funciones por Acuerdo nro. 3690 y Res. nro. 140/15 (SPL), en las estadísticas correspondientes al año 2022 indica que desde el año 2010 se ha incrementado, en el ámbito de los juzgados de familia de toda la provincia de Buenos Aires, en un 138% las causas iniciadas con motivo de denuncias por violencia familiar; mientras que en el ámbito de la Justicia de paz dentro de la provincia el aumento total a lo largo de estos doce años fue del 147%.

A partir de esta información, que marca un aumento exponencial a lo largo de los años de la problemática, es dable destacar dos datos más que se articulan entre sí para poder luego, adentrarnos a un análisis profundo en busca de una respuesta concreta.

En primer lugar es necesario indicar los lugares donde se realizan las denuncias sobre las cuales se inician luego las causas judiciales. En este punto las estadísticas marcan que los lugares son solamente tres: Comisarías (95,8%), Sede Judicial (4%) y Centros de Salud (0,2%), circunstancias que se repiten en todos los años anteriores con porcentajes similares.

En segundo término y completando este triángulo estadístico es necesario mencionar la relación entre la persona afectada y la denunciada para luego detallar la edad de la víctima. Aquí encontramos que solamente en un 13% de las denuncias realizadas el vínculo de la víctima con el agresor es filial, mientras que el 9% de esas víctimas resultan ser menores de edad. Los porcentajes correspondientes a estos dos últimos indicadores (relación entre víctima/agresor y edad de la víctima) no han sufrido prácticamente modificaciones a lo largo de los años que se realizan estas estadísticas.

Análisis

La información estrictamente cuantitativa requiere necesariamente de un desarrollo analítico que permita comprender la coyuntura planteada desde el contexto donde se extrae dicha información para poder avanzar sobre la construcción de herramientas de abordaje que optimicen el trabajo de todos los operadores en pos de una intervención eficiente.

En ese orden de ideas lo primero que se observa es que, sobre un total de 240.344 causas sobre violencia familiar iniciadas en toda la provincia de Buenos Aires, solamente 21.630 causas invocarían a menores de edad como víctimas.

Llegados a esta instancia resulta insoslayable poder definir cuándo los NNyA resul-

tan ser víctimas de violencia familiar, puesto que si solo se consideran así a aquellos NNyA que han sufrido en forma directa violencia hacia su persona los porcentajes antes referidos no deberían *a priori* llamar demasiado la atención.

Ahora bien, existe cuantiosa bibliografía, estudios e informes que indican que el solo hecho de ser testigo, durante la niñez o adolescencia, de situaciones de violencia en el ámbito familiar basta para considerar al menor de edad víctima (De Stéfano Barbero, 2021; Segato, 2016).

Por ejemplo, en el informe de UNICEF (2021) arriba mencionado se amplía la información y surge de mismo que: “Todos los años, 275 millones de niños y niñas de todo el mundo sufren a causa de la violencia doméstica y padecen las consecuencias de una turbulenta vida familiar”.

Asimismo, explicita que:

Las consecuencias psicológicas y de conducta de los que crecen en un hogar violento pueden ser igualmente devastadoras para los niños y niñas que directamente no son víctimas de abusos. Los niños y niñas que están expuestos a la violencia suelen presentar síntomas de estrés postraumático, como incontinencia nocturna o pesadillas, y tienen un mayor margen de riesgo que sus semejantes de padecer de alergias, asma, problemas gastrointestinales, depresión y ansiedad. Los niños y niñas en edad escolar primaria que están expuestos a la violencia doméstica pueden tener más dificultades con las tareas escolares y muestran deficiencias en la atención y la concentración. También tienen mayores probabilidades de intentar cometer suicidio y consumir drogas y bebidas alcohólicas.

Es aquí quizás donde se presente el primer gran obstáculo para arribar a conclusiones próximas a la realidad que permita abordar la problemática con rigorismo y eficacia, puesto que, si al momento de cuantificar a los NNyA víctimas de violencia familiar solo se considera a aquellos que han sido víctimas directas de alguna forma de maltrato, dejando fuera a quienes hayan sido solamente testigos de la mecánica violenta de los adultos, claramente se estaría excluyendo a un gran caudal de NNyA que resultan también víctimas y sufren consecuencias gravosas en varios aspectos de su vida.

Resulta claro que las consecuencias negativas en NNyA aparecen en ambos casos, ya sea sufriendo la violencia de manera directa a través de violencia física, verbal, psicológica, etc.; o simplemente presenciando hechos entre otros integrantes del grupo familiar.

El hecho que el lugar por excelencia donde se realizan las denuncias sobre violencia familiar sea en las comisarías permite inferir distintos factores que implicarían una dificultad inicial al momento de recabar información concreta sobre la totalidad de las víctimas de la situación de violencia familiar, más allá de la persona denunciante.

Cómo percibe la víctima/denunciante la violencia recibida respecto de todo el entorno familiar es quizás la piedra angular de la cuestión. Dicha circunstancia sumada a

la ausencia de un protocolo al momento de labrar la denuncia por parte del personal policial como así también la falta de personal especializado en las comisarías conspira con la formación de datos y estadísticas precisas.

Para concluir este análisis resulta insoslayable poner de relieve la ausencia total en las estadísticas, como lugar de denuncias de establecimientos asistenciales y educativos, sumado a que el porcentaje de denuncias realizadas en centros de salud es prácticamente nulo. Esta situación implica, como se detallara previamente, una inobservancia de la ley por parte de aquellos obligados a denunciar cuando las víctimas fueran menores de edad y se encuentren imposibilitadas de accionar por sí mismas.

Más allá de las imprecisiones y dudas que deja hasta aquí la información recolectada de los distintos organismos oficiales respecto del porcentaje de NNyA víctimas de violencia familiar, se muestra un evidente y preocupante aumento de la cantidad de denuncias por violencia familiar en el ámbito de la provincia de Buenos Aires que permite inferir la imperiosa necesidad de mejorar la recolección de datos a través de las denuncias realizadas en el marco de la Ley 12.569 (modif. Ley 14.509).

IV- CONCLUSIONES

El desarrollo del trabajo quizás deja al lector la sensación de luces y sombras sobre un tema tan sensible que nos interpela como sociedad; máxime ante la aparición de casos que adquieren, por el nivel de crueldad, notoriedad pública y convoca las más diversas opiniones.

En mi opinión, si bien puede resultar legítima esa sensación, es necesario realizar un análisis reconociendo los avances logrados en la materia, no sólo a nivel legislativo, el cual resulta ser el primer eslabón de la cadena; sino además en materia de capacitación de los agentes actuantes, el trabajo de campo a través de todos los operadores intervinientes y los recursos destinados tanto a la prevención de situaciones de violencia en el ámbito familiar como a la actuación posterior a los fines de lograr revertir las situaciones de vulneración.

Poder reconocer los logros obtenidos a lo largo de los años nos permitirá enfocarnos con precisión en aquellas cuestiones que se requieren perfeccionar para poder avanzar sobre un abordaje eficaz en aquellas situaciones de violencia familiar que repercutan negativamente en el desarrollo armónico de la personalidad de los NNyA.

En ese sentido el SPPD por encontrarse orientado directamente a la restitución de los derechos de los menores de edad que puedan encontrarse vulnerados, garantiza un abordaje integral desde el inicio e identifica más eficientemente todas las formas de vulneración recibidas que tengan repercusiones negativas en el desarrollo de la personalidad de los NNyA.

Pero por otro lado el REUNA no cuenta con estadísticas actualizadas respecto de las situaciones de vulneración denunciadas, y las existentes no se han realizado en forma coordinada con las recabadas por el Registro de Violencia Familiar, el cual cuenta

a su favor con estadísticas anuales desde el año 2010 que dan información detallada acerca de las denuncias realizadas en el ámbito de la provincia de Buenos Aires (UNICEF, 2021).

Aquí, sin duda, se presenta el principal foco donde se debería insistir en lograr una mejora, de manera tal que se permita cruzar la información de ambos sistemas de protección cuando los involucrados son menores de edad dentro de las causas iniciadas en el marco de la Ley 12.569. Dicha circunstancia resultaría extremadamente beneficiosa para el abordaje de la problemática desde la primera intervención judicial.

Por último me permito concluir que, con tanta agua que ha corrido debajo del puente, los avances y los logros obtenidos son notorios y sus beneficios concluyentes. Un sistema integral de promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en permanente crecimiento desde su creación está dando sus frutos en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. Ello no obsta la necesidad de continuar avanzando en la misma dirección para robustecer cada vez este sistema protectorio, promoviendo medidas que permitan a todos los operadores intervinientes contar con elementos precisos para obtener un obrar cada vez más diligente.

Lograr mejorar los criterios para identificar a NNyA como víctimas dentro de un ambiente familiar violento cuando la denuncia se realiza en el marco de la Ley 12.569 y poder cruzar esa información con la obtenida a través del SPPD junto con las estadísticas realizadas por el REUNA implicaría necesariamente una mejora de todo el sistema de protección, el cual debe complementarse entre sí cuando se comparte el objeto de protección.

Es por ello que, si bien el camino a recorrer aún es largo y requiere necesariamente un trabajo mancomunado, todo lo realizado durante estos años alienta a seguir adelante de la misma forma, construyendo puentes hacia un futuro mejor donde todos los NNyA puedan desarrollar armónicamente su personalidad, exentos de maltrato y violencia.

REFERENCIAS

- DE STÉFANO BARBERO, M. (2021) *Masculinidades (im)posibles. Violencia y género entre el poder y la vulnerabilidad*. Editorial Galerna.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. (2021). <https://www.unicef.org/argentina/informes/serie-violencia-contra-ninas-ninos-y-adolescentes>
- HERRERA, M. (2015). *Manual de Derecho de las Familias*. Abeledo Perrot.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (1999). Foro Mundial para la Investigación en Salud. Reunión consultiva sobre el maltrato de menores. En <https://iris.paho.org/handle/10665.2/45531>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (19 de septiembre de 2022). <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/child-maltreatment#>
- SEGATO, R. L. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Prometeo.



ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCESO FRENTE A LA
RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

Matías Oscar Muñoz

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

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 13/09/2023

Aprobado: 27/09/2023

ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCESO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AMBIENTAL

RELEVANT MATTERS OF THE PROCESS REGARDING CIVIL LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE

Por Matías Oscar Muñoz¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Resumen: El daño ambiental genera responsabilidad en dos vías: por un lado, es responsable quien agrede al ambiente, en razón de haber ocasionado un daño directo al bien colectivo. Luego, es también responsable civilmente por el perjuicio que indirectamente cause a terceros a raíz de la afectación al ambiente. En este sentido, existen algunos elementos que deben ser considerados, particularmente con relación a la acreditación de la relación de causalidad. Ello así, porque cuando existe daño ambiental, acreditar en un expediente judicial la relación entre el evento dañoso y el perjuicio sufrido puede sostener otras dificultades probatorias y es por ello que la prueba de presunciones e incluso la indiciaria tienen en algunos supuestos particulares, un papel protagónico.

Palabras clave: daño ambiental, responsabilidad civil, relación de causalidad, reparación plena

Abstract: Environmental damage generates a two ways responsibility: on the one hand, whoever attacks the environment is responsible, due to having caused direct damage to the collective good. Then, it is also civilly liable for the damage that it indirectly causes to third parties as a result of the impact on the environment. About that, there are some elements that must be particularly considered in relation to proving the cause. That's why when there is environmental

¹ Abogado (UBA) Especialista en Derecho Ambiental (UBA). Doctorando en Derecho (UBA). Profesor Adjunto (UADE); Jefe de Trabajos Prácticos (UBA). Investigador (UBA; UADE). Coordinador del Departamento de Asuntos Judiciales de la Inspección General de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Identificador ORCID <https://orcid.org/0009-0006-4199-5691>.

Correo electrónico: matiasmunoz@derecho.uba.ar

particularly considered in relation to proving the cause. That's why when there is environmental damage, proving in a judicial file the relationship between the harmful event and the damage suffered can support other evidentiary difficulties and that is why the proof of presumptions and even the indicative proof have a leading role in some cases.

Keywords: environmental damage, civil liability, causal relationship, full reparation

I- INTRODUCCIÓN

El proceso civil frente al derecho de daños actual, especialmente influenciado por la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, sufre algunas modificaciones pre-torianas, particularmente en supuestos en los cuales existe responsabilidad civil derivada del daño al ambiente (Cafferatta, 2014). En efecto, el denominado “daño indirecto”² tiene lugar cuando en virtud de una afectación al ambiente – daño directo – este de rebote impacta en los particulares, causando un perjuicio susceptible de reparación³ (Cafferatta, 2014; Lorenzetti, 2008 y 2010; Bustamante Alsina, 1995).

Por supuesto, el análisis de la responsabilidad no se ve en lo sustancial modificado, sino que se realiza el tamiz conforme a los presupuestos ya conocidos: incumplimiento objetivo, daño, factor de atribución, relación causal.

Sin perjuicio de lo expuesto, cuando la responsabilidad se deriva del daño al ambiente, la exigencia en la acreditación causal es mayor.

Si bien el daño ambiental tiene un carácter netamente objetivo (conf. Ley 25.675)⁴, así como también en cuanto a la responsabilidad civil se traduce en la responsabilidad objetiva derivada del riesgo (conf. Art. 1757 CCCN) lo cierto es que el denominado daño reflejo o indirecto producto de la agresión al ambiente, genera algunas cuestiones que se traslucen en el proceso.

En primer lugar, debemos señalar que cuando se trata de cuestiones ambientales con énfasis en el daño directo, la Corte ha delineado un proceso de carácter *sui generis* (Muñoz, 2020), en razón del bien colectivo afectado. Dicho aspecto se traduce directamente en amplias facultades para el juez a la hora de enfrentarse al caso ambiental: actuación de oficio, decisiones *extra/ultra petita* y dirección en la ejecución de una

² Daño directo es aquel que se produce frente al ambiente. Daño indirecto es conceptualizado como aquel que se produce de rebote o de manera refleja sobre la persona o sus bienes. Concuerdan con esta conceptualización: Cafferatta, Néstor. La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial. RCyS2015-IV, 304. Cita Online: AR/DOC/556/2015, entre muchas otras caracterizaciones.

³ El Art.1737 Del Código Civil y Comercial de la Nación señala que existe daño cuando “se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

⁴ Ley 25.675, Art. 28

eventual sentencia⁵, evidenciada a partir del conocido Fallo “Mendoza”⁶.

Ahora bien, a la hora de analizar el daño ambiental indirecto, caracterizado como aquel que “de rebote” genera repercusión en los bienes o en la persona de los particulares, la responsabilidad será tratada – excepto que el demandado sea el Estado – en sede civil y conforme al proceso ordinario (Cafferatta, 2014; Lorenzetti, 2008 y 2010; Bustamante Alsina, 1995).

Al tratarse de un supuesto en el cual la responsabilidad es objetiva, debemos preguntarnos entonces cómo se deben acreditar en la faz procesal, los presupuestos que hacen proceder una indemnización conforme a nuestro sistema jurídico imperante.

II- CUESTIONES PROCESALES EN LA ACREDITACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

Nuestro sistema de responsabilidad actual, luego de la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, supuso también la unificación de las órbitas contractual y extracontractual respectivamente. Al respecto, existe ahora un sistema de responsabilidad único – pero no idéntico – sin perjuicio de que nos encontremos en el caso concreto frente a una transgresión obligacional o aquiliana.

Cuando el daño tiene origen en la previa afectación directa al ambiente, que genera un perjuicio indirecto al ser humano, si bien el factor de atribución es a todas luces objetivo (es decir, se prescinde de la culpa y se presume la causalidad) no es menos cierto que debe acreditarse en el expediente el nexo entre el daño, la afectación al ambiente y el agresor al medio.

Esto genera en muchos supuestos un inconveniente en la acreditación de la relación causal, toda vez que sin perjuicio de que el factor objetivo ponga en cabeza del demandado la carga probatoria en cuanto a los eximentes de ley⁷, ocurre que al iniciar demanda el actor deberá señalar: a) Quien (o quienes) resulta ser el agresor al ambiente llamado a responder, b) El perjuicio sufrido y c) la relación entre el perjuicio del actor y el daño al ambiente.

La pregunta es, ¿cómo puede acreditarse que el perjuicio por el cual hoy persigue una reparación es fruto del daño al ambiente efectuado por determinado sujeto?

⁵ “Tratándose de un caso ambiental los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención. El límite de estas facultades está dado por el respeto al debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión (Fallos: 333:748; Fallos: 329:3445). “Kersich Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/amparo”. Fallo CSJ 42/2013 (49-K).

⁶ CSJN. “Mendoza, Beatriz y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”. M. 1569. XL. 20/06/2006.

⁷ Conf. Art. 1722 “El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

Este escollo puede resultar uno de los mayores obstáculos a sortear por parte de quien persigue una indemnización por daño ambiental. En primer lugar, porque puede haber distintos agentes dañadores⁸, siendo incluso alguno de ellos de imposible individualización. Luego, porque la acreditación “científica” del nexo causal (derivación del daño respecto de determinada actividad) muchas veces resulta insuficiente o bien da lugar a la razonable duda sobre la relación.

Si bien es cierto que en muchos supuestos la demanda de daños tuvo con carácter previo – o de manera simultánea – una acción con la finalidad de lograr se ordene el cese de la actividad dañadora del ambiente – con la cual se ve acreditada la causalidad – tal extremo no constituye un requisito previo a la demanda por daños y perjuicios.

La propia categoría del daño ambiental al caracterizarse como pretérito (en muchos casos su producción ocurrió en el pasado) y a la vez futuro, dando en este caso lugar a la función preventiva del derecho de daños, hace que la identificación del agente causal sea en muchos casos dificultosa.

Una de las formas o modos que se encuentran entre las herramientas que pueden ser utilizadas ante la orfandad científica, radica en los indicios⁹ que puedan abrir paso a la presunción judicial, no obstante la advertencia adjetiva¹⁰. En este último caso, el ambiente suele denotar cierta transformación y la ocurrencia de perjuicios en zonas aledañas a sitios afectados, suele tener relación¹¹.

En este sentido, los indicios, de manera aislada pueden carecer de valor pero relacionados a otros supuestos o en el contexto del caso, pueden dar entidad a la acción intentada.

Ejemplo de estos supuestos se produce en vertidos de desechos industriales a cursos de agua; actividad de determinadas fábricas en ejidos urbanos, etc.

En muchos casos como los mencionados, nos podemos encontrar frente a un daño resarcible en el proceso, derivado del daño al ambiente (sin importar el recurso al cual hagamos referencia) y sin embargo, encontrarnos frente a la imposibilidad de conectar dicho menoscabo con la actividad del sujeto potencialmente demandado.

⁸ Sobre dicha cuestión debe realizarse una salvedad: El Código determina la responsabilidad colectiva – solidaria – cuando, entre una pluralidad de sujetos, no pueda individualizarse al agresor. Conf. Doct. Art. 1751 CCCN. Lo dicho no obsta al comentario, ya que quien haya provocado el daño ambiental puede – incluso – no existir a la fecha de la demanda.

⁹ Al decir de Peyrano, (2014). Indicio es “un hecho (que puede pertenecer al mundo físico o ser una conducta humana) conocido (probado o de público y notorio) que sirve para conocer otro hecho (hecho indicado), mediante el concurso de una operación lógica realizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica”.

¹⁰ Conf. Art. 163, inc. 5° CPCCN, 2° párrafo. Con igual temperamento, CPCCPBA.

¹¹ No obstante lo cual, tal extremo no configura un requisito, como se ha decidido en algunos casos. Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, 05/12/2012 - “Matassa, Nélica Dolores c. Municipalidad de Puerto Gral. San Martín s/ daños y perjuicios”. Publicado en: RCyS2013-VI, 192 Cita Online: AR/JUR/70630/2012

En algunas situaciones, los indicios (hechos) surgen de la propia modificación de la naturaleza, en otros supuestos, del mapeo en cuanto a enfermedades o decesos ocurridos en determinado radio, por poner algunos ejemplos aplicables.

Aun cuando no pueda acreditarse mediante pericias la relación entre determinada actividad y el perjuicio, estos indicios nos pueden acercar a la reparación intentada.

Excepto que el juez considere apta otra vía, el proceso será el ordinario (Conf. arts. 330/485 CPCCN y concordante arts. 330/483 CPCCPBA) toda vez que se requiere de un amplio conocimiento y por supuesto, la prueba testimonial si bien puede ser un elemento relevante, no será suficiente a efectos de acreditar los presupuestos de ley¹².

Otro aspecto que resulta relevante a la hora de entablar una demanda de estas características tiene que ver con los costos probatorios, particularmente aquellos realizados con carácter previo a la interposición de la acción.

En este sentido, cuando existe una afectación al ambiente, la prueba tiene un elevado carácter técnico, razón por la cual se deben enfrentar costos relacionados – por dar un ejemplo – a estudios por parte de profesionales especializados en determinada rama.

Esta cuestión debe ser cuidadosamente considerada, porque en muchos supuestos son las poblaciones más vulnerables las que sufren en sus bienes o en su persona los efectos del daño al ambiente. Lo expuesto, independientemente de las herramientas que brinda el sistema ritual en estas situaciones (p.ej., beneficio de litigar sin gastos).

III- LAS VARIANTES EN LA PRETENSIÓN

Otro aspecto atendible, son las variantes que pueden tener lugar en cuanto a la pretensión (Valls, 2000). Podemos encontrarnos frente a una demanda de daños individual, o bien frente a la afectación de un colectivo, lo cual se traduce en una acción de clase¹³ (también denominado acción colectiva, proceso colectivo, etc.). En este último supuesto, tenemos algunos inconvenientes derivados de la omisión legislativa en reglamentar un proceso colectivo. Esto ha llevado a algunas prácticas procesales incompatibles con la naturaleza de la pretensión¹⁴.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación delineó los requisitos de procedencia de una acción colectiva cuando se refiere a los denominados intereses indivi-

¹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, SALA E. "Lagresta, Juan C. c. Estampados Rotativos S.A.". 21/05/2004. Cita Online: AR/JUR/1224/2004.

¹³ Aunque el término fruto de la traducción de la denominada *class action*, lo cierto es que así lo ha caracterizado la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Halabi" (fallo cit. Nota) al señalar el supuesto de daños frente a intereses individuales homogéneos.

¹⁴ Fallo citado, nota 5.

duales homogéneos (Conf. art. 43 CN). Para cumplir con tal objetivo, en la causa “Halabi”¹⁵ utilizó – al menos en parte – los requisitos de la Regla XXIII norteamericana (*Federal Rules* de 1966).

Por supuesto, no era la primera vez que la Corte hacía referencia a dicha posibilidad. En el considerando séptimo de la precitada y famosa *Mendoza*, el máximo Tribunal hace alusión, a modo de *obiter*, a la posibilidad de que el daño indirecto pudiese ser planteado como una acción de clase o grupo.

Más tarde, ocurridos unos cuantos decisorios que mezclaron aspectos del Código ritual y cuestiones propias del proceso colectivo, la Corte reglamentó – so pena de incurrir en un avance en cuanto labores propias de la función legislativa estatal – los procesos colectivos mediante acordada¹⁶. Previamente, había creado el registro de procesos colectivos¹⁷.

La precitada acordada, que recuerda la mora legislativa en la regulación de los procesos colectivos en general¹⁸ señala los recaudos que debe cumplir la demanda en términos del art. 330 del Código Procesal, cuando se trata de procesos referidos a intereses individuales homogéneos (punto 2), así como también cuestiones referidas a la certificación de la clase o grupo afectados¹⁹.

Debemos señalar que cuando se trata de daños que se producen frente a un grupo o clase, no nos encontramos en un supuesto de litisconsorcio pasivo, sino frente a un grupo homogéneo afectado por una causa fáctica común.

IV- A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho de daños ha tenido una notable evolución, que podemos caracterizar en la mutación ocurrida con posterioridad a la reforma de Ley 17.711, la cual modificó el art. 1.113 receptando allí la denominada teoría del riesgo. Las circunstancias de la última reforma civilista, que se tradujo en la unificación de los Códigos Civil y Comercial en un solo cuerpo, se caracterizan por el reconocimiento del ambiente como bien colec-

¹⁵ CSJN “Halabi, Ernesto c. P.E.N.” – Ley 25.873-dto. 1.563/04 s/amparo ley 16.986. H. 270. XLII. 24/02/2009.

¹⁶ CSJN Acordada N°12/2016 – Reglamento de actuación.

¹⁷ CSJN Acordada N°32/14.

¹⁸ Art. 7° Acordada cit. Nota 14 “En igual sentido, ha resaltado que “la insuficiencia normativa no empece a que, con el fin de prevenir que se menoscabe la garantía del debido proceso legal, se adopten, por vía de interpretación integrativa, pautas mínimas indispensables de prelación para que se eviten pronunciamientos contradictorios derivados de procesos colectivos en los que se ventilan pretensiones sobre un mismo bien jurídico” (confr. considerando 6° de la mayoría, y en lo pertinente, considerando 9° del voto de la doctora Highton de Nolasco del fallo “Municipalidad de Berazategui”).

¹⁹ Este punto, que a entender del autor que suscribe el presente es de los más relevantes en un proceso colectivo, excede el cometido del presente artículo.

tivo protegido en varios pasajes de su texto y del daño indirecto ambiental, como derivación de la introducción de un elemento apto para causar daños a terceros en virtud del riesgo.

Esta responsabilidad especial, en la cual se daña de manera directa un bien popular y que de manera refleja o indirecta puede causar un perjuicio a los particulares, tiene algunas dificultades en cuanto a la actividad probatoria en un proceso en concreto. Tales escollos se caracterizan por la dificultad en la acreditación de la relación causal entre el perjuicio – sea este particular o de clase – y la afectación al ambiente.

Sin perjuicio de que cuando hablamos de daño ambiental, no sólo contamos con el principio de prevención, sino también con el principio precautorio (el cual implica que la falta de certeza científica no puede obstar a tomar medidas), lo cierto es que cuando la afectación o el daño se producen sobre las personas, resulta complejo acreditar ante la jurisdicción la conexión causal, en virtud de la complejidad en las probanzas.

Tal cuestión no obsta a la aplicación del factor objetivo de atribución, por el cual debe ser el apuntado como responsable quien se encargue de desvirtuar la causa presunta, sino con efectivamente señalar a dicho sujeto.

En ese sentido, en muchos casos se utilizan otras herramientas como ser los indicios o las presunciones – conceptos muchas veces confundidos – a efectos de recrear el evento dañoso.

Por otra parte, resulta una cuestión relevante – con mayor énfasis pos unificación del Código – el supuesto en el cual nos encontramos frente a una acción de clase, ya que por sus características no guarda relación con las previsiones de los Códigos rituales imperantes. En este último caso, si la pretensión se funda en una acción de clase o grupo, deberá echarse mano (atento a la mora legislativa que ya ostenta una década) a las acordadas y casos emblemáticos de la Corte Suprema. Caso contrario, podría darse el supuesto de lesionar algún otro derecho, como ser el de defensa.

Por supuesto, debió advertirse al lector, que este trabajo no pretende ser conclusivo respecto al desarrollo de una demanda de daños y perjuicios cuando se trata del daño ambiental indirecto ni mucho menos, sino de reiterar un debate relevante para el proceso civil que guarda conexión con una de las áreas novedosas – o al menos recientemente reconocidas del derecho de daños –, como ser el ambiente, área del derecho emparentada con el derecho del consumidor o usuario.

REFERENCIAS

- BUSTAMANTE ALSINA, J (1995). Responsabilidad por daño ambiental, existen desechos industriales que no son los residuos peligrosos de la ley 24.051. *Revista La Ley* (129).
- CAFFERATTA, N. (2014). Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. En *Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial*. Cita online AR/DOC/3833/2014. Abeledo Perrot.

- CAFFERATTA, N. (2015). La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial. RCyS 2015-IV, 304. Cita Online: AR/DOC/556/2015.
- PEYRANO, J. W. (2014) Las reglas de la sana crítica. *Revista La Ley*.
- LORENZETTI, R. (2008). *Teoría General del Derecho Ambiental*. La Ley.
- LORENZETTI, R. (2010). *Justicia Colectiva*. Rubinzal - Culzoni.
- LOZANO CUTANDA, B. (2007). *Derecho Ambiental Administrativo*. (8° ed.). Editorial Dykinson SL.
- MORELLO, A. (1994). El proceso civil colectivo. *Revista Themis*. (30). Editorial PUCP.
- MUÑOZ, M. (2020). El proceso colectivo ambiental: una caracterización sui generis. *Anales de la Universidad Nacional de la Plata*, (50). <https://doi.org/10.24215/25916386e035>.
- VALLS, M. (2000). *Jurisprudencia Ambiental, Legitimación*. Ugerman Editor.



MULTAS POR TRABAJO NO REGISTRADO,
SU EFICACIA O INEFICACIA:
PACIFICACIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL
Carlos Ariel Díaz

Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062
Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023
Recibido: 17/10/2023
Aprobado: 27/10/2023

MULTAS POR TRABAJO NO REGISTRADO

SU EFICACIA O INEFICACIA: PACIFICACIÓN DEL CONFLICTO SOCIAL

FINES FOR UNREGISTERED WORK

THEIR EFFECTIVENESS OR INEFFECTIVENESS: PEACIFICATION OF SOCIAL CONFLICT

*Por Carlos Ariel Díaz*¹

Universidad de Buenos Aires, Argentina

“La justicia es la perpetua
y constante voluntad
de dar a cada uno su derecho”
Ulpiano²

Resumen: Sostiene el autor que la aplicación o no de las multas – sin el correlato de un Estado eficiente y presente mediante control de policía – que debe ejercerse ante la informalidad laboral, debe seguir el sentido del sostenimiento de los vínculos laborales, concientizar una cultura del trabajo mediante diálogo social instando a lograr una evolución a los tiempos presentes normativamente.

Palabras clave: informalidad laboral, cultura del trabajo, indemnizaciones laborales

Abstract: The author maintains that the application or not of fines - without the correlation of an efficient and present State through police control that must be exercised in the face of labor

¹ Abogado (UBA), Posgrado de Teoría y práctica del Derecho de las Relaciones Individuales del Trabajo Profundizado (UBA), Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Internacionales Laborales (UNTREF), Diplomado en Seguridad Social en la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS), Diplomatura de actualización en Derecho Laboral (CPACF y UCES), Abogacía del Estado en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (ECAE). Profesor en Contratos (UBA, Derecho), Profesor en Derecho Económico (UBA, Ciencias Económicas), Profesor JTP Derecho IV Escuela Diocesana UM. Miembro del Grupo de Estudios de Derecho Social. Ex Asesor en asuntos legislativos de ANSES, y actual Supervisor legal en la Dirección de Legal Interior ANSES. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-6950-7921>. Correo electrónico: carlosarieldiaz15@gmail.com

² Definición de justicia de Ulpiano Domicio.

informality - must follow the direction of sustaining labor ties, raising awareness of a work culture through social dialogue urging to achieve an evolution to the normatively present times.

Keywords: labor informality, work culture, labor compensation

I- INTRODUCCIÓN

Desde un largo tiempo, más precisamente desde los años 90, el empleo es la necesidad imperiosa de la sociedad argentina en su conjunto y su mayor problema es salir de la precariedad que la informalidad laboral impone. Ante dicho reclamo de la sociedad, el gobierno de aquel tiempo se propuso llevar adelante medidas tendientes a lograr incentivar al sector empresarial a dejar la cotidiana actitud endémica de omisión o irregularidad en la registración de sus trabajadores en todos los ámbitos regidos por el derecho laboral y hasta en el empleo público (aunque sería un debate para otra oportunidad).

Es así que surge, en el año 1991, la Ley 24.013³ o Ley Nacional de Empleo (LNE), donde en su Título II Capítulo I introduce la forma de regularización del empleo no registrado. Es imprescindible resaltar que dicha norma busca primordialmente proteger al trabajador/a en situación de irregular registración, buscando enderezar la situación sin que ello implique la pérdida de su empleo; asimismo busca desalentar este incumplimiento por parte del empleador, advirtiéndole de las posibles sanciones económicas por su persistente proceder. Dentro de la normativa que incorpora este mecanismo de control, se encuentra el Artículo 12 de la Ley 24.013 que establece que el empleador que registre espontáneamente y comunique de modo fehaciente al trabajador dentro de los (90) días de la vigencia de esta ley las relaciones laborales establecidas con anterioridad a dicha vigencia y no registradas, quedará eximido del pago de los aportes, contribuciones, multas, obras sociales, emergentes de la falta de registro; mismos beneficios en caso de registración defectuosa.

Aquí lo que se establece es un blanqueo que, por la vigencia de la norma en estudio, tiene el carácter de permanente.

Complementariamente a esta norma, en una década posterior y ante la ya mencionada situación de informalidad, surgen las Leyes (Indemnizaciones Laborales) 25.323⁴ y (Prevención de la Evasión Fiscal) 25.345⁵. En estas normas se incorporan nue-

³ Ley nro. 24.013. Sancionada el 13/11/91 y promulgada parcialmente el 5/12/91.

⁴ La Ley 25.323 establece que "las indemnizaciones previstas por la Ley 20.744 (t.o. 1976) o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral no registrada o que lo esté de modo deficiente". <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternete/anexos/60000-64999/64555/norma.htm>

⁵ La Ley 25.345 establece mediante su Artículo 43, la incorporación del Artículo 132 bis Ley de Contrato de

vas multas para la pelea al trabajo no registrado o “informal”. Estas leyes lamentablemente aún hoy no han logrado romper el entramado complejo que logre en definitiva que el empleador tome conciencia de la ventaja de la formalidad, no sólo para él sino para los trabajadores que de ellos dependen, todos siendo parte de una sociedad que busca un equilibrio sustentable en el ámbito del mundo del trabajo. (Ackerman, 2019)

Es aquí donde radican los esfuerzos a llevar adelante no sólo por los/as trabajadores/as sino por las cámaras empresarias junto con el gobierno para que formen una conciencia social del trabajo en nuestro territorio. Sin embargo, si se desprenden de los actores antes mencionados caminos antagónicos para encontrar la solución a la informalidad, indirectamente también afectarán a los sectores pasivos del Sistema de Seguridad Social en nuestro país. (Ackerman, 2019).

Hacia el año 2014, siguiendo este camino de encontrar soluciones a lo descrito, se sancionó la Ley 26.940 “Promoción del Trabajo Registrado y Prevención del Fraude Laboral” que elaboró tanto el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) como la promoción del Trabajo Registrado y además creó una Unidad Especial de Fiscalización del Trabajo Irregular (UEFTI) como asimismo un Comité de Seguimiento de contribuciones a la Seguridad Social y de la Promoción de la Contratación de Trabajo Registrado.

Y en este devenir del insistente camino de proponer soluciones alternativas descubrimos interpretaciones que valen la pena resaltar.

II-ANTECEDENTE JURISPRUDENCIAL RELEVANTE

Como precedente se cita el fallo de La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT)⁶, en los autos: “P. d. M., J. E. c/ Gimnasios Argentinos S. A. y otro s/ despido” del año 2022; aquí el actor se desempeñó como gerente de *marketing* y relaciones institucionales de una entidad que nació como un pequeño emprendimiento cristalizándose posteriormente en una gran corporación como fue Megatlón Center. El actor, durante más de veinte años de relación laboral, percibió sus remuneraciones facturando como monotributista, cobrando las comisiones clandestinamente.

En el caso de análisis, el *a quo* al momento de esgrimir su opinión, primeramente, consideró el encuadre jurídico de la relación laboral, en lo esgrimido en la sentencia se

Trabajo (LCT) menciona: “si el empleador hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social y que al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa y no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a los organismos correspondientes deberá a partir de ese momento abonar al trabajador/a una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que devengaba el trabajador al momento de la extinción del vínculo”. Prevención de la evasión fiscal (infoleg.gob.ar).

⁶ Sentencia definitiva Sala VI CNAT. Expediente nro.: CNT 27.557/2017 (Juzg. nro. 72). Autos: “Petit de Meurville Javier Eduardo c/Gimnasios Argentinos S.A. y otro s/despido”, 9 de agosto 2022.

vislumbra la existencia de dos caminos disímiles de interpretación: uno es considerar este vínculo como si el actor fuera socio de la demandada y/o titular de algún emprendimiento productivo, lo que avalaría una situación dudosa. Sin embargo, conforme lo establece el Artículo 21 de la Ley de Contrato de Trabajo siempre que una persona física se obligue a prestar servicios a favor de otra y bajo dependencia de esta, durante determinado o indeterminado tiempo mediante el pago de una remuneración, conforme lo que sucedió en esta causa, nos encontraremos ante la existencia de un contrato de trabajo. Asimismo, hay que tener en cuenta que el otorgamiento de un plan médico de prepaga OSDE en este caso, el pago de su factura y además el pago de la factura de la línea telefónica, demuestran que no gozaba de una autonomía para el desarrollo de su tarea, sino que por el contrario existía una situación de tutela. En dicha demanda ante el pedido de la regularización del vínculo laboral por parte del trabajador y su infructuoso logro, los reclamos indemnizatorios y punitivos fueron operativos al cumplirse con los requisitos para su procedencia.

Del análisis de la sentencia de alzada lo novedoso es la aplicación reduccionista de la multa que establece el Artículo 8 de la Ley de Empleo:

El empleador que no registre una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente. En ningún caso esta indemnización podrá ser inferior a tres veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del Artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976). (Ackerman, 2019)

Aquí lo que se sanciona es la irregularidad registral, por ello remitiéndonos al fallo plenario 323⁷ en autos: "Vázquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro" en el cual se dispuso que

de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8 de la Ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria.

Salvando esta última parte, y sólo a mero criterio de que se interprete la intención del legislador que es la de protección respecto a los trabajadores por ser el sujeto débil de la relación de trabajo, en este fallo plenario los jueces hacen una interpretación irrestricta de la norma jurídica, tal cual ha sido la intención del legislador al momento del dictado de la norma luego de haber sido debatida parlamentariamente. En el fallo

⁷ CNAT, en pleno, 30-6-2010, "Fallo plenario N° 323 en: "Vázquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina SA y otro". Jurisprudencia de Derecho Laboral, RCJ 14173/2010.

de alzada, el Sr. juez haciendo una crítica de la Ley 24.013 declaró que la misma no contribuyó a lograr el principal objetivo que es la registración del trabajo informalizado y que los trabajadores sólo buscan la regularización cuando el despido es inminente, en el caso en estudio el a quo manifestó que el actor estuvo conforme y que así lo reconoció, inscripto como trabajador dependiente durante breves períodos ya que figuró como subordinado de distintas personas ficticias vinculadas con la entidad demandada y que no se pudo dudar que fue cómplice en la situación de clandestinidad, pues le resultó cómodo figurar como monotributista y percibir en negro comisiones escapando a la voracidad fiscal.

Siguiendo con la crítica, es el turno de la legislación en cuestión donde dice que sólo ha servido para engrosar los valores de las liquidaciones laborales llevándolas a valores exorbitantes, utilizando esto como justificación de que, ante la posibilidad por parte de ciertas empresas de sufrir condenas abultadas económicamente, encuentran como solución el concurso preventivo, pedido de quiebra o insolvencia fraudulenta; esgrimiendo que ello también vulnera la fragilidad de las pequeñas y medianas empresas. Aquí se puede notar que hay una crítica personal del juez, y más allá de sus discrepancias, todo juez está obligado a aplicar las reglas de las normas vigentes. No hay fundamento alguno para que el magistrado pueda hacer uso de la facultad, excepcional, que le da el Artículo 16 de la Ley 24.013⁸.

Es aquí donde hay que resaltar la función del juez laboral como pacificador del conflicto social, ya que el mismo debe encontrar la forma de disminuir o debilitar los efectos negativos de un conflicto en el marco de las relaciones laborales y sus consecuencias en el ámbito social, sin vulnerar el sentido tuitivo de las normas y sin afectar derechos consagrados en normativa laboral sino también constitucionales. En nuestra estructura productiva hay un alto grado de heterogeneidad, la que ocasiona importantes problemas de generación de empleos de calidad, profundizados por las crisis económicas, pero, asimismo, hay un entramado productivo con gran desarticulación que es una de las explicaciones del gran crecimiento del empleo informal. Es cierto que en la medida en que no se genere una cantidad suficiente de ocupaciones formales en relación al retorno a la fuerza de trabajo de aquellos que aún permanecen fuera de ella, el riesgo de aumentos en la tasa de informalidad laboral continuará.

Con el abandono del modelo productivo, se comenzó con una descentralización productiva, lo que incluía la externalización de actividades accesorias como aquellas vinculadas al objeto principal de creación/comercialización de bienes y/o servicios. Esto ha generado la utilización de formas no laborales de contratación.

⁸ Allí se establece que: "Cuando las características de la relación existente entre las partes pudieran haber generado en el empleador una razonable duda acerca de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976), el juez o tribunal podrá reducir la indemnización prevista en el artículo 8°, hasta la suma no inferior a dos veces el importe mensual del salario que resulte de la aplicación del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo" (t.o. 1976).

Con el crecimiento del trabajo informal, del deficientemente registrado, de contratación temporal y con la aparición de nuevas categorías de trabajadores situados en las fronteras del trabajo subordinado/autónomo: la participación de la mujer en el mundo del trabajo, los jóvenes y grupos migrantes como nuevos trabajadores. (conforman nuevas situaciones que generan discusión acerca de las distintas características necesarias para determinar si hay o no relación de dependencia). Todo ello implica que esta función pacificadora del magistrado debería estar avalada por el respeto irrestricto de las normas vigentes para otorgar así mayor seguridad jurídica a los administrados.

III-MULTAS NO, MULTAS SI

Existen argumentos antagónicos partiendo de un punto en común que sería encontrar la solución o al menos acercarse a ella, a la informalidad laboral en Argentina, no sólo para el sostenimiento de la paz social, de la seguridad jurídica en términos necesarios para futuras inversiones sino también para el sostenimiento del sistema previsional argentino que garantice la previsión de todos los/as trabajadores/as.

Dentro de los argumentos que proponen la eliminación de las indemnizaciones de la Ley 24.013 y de las Leyes 25.323 y 25.345 se expone:

- a) Que la Ley 24.013 no ayudó a mejorar las registraciones.
- b) Uso disfuncional de las Leyes 24.013, 25.323 y 25.345.
- c) Encarecimiento de los reclamos laborales.
- d) En determinados casos hay complicidad entre el trabajador no registrado y el empleador, hay trabajadores con remuneraciones elevadas, que perciben sus remuneraciones clandestinamente para quedar liberados de la carga impositiva.
- e) Desaliento de inversiones.
- f) Riesgos económicos para las pequeñas y medianas empresas.

Los argumentos que están a favor de las indemnizaciones de la Ley 24.013, 25.323 y 25.345 son:

- a) Las inspecciones del Trabajo y las sanciones administrativas propuestas por ejemplo por la Ley 26.940 han sido de utilidad para alentar la registración laboral combatiendo el trabajo clandestino.
- b) Lo concreto es que lo dicho del encarecimiento de los reclamos laborales tiene su relato en la normativa en análisis, sin embargo, podemos agregar que sólo las indemnizaciones agravadas proceden ante trabajo no registrado o parcialmente registrado.
- c) Hay que dejar en claro que el empleador que utiliza una registración defectuosa

o clandestina total, está expuesto al reclamo del trabajador, una vez que el trabajador pierda el miedo a su reclamo mediante un despido indirecto.

d) Respecto a la pequeña y mediana empresa, sus riesgos económicos se presentan cuando transitan el camino de la ilegalidad registral de sus trabajadores.

e) Estas normativas no desalientan las inversiones, sino que ellas se desalientan ante situaciones de inseguridad jurídica, la falta de marcos regulatorios y políticas de promoción de empleo.

f) En el punto de inspección del trabajo que se deriva a la esfera nacional o provincial, es insuficiente hasta tanto haya un sistema de inspección del trabajo que responda a las normativas internacionales que la OIT pone a disposición y que nuestro país ha refrendado: en el caso del Convenio Organización Internacional del Trabajo 147 sobre la marina mercante (normas mínimas), y sus recomendaciones.

g) Hay costos, que significan la aplicación de las Leyes 24.013, 25.323 y 25.345, sin embargo, es más costoso para los trabajadores no tener acceso a ART, sindicatos, beneficios en turismo, etc., ni qué hablar de la pérdida de los beneficios de la previsión social.

h) Nunca la sumatoria de las indemnizaciones por trabajo no registrado serán superiores a los pagos que deben abonar los empleadores por los aportes y contribuciones a cada trabajador.

IV- CONCLUSIÓN

Para un trabajador, no hay nada más difícil que tomar la decisión de confrontar a su empleador para que este realice lo que sabe que debió hacer desde un principio: la registración; nada es más ofensivo que pensar que las personas desde el momento de iniciar la relación laboral bajo estos términos lo hacen voluntariamente, sino que su voluntad se encuentra viciada ya que es imposible que cualquier trabajador/a anticipadamente renuncie a los beneficios de su registración como tener acceso a aportes previsionales, derechos a enfermedad paga, vacaciones pagas, el aguinaldo, la asignación familiar, la sindicalización junto a sus beneficios.

Creemos que lo que potencia el abuso por parte de empleadores es el miedo a no tener ese empleo por parte del trabajador, la falta de controles estatales de la informalidad, la edad de los empleados, sus cargas de familia y las largas filas de hombres y mujeres necesitados de la oportunidad de experimentar la dignidad del trabajo genuino, y es esa oportunidad la cercenada por quienes hacen uso abusivo de esa necesidad legítima.

Cuando ese miedo se pierde por la oportunidad de un nuevo trabajo o por la necesidad inconmensurable de gritar que no quiere ser más oprimido en sus derechos, es ahí cuando libremente se anima a reclamar lo que la ley garantiza y que el sujeto más fuerte del contrato de trabajo niega sistemáticamente.

Concordamos con la conclusión llevada adelante por el Dr. Ojeda en su artículo, en el que manifestó:

la necesidad de tomar caminos preventivos antes que los represivos. Y haciendo referencia a la Ley 26.940, estableciendo que las soluciones individuales son ineficaces por los motivos de: 1) preferir siempre la alternativa que mantenga la subsistencia del vínculo; 2) mercado sano donde se requiere trabajadores trabajando con plenos derechos, no forzados a hacer juicios; y 3) las indemnizaciones pueden hacer quebrar empresas con las consiguientes mayores pérdidas de empleos con nula incidencia en la problemática de la clandestinidad. (2016)

Esta respuesta preventiva se logra mediante tres caminos: 1) Creación de cultura y la conciencia del cumplimiento a través del diálogo social (un poco de ello venimos diciendo en todo el análisis); 2) presencia de la policía del trabajo: aquí se pretende resaltar la existencia del proyecto de ley que se encuentra en la Cámara de Diputados de la Nación⁹, que si bien es de larga data aún tiene estado parlamentario debido a las medidas adoptadas por la pandemia del COVID-19 otorgándonos la oportunidad de tratarlo, y por último, 3) “ajustar las normas conforme a las necesidades actuales”.

De acuerdo a esta línea de pensamiento hay que reflexionar que mientras regamos litros de tinta intentando aportar luz a la defensa de los derechos de los más indefensos de las relaciones laborales y aportando a la seguridad jurídica, desde quienes tienen una mirada contrapuesta, realizan acciones tendientes a eliminar derechos como es el caso que se encuentra en el Senado de la Nación Argentina donde mediante el proyecto de ley S-1.567/2023¹⁰ se pretende derogar los Artículos 8°, 9°, 10°, 11° y 15° de la Ley 24.013; donde como corolario de los fundamentos están que la eliminación de estos artículos ayudaría a repensar la creación de nuevos puestos de trabajo.

REFERENCIAS

- ACKERMAN, M. E. (2019). *Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Rubinzal-Culzoni.
- OJEDA, R. H. (2014 a). La ineficacia de las multas por trabajo no registrado. *Revista de Derecho Laboral*. Rubinzal-Culzoni. 319 - 325.
- OJEDA, R. H. (2014 b). *Jurisprudencia Laboral Nacional y de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*. Rubinzal-Culzoni.

⁹ Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina https://www.diputados.gob.ar_0534-D-2019 “Policia laboral argentina”. Creación en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. 13/03/2019

¹⁰ Honorable Senado de la Nación Argentina. <https://www.senado.gob.ar>

DERECHO COMPARADO



LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA VIOLENCIA ECONÓMICA
DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Lucía Avilés Palacios

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

Año: 01/Nº1 - Diciembre 2023

Recibido: 25/10/2023

Aprobado: 01/11/2023

LA NECESIDAD DE TIPIFICAR LA VIOLENCIA ECONÓMICA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

THE NEED TO CRIMINALIZE GENDER-BASED ECONOMIC VIOLENCE IN THE SPANISH PENAL CODE

Por *Lucía Avilés Palacios*¹

Juzgado de lo Penal nro. 2 de Mataró, Barcelona, España

Resumen: La violencia económica contra las mujeres es violencia de género según el Convenio de Estambul. No obstante, la principal ley española contra la violencia de género (LO 1/2004) no menciona la violencia económica y el Código Penal en España no ha sido modificado para introducirla a pesar de que está obligada a hacerlo por estar sujeta al Convenio de Estambul. A nivel autonómico, la Ley catalana 17/2020 (de reforma de la Ley 5/2008 sobre el derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista) incluye la violencia económica como una de las formas de violencia de género, pero no tiene competencia para modificar el Código Penal del estado español. A partir de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nro. 2 de Mataró (Barcelona-España), de 22 de julio de 2021², tras la condena de un hombre por impago de la pensión alimenticia a su hija menor de edad, la jueza ejerce una iniciativa legislativa pionera. No hay precedentes en ningún otro país. Pide al Gobierno de España un cambio legislativo que reconozca la violencia económica como violencia de género. Al postular un cambio legislativo, culmina la técnica enjuiciadora con perspectiva de género (y de infancia) al identificar el contexto de violencia de género en el que se produce el impago voluntario e injustificado de la obligación alimenticia en este caso y su utilización para lograr la restricción económica de madre e hija perpetuando una situación de violencia de género a través de la violencia económica.

Palabras clave: Iniciativa legislativa judicial, violencia económica de género, impago de pensiones, daño social, Art. 4.2 del Código Penal español, Convenio de Estambul.

¹ Magistrada-Jueza del Juzgado de lo Penal nro. 2 de Mataró (Barcelona, España); Premio Menina 2022 de la Delegación del Gobierno en Catalunya (España), en reconocimiento a su labor en materia de lucha contra la violencia de género y Profesora Visitante de la Universidad Nacional del Oeste. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6395-6531>. Correo electrónico: avilespalacios@gmail.com

² La nota de prensa y la iniciativa legislativa de la sentencia de 22 de julio de 2021, se pueden consultar en el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Un-juzgado-Penal-de-Mataro-solicita-tipificar-la-violencia-economica-como-modalidad-de-violencia-de-genero>

Abstract: Economic violence against women is gender-based violence according to the Istanbul Convention. The main Spanish law against gender violence (LO 1/2004) does not mention economic violence and the Criminal Code in Spain has not been modified by Parliament to introduce it despite being bound by the Istanbul Convention. Law Catalan 17/2020 (reforms Law 5/2008 about the right of women to eradicate gender violence) includes economic violence as one of the forms of gender violence but has no competence to modify the Criminal Code of the Spanish state. Sentence of the Criminal Court nº 2 of Mataró (Barcelona-Spain), of July 22th, 2021 in which, after the conviction of a man for the non-payment of alimony, the Judge exercises a pioneer legislative initiative. There is no precedent in any other country. She is asking the Government of Spain for a legislative change that recognizes economic violence as gender violence. By postulating a legislative change, it is the culmination of judging with a gender (and childhood) perspective by identifying the context of gender violence in which the non-payment of the maintenance obligation takes place in this case and its use to achieve the economic restriction of the mother and daughter perpetuating a situation of gender violence through the economic violence.

Keywords: judicial legislative initiative, economic gender violence, non-payment of pensions, social damage, Art. 4.2 of the Spanish Penal Code, Istanbul convention

I - INTRODUCCIÓN

A partir de un caso en el que se enjuició en el Juzgado de lo Penal nro. 2 de Mataró un delito de abandono de familia en su modalidad de impago de pensiones alimenticias y a raíz de la sentencia dictada explicaré cómo la existencia de un contexto invisibilizado de violencia de género determinó la existencia de violencia económica contra la mujer, modalidad que no está expresamente regulada en el Código Penal español. Resaltaré la importancia de esta sentencia como la primera que reconoció en España esta modalidad de violencia contra la mujer y cómo a través de la misma se solicitó al Gobierno de España la modificación del Código Penal para sancionarla. Para ello desarrollaré los fundamentos normativos y materiales de la iniciativa legislativa presentada para concluir cómo la responsabilidad civil derivada de este delito debería reconocer expresamente otros conceptos para la reparación integral del daño derivado del citado delito de impago de pensiones alimenticias.

II - LA SENTENCIA QUE ESTABLECIÓ POR PRIMERA VEZ EN ESPAÑA EL RECONOCIMIENTO DE LA VIOLENCIA ECONÓMICA COMO VIOLENCIA DE GÉNERO

La Sentencia firme de 2 de julio de 2021 del Juzgado de lo Penal nro. 2 de Mataró (Barcelona), dictada a propósito de la comisión de un delito de impago de pensiones

³ La violencia de género en España es la ejercida contra las mujeres por quienes son o han sido sus parejas/esposos según la ley española LO 1/2004 de Medidas de Protección contra la Violencia de Género. Se trata de un concepto más limitado que el de violencia sobre las mujeres, empleado por los tratados in-

alimenticias, reconoció por primera vez en el estado español la violencia económica, especialmente la ejercida a través del impago de pensiones alimenticias, como violencia de género³. A través de la misma, como jueza sentenciadora, elevé al Gobierno de España una iniciativa legislativa judicial (Exposición Razonada) por la vía del artículo 4.2 del Código Penal español⁴ para la tipificación de la violencia económica (en sus diversas formas y, específicamente, el impago de pensiones) como modalidad de violencia de género y para la regulación de cláusulas de reparación integral a las víctimas que no sólo comprendan el daño económico efectivamente causado, sino también el denominado “daño social”.

El delito de impago de pensiones alimenticias (sobre el que gira el caso examinado) sí se regula en el art. 227 del Código Penal español⁵ pero de manera neutra, descontextualizado de posibles escenarios violentos y no se califica como violencia económica de género a pesar de que los datos estadísticos disponibles – que expondré más adelante – muestran la elevada proporción de mujeres que soportan algún tipo de violencia económica por parte de sus parejas o exparejas.

Los hechos enjuiciados en la sentencia tienen un contexto específico de violencia de género constatado que, sin embargo, había quedado oculto en el proceso de familia previo, en él se estableció la obligación alimenticia y en el posterior proceso por impago de pensiones alimenticias que se inició a raíz de la denuncia de la mujer frente al padre incumplidor por el impago reiterado de aquella.

El acusado había sido condenado dos veces – en procesos penales previos – por delitos de violencia sobre la mujer (concretamente por maltrato físico) cometidos contra la madre de su hija. Después en la vía civil se tramitó el procedimiento de familia con la apariencia de un “divorcio de mutuo acuerdo” que invisibilizó el rastro judicial de violencia de género existente, ocultándola incluso en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a la hija común ya que se estableció un régimen de visitas paterno-filial contraviniendo el art. 31 del Convenio del Consejo de Europa so-

ternacionales – Convención de Belém do Pará en el ámbito latinoamericano y el Convenio de Estambul en el marco del Consejo europeo – que comprende la ejercida contra las mujeres por el mero hecho de serlo y que les afecta de manera desproporcionada, tanto en el ámbito de la pareja como fuera de ella.

⁴ Artículo 4.2 del Código Penal español “En el caso de que un juez o tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal”.

⁵ El art. 227 del Código Penal se sanciona: 1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses. 2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior. 3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

bre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, de mayo de 2011⁶, (también llamado Convenio de Estambul)⁷ que impone la obligación de tener en cuenta los incidentes de violencia en el momento de estipular aquel régimen de tal forma que se protejan los derechos y la seguridad de la víctima y de las/os niñas/os. Incumplida la obligación alimenticia, porque nunca la llegó a hacer efectiva a pesar de que el padre sí tenía capacidad económica para abonarla, y agotada la vía civil, la madre acudió a la vía penal para denunciar el impago reiterado e injustificado de la pensión alimenticia en favor de la hija iniciándose a continuación un proceso penal que finalizó en sentencia firme condenatoria contra el padre por la comisión de un delito de impago de pensiones alimenticias (art. 227 del Código Penal español).

En la realidad que vemos en los juzgados, este impago reiterado e injustificado de pensiones sirve habitualmente (también en el resto de modalidades de violencia económica) al progenitor incumplidor – estadísticamente el padre como se verá a continuación – para perpetuar una situación de control sobre su pareja, circunstancia esta que caracteriza la violencia de género. Así, la somete a estrés y sufrimiento psicológico, y aumenta la vulnerabilidad de hijas/os menores de edad y dependientes convirtiéndose también la económica, en una manifestación de violencia vicaria de género⁸ pues cuando el agresor o victimario, pudiendo hacerlo, no atiende de manera intencionada las necesidades básicas de las/os hijas/os, está ejerciendo una forma de violencia contra sus madres.

Esta sentencia postula un cambio legislativo y culmina la praxis enjuiciadora con perspectiva de género – y de infancia, al afectar el supuesto de hecho a la hija común – porque identifica el contexto de violencia de género, en el que transcurre el incumplimiento de pago de la obligación alimenticia, y su instrumentalización por el padre para lograr el estrangulamiento económico de la madre y de la hija. Logra así visibilizar cómo se perpetúa una situación de violencia de género a través de lo económico.

La sentencia es pionera en España y no se han encontrado precedentes similares en otros países.

⁶ Boletín Oficial del Estado, “BOE” núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 42.946 a 42.976 [https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/(1))

⁷ El Convenio de Estambul es el primer instrumento vinculante y específico contra la violencia de género en el marco del Consejo de Europa, lo que contribuye a la armonización de los marcos legales y programáticos de los estados miembros que lo hayan ratificado. El Consejo de Europa tiene 46 estados miembros, 27 de los cuales – entre ellos, España – son miembros de la Unión Europea.

⁸ Según Sonia Vaccaro (2023), psicóloga clínica y forense, quien acuñó este concepto, la violencia vicaria es “aquella violencia que se ejerce sobre los hijos para herir a la mujer. Es una violencia secundaria a la víctima principal, que es la mujer. Es a la mujer a la que se quiere dañar y el daño se hace a través de terceros, por interpósita persona”.

III - FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y MATERIALES

El fundamento jurídico formal de la iniciativa legislativa judicial presentada está en el art. 4.2 del Código Penal español en el que se indica a la judicatura lo que puede y debe hacer cuando, como sucede en el presente supuesto, al enjuiciar un hecho detecta un conflicto entre las exigencias de justicia material y el dogma de la legalidad. También se sitúa en el Pacto de Estado contra las violencias machistas aprobado por el Congreso de los Diputados en 2017, el artículo 14 de la Constitución española (CE) relativo a la igualdad entre mujeres y hombres, que impone además una actitud proactiva de todos los poderes públicos para su efectividad (art. 9.2 CE) y en la exigencia derivada del derecho internacional público de los derechos humanos, de “debida diligencia” para prevenir, investigar, sancionar y reparar los delitos calificados como violencia sobre la mujer (art. 5 y 45 del Convenio de Estambul) que también se contempla en la Ley catalana 5/2008 (Art. 3. H, Art. 5, Sexto).

También en la búsqueda de las fuentes formales es preciso tener en cuenta, por un lado, la legislación autonómica en esta materia y para ello, me centraré en la comunidad autónoma donde ejerzo mi jurisdicción. En Cataluña, en el ámbito autonómico español⁹, la Ley 5/2008, del 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista¹⁰ sí contempla la violencia económica en su art. 4. 2. e) como una modalidad de aquella y la define como la

privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y, si procede, de sus hijos o hijas, en el impago reiterado e injustificado de pensiones alimenticias estipuladas en caso de separación o divorcio, en el hecho de obstaculizar la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja y en la apropiación ilegítima de bienes de la mujer.

La ley catalana se adelantó al Consejo de Europa en las definiciones ampliadas de violencia machista que contiene y que – por comparación del marco estrecho de la ley estatal – resultaron vanguardistas y alineadas en el marco jurídico internacional de protección de las mujeres que se inició en 1979 con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹¹ (Convención CEDAW) hasta el Convenio de Estambul.

⁹ España no es un estado federal y se configura según la Constitución de 1978 como estado de autonomías, que asumen algunas competencias de las que el texto constitucional considera delegables como la sanidad o la educación. Las leyes penales y procesales son, sin embargo, competencia exclusiva del estado español.

¹⁰ Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya “DOGC” nro. 5123, de 08/05/2008, “BOE” nro. 131, de 30/05/2008. <https://www.boe.es/eli/es-ct/L/2008/04/24/5/con>

¹¹ “BOE” nro. 69, de 21 de marzo de 1984, pp. 7.715 a 7.720. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>

La Ley 5/2008 reformada por Ley 17/2020 de 22 de diciembre, introdujo conceptos que la mantienen en ese merecido puesto (así violencia vicaria y violencia económica, diligencia debida y violencia institucional) y que tienen mucho que ver con el contenido de la iniciativa legislativa judicial presentada. El Estado español, y no las comunidades autónomas, es el único que puede legislar en materia penal y procesal. De esta forma, la ley catalana no tipifica delitos, ni permite su aplicación por juzgados y tribunales¹² de tal forma que su finalidad es eminentemente preventiva y asistencial.

Por otro lado, a nivel internacional, la violencia económica también la prevé el Convenio de Estambul. Después de definir la violencia contra la mujer [artículo 3.a)] como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres” designa como tal a

todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

Ahora bien, a pesar de que el Convenio de Estambul está vigente en España desde 2014 y se integra en el ordenamiento jurídico español¹³, en los años de vigencia de la Ley Orgánica estatal 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOPIVG)¹⁴ y tras múltiples oportunidades de reforma, no ha forzado la reforma de esta ley estatal ni se ha incluido aún, en el Código Penal español para regularla expresamente en la legislación española, como una de las modalidades de violencia contra la mujer. Para la LOPIVG “sólo” es violencia de género la física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad y no incluye en su definición a la violencia económica.

Por tanto, la iniciativa legislativa pretende suplir este vacío legal para la regulación de la violencia económica como violencia de género y pretende impulsar la reparación integral del daño causado, yendo más allá del mero pago de las pensiones alimenticias, para atender a la falta o carencia de necesidades básicas (alimento, educación, ropa, tratamientos médicos necesarios, vivienda, etc.) de la madre y/o de las/os hijas/os así como el desarrollo integral de estos.

¹² Pero tiene la importante responsabilidad en la sociedad catalana de prevenir las violencias machistas y de evitar la victimización secundaria y, por tanto, la denominada violencia institucional en el marco del proceso.

¹³ De acuerdo con los artículos 96.1 Constitución y art. 28.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. <https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/informe-sobre-violencia-contra-la-mujer/>

¹⁴ “BOE” nro. 313, de 29/12/2004. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con>

En cuanto al fundamento material de la iniciativa legislativa, contamos con algunos datos oficiales que evidencian el sesgo de género en la violencia económica y en particular en relación con el delito de impago de pensiones. Según la Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019 elaborada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, el 11,5% de mujeres de más de 16 años la ha sufrido en algún momento de su vida. El Ministerio del Interior ha computado la violencia económica como uno de los vértices que da forma a la violencia machista en el Informe sobre Violencia contra la Mujer 2015-2019 en el que participaron las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Dicho informe contempla denuncias que abarcan desde 2015 a 2019, en las que se contabilizan 601.416 denuncias de mujeres víctimas de la violencia machista de entre 31 a 40 años. De ellas, 18.235 corresponden al impago de la pensión fijada judicialmente.

Sabemos además por la experiencia en los juzgados que la violencia económica, se puede dar durante las relaciones de pareja, de manera exclusiva o en combinación con otras formas de violencia, a través del “control” de la economía familiar, incluyendo las cuentas bancarias a través de la llamada “explotación” económica de la mujer que se puede ver privada de la disponibilidad de su propio sueldo u obligada a trabajar en la empresa familiar sin derecho a salario ni prestaciones sociales, y el llamado “sabotaje laboral” que frena las expectativas laborales de la mujer mediante la imposición de tareas de cuidado y roles asociados al sexo femenino y a la maternidad. También se puede dar después de rota la relación de pareja, bien como continuación de la violencia ejercida mientras duró esta, de manera única o en combinación con otras formas de violencia, o bien de manera autónoma debutando una vez producida la crisis de pareja.

Cuando tras la ruptura de la pareja se constituye judicialmente un vínculo entre las partes – respecto de las cargas hipotecarias del domicilio familiar u otras deudas adquiridas durante el matrimonio o las pensiones alimenticias –, como en el caso enjuiciado, aquel pronunciamiento judicial, se puede llegar a convertir frecuentemente en un instrumento idóneo para el sometimiento y control de las mujeres. Ver embargado el propio sueldo o perder la vivienda a causa de la falta de pago de la otra parte obligada, hace que las mujeres acudan continuamente a procesos judiciales para lograr el pago completo o puntual de las pensiones alimenticias o cualquier otro gasto del que dependen necesidades básicas de las hijas y de los hijos, incluso los que afectan a su formación, o simplemente obligarlas a ponerse en contacto con quien fuera el agresor para reclamarle el pago de los gastos a los que está obligado, constituyen – junto a otros casos en que las relaciones económicas de la pareja no finalizan con la ruptura de pareja – formas diversas de violencia de género económica. Supuestos que además se ven agravados por una discriminación de género estructural que sostiene elevadas brechas salariales, segregaciones ocupacionales, precariedad laboral del empleo femenino, mayor incidencia del paro y del trabajo informal, menor participación en los órganos de decisión de las empresas y de organizaciones en general. También

se observa en los procesos judiciales a menudo su posible vinculación con delitos de alzamiento de bienes para la ocultación de ingresos frente a obligaciones de pago de pensiones alimenticias (STS nro. 914/2021, de 17 de marzo)¹⁵.

La existencia por tanto de una obligación internacional de regularla y los datos con los que contamos, evidencian la importancia de la iniciativa legislativa presentada.

IV - VIOLENCIA ECONÓMICA Y DAÑO SOCIAL

Finalmente, es necesario agregar que junto con la tipificación de la violencia económica como delito de violencia de género solicité al gobierno de España la regulación de la responsabilidad civil en el delito de impago de pensiones alimenticias para la mejor reparación del daño causado (reparación integral) a través del denominado “daño social”.

Es habitual que las sentencias condenatorias en casos de delitos de impago de pensiones, acuerden “sólo” una indemnización a cargo del condenado que resulta del cálculo de las pensiones dejadas de pagar. Sin embargo, en casos en los que las labores de cuidado y el sustento económico han recaído en exclusiva sobre uno de los progenitores, habitualmente las madres, como sucede en el caso que analiza la sentencia dictada, en el que el padre se ha desentendido de toda atención, pero también de la aportación económica en favor de sus hijas/os, las consecuencias del hecho delictivo no pueden reducirse a la mera cuantificación económica de las pensiones alimenticias impagadas, sino que deben comprender la incidencia y/o lesión que ese impago ha generado en los ámbitos personal, educativo o social (alimentación, productos farmacéuticos, higiene, ropa y calzado, tratamientos médicos, actividades culturales, ocio, educación complementaria, material escolar, etc.) y que debiendo ser atendidos en exclusiva por la madre le ha supuesto a esta también una afectación directa en sus esferas personales, familiares, sociales y especialmente laborales y expectativas económicas relacionadas.

La incidencia del hecho delictivo en estos otros derechos fundamentales es lo que se denomina “daño social”. La repercusión en las mujeres determina una mayor dependencia económica de estas respecto de sus agresores o victimarios y, que canaliza la perpetuación de la violencia de género ejercida, concretada tras la ruptura de la pareja en el plano económico por el impago de la pensión a las/os hijas/os, y que resulta – paradójicamente – respaldada por razones estructurales y sistémicas de discriminación por razón de sexo atribuibles al Estado.

El legislador español especifica en el artículo 227.3 del Código Penal que “la reparación del daño procedente del delito (de impago de pensiones) comportará siempre el

¹⁵ La STS, Sala Segunda, nro. 914/2021, de 17 de marzo, se puede consultar en el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-senala-que-el-impago-de-pensiones-alimentarias-es-una-forma-de-violencia-economica->

pago de las cuantías adeudadas”, lo que no excluye que puedan incorporarse otros conceptos que permitan la reparación del daño, de todo el daño causado incluido el daño social, y la indemnización de perjuicios materiales y morales de acuerdo a los artículos 109 a 115 del Código Penal español¹⁶. En la práctica jurídica, sin embargo, la tendencia es que se equipare “daño causado” a “pensiones alimenticias atrasadas” en las peticiones de Fiscalía y de las acusaciones particulares, de tal forma que por el principio acusatorio que rige el proceso penal español, la jueza o el juez al estar vinculada/o a las peticiones de las partes, si estas no lo solicitan, no se podrán establecer conceptos indemnizatorios adicionales más allá del pago de los atrasos.

Ante la ausencia de una mención clara por parte del legislador de los conceptos concretos indemnizables en esta categoría de delitos, y la necesidad de otorgar una mayor seguridad jurídica a las víctimas, es por lo que solicité en la iniciativa legislativa la regulación expresa del daño social. De esta manera se forzaría a los operadores jurídicos a reclamar, junto a los perjuicios materiales y morales, este tipo de daño que es inherente al hecho delictivo.

V - CONCLUSIONES

Una de las consecuencias más graves de la violencia económica, en la que reside una de las principales razones para regularla, es la creación o aseguramiento de una dependencia económica de la víctima hacia su agresor que termina afectando su capacidad para generar recursos financieros y adquirir autosuficiencia económica, para

¹⁶ Artículo 109.1. La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. Artículo 110. La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución. 2.º La reparación del daño. 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales. Artículo 111.1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar, aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito. 2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable. Artículo 112. La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquel y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa. Artículo 113. La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros. Artículo 114. Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización. Artículo 115. Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

sí y para sus hijas/os¹⁷ y ello condiciona en muchas ocasiones su decisión de denunciar o de mantenerse en el ejercicio de acciones penales contra el perpetrador. Afecta por tanto la violencia económica tanto a las mujeres como a sus hijas e hijos, los hace dependientes respecto del padre y da a este un instrumento de poder que los deja a merced de sus decisiones.

Existen casos como el analizado en los que la precariedad económica en la que queda inserto el núcleo familiar, ahora ya familia monomarental tras el divorcio, determina la calidad de vida y las expectativas de futuro de las/os menores perjudicadas/os, pero también condiciona gravemente todas las esferas vitales de la madre. Además, limitar la reparación del daño a lo meramente económico, cuando aquel va más allá de lo estrictamente económico, no resulta coherente ni con la voluntad de reparar de una manera “integral” el daño causado existente en todas las categorías delictivas, ni adecuado a los estándares internacionales expuestos. De momento es creciente la conciencia social sobre la existencia y consecuencias de la violencia económica de género y resulta esperable que pueda contarse con un efectivo cambio legislativo en España, en las leyes estatales, acorde con este cambio social.

REFERENCIAS

- LÓPEZ GUTIÉRREZ, J., CANTOS CEBRIÁN, M. J., LÓPEZ OSSORIO, J. J., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, F., DELGADO MARTÍN, E., HERRERA SÁNCHEZ, D. (2020). Informe sobre Violencia contra la Mujer. España 2015-2019. En <https://www.interior.gob.es/open-cms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones/publicaciones-descarga-bles/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas/informe-sobre-violencia-contra-la-mujer/>
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE SENSIBILIZACIÓN, PREVENCIÓN Y ESTUDIOS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. (2019). Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019. En <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>
- VACCARO, S. (2023). *Violencia Vicaria: una modalidad extrema de violencia de género*. Ad-Hoc.

¹⁷ Lo que determina que la violencia económica por la instrumentalización de las/os hijas/os para generar sufrimiento psicológico a las madres, se convierta en “violencia vicaria” en el concepto ofrecido por la Ley 5/2008 en la reforma por la Ley 17/2020, art. 4.2.h).

ENTREVISTAS

UNIVERSIDAD PÚBLICA, GRATUITA E INCLUSIVA

ENTREVISTA AL DR. GUSTAVO MENÉNDEZ¹

Por Pablo Perel y Lucía Colombo



—Muchas Gracias Dr. Menéndez por concedernos esta entrevista. Usted ha dedicado gran parte de su carrera al mundo universitario, desempeñándose como docente titular en materias que se dictan en esta casa de altos estudios, ¿qué destacaría de la tarea académica?

—Antes de comenzar la entrevista, quisiera agradecer la oportunidad de participar en el número lanzamiento de la Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Oeste. Celebro la iniciativa y estoy seguro de que será de enorme utilidad para toda la comunidad jurídica de la región.

Con respecto a la pregunta considero indispensable el vínculo con la Universidad sin importar el rol que uno asuma, sea como alumno, docente o investigador. Se constituye en un ámbito indispensable para intercambiar, compartir conocimientos, experiencias y para generar lazos con colegas o profesionales de otras áreas.

¹ Intendente Municipal de Merlo. Presidente del Grupo Provincia. Abogado (UM). Profesor titular de Historia Económica y Pensamiento Nacional y Latinoamericano y Universidad, Ciencia y Sociedad (UNO).

Destaco su importancia no sólo desde lo personal, en lo que refiere a darle continuidad a mi formación académica, sino en el acto de compromiso que importa con la comunidad el acompañar los procesos de construcción de aprendizaje de otros y otras. En ese sentido, considero que nos debe interpelar como ciudadanía a asumir la responsabilidad de contribuir a la formación de las nuevas generaciones, independientemente de la función que desarrollemos en nuestra vida cotidiana.

En las materias en las que me desempeño como profesor, “Historia económica y pensamiento Nacional y Latinoamericano” y “Universidad, Ciencia y Sociedad”, se generan instancias de reflexión y debate respecto al rol de las universidades, entre otros contenidos. Este espacio es de relevancia porque implica echar una mirada hacia atrás y comprender los procesos históricos para poder analizar la educación superior como herramienta posibilitadora de la movilidad social ascendente y de esta manera reforzar una tendencia posible hacia la igualdad social.

—En concreto, en el ámbito de la Universidad Nacional del Oeste ¿qué resaltaría acerca de su labor?

—La Universidad se creó relativamente hace poco tiempo y desde entonces se ha trabajado incansablemente en el desarrollo de políticas y acciones tendientes a fortalecer y promover el desarrollo humano, coadyuvando en los procesos de formación integral y en la consolidación de la comunidad universitaria.

Destacaría como nota distintiva su vinculación con la comunidad, la tarea desarrollada en extensión y la concepción particular construida de la investigación, entendida esta como la vinculación del saber con el hacer, priorizando siempre que el conocimiento sea traducido en acciones concretas.

En ese marco, el desafío parecería haberse centrado en lograr la inserción de la Universidad en la sociedad para favorecer el desarrollo económico, político, social y cultural de los diversos sectores de la región, propiciando el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

Y en este punto quisiera destacar la función que comenzaron a desempeñar las universidades del conurbano bonaerense creadas en los últimos años. La realización de actividades, proyectos y programas efectuados en función de las demandas y necesidades del ámbito y la comunidad local, las diferencia de la tradición universitaria histórica, porque vinieron a marcar un cambio de paradigma en lo que refiere a la relación de la universidad con el territorio.

Ejemplo de ello, es su papel en la formación de profesionales comprometidos con una visión integradora de personas en condición de vulnerabilidad. Nuestra casa de estudios cuenta con un trabajo social, requisito extracurricular obligatorio para la obtención del título universitario de todas las carreras. Es un espacio de enseñanza y aprendizaje cuyo desarrollo permite la articulación de contenidos curriculares con necesidades y demandas de la comunidad, prioritariamente dirigida a sectores vulnerables.

—Como es de público conocimiento, nos encontramos en un contexto en donde se pone en duda la importancia de la educación pública y gratuita ¿Cuál es su opinión respecto del discurso que sostiene que las universidades son un costo?

—Nuestra directriz debe seguir siendo la educación inclusiva y de calidad como herramienta de transformación social para todos y todas. Creo que es un acto de justicia encontrar en una misma aula al hijo o hija de la persona más rica al lado de la más pobre. Y en esa línea es importante tener presente que no existe acto de gobierno más revolucionario que aquel que permite a los trabajadores y a los hijos de los trabajadores acceder a la universidad para así convertirse en artífices de su propio destino.

Garantizar el derecho de acceso a la educación en igualdad de condiciones, sólo es posible a partir de la universidad pública y gratuita. En las universidades del conurbano se presenta la particularidad que la mayoría de quienes culminan sus estudios se constituyen como primera generación de universitarios. Con lo cual ¿cómo es posible que no nos interpele a defender y reivindicar este derecho conquistado?

Acompañar cada una de las iniciativas de la Universidad debe constituirse en prioridad, porque pretendemos un distrito donde todos sus habitantes tengan la posibilidad de estar sentados en las aulas y que la oferta académica sea cada vez mayor.

—La CONEAU aprobó recientemente la carrera de abogacía en la Universidad Nacional del Oeste, ¿cómo cree que impactará esta iniciativa en el territorio?

—Hoy tenemos un nuevo motivo para celebrar, que pone a la Universidad Nacional del Oeste en otro plano. A partir de ahora habitantes de los distritos de Merlo, Ituzaingó, Moreno, Marcos Paz, General Las Heras; y aquellos provenientes de la zona próxima conformada por Morón, Hurlingham, General Rodríguez, Navarro y Lobos van a tener mayor accesibilidad a una universidad nacional, pública y gratuita para poder cursar la carrera de abogacía. El 17 de octubre comenzó la inscripción y las cursadas comenzarán en marzo de 2024.

Esto resulta sumamente importante puesto que permitirá que muchos estudiantes que no podían solventar la universidad privada, a partir de ahora puedan ingresar a la formación superior y luego desempeñarse en lo laboral permitiendo su ascenso social. A su vez, también podrán acceder quienes para poder realizar la carrera debían trasladarse a varios kilómetros lo cual significaba además de una alta erogación económica, un dispendio de tiempo o hasta incluso una causal de impedimento para el efectivo acceso. Con lo cual este acontecimiento se convierte en un hito histórico en especial para cada uno de los merlenses y en general, para toda la región.

—En particular ¿qué impacto cree que generará el dictado de Abogacía en el distrito, en el marco de la puesta en funcionamiento del nuevo Departamento Judicial de Merlo?

—La aprobación de la carrera de abogacía resulta sumamente importante para nuestro Municipio e indudablemente generará un fuerte impacto en la puesta en

marcha del Departamento Judicial de Merlo. La cantidad de estudiantes que se incorporarán a la educación superior, constituirá una gran oportunidad para ampliar la base de la cual nutrirse en el futuro de agentes judiciales, fiscales, asesores, defensores y magistrados.

En referencia a su puesta en funcionamiento, nos encontramos en el proceso final de selección de autoridades y funcionarios, y en breve veremos cumplido el sueño de contar con una justicia de cercanía para todos los vecinos.

El Consejo de la Magistratura bonaerense, en estas instancias, se encuentra avanzando en los procesos de selección de la mayoría de los cargos creados por la ley que dio origen a este nuevo Departamento.

El rol desempeñado por la Universidad en este proceso, ha sido fundamental. Las autoridades han celebrado convenios de colaboración con el Consejo, han facilitado el uso de las instalaciones para la toma de exámenes, avanzado a ritmo acelerado en las gestiones ante la CONEAU para la aprobación de abogacía, creado Diplomaturas con la intención de formar y capacitar a quienes en el futuro serán los y las que tendrán a cargo la labor de brindar una justicia de calidad a todos nuestros vecinos y vecinas.

Sin duda todas estas iniciativas además de tender a la inclusión, al efectivo acceso a la educación y a la justicia, también son relevantes porque impactan en el orden de lo laboral. La nueva carrera, el nuevo departamento judicial, las nuevas unidades carcelarias inauguradas recientemente por el Estado provincial en Merlo, requieren de trabajadores y trabajadoras de la región para que con su labor diaria puedan hacer posibles estos sueños.

—Le agradecemos su participación Dr. Gustavo Menéndez, ha sido un placer.

—El agradecimiento es mío por la invitación.

PUBLICACIONES DE INTERÉS

LOS DESAFÍOS POSTPANDEMIA DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA BONAERENSE

Por Lisandro Pellegrini¹

Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, Argentina

I - DESAFÍOS

El Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires afronta la tarea de mayor envergadura que realizan los organismos de su naturaleza en nuestro país. En efecto, su misión institucional consiste en desarrollar procesos de selección para dos mil cuatrocientos (2.400) cargos de magistrados y magistradas diseminados por el vasto territorio bonaerense².

Sus procedimientos deben garantizar que, mediante “adecuada publicidad y criterios objetivos de evaluación, se seleccionen aspirantes que demuestren idoneidad, solvencia moral y respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos”. (art.175 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires y Ley 11.868).

Es cierto también que, a diferencia de otros Consejos de la Magistratura, el bonaerense se dedica exclusivamente a la selección de aspirantes a la magistratura y carece de funciones del orden disciplinario. Estas últimas cuestiones en nuestra provincia están constitucionalmente delegadas al Jurado de Enjuiciamiento (art.182 de la CPBA).

Ahora bien, ese desafío de base del Consejo de la Magistratura bonaerense se vio exacerbado con los efectos de la pandemia. La imposibilidad de convocar a concursos

¹ Miembro del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires en representación del Poder Ejecutivo. Subsecretario de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires. Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Palermo. Fue titular de la Secretaría General de Coordinación Penal del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

² Son aproximadamente 1.350 los cargos de jueces y juezas de todas las jerarquías, fueros y departamentos judiciales. A su vez, suman cerca de 1.050 los cargos de magistrados y magistradas de la estructura fiscal, tutelary de la defensa del Ministerio Público bonaerense.

Para tomar dimensión de la magnitud de estas cifras alcanza con compararlas con los cargos de magistradas y magistrados del orden nacional y federal de todos los fueros y jerarquías, cuya suma actualmente ronda los 1.650 (1.000 jueces/zas, 380 fiscales/as y 275 defensores/as).

durante el aislamiento social con fines de prevención sanitaria acumuló vacantes judiciales y expectativas de aspirantes.

En este sentido, el organismo debió refundar su esquema de funcionamiento de cara a la necesidad de prepararse para procesar rápida y eficazmente la multitudinaria concurrencia que, tal como se preveía, produjeron las convocatorias pospandemia.

II - DESENVOLVIMIENTO INSTITUCIONAL

La finalidad de este trabajo es, por un lado, compartir las medidas realizadas para revertir las consecuencias de la imposibilidad de convocar a concursos durante la pandemia³. Por otro, demostrar que esas políticas no sólo pusieron al día al Consejo, sino que abrieron un proceso de desarrollo institucional cuyo resultado fue la sensible mejora de sus estándares de funcionamiento.

Las medidas que caracterizaron esta etapa de desenvolvimiento del Consejo se pueden inscribir en tres planos diferentes: uno de tipo legal/reglamentario (a), otro del orden material/presupuestario (b) y el último de características eminentemente prácticas que impactan sobre las rutinas institucionales del organismo (c).

a) Aspectos legales y reglamentarios

Con relación a la primera dimensión aludida hay algunos hitos para destacar. El primero de ellos está vinculado con la estructura del proceso de selección de aspirantes a la magistratura bonaerense, conformado por cuatro instancias de evaluación: la prueba escrita, el examen oral, la ponderación de antecedentes y la entrevista personal⁴. En este sentido, la Ley 15.316, sancionada en diciembre de 2021 por la Legislatura bonaerense, suspendió por dos años la exigencia de los exámenes orales como parte del procedimiento de selección⁵.

La suspensión de esa fase del proceso de selección resultó de vital importancia para

³ El aislamiento social preventivo y obligatorio impidió de manera categórica los llamados a concursos. No obstante, es importante remarcar también que al momento del inicio de la pandemia la última reforma a la ley del Consejo – introducida por la Ley 15.058 de noviembre de 2018 – no se encontraba reglamentada por el organismo. Sobre este punto se vuelve más adelante.

⁴ Completa ese esquema evaluativo del proceso de selección un estudio sobre la aptitud psicológica y psiquiátrica de las personas que se postulan.

⁵ Esta norma también suspendió por el mismo período la obligación de convocatoria a examen al menos dos (2) veces por año para cubrir las vacantes que se produzcan en órganos de igual jerarquía y competencia material en cualquier lugar de la provincia. Recientemente, el Senado bonaerense le otorgó media sanción a un proyecto de ley de idénticas características, que prorroga esa suspensión por 2 años más.

este período en tanto agilizó los procedimientos pospandemia⁶.

A la vez, el pleno del Consejo aprobó algunos cuerpos reglamentarios fundamentales para esta etapa. De cara a una amplia afluencia de aspirantes – que era palmariamente previsible tras la interrupción de los llamados a concurso durante la pandemia – estas nuevas disposiciones estuvieron encaminadas a dotar al organismo de herramientas operativas que garantizaran eficiencia, transparencia y representatividad de géneros en el desarrollo de multitudinarios procesos de selección.

A través del primero de estos instrumentos, denominado Reglamento para el Registro Integral de Antecedentes de Aspirantes a la Magistratura (RIA) y el Portal Digital de Aspirantes (PODA), se puso en marcha el tan pretendido objetivo de la digitalización de trámites fundamentales del proceso de selección. El PODA y el RIA⁷ constituyen una plataforma digital para la registración de aspirantes, la inscripción a exámenes, la presentación de antecedentes profesionales y académicos, la comunicación oficial y segura entre Consejo y participantes, y demás cuestiones que antes requerían trámites presenciales.

El Portal y el Registro son herramientas informáticas desarrolladas autónomamente por personal del Consejo, que revisten suma trascendencia en materia de acceso a la magistratura. Al día de hoy son aproximadamente 7.000 las personas que se han registrado en el PODA y 4.500 las inscriptas en el RIA.

Un componente de crucial importancia de este documento es su Anexo, donde constan diversas categorías vinculadas a la formación profesional y académica que – a través de umbrales y techos de puntuación – objetivan la calificación de antecedentes de las personas que aspiran a la magistratura.

Otro instrumento a destacar es el *Reglamento Complementario*. Esta herramienta sentó las bases para las convocatorias más multitudinarias que haya afrontado el Consejo. En rigor, no sólo dotó de solidez y previsibilidad a una alta demanda de concursos, sino que además constituyó la primera reglamentación de la última reforma a la Ley del Consejo (15.058). En ese sentido, además de reglarse las convocatorias de acuerdo con los nuevos criterios legales⁸, se establecieron dispositivos para una ges-

⁶ En el seno del Consejo, actualmente, se discute acerca de la efectiva conveniencia de la prueba oral como parte del proceso de selección. Ese tipo de examen, por sus características, ralentiza los procesos y genera inconvenientes derivados de la pérdida temprana del anonimato de los/as postulantes. A su vez, la entrevista personal es una instancia de intercambio del procedimiento que, llegado el caso, podría contribuir aún más a la apreciación del tipo de aptitudes que se evalúan en la prueba oral.

⁷ El 53% de las personas inscriptas en el RIA son mujeres, el 46% varones y el 1% lo conforman personas de otros géneros. La diferencia de registraciones entre el PODA y el RIA obedece a que para la registración en el segundo se debe acreditar la finalización de la Escuela Judicial o de su eximición por un título equivalente.

⁸ Una de las innovaciones de la Ley 15.058 fue desvincular la convocatoria a exámenes de la producción de vacantes. Mientras que la Ley 11.868 disparaba las convocatorias a partir de la generación de vacantes, el

tión eficiente de procesos de selección con alta participación. También se habilitó la posibilidad de descentralizar territorialmente la toma de exámenes y se garantizó la representatividad de géneros en las instancias finales de los procesos de selección⁹. Entre otros aspectos de relevancia, se fijaron pautas para el concurso de los/as titulares de la Defensoría General de la provincia de Buenos Aires, sustanciado en este período por primera vez en la historia del Consejo.

Una mención especial, en esta misma línea, merece la aprobación por parte del Consejo de un documento que enuncia los perfiles profesionales e idoneidades¹⁰ que para el organismo deben demostrar quienes aspiran a ejercer la magistratura en la provincia de Buenos Aires. Este documento cumple una función rectora para todas las instancias de evaluación del proceso de selección.

En el plano reglamentario también se inscriben las nuevas funciones que se incorporaron en este período como refuerzo de la gestión del Consejo. La asesoría legal como respaldo jurídico de las decisiones del pleno, la comunicación institucional como forma de difusión de las actividades del organismo y de rendición de cuentas ante la comunidad y el análisis del trabajo del Consejo en términos de géneros son sólo algunas de las labores que potenciaron la gestión del organismo.

b) Mejoras presupuestarias y apoyo interinstitucional

Estas nuevas condiciones normativas no hubiesen sido suficientes para afrontar la gran demanda de exámenes – y la carga de trabajo que estos conllevan – si al organismo no se lo hubiese dotado de los recursos materiales necesarios para aumentar su capacidad logística y operativa. Al respecto, existen varias circunstancias para destacar.

La más significativa es, sin lugar a dudas, el apoyo económico del Poder Ejecutivo bonaerense durante toda esta etapa del Consejo de la Magistratura. A través del Ministerio de Hacienda y Finanzas se aumentó marcadamente el presupuesto del Consejo

esquema escogido por esta nueva norma apuntó a asegurar dos convocatorias anuales por cargo, de modo de generar procesos de selección que anticipen la producción de la vacante. La otra reforma sustancial de la nueva ley fue la obligatoriedad de la aprobación de la Escuela Judicial como requisito para la rendición del examen de oposición. Ambas innovaciones, más allá de las buenas razones que pudieron haberlas inspirado, se tornaron controversiales a la luz de la experiencia de este último tiempo y merecen ser reevaluadas.

⁹ El último párrafo del art. 6 del Reglamento Complementario expresamente establece que “En los órdenes de mérito, en las listas conjuntas y en los listados complementarios se deberá garantizar la representatividad en términos de géneros”.

¹⁰ La definición de esos perfiles no sólo se basa en el saber técnico-jurídico especializado de las/os postulantes (saber), sino también en sus habilidades (saber hacer) y actitudes (saber ser) necesarias para enfrentar las complejas exigencias y los desafíos del sistema judicial (cfr. en <https://www.cmagistratura.gba.gov.ar/sites/default/files/2022-10/Perfiles-Judiciales-CM-PBA-v-agosto-2022%20%281%29.pdf>).

de la Magistratura, con un crecimiento del 208% en el ejercicio 2022 y del 203% en el 2023. A la vez, Hacienda realizó diversos suplementos presupuestarios destinados a cubrir las necesidades de modernización tecnológica y logística que generaron las multitudinarias convocatorias y, en general, todo el proceso de desenvolvimiento institucional que atravesó el Consejo.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por su parte, acondicionó y puso a disposición del Consejo de la Magistratura un amplio inmueble que le brinda al organismo la posibilidad de recibir exámenes escritos de más de 300 personas en un mismo día¹¹. El acompañamiento en materia de recursos por parte del Gobierno bonaerense se completa con el aporte al Consejo, por parte de la Subsecretaría de Gobierno Digital, de una gran cantidad de computadoras portátiles, que complementaron el equipamiento tecnológico del organismo y facilitaron la recepción masiva y simultánea de exámenes escritos.

La Suprema Corte de Justicia bonaerense también respaldó y acompañó el desenvolvimiento institucional del Consejo durante este período. Por un lado, brindó recursos de conexión, almacenamiento y cómputo para hospedar el sistema de archivos del Consejo en la nube de la Corte y mantener segura su información. A la vez, la Corte realizó valiosas prestaciones para el mantenimiento edilicio del Consejo y, desde el área de sanidad, sostiene un trabajo de suma importancia en materia de revisión y confección de exámenes psicológicos y psiquiátricos a aspirantes.

c) Trabajo y rutinas institucionales

Finalmente, tanto las reformas normativas como la gran inversión de recursos hubiesen sido insuficientes de cara a los objetivos trazados por el Consejo si los consejeros y las consejeras de todos los estamentos¹² no redoblaban su trabajo y la búsqueda de consensos.

El primer punto a resaltar, en este sentido, es la intensificación de la dinámica de trabajo habitual del Consejo. Por un lado, comenzaron a realizarse reuniones de trabajo preparatorias de las sesiones semanales, que aumentaron significativamente el rendimiento de los plenarios.

A su vez, entre julio de 2022 y junio de 2023 consejeros y consejeras participaron de las instancias evaluativas de los 63 concursos que componen las 4 convocatorias pos-

¹¹ En ese inmueble también se realizan desde 2022 las entrevistas psicológicas y psiquiátricas a todas las personas que superan la prueba escrita del proceso de selección (ver nota 2).

¹² El Consejo de La Magistratura bonaerense está integrado por un/a ministro/a de la Suprema Corte de Justicia, que preside el organismo, un/a juez/a de Cámara; un/a juez/a de Primera o Única Instancia y un/a miembro del Ministerio Público; seis representantes del Poder Legislativo; cuatro representantes del Poder Ejecutivo y cuatro representantes del Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires.

pandemia. En el marco de estos procesos de selección se recibieron 3.989 evaluaciones escritas y se realizaron más de 1.400 entrevistas personales. Corresponde resaltar en este punto que el soporte irremplazable de todas las tareas que dan base a los procesos de selección es responsabilidad directa de los/as funcionarios/as y empleados/as del Consejo, cuyo compromiso y dedicación estuvo a la altura de esta coyuntura histórica.

Por último, hay un dato que logra transmitir con claridad los resultados de este período de desarrollo institucional del Consejo. De marzo a septiembre de 2023 el organismo envió al Poder Ejecutivo ternas y listas conjuntas para cubrir más de 161 cargos judiciales. Ese dato no sólo cobra relevancia por su magnitud, sino por el hecho que en el mismo período el Poder Ejecutivo solicitó al Consejo la cobertura de 76 vacantes. Esta circunstancia evidencia que, después de varios años, la productividad del Consejo resultó superior a la generación de vacantes judiciales.

III - ALGUNAS CONCLUSIONES Y PROYECCIONES

La pandemia puso al Consejo de la Magistratura bonaerense frente a un desafío inédito en su historia. La forma en la que el organismo escogió afrontar ese reto fue avanzar hacia un proceso de desarrollo institucional que, además de revertir los efectos de la pandemia, le permitió elevar sensiblemente sus estándares de funcionamiento.

Reformas normativas, inversión de recursos e intensificación de las rutinas laborales del pleno del Consejo son el tipo de medidas que explican el desenvolvimiento post-pandemia del organismo.

Con relación al denodado trabajo de los/as miembros del Consejo hay dos aspectos que merecen ser destacados. Por un lado, la búsqueda permanente de consensos, a partir de un diagnóstico común sobre la urgencia de reactivar el Consejo y en desmedro de la imposición de rígidas posturas sectoriales. Directamente vinculado con esto último, el rol fundamental de las presidencias del organismo durante este período para la generación de condiciones proclives al consenso y para la identificación de puntos de equilibrio entre las posiciones de estamentos.

La productividad del Consejo en el marco de esta reconfiguración institucional demuestra mejoras cuantitativas y cualitativas. La experiencia de este último tiempo parece indicar, no obstante, que esos progresos podrían potenciarse en una etapa venidera con nuevos ajustes regulatorios. Por un lado, las distintas realidades de la provincia de Buenos Aires y las exigencias propias de las magistraturas bonaerenses respaldan la idea de aumentar el peso específico de la especialidad y la territorialidad¹³ de los/as aspirantes en los procesos de selección, así como de sus saberes profesionales y

¹³ Especialidad y territorialidad remiten al conocimiento por parte del/de la aspirante del tipo de actividad que realiza el órgano judicial que se pretende cubrir y de las características del territorio en la que esa actividad se desenvuelve.

y prácticos, respecto de sus antecedentes académicos. A la vez, ajustar los contenidos de formación obligatoria para participar de los concursos permitirá el pleno desarrollo de la Escuela Judicial sin riesgo de que ello devenga en un factor discriminatorio para el acceso a la magistratura. Por último como se esbozó anteriormente¹⁴ y en pos de la previsibilidad y planificación de los/as participantes, las convocatorias a concursos deberían volver a vincularse con la producción específica de vacantes en el ámbito de cada departamento judicial.

¹⁴ Ver nota 8.

EL ENJUICIAMIENTO DE MAGISTRADOS/AS Y FUNCIONARIOS/AS EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

*Por Ulises Giménez*¹

Secretaría de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios
de la provincia de Buenos Aires, Argentina

I-INTRODUCCIÓN

La provincia de Buenos Aires ha sido pionera a la hora de establecer el procedimiento para el enjuiciamiento funcional de magistrados y magistradas y de otros/as funcionarios/as con estabilidad política, enmarcando el contenido básico de la institución en los artículos 182 a 188 de nuestra carta magna provincial de 1994. Desde un comienzo, la Constitución de 1854 (que fundó el Estado Soberano de Buenos Aires) junto a la Constitución de 1873 (que integró la provincia a la Nación argentina) fueron fundantes de un orden político, que tuvo muy en cuenta el control sobre los/as magistrados/as; aunque en un principio, sólo estaba previsto para los integrantes del Superior Tribunal. Es por esto último que se ha considerado a la carta provincial de 1873 como fundante del sistema de Jury tal cual hoy lo conocemos, por supuesto con diferencias en la composición del órgano.

Las restantes Cartas (1889, 1934, 1949), al igual que la sancionada en 1994, más allá de contener algunas disposiciones innovadoras, resultaron enmiendas a los textos precedentes en el sentido de que todas contienen la institución. Cabe señalar que varias disposiciones de la Constitución vigente se mantienen inalteradas desde 1873. Así desde sus albores la provincia ha mantenido su correlato con lo establecido en el artículo 75 inciso 11 de la Constitución Nacional. Esta manda constitucional, perfiló en nuestra provincia un modelo de Poder Judicial definiendo las maneras de integración y exclusión, siendo modelo de muchas otras constituciones provinciales.

¹ Secretario Permanente de la Secretaría de Enjuiciamiento de Magistrados y funcionarios de la provincia de Buenos Aires (desde 2007). Fue Subdirector General Legislativo de la Honorable Convención Constituyente de la provincia de Buenos Aires, Subsecretario de Seguridad de la provincia de Buenos Aires, Consejero Titular en el Consejo de la Magistratura en representación del Poder Ejecutivo, Subsecretario de Relaciones institucionales y de Coordinación del Ministerio de Justicia de la provincia de Buenos Aires.

El artículo 188 de la Const. Prov. reza “La ley determinará el modo y forma como deben ser nombrados y removidos y la duración del período de los demás funcionarios que intervengan en los juicios”. Esta norma constitucional fue inspiradora de las diferentes leyes que rigieron el nombramiento y destitución de jueces y funcionarios. Las leyes sobre Normas de Procedimiento para el enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios nro. 8.085 (promulgada el 20 de julio de 1973), y nro.13.661 nacieron bajo la sombra de este mandato suprallegal.

Es evidente que el paso del tiempo, la experiencia y por sobre todo el dictado de las reformas constitucionales de 1994 en el ámbito nacional y local, provocaron una notable evolución en el pasaje de una ley a la otra. En efecto, como veremos, la ley 13.661 introdujo nuevos institutos con una mirada más firme en cuanto a la forma y los protagonistas en el ejercicio del control. El acento del peso del poder legislativo como poder controlante tomó otra vertiente, sin perjuicio del ineludible respeto a la figura del presidente de la Suprema Corte que sigue manteniendo la dirección del proceso. La remoción de magistrados comparte la misma naturaleza, de acto político-institucional y acto complejo que el nombramiento, pero en la provincia de Buenos Aires existe una importante separación de trato entre uno y otro. Mientras que en el nombramiento de funcionarios y magistrados los poderes del estado van a recorrer el camino de la mano del Consejo de la Magistratura; la remoción va a transitar de la mano de otro organismo; la Secretaría Permanente, con un Jurado de Enjuiciamiento conformado por los poderes estatales y representantes de los Colegios de Abogados de la Provincia.

Si comparamos la Ley 8.085 dictada en el año 1973, con el texto constitucional de 1934, podemos entender las variaciones institucionales que tuvo la Ley 13.661 del año 2007. Sin duda tiene que ver con una respuesta – quizás lenta – a la reforma constitucional del año 1994. Hasta la Reforma Constitucional de ese año, los integrantes de la Suprema Corte y demás tribunales inferiores eran designados en sus cargos por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. A partir de la aludida reforma, el Poder Ejecutivo nombra a los magistrados de la Suprema Corte con acuerdo del Senado, pero en el caso de los demás jueces tiene intervención el Consejo de la Magistratura, quien realiza una propuesta vinculante al Poder Ejecutivo de los candidatos a ocupar los cargos.

Es decir, básicamente, y en lo que atañe a nuestro tema, la reforma de 1994 trajo los siguientes cambios relevantes:

- 1) Reconoció y garantizó el derecho de las entidades intermedias de variada gama, incluyendo colegios y consejos profesionales (art. 40, Const. Prov.)
- 2) Prohibió la delegación de facultades de un Poder a otro (art. 45, Const. Prov.)
- 3) Contempló el funcionamiento del Consejo de la Magistratura (art. 175, Const. Prov.)

Esto introdujo sin lugar a dudas una necesidad de reforma en el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados y funcionarios que, aunque inicialmente pareció la hermana menor de la reforma nacional, terminó a mi entender, generando un proce-

dimiento de características propias que responde sagazmente al sistema constitucional local.

Nótese que a excepción de Chaco, Río Negro y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, el encargado de la remoción de magistrados se encuentra como en la provincia de Buenos Aires fuera del organismo de nombramiento (Consejo de la Magistratura). Así Catamarca, Chubut, Córdoba, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquén, Salta, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán optan por un organismo independiente y exclusivo para el tratamiento de este tema como lo hace la provincia de Buenos Aires.

II - INTEGRACIÓN Y NOCIONES GENERALES

La integración del Jurado se encuentra determinada por la Constitución de la provincia (art. 182, Const. Prov.), por lo que la ley especial (en nuestro caso, la Ley de Enjuiciamiento 13.661 y modif.) no puede ni podría alterar los tres sectores que lo integran, a saber: el sector judicial (compuesto por un miembro: el Presidente de la SCBA), el sector representante de abogados y abogadas (conformado por cinco abogados de la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembro de la SCBA), y el sector político (integrado por: hasta cinco legisladores abogados), por lo que la ley sólo se limita a reglamentar los aspectos que la constitución no define. Su integración es equivalente a un “trípode técnico-jurídico de diversa representación”, a saber: legisladores letrados (representación popular); presidente de la SCBA (representación orgánica, interés de la Justicia); abogados de la matrícula (independencia, interés del foro).

Tal pluralidad de base, podemos decir que garantiza la representación republicana en sentido amplio (confluyendo representantes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales). Se trata de un “órgano colectivo” (compuesto), “plurisectorial” (conformado por miembros de diversas esferas), mixto (político-jurídico), “completo” (pues la Constitución de la provincia indica los sectores que lo componen, determinando el número de integrantes, la designación de estos y su duración), “*ad-hoc*” (integrado al efecto, es decir, constituido para cada enjuiciamiento en particular, a partir de la desinsaculación de los listados de cada uno de los sectores; vale decir, es un ente conformado especialmente para cada enjuiciamiento, luego del cual se disuelve), “no integrado por el Poder Ejecutivo” (excluido tal órgano político resultante de la elección popular directa mayoritaria).

A su vez, cualquiera del pueblo, dice la Constitución provincial, puede ser denunciante, dando así concreción al derecho constitucional “de peticionar a las autoridades” (art. 14 Const. Nac. y art. 14 Const. Prov.) y constituyendo a la vez una garantía para el justiciable ante los posibles desvíos de los integrantes del Poder Judicial o el Ministerio Público y un control social amplio y efectivo. Son acusables ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios, todos los jueces, integrantes del Ministerio Público y funcionarios designados mediante el procedimiento establecido en

el segundo párrafo del art. 175 y por el art. 159 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires (art. 17 de la Ley 13.661 y modif.). La ley repite la idea de “todos los jueces”, implicando los jueces inferiores a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia (Primera Instancia y Cámara de todos los fueros civil, comercial, administrativo, penal, etc.), y miembros del Ministerio Público y los miembros del Tribunal de Cuentas (art. 159 de la Const. Prov.). Esto coincide en líneas generales con la mayoría de las provincias argentinas (aunque hay algunas que incluyen figuras que en nuestra provincia se excluyen – como es el caso de Catamarca donde el procurador general es enjuiciable por el Tribunal de Enjuiciamiento – y otras en que se quitan sujetos que en la provincia de Buenos Aires se encuentran bajo este régimen, (p. ej. jueces de faltas). Deja establecido también cuando menciona los miembros del Ministerio Público, que comprende además al de la Defensa; por lo que quedan bajo este sistema fiscales, defensores, curadores y asesores de menores e incapaces, fiscales de cámara y defensores generales en sus distintas competencias penal, civil, laboral y previsional. En síntesis, bajo la autoridad del procurador general.

Capítulo aparte son los sujetos que integra al sistema el art. 159. La norma que crea el Tribunal de Cuentas, prevé que los miembros que lo constituyen podrán ser removidos sólo mediante juicio de enjuiciamiento².

La ley en sus escasos 59 artículos (con unos pocos más transitorios) resuelve no sólo los sujetos activos y pasivos del procedimiento, con sus órganos institucionales que coadyuvan a llevar adelante el procedimiento y la investigación preliminar antecedente del mismo.

Así, además de profundizar la garantía de la defensa en juicio de los llevados a proceso frente a ese jurado (ya que cambió un proceso inquisitivo por uno acusatorio), incorpora la facultad del Poder Legislativo de denunciar y acusar magistrados o funcionarios, mediante una Comisión Bicameral de acusación, como así faculta a la Suprema Corte a denunciar y acusar a los magistrados a los cuales les sustanció faltas reiteradas, y establece como sede del Jurado de Enjuiciamiento el Senado de la provincia.

Por su parte, la Ley 13.661 crea la figura del Secretario Permanente del Jurado quien llevará adelante la instrucción de las denuncias que se realicen, desempeñando además como actuario en todas las etapas del proceso.

La creación de la Secretaría como órgano permanente marca un hito en la institución diferente: la existencia de un órgano técnico especializado para llevar adelante su cometido.

² El Honorable Tribunal de Cuentas es el organismo designado por la Constitución Provincial para ejercer el control externo sobre la administración y gestión de los recursos públicos de la provincia de Buenos Aires, a fin de garantizar su adecuado uso, determinar posibles responsabilidades y prevenir irregularidades. El Tribunal trabaja con el objetivo de garantizar la transparencia en la aplicación de los recursos provinciales. Es un órgano de control administrativo con funciones jurisdiccionales, es el encargado de examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas, tanto provinciales como municipales.

Todo el capítulo segundo del título primero de la ley está dedicado a la constitución y funciones de la secretaría, siendo la más relevante la instrucción de los actuados que se llevan adelante sobre la conducta de los denunciados.

Respecto de la Comisión Bicameral, la Ley 13.661 también establece que este órgano se encuentra dentro de la Asamblea legislativa y está constituido (art. 24) por doce (12) legisladores, cinco (5) senadores y siete (7) diputados designados por los presidentes de cada una de las Cámaras por el término de dos (2) años, siempre que sus mandatos se encuentren vigentes. Está presidida por un representante de la Honorable Cámara de Diputados, con funciones, haciendo el art. 24 bis de la ley 13.661 y modif. (primer párrafo de la disposición), una enumeración de las tareas, no taxativa³. Podrán tanto ejercer rol de denunciantes, cumpliendo una especial función cuando los particulares no tengan patrocinio letrado para realizarla como de acusadores.

Este último rol, el de acusador, institucionalmente fue ejercido tradicionalmente por la Procuración General, atento la naturaleza competencia e integración de este organismo como representante de la vindicta pública.

III - CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO

El trámite en la provincia de Buenos Aires, evolucionó de un sistema inquisitorio a un sistema acusatorio. Corre por marcadas etapas procesales que se inician por la declaración de la competencia de la materia traída a conocimiento al H. Jurado de Enjuiciamiento (art. 27); pronunciamiento que realiza en vista a las conductas sancionadas (delitos y faltas previstos en los arts. 20 y 21 de la Ley 13.661 y modif.); teniendo a partir de allí una etapa instructoria a cargo de la Secretaría de Enjuiciamiento, para luego erguirse sobre la traba de *litis* de acusación (art. 30 y ss. de la Ley 13.661 y modif.), defensa (art. 33 de la misma ley) y prueba (art. 37 de la Ley 13.661 y modif.) que abrirá la puerta a un debate oral sesgando el resultado del procedimiento en la conformación e integración de la prueba producida en el mismo.

El procedimiento además cuenta con la posibilidad de uso de herramientas precautorias diferentes, siendo las más gravosas las que surgen después de la aceptación de la acusación por parte del H. Jurado de Enjuiciamiento en la audiencia del art. 34

³ Artículo 24 bis. (Artículo incorporado por Ley 14.441) Sin perjuicio de las demás funciones que le asigna esta Ley, la Comisión Bicameral tendrá las siguientes facultades:

- a) Dictar su propio reglamento.
- b) Recibir denuncias y girarlas a la Secretaría Permanente, cuando cumplan los requisitos previstos por el art. 26.
- c) Recibir presentaciones de los particulares y analizar la verosimilitud de los hechos expuestos en las mismas, a cuyo fin podrá requerir los informes que considere pertinentes, al solo efecto de formar convicción. La Comisión tendrá un plazo de noventa (90) días para formalizar la denuncia ante la Secretaría Permanente u ordenar el archivo de las actuaciones.
- d) Asumir, si hubiere mérito, el rol de acusador.

de la citada ley, a partir de la cual se podrá disponer la separación temporal de las funciones al magistrado o funcionario denunciado para asegurar una investigación libre de influencias o intromisiones, el embargo del 40% (cuarenta por ciento) de sus haberes para responder en caso de ser destituido a los costos y costas del proceso; y la comunicación al Poder Ejecutivo provincial de la imposibilidad de aceptar la renuncia del enjuiciado hasta la finalización del proceso. Estas medidas cautelares que han sido objeto de críticas, son avaladas por la Jurisprudencia provincial y nacional toda vez que conservan su carácter provisorio, excepcional y garante del fin que persigue el instituto, dando adecuada respuesta social frente a cuestiones que necesitan a veces del transcurso del tiempo para una adecuada y correcta decisión de fondo.

El procedimiento de enjuiciamiento de funcionarios y magistrados provincial es abarcativo de numerosas cuestiones que invitan a un profundo y profuso estudio y comentario, limitándome ahora sólo a su presentación que me impone el orgullo de como bonaerense haberlo experimentado diariamente durante más de una docena de años, esperando poder comentarlo con más detalle y apertura en nuevas oportunidades.

PERFIL Y HABILIDADES PARA EL EJERCICIO DE LA MAGISTRATURA

*Por Patricia Toscano*¹

Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, Argentina

I - INTRODUCCIÓN

Desde mi incorporación al Consejo de la Magistratura como representante del poder judicial, me interesé en el perfil de quienes ejercen la magistratura, y tal inquietud pudo canalizarse a raíz de un informe presentado en las Jornadas Nacionales de FO-FECMA² el 17 de marzo de 2022 donde se abordó el tema “Particularidades de los exámenes psicofísicos y psicotécnicos, habilidades duras y blandas de los postulantes a la magistratura”. Fue así que el Dr. Sergio Torres, que en ese momento presidía el Consejo, advirtió la necesidad de actualizar el perfil y por eso impulsó la formación de un grupo de trabajo en el que tuve el honor de participar y que, a la postre, se conformó con representantes del Ministerio Público, del Poder ejecutivo y del Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires que aportaron diversas miradas sobre los perfiles profesionales de juezas/jueces y magistrados del ministerio público y el coordinador del área de psicología de la Dirección general de sanidad del Alto Tribunal.

Finalmente, se elaboró el documento que fue aprobado por el Pleno del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires el 20 de septiembre de 2022³.

¹ Consejera del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires en representación del estamento judicial, Jueza de la Excma. Cámara de Apelación y Garantías Penal, Depto. Judicial San Martín (10/02/2017). Presidenta de la Asociación de Magistrados de San Martín, (desde el 30/09/2019 hasta el 30/09/2021), Vicepresidente del Fuero Penal de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Martín para el período comprendido entre 2017-2021, Miembro académico del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires.

² Foro Federal de Consejos de la Magistratura y Jurados de Enjuiciamiento de la República Argentina.

³ <https://www.cmagistratura.gba.gov.ar/perfiles-e-idoneidades-de-las-os-magistradas-os-judiciales>

II- DIFERENTES TIPOS DE PERFILES

La confección de un perfil implica un conjunto de características, necesarias para desempeñar una función. A través del estudio psicológico se buscan los rasgos requeridos, pero es importante diferenciar que no es un examen de salud psíquica.

El perfil de jueces y juezas es un marco conceptual descriptivo de aquellas características personales y/o profesionales que deberían presentarse en un ocupante específico de un cargo público, para que el mismo pueda resultar eficaz y alcanzar los resultados esperados y previamente fijados. Nos referimos a sus habilidades, aptitudes, formación, experiencia y a todas aquellas características tanto cognitivas, prácticas como afectivas de la personalidad, que se consideran necesarias para llevar a cabo una función.

Toda vez que el perfil del juez se trata de una definición política pero también sociológica, no se puede transformar la imagen del juez más allá de la función que la sociedad civil y la política quieran otorgarle. El juez es una manifestación concreta de una sociedad que descarga sobre este sujeto social, toda su conflictividad y él tiene la potestad de recomponer los derechos lesionados. Entonces para actualizar el perfil del juez conforme los cambios sociales y las demandas ciudadanas, cabe preguntarse desde un punto de vista psicosocial: ¿se ha modificado el rol del juez?, ¿se ha modificado la relación de los individuos con los referentes sociales que representan la autoridad? ¿La sociedad sabe en qué consiste la labor de un juez? ¿Qué se le demanda actualmente?

Un juez en la actualidad tiene a su cargo, además de su compleja y específica tarea jurídica, múltiples actividades que hacen al logro de su función; debe saber coordinar y liderar un grupo de trabajo para convertirlo en equipo, funcionar como un gerenciamiento atento a procurar recursos materiales y humanos que le permitan cumplir con sus objetivos, tratar de optimizar los resultados del trabajo. Naturalmente, el equipo a su cargo espera de “su juez” o “su jueza” obtener conocimientos y experiencia. Es así que debe intervenir en cuestiones vinculares entre sus colaboradores, ya sea mediando en conflictos o distribuyendo las tareas. Entonces frente estas nuevas formas sociales, se impone pensar en algo más que la suficiente formación académica e idoneidad técnica, para que ejercer la magistratura pueda significar para quien encuentra en esto su vocación, la posibilidad de realización personal pero también social dentro de un marco de salud integral, como debe ocurrir en la actividad laboral de cualquier individuo.

Surge entonces, como ejes temáticos para la construcción del perfil del juez, la idoneidad técnica, idoneidad ética, idoneidad gerencial e idoneidad psicofísica. Estas cuatro idoneidades conforman una construcción teórica conceptual permanente referida al perfil del juez y proyectan una mirada que supera la mirada tradicional centrada en el conocimiento y las habilidades jurídicas, remite a un complejo de requerimientos para ejercer la función judicial. A la sociedad le interesa buenos y mejores jueces y esta definición excede a lo jurídico.

Ese complejo de requerimientos al que aludo y que excede lo jurídico tiene un punto de partida: el concepto de competencias transversales entendida como aquella que sirve para todos los integrantes de la organización – magistrados y magistradas –. Se trata de aquellas competencias genéricas, comunes a la mayoría de ellos y que se relacionan con la puesta en práctica integrada de aptitudes, rasgos de personalidad, conocimientos y valores adquiridos. Así esas habilidades transversales no jurídicas se condensan en el juez formador, socialmente responsable y comunicador.

La imagen tradicional del juez o de la jueza formador/a es la de quien imparte conocimientos, órdenes, no permite opinar, se erige en el único concededor del derecho, cataloga a las personas, se queja de los súbditos, antepone la cantidad por sobre la calidad del servicio de justicia en pos de obtener mejores datos estadísticos, es resistente a los cambios, posee gran celo por guardar la información, lejos de compartirla y tiene el convencimiento de que cuanto más horas de trabajo se dediquen, se obtiene mayor grado de eficiencia. Ello era así porque el perfil que se buscaba era el de jefes/as con capacidad para dar órdenes. Todo ello establece un vínculo lejano con la ciudadanía, sin estar conectados con el mundo que los rodea, prácticamente aislados, lo que lleva a una visión sesgada de la realidad sin apego a la equidad, a los derechos humanos, a los intereses de la sociedad, a las instituciones de-mocráticas y a la diversidad.

La figura del juez o jueza formadora de hoy transmite conocimientos y experiencias de trabajo hacia adentro de la organización. Hay una construcción conjunta del saber, hace docencia con el personal fomentando, incentivando el intercambio permanente de información relevante para el logro de las metas organizacionales. Es un líder estratégico preparado para dar respuestas rápidas, eficaces y adecuadas, transmite la visión de la organización y permite el desarrollo participativo, motiva y estimula intelectualmente a su equipo con consideración hacia el otro. Es un líder estratégico que muestra el camino, inspira y transforma la organización judicial. Realiza y sabe recibir críticas.

El juez o la jueza socialmente responsable implica nada más ni nada menos que ser un ciudadano más. Debe poseer capacidad para entablar relaciones humanas y sensibilidad social. En este sentido, la imagen tradicional del juez es la de aquel que está inmerso en una burbuja de conocimiento exclusivo, pues los otros no saben, no entienden y los demás están lejos. Esa era una mirada, pero la sociedad y sus nuevos reclamos nos hacen pensar en qué personas ejerciendo la magistratura queremos. Y por supuesto, que a la sociedad le interesa seguir teniendo jueces independientes, imparciales pero cercanos y que esa cercanía no perjudique su función constitucional. La responsabilidad social es un valor moral y una virtud personal, es un valor de la persona y de la organización. Por ello debe tener presente el bien común, y considerar el impacto de su actuación en los demás, y que ese impacto sea positivo para la comunidad donde la organización se inserta. El juez socialmente responsable es un pacifica-

dor social que asume el compromiso del bien común y para ello debe generar gestión de calidad.

La responsabilidad social debe ser compartida con los grupos de interés (organizaciones sociales, universidades, ámbitos académicos, etc.) que son aquellos en los cuales tienen incidencia las decisiones dentro de la organización y fuera de ella, lo que significa pensar de qué forma se van a integrar a las decisiones, procesos y objetivos. En ese orden de ideas, cabe preguntarse cómo es la política de recursos humanos que el juez lleva a cabo, cuánto se escucha a los empleados, a los funcionarios a los otros magistrados colegas. No sólo hay que hacer justicia cuando se dicta una sentencia sino que esos valores y principios éticos deben inundar todas las acciones. La organización forma parte de la comunidad, entonces es menester pensar la forma en que se puede contribuir y estar cerca. Respetar los derechos humanos no sólo en la declamación sino en la cotidianidad.

El perfil comunicador es de quien brinda información de calidad y para ello utiliza lenguaje claro acercándose a los más vulnerables. Además, debe tener capacidades asertivas como la habilidad personal que permite expresar sentimientos, opiniones y pensamientos en el momento oportuno, de la forma adecuada y sin negar ni desconsiderar los derechos de los demás.

La publicidad de la justicia constituye una garantía esencial del funcionamiento del poder judicial en una sociedad democrática. Buena parte de los esfuerzos que los magistrados despliegan en la aplicación del derecho y la búsqueda de justicia al conocer y resolver los casos concretos, se desvanecen en la vorágine de una opinión pública carente de una correcta orientación desvirtuando la labor de las instancias judiciales. Se debe brindar entrenamiento a los magistrados que permitan adquirir competencias comunicacionales necesarias para informar sobre la actividad judicial frente a la acción de los medios de comunicación como formadores de opinión y frente al creciente descreimiento social de la justicia.

El abordaje de la identificación y selección de las características que debe reunir el perfil del juez para aspirar a la eficacia y eficiencia institucional, implica trazar primeramente los valores constitucionales: independencia, imparcialidad, igualdad, integridad y corrección, competencia y diligencia, austeridad republicana, que se vinculan con los cuatro grupos de idoneidades: técnica jurídica, psicofísica, ética y gerencial y que a su vez se manifiestan como aptitudes y actitudes propias de la función: ecuanimidad y empatía, no discriminación, estabilidad emocional, propensión al trabajo comprometido, entendimiento de la realidad, arraigo, austeridad, experiencia de vida y desapego a las vanidades.

III- LAS CUATRO IDONEIDADES

a) Idoneidad técnico jurídica:

El principio de idoneidad aparece como central, no sólo hace falta saber derecho

para ser un buen juez o jueza, pues más allá de la ley escrita del Congreso, debe ser un profundo demócrata, respetuoso de las leyes y de los derechos humanos, en definitiva, ser un buen ciudadano. No parece necesario exigir que sea un/a académico/a o jurista notable, el derecho no resulta un fin en sí mismo, sino que es un medio para el mejor vivir ciudadano, y en esa inteligencia es que debe haber un punto de encuentro entre el academicismo y la experticia.

El aspirante deberá conocer apropiadamente, Derecho constitucional, Tratados internacionales, Derechos Humanos, los principios generales del derecho, la materia del tribunal al que aspira, las técnicas de argumentación, el razonamiento lógico jurídico, el lenguaje oral y escrito, temática de género y diversidad, la doctrina y la jurisprudencia aplicable⁴. Asimismo, en la sociedad del conocimiento y las nuevas tecnologías de información y las comunicaciones es central y prioritario el desarrollo de la competencia técnica y tecnológica, para superar la brecha digital y obtener mejores resultados.

Para aplicar estos conocimientos al caso concreto deben estar presentes las siguientes competencias instrumentales: Capacidad de análisis y síntesis, resolución de problemas y toma de decisiones, capacidad de comunicación oral y escrita, utilizando lenguaje claro no sólo por el derecho a la información sino por el derecho a la comprensión. También legitimando la judicatura a través de la calidad de las resoluciones judiciales a partir de la comprensión y claridad en el lenguaje jurídico para el ejercicio de los derechos por parte de cualquier persona; en su dimensión cultural, económica y política.

b) Idoneidad psicofísica:

Esta idoneidad es esencial en la función jurisdiccional pues tiene precisamente la misión de administrar justicia con la potestad de aplicar el derecho, ostenta un papel activo en el análisis de los hechos controvertidos sometidos a su conocimiento, por ello debe exhibir habilidades como: Equilibrio emocional, madurez, independencia de criterios, oralidad, léxico, fluidez, predisposición a la actualización, ser receptivo a los cambios del entorno. Capacidad para enfrentar y resolver crisis y anticiparse a futuros escenarios. Capacidad para aprender y adaptarse a nuevas situaciones. Capacidad de liderazgo, referida a un líder estratégico, que se prepara para una respuesta rápida, eficaz y adecuada, que motiva intelectualmente al grupo de trabajo con consideración y respeto hacia el otro. Control de los impulsos, empatía, experiencia de vida, tolerancia al estrés y a la frustración, interés por lo social.

⁴ Es preciso tener en cuenta que los compromisos internacionales asumidos por nuestro país y la normativa interna (en específico la "Ley Yolanda", nro. 27.592 y su par bonaerense, la ley provincial nro. 15.276, nos indican que hoy es necesario, cuanto no urgente, contemplar también la perspectiva ambiental en el ámbito de los tres poderes del Estado provincial. La crisis climática y su impacto en el sistema económico, social y sanitario nos obliga a entrever la presencia implícita de la necesidad de que los y las aspirantes a la magistratura cuenten con idoneidad suficiente para abordar estas problemáticas ambientales.

c) Idoneidad ética:

Quien ejerce el cargo es un depositario privilegiado de la potestad sobre la vida, la libertad y bienes de las personas. De allí que la condición de tal debe ser apreciada con estándares altos y exigentes, lo que en definitiva sirve de reaseguro en cuanto a que la actividad judicial sea llevada adelante por personas con legitimidad política y con credibilidad ante la sociedad. Por ello, desde el campo de la ética profesional los comportamientos, virtudes o personalidad ética que debe reunir el Juez o la Jueza para alcanzar el bien por el que cobra sentido y legitimidad social la actividad judicial, lo constituyen el siguiente listado de principios propios que concentran a la ética judicial: independencia, imparcialidad, capacitación permanente, decoro, secreto profesional, honestidad, transparencia funcional, fortaleza, diligencia, trato respetuoso a los demás, compromiso institucional, conciencia institucional, prudencia, austeridad republicana.

d) Idoneidad gerencial:

El/La juez/a debe resolver conflictos que las partes le someten a su decisión y para ello debe transitar un camino llamado proceso en el que debe utilizar todos los medios a su alcance para que el justiciable pueda acceder al proceso, ejercitar su derecho de defensa, brindar una información y atención de calidad que le permita esa participación y proporcionar información a toda aquella persona interesada en el proceso. Por ello otra de las calidades exigibles se encuentra en la idoneidad gerencial y en relación a este aspecto debe erigirse en arquetipo de sus subalternos ya que el liderazgo se sustenta en el ejemplo. Se requiere un líder comunicador, formador, que sepa transmitir conocimientos hacia adentro de la organización y hacia afuera, como así también experiencias a los equipos de trabajo, ser un buen entrenador con capacidad para delegar.

La actividad del magistrado o magistrada no se limita solamente a las decisiones en los casos que le someten. El proceso y la organización judicial determinan el cumplimiento de tareas de política administrativa interna: la dirección, conducción y gestión como gerente del tribunal o juzgado. Una adecuada organización interna de los recursos humanos y materiales trasciende directamente en los resultados: eficacia en la gestión celeridad, seguridad jurídica, beneficio del servicio y mejoramiento del concepto público.

Se pretende que estos funcionarios y funcionarias sepan establecer un equilibrio entre las diversas metas y fijar las prioridades, saber discriminar lo urgente y lo importante, pensando analítica y conceptualmente. Debe ser capaz de dividir un problema en sus partes componentes, analizar cada una y luego producir una solución viable. Pero más importante aún, es que sea un pensador conceptual; esto es, que sea capaz de ver toda la tarea en abstracto y ponerla en relación con otras. Debe saber ser mediador, toda vez que las organizaciones se componen de personas y las personas no siempre se ponen de acuerdo. Esto perjudica al espíritu de trabajo y la productividad. Por consiguiente debe asumir el papel de mediador/a y resolver las disputas. Dirimir pe-

leas exige habilidad y tacto, en definitiva destreza humana, entendida como la habilidad de trabajar con otras personas, de comprenderlas y motivarlas ya sea como individuos o como grupo. Necesita poseer conocimiento acerca de las relaciones humanas para poder participar en los grupos y dirigirlos en forma efectiva. A ello se asocia la capacidad de empatía, desarrollar la aptitud de comprender y hacer frente a las reacciones emotivas no expresadas, de otras personas en la organización, a fin de obtener cooperación.

IV- CONCLUSIONES

En definitiva, la imagen que la sociedad reclama hoy de quien ejerce la magistratura es la de un juez o jueza que entiende el marco social, político, económico y cultural en el que se desempeña y en ese marco es un/a ciudadano/a más. Alguien al servicio público que exhiba virtudes morales, éticas que generen y acrecienten la confianza y credibilidad en la sociedad. El saber, el saber hacer y el saber ser deben, junto con las virtudes morales y éticas, ser reconocidas y valoradas por la ciudadanía. Frente al cambiante contexto de la sociedad y los nuevos escenarios de conflictividad social que se presentan, los jueces y juezas deben asumir el rol protagónico de gestores de la paz.

LA CONSTRUCCIÓN DE UN SUEÑO COLECTIVO

ABOGACÍA EN LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE

Por Gustavo Soos¹

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

Desde hace más de una década, la Universidad Nacional del Oeste desarrolla su labor con el propósito de ser modelo de calidad académica en la enseñanza de educación superior, la vinculación con la sociedad y el fortalecimiento de la investigación para la generación del conocimiento y su transferencia. Sobre esos tres pilares fundamentales se llevaron a cabo acciones concretas tendientes a profundizar la visión de la educación universitaria como un derecho humano y un bien público de decisiva trascendencia social que debe ser efectivamente garantizado.

Así, con compromiso y responsabilidad se logró construir una institución que brinda confianza y prestigio para quienes estudian, enseñan y trabajan en ella, con una destacada misión orientada a receptor las necesidades locales y regionales y contribuir, desde esa identidad al contexto social y al progreso universal del conocimiento.

En ese marco, comenzó a gestarse hace un tiempo, la idea de crear en nuestra casa de estudios la carrera de abogacía. Esta iniciativa surgió como una respuesta a la problemática existente en la región, de carecer en la proximidad con una propuesta de formación nacional, pública, gratuita e inclusiva en Derecho.

El objetivo central se situó en brindar posibilidades reales de acceso a cientos de jóvenes – hijos e hijas de trabajadores/as en su mayoría – que hasta la actualidad debían desplazarse a otros territorios para poder estudiar; o bien para aquellos/as que, en situación desventajosa, debían necesariamente resignar su elección por falta de recursos.

Este inequitativo contexto requería de una urgente intervención. Quienes culmi-

¹ Vicerrector (UNO). Profesor de Derecho Penal (UNLZ). Docente titular de la cátedra de Derecho Público de la Escuela de Administración (UNO). Consejero en Representación del Poder Legislativo en el Consejo de la Magistratura de la Prov. de Buenos Aires. Senador electo por la provincia de Buenos Aires. Abogado (UM). Secretario de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos del Honorable Senado de la Provincia de Buenos Aires. Presidente de la comisión de Organización Territorial y Vivienda del Honorable Senado de la Provincia de Buenos Aires. Jefe de Gabinete en la Municipalidad de Merlo - *ad honorem*.

nan sus estudios de abogacía en esta zona, integran, en general, los sectores socioeconómicos más favorecidos, que les permite acceder a la enseñanza privada o asistir a universidades más alejadas. En los demás, el número se reduce a medida que disminuyen las posibilidades de cada una de las familias de afrontar esas erogaciones.

Es allí donde el Estado nacional y provincial, de acuerdo a sus respectivas competencias constitucionales, tienen el deber de diseñar y ejecutar políticas públicas concretas tendientes a asumir su rol impostergable de garantizar la educación a todos/as sus habitantes en igualdad de condiciones.

Así lo establece nuestra Constitución Nacional en su artículo 75 inc. 19 en sentido que corresponde al Congreso:

Sancionar leyes de organización y de base de la educación, que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Por su parte, la Ley 24.5321 de Educación Superior en su artículo 2 determina la responsabilidad principal del Estado nacional, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre la educación superior, debiendo garantizar la igualdad de oportunidades y condiciones en el acceso, la permanencia, la graduación y el egreso en las distintas alternativas y trayectorias educativas del nivel para todos quienes así lo requieran.

A su vez la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Agenda 2030, da tratamiento a esta temática en el objetivo cuarto, al que denomina “Educación de calidad”, donde hace un llamado a garantizar una educación inclusiva y equitativa promoviendo oportunidades de aprendizaje permanente para todos/as.

Destaca que “La educación permite la movilidad socioeconómica ascendente y es clave para salir de la pobreza”, y en las metas del objetivo fija específicamente que se debe garantizar:

El acceso igualitario de todos los hombres y las mujeres a una formación técnica, profesional y superior de calidad, incluida la enseñanza universitaria...eliminar las disparidades de género en la educación y asegurar el acceso igualitario a todos los niveles de la enseñanza y la formación profesional para las personas vulnerables, incluidas las personas con discapacidad, los pueblos indígenas y los niños en situaciones de vulnerabilidad.

Remover los obstáculos y facilitar la cercanía, reducir horas y costos de traslado significa aumentar las posibilidades de estudiar contribuyendo a paliar esa desigualdad real existente. Y de ahí, la intención y los esfuerzos realizados desde nuestra Univer-

alidad, con el fin de poder ofrecer esta carrera de grado dentro de la región educativa del conurbano oeste de nuestra provincia, la cual permitirá que no sólo jóvenes, sino aquellos/as adultos que han postergado el sueño de realizar la carrera puedan, a partir de marzo del 2024, comenzar a cursar Abogacía.

Celebramos con orgullo este nuevo logro que reafirma nuestro compromiso con la comunidad de jerarquizar nuestra institución y seguir avanzando hacia el futuro.

PUESTA EN MARCHA DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

Por Néstor Pablo Barral¹

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

La Universidad Nacional del Oeste ha dado un paso significativo hacia la satisfacción de una necesidad social clave al lanzar la carrera de Derecho. Esta decisión, que enriquece la oferta educativa de esta casa de estudios, responde a una demanda latente de una comunidad que busca acceso a una formación legal de calidad.

La incorporación de la carrera de Derecho no sólo es un avance académico, sino una convicción de que el conocimiento jurídico es esencial para una sociedad justa y equitativa. Con la creciente complejidad de los asuntos que requieren esta ciencia, en la actualidad contar con abogados/as bien formados y éticos es más importante que nunca.

La necesidad de profesionales competentes es evidente. Los desafíos legales que enfrentan las empresas, los individuos y las organizaciones locales requieren una atención experta y especializada. El lanzamiento de esta carrera en nuestra Universidad brindará a los estudiantes de la región una oportunidad para adquirir las habilidades y sapiencias necesarias para abordar estos desafíos de manera efectiva.

La inclusión de la carrera de Abogacía también promoverá la justicia y el Estado de Derecho en la comunidad. Los futuros abogados formados aquí estarán bien posicionados para servir como defensores de la justicia y los derechos individuales, lo que fortalecerá la cohesión social y la confianza en el sistema legal.

Esta iniciativa de la Universidad demuestra su compromiso con el desarrollo integral de la zona. La enseñanza jurídica es una herramienta poderosa para el empoderamiento y la mejora de la calidad de vida de los habitantes locales.

Ahora bien, este logro no fue producto del azar, sino del esfuerzo, el compromiso y el trabajo en conjunto de una gran cantidad de personas comprometidas con este proyecto, que comenzó a transitarse en el año 2022 y que culminó con la Resolución N° 122/22 del Consejo Superior.

¹ Coordinador Académico de la carrera de Abogacía (UNO). Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

Varias fueron las instancias atravesadas, en las cuales la CONEAU analizó en profundidad diversos aspectos como la infraestructura, el cuerpo docente, los planes de estudio, la vinculación con otros organismos, entre otras cuestiones que fueron sujetas a esta compleja evaluación.

La carrera comprende asignaturas de carácter teórico y asignaturas de formación en la práctica profesional. El propósito del campo práctico se basó en la vinculación académica y profesional, a través de la integración gradual de conocimientos teóricos, metodológicos e instrumentales específicos, que permitan el reconocimiento y la delimitación del ejercicio profesional.

La formación práctica se estructuró en un trayecto formativo específico integrado por las modalidades de consultorios jurídicos comunitarios, prácticas supervisadas en instituciones públicas o privadas, y en organizaciones sociales, clínicas y ateneos de discusión participativa de casos, simulación de controversias y asignación de roles profesionales, talleres de práctica profesional, análisis de jurisprudencia y actividades en plataforma web emulando actuaciones electrónicas.

A su vez se previó la evaluación del campo práctico en diferentes formatos específicos relacionados con las distintas modalidades, como ser: compilación de escritos en expedientes administrativos; informes de avances de causas; minutas de entrevistas y síntesis de consultas; organización y representación de etapas del proceso; formulación de escritos judiciales y administrativos, u otra documentación jurídica.

Han sido meses de arduo trabajo, en los cuales quienes conformamos el equipo docente y administrativo de esta casa de estudios, hemos estado abocados a cumplir con el procedimiento establecido para atravesar cada una de las instancias y concluir en lo que hoy se convierte en un objetivo cumplido: A partir de marzo de 2024 comenzará a cursarse abogacía en la Universidad.

En resumen, el lanzamiento de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional del Oeste es un hito significativo que atiende a una necesidad social crucial, que a partir del año que viene estará cubierta con gran solvencia por esta alta casa de estudios. Esperamos con entusiasmo el impacto positivo que esta oferta educativa tendrá en nuestra comunidad, a medida que se formen nuevos abogados y abogadas que contribuirán al crecimiento y la justicia en nuestra región.

DIPLOMATURA INTERNACIONAL EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y MAGISTRATURA

Por Ricardo Ángel Basilico¹ y Javier Agustín Mariani²
Universidad Nacional del Oeste, Argentina

RELEVANCIA. CONTENIDOS Y OBJETIVOS

La Diplomatura Internacional en Derecho Constitucional y Magistratura comenzó a dictarse el 17 de agosto del corriente en la Universidad Nacional del Oeste.

Se erige como una propuesta de formación que tiene por objeto aportar a los/as abogados/as un enfoque integral del funcionamiento del Poder Judicial, a fin de propiciar el desarrollo de competencias personales y profesionales, potenciando conocimientos que transformen la perspectiva y el modo de abordar las funciones tribu-
nalicias.

Se encuentra orientada al perfeccionamiento, especialización y capacitación, a fin de lograr las competencias necesarias, que ayuden a mejorar sensiblemente el desempeño en el ejercicio de la función judicial. Dado que se orienta hacia el afianzamiento institucional del servicio de justicia, tiene especialmente en miras atender a los reclamos que hoy impone la sociedad.

Está destinada a quienes resulten poseedores/as del título de abogado/a a fin de

¹ Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Capital Federal, Doctor Honoris Causa por el Instituto de Victimología de México y por la Universidad Alas Peruanas, Universidad José Carlos Mariátegui y Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Perú. Posdoctorado en Ciencias Penales (UNLaM). Doctor en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, Doctor en Derecho Penal y Procesal cum laude por la Universidad de Sevilla. Presidente del Instituto Peruano Argentino de Derecho Penal. Director del Instituto de Derecho Penal (UNLZ). Director de la Diplomatura Internacional en Derecho Constitucional y Magistratura y Director de la Diplomatura Internacional en Derecho Penal y Nuevas Modalidades Delictivas (UNO), Evaluador de la CONEAU por selección de antecedentes para carreras de posgrado, docente e investigador de varias universidades.

² Juez de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Martín. Maestrando en Criminología (UNLZ), Académico en los Consejos de la Magistratura de la Prov. de Bs. As. y Tucumán. Docente de Derecho Penal (UNSO), Director de la Diplomatura Internacional en Derecho Penal y Nuevas Modalidades Delictivas y Director en la Diplomatura Internacional de Derecho Constitucional y Magistratura (UNO). Titular de la cátedra de Derecho Procesal, Penal y Correccional (UNLZ).

lograr una formación integral, de manera tal que dicho profesional reúna los conocimientos y habilidades que requiere el desempeño de la función judicial y en el sistema de justicia, siempre con perspectiva de géneros, en derechos humanos y del medio ambiente; asimismo se tiende a reflexionar respecto del desarrollo del sistema de justicia en el marco de la democracia constitucional; de igual forma, a generar una instancia de actualización y profundización en todas las áreas de conocimiento que se hallan involucradas en el sistema de justicia, siempre dentro del paradigma constitucional y convencional en el que se enmarca la función judicial.

Todo ello, con el objeto de involucrar al cursante en una formación sensible a las condiciones de vulnerabilidad social.

La Diplomatura cuenta con un espacio de investigación, que proveerá el entrenamiento y el desarrollo de habilidades en este campo, que facilite la preparación del trabajo final.

Cuenta con docentes del ámbito académico internacional, lo que contribuye a lograr una mirada global de los aspectos teóricos / prácticos de los contenidos.

Al mismo tiempo, y más allá de la adquisición de conocimientos que enriquecen y amplían los horizontes profesionales de cada cursante, representa una oportunidad de capacitación y ofrece una posibilidad concreta para aquellos y aquellas que aspiren a cargos en la magistratura, ya que podrán utilizar el título obtenido para eximirse de la aprobación de la Escuela Judicial, que depende del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Cabe recordar que la norma 15.058, sancionada en el año 2018 incorporó como requisito para rendir el examen de oposición para acceder a un cargo a la judicatura, la aprobación de la Escuela Judicial.

Conforme los objetivos de esta actividad académica, el artículo 25 de la Ley del Consejo de la Magistratura, según su actual redacción establece que

El Consejo de la Magistratura podrá asimismo dar por cumplidos los contenidos en la Escuela Judicial, cuando el concursante los haya aprobado en aquellas universidades públicas o privadas o instituciones públicas, que determine el propio Consejo por mayoría absoluta de sus miembros.

Complementa la normativa, las Resoluciones del Consejo de la Magistratura 2.664/21 y 2.287/22, que reglamentan la eximición de la aprobación de la Escuela Judicial a quienes hayan culminado una formación de posgrado en el sistema universitario nacional o internacional.

En ese marco el Consejo de la Magistratura acreditó la misma, lo que permitirá que quienes aprueben su trayecto formativo, van a poder tramitar la excepción de cursar la Escuela Judicial.

El procedimiento de certificación consistió en un dictamen previo de la Dirección de la Escuela Judicial y luego la aprobación se produjo por unanimidad de las y los consejeros.

Resulta dable destacar las actividades llevadas adelante tanto por las autoridades

de la universidad, las gestiones efectuadas por el Prof. Dr. Gustavo Soos (vicerrector de nuestra universidad) en conjunción con el Sr. Presidente de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, al tiempo de encontrarse a cargo de la misma el señor ministro Dr. Sergio Gabriel Torres.

A su vez interesa dejar constancia, que la convocatoria – de más de quinientos inscriptos – demuestra el gran interés en la actividad, lo cual nos motiva y desafía a brindar el más alto nivel para el máximo aprovechamiento de los cursantes.

Los encuentros se vienen desarrollando en actividad híbrida, contándose con las clases magistrales de quienes suscriben y del distinguido Dr. Torres,- abordando temáticas relacionadas al desarrollo y los desafíos de los nuevos ordenamientos, así como los paradigmas del siglo XXI de los sistemas judiciales, procesales y sustantivos.

En cuanto a los objetivos, pueden sintetizarse en los siguientes:

1. Otorgar un nivel de excelencia para abogados/as, magistrados/as y funcionarios/as del Poder Judicial, a través de la capacitación.

2. Contribuir a la eficaz prestación de la función judicial, incorporando nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos.

3. Incentivar la reforma cultural en la administración de justicia, que apunte a una gestión ética, responsable y consciente de la trascendencia de la función, enriquecida en profundidad por los conocimientos académicos adquiridos.

4. Procurar obtener una mayor calidad en el manejo y resolución de los casos, en concordancia con los reclamos que formulan los distintos operadores del sistema como la sociedad en su conjunto.

5. Impartir los conocimientos teóricos de aplicación específica en la administración de justicia con la finalidad de coadyuvar a lograr la eficiencia de la función.

En lo que respecta al perfil del egresado, como ya se consignó, la Diplomatura está orientada a la formación de magistrados/as del Poder Judicial, del Ministerio Público, como así también de abogados/as en el ejercicio de la profesión o vinculados/as a otras actividades del ámbito jurídico de los niveles nacional, provincial y municipal y que requieran adquirir una visión completa del funcionamiento del Poder Judicial y les otorgue herramientas para transformar o mejorar el modo de abordar su tarea profesional.

Es digno de ser destacado que los cursantes y docentes cuentan con la permanente colaboración, asesoramiento y asistencia en la coordinación académica y jurídica de Lucía Colombo y Emmanuel Hachmanian quienes con dedicación asisten en el desarrollo de las actividades que se llevan adelante en la presente diplomatura.

Por último, y no menos importante, es que se intentará brindar los elementos técnicos que permitan al cursante ejercer una fuerte capacidad de decisión y sólida formación en el campo específico de la función judicial, utilizando los conocimientos científicos e instrumentales en la administración de Justicia con una actitud crítica, al tiempo de valorar las cuestiones que se presentan a su consideración y resolución y los inste a lograr la indispensable actualización permanente.

TECNICATURA UNIVERSITARIA EN INVESTIGACIÓN CRIMINAL

RELEVANCIA, CONTENIDOS Y OBJETIVOS

*Por Javier Agustín Mariani*¹

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

La Tecnicatura en Investigación Criminal tiene por objetivo introducir al alumnado en el ámbito del Derecho Penal y, particularmente, en el desarrollo del apasionante mundo de la investigación criminal. Le otorgará al estudiante herramientas para abordar cada tópico desde una perspectiva jurídica, procesal y técnica, así como también desde una óptica práctica que permita conocer los avatares de las diferentes técnicas de investigación para incorporar elementos de prueba en un proceso penal respetuoso de las garantías constitucionales.

La propuesta – que otorgará el título de Técnico/a Universitario/a en Investigación Criminal con reconocimiento oficial y su consecuente validez nacional mediante Resolución 2023-1523-APN-ME del Ministerio de Educación Nacional – está dirigida a abogados, estudiantes de abogacía, agentes judiciales, psicólogos, psiquiatras, médicos legistas y miembros de los cuerpos de seguridad de las distintas administraciones, con interés en la profundización de su conocimiento en el Derecho Penal y la Investigación Criminal.

El Técnico en Investigación Criminal podrá diagnosticar y evaluar las principales dificultades en el transcurso de una investigación penal, dominar los marcos teóricos y metodológicos para conceptualizar y desarrollar el conocimiento en la especialidad, así como también para la consulta y manejo bibliográfico actualizado en la materia. Asimismo, se encontrará en condiciones de realizar y cooperar en investigaciones criminales dentro de las atribuciones de su cargo o función, participar en trabajos de planificación, implementación y evaluación de programas o políticas de prevención del delito e investigación criminal.

¹ Juez de Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Martín. Maestrando en Criminología (UNLZ), Académico en los Consejos de la Magistratura de la Prov. de Bs. As. y Tucumán. Docente de Derecho Penal (UNSO), Director de la Diplomatura Internacional en Derecho Penal y Nuevas Modalidades Delictivas y Director en la Diplomatura Internacional de Derecho Constitucional y Magistratura (UNO). Titular de la cátedra de Derecho Procesal, Penal y Correccional (UNLZ).

La propuesta se encuentra dividida en cinco cuatrimestres (esto es, dos años y medio de cursada). Cuenta con un total de 19 materias tanto teóricas, de contenido dogmático, como prácticas, entre las cuales vale la pena destacar los Talleres de investigación Criminal I y II y Criminalística en sus dos niveles. Además, el programa cuenta con la materia Clínica de Casos en la que se evaluarán las circunstancias de los casos más importantes en nuestra jurisprudencia nacional y provincial. A ello cabe agregar otros requisitos de aprobación, como ser un nivel de idioma (Inglés I) y el Trabajo Social Obligatorio.

A través del prestigioso cuerpo docente y directivo que integra la Tecnicatura, se podrán conocer las formas tradicionales de investigación criminal como así aquellas que de forma novedosa se imponen en el mundo de la investigación. El proyecto posee una mirada realista, pero de avanzada, en torno a la utilización de aquellos mecanismos investigativos de antigua data y a la incorporación en el proceso de las técnicas que los avances de la tecnología han proporcionado. A modo de ejemplo, podemos mencionar los estudios de las telecomunicaciones, análisis y seguimiento de intervenciones telefónicas, sistema GPRS, investigación en redes abiertas, evidencia digital, entre tantos otros.

Quien suscribe junto con el equipo técnico encargado de diseñar la presente tecnicatura, como así de realizar los planes de estudio, que se encuentra conformado por abogados Maximiliano Gómez, Jonatan Lay, Mariela Paladino y Diego Soos, poseemos la firme convicción de que el desarrollo práctico del Derecho Penal debe ser llevado a cabo por profesionales, quienes no sólo deben poseer un conocimiento jurídico sino también técnico que permita cumplir el rol específico para el cual fueron designados, con la seriedad y profesionalización necesaria que amerita una posible sanción punitiva.

En este camino, desde nuestra experiencia personal entendemos que el principal problema que rodea al agente del derecho penal es la reacción ante la complejidad de una investigación o juicio que exceda lo corriente, por lo cual esta tecnicatura intentará brindar las herramientas necesarias para participar en el proceso como un especialista tanto en el delito cotidiano, como en aquellos con mayor nivel de complejidad que involucren a diferentes asociaciones criminales organizadas.

Por último, queremos agradecerles a las autoridades de la Universidad Nacional del Oeste que han hecho posible este proyecto y extenderles nuestra invitación a participar con el objetivo de que, trabajando en conjunto, podamos formar profesionales serios y comprometidos en el mundo de la investigación criminal.

