



IUS COMAHUE

AÑO 5 - Nº5
NOVIEMBRE 2023

Doctrina y jurisprudencia Rio Negro y Neuquén



IUS COMAHUE



FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES



IUS COMAHUE

Doctrina y jurisprudencia Río Negro y Neuquén

Año 5 - Nº 5
2023

ISSN 2953-3473



Publicación Anual
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional del Comahue



FADECS
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales



Atribución – No Comercial – Compartir Igual (by-nc-sa): No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original. Esta licencia no es una licencia libre.

 iuscomahue@gmail.com
 [iuscomahue](https://www.facebook.com/iuscomahue)

Los contenidos expresados en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente la posición de la revista.

© PubliFadecs

Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional del Comahue. Mendoza y Perú (8332) General Roca, Río Negro. Argentina. publifadecs@hotmail.com

Avales Institucionales y Resoluciones

La presente revista jurídica ha sido efectuada gracias al aporte de la Universidad Nacional del Comahue, dado que se trata del objeto final de Proyecto de Extensión “Revista Jurídica” de ejecución 2019-2020 aprobado por Consejo Superior UNCo por Ordenanza N° 0344/2019, así como también cuenta con Aval Institucional por parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.



Además, ésta revista ha sido declarada de interés por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro mediante resolución “719/2018”-STJ y por la Legislatura de la Provincia de Neuquén mediante declaración 2915. Cuenta con el aval institucional por parte del Colegio de Abogados de General Roca, el Colegio de Abogados de San Carlos de Bariloche, el Colegio de Abogados del Alto Valle Oeste y el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, así como también la declaración de interés por parte del Foro de Jueces y Juezas de la provincia de Río Negro.



EQUIPO EDITORIAL

Director

Alejandro David Cataldi

Coordinación

Alejandro Monzani
Ezequiel Adrián Echeverría
María Magdalena Tartaglia
Greta Di Crocco
Lucas Alegranza
Sol Ochandío
Guadalupe Pérez García

Colaboradores

Romina Segura
Marcelo Ponzone
Andrés Delgado

Comité Académico

Prof. Richar Fernando Gallego
Prof. Juan Carlos Fernández
Prof. Ana Eugenia Zinkgraf
Prof. Sergio Víctor Cosentino
Prof. Federico Adrián Ambroggio
Prof. Fernando Sánchez Freytes
Prof. Moira Revsin
Prof. Juan Bautista Justo

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano: Abog. Mg. Juan Carlos Fernández

Secretaría Académica:

Abog. María Marta Peralta

Secretaría de Extensión y

Asuntos Estudiantiles: Abog. Sofía Szechenyi

Secretaría de Bienestar Estudiantil:

Lic. Mariela Pérez

Secretaría Administrativa:

Cr. Juan Manuel Paseiro

Secretaría de Ciencia y Técnica y

Relaciones Internacionales: Mg. Cecilia Beitia

Secretaría de Consejo Directivo:

María Raquel Calvo

Secretaría General: Felix Teseyra

NOTA DE EDITORIAL

Presentar -una vez más- la edición anual de la revista jurídica es sinónimo de que el trabajo asiduo y sostenido tiene buenos resultados.

Desde un principio, la idea de quienes participamos en la revista fue hacer un “análogo” a las famosas revistas de “*law review*” que poseen los principales centros académicos del mundo; y, en dicha senda, entendimos que nuestra querida facultad no puede (ni debería) quedarse lejos de ello.

Como hemos dicho varias veces, nuestra región provee de normas, jurisprudencia y cultura que son propias y que son difícilmente repetibles en otros lares; o mismo que siendo análogas, tiene particularidades que permiten destacar su interés investigativo.

El aporte que, en todo caso, busca esta (y las tantas otras) publicación, es recordar y fortalecer el espíritu “norpatagónico”, “localista” o “regionalista” frente al estudio de las ciencias jurídicas.

Por otra parte, nos es sumamente grato recordar que este año comenzamos con el “Conversatorio *Ius Comahue*” cuyo objetivo es debatir los artículos publicados en la revista. En este espacio, la idea es que las personas que han publicado en calidad de autores puedan comentar in voce sus artículos y ponerlos a debate ante el público interesado. Creemos que este trabajo -que tiene su cuota interesante de esfuerzo por parte de la coordinación- permite elevar cualitativamente el desarrollo de la ciencia jurídica en clave regional. En dicho marco, también, le agradecemos a la Se-



cretaría de Extensión y Asuntos Estudiantiles de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales por abrir las puertas a esta iniciativa y permitirnos celebrar estas reuniones en las aulas de nuestra querida facultad.

No podemos terminar esta nota editorial sin antes recordar que esta edición es resorte y producto del aporte desinteresado de muchas personas que están “tras bambalinas” del producto y que de forma “puritana” creemos que el trabajo progresivo y sostenido llega a buen puerto, siempre.

**DOCTRINA**

Implementación de un sistema de semáforos en el uso del Chat GPT en el ámbito judicial. Derecho de los ciudadanos a la comprensión e información, obligación estatal de comunicación efectiva	
<i>Por Vanesa RUIZ</i>	10
170 años de la sanción de nuestra Constitución Nacional. El proceso previo a su concreción	
<i>Por Armando Mario MARQUEZ</i>	24
Algunas reflexiones en torno al juicio por jurados en Río Negro	
<i>Por Enrique Manuel MANZANO</i>	32
Competencias ambientales y urbanísticas de los Municipios en la jurisprudencia contemporánea del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro	
<i>Por Diego Ramiro FUENTES</i>	46
¿Estados consumidores? Las contrataciones administrativas en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor	
<i>Por Rocío GONZALEZ VENEGAS</i>	62
Las restricciones administrativas al dominio en Neuquén. Análisis de la jurisprudencia del tribunal superior de justicia	
<i>Por José PUSTERLA</i>	76
El testimonio del niño, niña y adolescente en la decisión judicial	
<i>Por Guillermo MERLO y Fernando MERLO</i>	97
Juzgar con perspectiva de género. Un repaso por conceptos y legislación, hacia la búsqueda de la igualdad real	
<i>Por Romina Daniela MERINO</i>	111
La escucha de niños niñas y adolescentes en la provincia de Río Negro	
<i>Por Victoria Cecilia HERNANDEZ</i>	134
Maltrato animal. Violencia doméstica y de género	
<i>Por Kiara BELICH</i>	142



Aplicación del principio de autonomía de la voluntad y de la no discriminación en personas con discapacidad
Por Marcos Flavio SORIA y Alan GUNCKEL 152

La vulnerabilidad de la mujer imputada y el enfoque interseccional
Por Ayelén SOSA y Santiago BRITOS RELEVANTE 158

POSTGRADO

Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud
Por Cecilia HORMAR 167

Consentimiento informado - fecundación *post mortem*
Por Ana S. RODRÍGUEZ 187

La Ley de Teletrabajo, ¿es coherente con el Convenio 177 de la OIT?
Por Ezequiel Adrián ECHEVERRÍA 205

Directivas anticipadas
Por Pablo Guillermo PINO 218

JURISPRUDENCIA

Créditos, consumo y sobreendeudamiento: ¿Crónica de un espiral sin salida?
Por Diego Exequiel VALENZUELA 236

Comunidad aborigen y otras c/ Jujuy, provincia de y otros s/amparo ambiental; e impacto en la provincia de Río Negro
Por Ivana GASPAR 243

DOCTRINA



Implementación de un sistema de semáforos en el uso del Chat GPT en el ámbito judicial.

Derecho de los ciudadanos a la comprensión e información, obligación estatal de comunicación efectiva

*Por Vanesa RUIZ**

* Abogada, Maestranda en Maestría del Derecho Comercial y los Negocios (UBA), Especialista Universitaria en Daños y Perjuicios y Contratos (UNCOMA), Especialista Universitaria en Derecho Procesal Civil (UBA), Cursando Especialidad en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Profesora Ayudante de Primera Regular, dedicación simple (por concurso) Derecho Civil III (Contratos) en carrera Abogacía, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la UNCo. Profesor Ayudante de Primera Regular, dedicación simple (por concurso) Cátedra Derecho en Servicio Social, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la UNCo. Directora del Instituto de Derecho e Inteligencia Artificial del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén. Conferencista y Ponente en Jornadas Nacionales. Autora de artículos y libros de derecho.

En las relaciones humanas muchas veces advertimos que los problemas, las discusiones eternas y circulares, hasta escenarios de violencia, se generan por falta de entendimiento. A veces no comprendemos al otro, ni sus posturas, ni lo que transmite, no sólo por ofuscación, o por pensar distinto, o diferencias en la educación, culturales o de idiosincrasia, sino simplemente porque nuestro modo de comunicarnos no es claro, ni eficiente.

Si repreguntáramos cada vez que transmitimos una idea, una postura, o un resultado de un proceso judicial, qué entendió el otro de lo que se le comunicó, con sorpresa advertiríamos que difiere de lo que queríamos expresar o comunicar.

Esto sucede absolutamente en todos los ambientes, familiares, laborales, sociales, y por lo tanto, también en el ámbito judicial. Sede en la que las situaciones de conflicto son resueltas a través de un tercero que impone, de forma heterogénea, la definición de ese problema y debe transmitirla a los justiciables.

Es aquí donde advertimos la utilidad que tiene un sistema conversacional, de lenguaje natural, como lo es el Chat GPT.

Por qué digo esto? Porque del análisis del uso de esta herramienta con aplicación de Inteligencia artificial en distintos escenarios judiciales. Diversos, no sólo por encontrarse integrado con distintos jueces, de diferentes países, sino por su implementación con disímiles fines y usos. Surge que resulta de una herramienta coadyuvante de mayor utilidad, en las condiciones actuales, y menores riesgos.

En este análisis, utilizaremos un sistema de semáforos, para establecer sus riesgos y beneficios. Con uso de la Luz Roja para detenerse inmediatamente. Luz Amarilla o Ámbar que nos invita a detenernos y en sólo en el caso de no tener tiempo para hacerlo justo antes de la línea de detención, pasar con precaución. Y por último, Luz Verde, para avanzar, puesto que no hay obstáculos.

Comencemos con el análisis de la situación de peligro y posibles beneficios.

A) Luz Roja para el uso del Chat GPT. Uso de razonamiento legal -con o sin - reemplazo del juez/a

Considero que el uso del CHAT GPT, para fundar y dictar sentencias, al menos hoy, con el tipo de datos que tiene cargados, la fecha límite de actualización, y la falta de alfabetización que se observa en la generación de los prompts, resulta ser, insisto actualmente, una situación de peligro y conveniente colocar luz roja.

En Febrero de este año, 2023, se dio a conocer en Colombia, el primer caso¹ que utilizó esta aplicación para esa finalidad. Allí se presentó una demanda contra Salud Total EPS, en la búsqueda de la exoneración de su hijo respecto al pago de citas, terapia y transporte al centro hospitalario, debido a la falta de recursos para cubrir dichos gastos.

El Juez justificó la aplicación de esta herramienta con cita de la Ley 2213 de 2022, que tiene por objeto la incorporación de las TIC en los procesos judiciales.

Y a través de un juego de preguntas y respuestas al Chat GPT, tales como si “¿*Menor autista esta exonerado de pagar cuotas moderadoras en sus terapias?*”,

¹Juzgado Laboral del Circuito de Cartagena, 30/01/2023, Dr. Juan Manuel Padilla, Juez. Colombia. https://laley.pe/art/14275/juez-sentencia-uso-chatgpt-inteligencia-artificial-colombia?fbclid=IwAR1MVPtk-LUoBV1VO9NCMSrXmp_XKtd0Ra_RcKC7S233NiucrSuXOMS7eo4

“¿Las acciones de tutela en estos casos se deben conceder?”, ***“¿Exigir en estos casos la cuota moderadora es una barrera de acceso al servicio de salud?”***, ***“¿La jurisprudencia de la corte constitucional ha tomado decisiones favorables en casos similares?”***, ***“¿La jurisprudencia de la corte constitucional ha tomado decisiones favorables en casos similares?”***, y en base a las respuestas brindadas, el juez extiende sus propios argumentos de la decisión adoptada y adiciona a los fundamentos los textos realizados en el aplicativo .

El Magistrado interviniente señala que su uso permite darle celeridad a la resolución de los asuntos de tutela en la búsqueda de optimizar los tiempos empleados en redacción de sentencias. Indica que no reemplaza la decisión del Juez y que previamente corroboró la información suministrada por I.A. Añade por último, que resulta beneficioso el uso del ChatGPT , ya que permite validar el razonamiento de la decisión judicial, obtener un cadena de textos construidos con celeridad, y dar precisión como apoyo en el fundamento del decisorio.

Ahora bien, en este caso, su uso fue de razonamiento legal, el ejercicio provino de varias preguntas y respuestas asociadas que coadyuvaron en la toma de decisión del Juez, hubo un apalancamiento de la judicatura en la herramienta , sin exclusión de la propia hermenéutica jurídica, quien resolvió el caso sobre derecho fundamental a la salud de un niño autista con ayuda conversacional del *ChatGPT*.

Pero, fue fuertemente criticado a nivel académico², ya que el aplicativo ante las mismas preguntas, utilizado por otro usuario, dio respuestas disimiles, y aunque se indicó que se había corroborado la información brindada, finalmente no pudo señalarse ninguna sentencia específica de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho fundamental a la salud que involucre a un menor de edad diagnosticado con autismo y brinde esas conclusiones. Es decir , la información brindada al parecer no fue verídica. Lo que podría llevar a fundar sentencias en información falaz. Y por ello conviene colocar luz roja.

De igual modo fueron utilizadas las respuestas brindadas por el aplicativo, el 29 de Marzo de 2023, por el vocal, Dr. Reyes Rodríguez Mondragón, para fundar su voto en la audiencia celebrada por Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de México³.

² Verbigracia en manifestaciones públicas por el Prof. asociado de la Universidad del Rosario Juan David Gutierrez .

³ Sesión Pública - Miércoles 29 Marzo 2023 - TEPJF -
YouTube<https://www.youtube.com/watch?v=OwaZg3quyls&t=3679s>

El Tribunal Electoral debía resolver sobre el recurso de apelación interpuesto en contra de una sentencia que trataba sobre el uso de la expresión “ya sabes quién” en el marco de la precampaña electoral del partido Morena en el Estado de México. La pregunta jurídica abordada por el Tribunal Electoral era si el uso de esa expresión podía generar una situación de desequilibrio en la precampaña dado que podía ser interpretada como una alusión de apoyo por parte del presidente Andrés Manuel López Obrador.

El magistrado Rodríguez Mondragón argumentó que dicho fallo debía ser revocado pues no había incluido un análisis contextual del uso de la expresión “ya sabes quién” y, por tanto, había un vicio de falta de exhaustividad (no dieron la razón de sus dichos anterior Tribunal).

Afirmó como fundamento de su voto :

*“yo por ejemplo, aquí en el celular, he estado haciendo consultas allí PTChat (sic)... **si sabe quién es ‘ya sabes quién’** y la respuesta es que en el contexto político mexicano es el presidente... se refieren al presidente Andrés Manuel López Obrador y nos da una explicación de que esta referencia se popularizó en 2018 en la campaña.”*

*“También le pregunté a GPT Chat (sic), una tecnología de inteligencia artificial magistrada, y también le pregunté por ejemplo sobre **si reconocía a quién se referían como el ‘innombrable’ o el que no es el nombrado** y contesta que a Voldemort en esta serie de Harry Potter... yo pensaría que si pongo también los mismos párrafos le podría preguntar si esto o no es un acto anticipado campaña o de precampaña y da una explicación, es decir, si **la inteligencia artificial nos da una explicación de contexto con motivaciones es lo que se espera de un tribunal que razona sobre las expresiones que se analizan.**”* Los Tribunales Electorales deben dar razones como lo hace ChatGPT, la tecnología facilita información.

Otro de los vocales, el Dr. José Luis Vargas, opinó en ese sentido : *“quiero pensar que lo que nos acaba de decir es simplemente un ejemplo aislado y no es un pronóstico de lo que será la jurisprudencia de este tribunal...pues me preocuparía que ahora nuestras resoluciones las tomemos a partir de lo que dice el chat gpt.”* Este tipo de sistemas *“todavía tiene bastantes errores”* y *“esa es la razón por la cual creo que nosotros los seres humanos -por un buen rato más- seguiremos ocupando estas posiciones”*, *“la herramienta podría servir para explorar temáticas, pero no es idónea para que usen sus respuestas para motivar fallos sin que haya*

una verificación detallada de cada oración incluida en el texto sintético generado por el sistema”.

Similar situación aconteció el 17 de Abril de 2023, en la **Sala Constitucional Cuarta de Santa Cruz, de Bolivia**. Allí, los Vocales Jimmy López Rojas y Diego Ramírez Cruz, se retiraron a deliberar, y realizaron consultas al ChatGTP para resolver una acción de Privacidad que se presentó contra periodistas. Una mujer solicitó a los comunicadores que se borrarán las imágenes que se difundieran mostrando agresiones que habría sufrido por parte de un abogado en caso de violencia doméstica. Los tres periodistas que demandan la aplicación de la ley de Imprenta.

Los interrogantes planteados al ChatGPT fueron, **¿Cuál es el interés público legítimo en caso de divulgación de fotos de una mujer de partes de su cuerpo en redes sociales como Facebook, por los medios de prensa y sin el consentimiento y/o autorización de ésta? ¿En caso de no existir el consentimiento de la publicación de imágenes, videos y fotos de partes del cuerpo de una mujer por las redes sociales Facebook, se podría considerar la posibilidad de ordenar el borrado o baja de las mismas por parte del Tribunal de Garantías como una vulneración del derecho a la información?**

Las respuestas brindadas por el aplicativo fueron directamente las utilizadas para fundamentar y motivar el decisorio, basados en ese resultado arrojado, finalmente, los dos vocales del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, ordenaron eliminar las fotografías publicadas por los periodistas.

Ahora la luz roja se enciende porque el aplicativo fue directamente utilizado como un sustituto de la experiencia humana, cuando la comprensión jurídica y el análisis crítico debería ser de la judicatura y las preguntas (prompts) resultaron ser direccionadas. Específicamente porque el ChatGPT no tiene la capacidad de tomar en cuenta todos los aspectos relevantes de un caso, menos sino son proporcionados, no entiende contexto y, por lo tanto, no puede proporcionar una opinión legal precisa.

Queda determinado que aun esta herramienta es altamente peligrosa para sustituir al juez en el decisorio y motivación. Aunque el ChatGPT es una herramienta útil para responder preguntas y proporcionar información, al ser consultado el aplicativo indica no es un sustituto de la experiencia humana, la comprensión jurídica y el análisis crítico.

Las resoluciones judiciales se basan en la interpretación de la ley, los hechos

del caso y la aplicación de la jurisprudencia y la doctrina relevante. Estas decisiones requieren un análisis complejo que implica la consideración de muchos factores y la aplicación de la lógica, el razonamiento y el conocimiento jurídico.

El ChatGPT no tiene la capacidad de tomar en cuenta todos los aspectos relevantes de un caso y, por lo tanto, no puede proporcionar una opinión legal precisa. Por lo tanto, se debe confiar en la experiencia y el conocimiento de los abogados, jueces y otros profesionales del derecho para tomar decisiones judiciales fundamentadas. Corresponde detenerse y colocar luz roja.

Lo mismo ha sucedido para el uso en colegas, por ejemplo para preparar una demanda o contestación, o un recurso, como ha sido reconocido el caso del abogado Steven Schwartz, del estudio Levidow, Levidow & Oberman, con más de 30 años de experiencia en la profesión. En el proceso en trámite "*Mata v. Avianca, Inc.*" (1:22-cv-01461) District Court, S.D. New York, un hombre llamado Roberto Mata, demandó a la aerolínea Avianca, diciendo que se lesionó cuando un carrito de comida de metal golpeó su rodilla durante un vuelo al Aeropuerto Internacional Kennedy de Nueva York y su demanda rechazada.

Por lo tanto al recurrir el decisorio, el abogado prepara su defensa, con la información y argumentos que le brindó el chatgpt, pero citó precedentes inexistentes, con fundamentos inaplicables, reseñó decisiones judiciales falsas, con casos irreales, citas aparentes y citas internas falsas, *confió en las opiniones legales que le fueron provistas por una fuente que resultó ser no fidedigna*. Los abogados de Avianca lo advirtieron, el Juez lo cotejó. Y más allá del pedido de disculpas del colega resulta trascendental observar la importancia de conocer la herramienta, alcances y limitaciones. Reiteramos Luz Roja para este uso y fin.

Ahora analicemos una posible utilidad con precaución.

B) Luz Amarilla o ámbar para el uso del Chat GPT: Uso operativo/técnico

El 27 de Marzo de 2023, se dictó la primer sentencia en Perú⁴ que aplicó una técnica matemática con la información sugerida por ChatGPT para establecer el por-

⁴ https://es.scribd.com/document/634626573/Esta-es-la-primer-sentencia-en-Peru-que-aplico-tecnica-matematica-sugerida-por-ChatGPT#fullscreen&from_embed

centaje de pensión alimenticia.

El Juez a cargo del **Juzgado Civil Transitorio de San Juan de Miraflores**, Dr. Frank Paul Flores García, en Expediente 00052-2022-18-3002-JP-FC-01

... sugirió aplicar la técnica de proporción matemática para establecer el aporte que cada padre, de acuerdo a sus ingresos, tendría que disponer para la manutención de su hija. (...) la Corte Superior de Justicia de Lima Sur explicó la importancia del empleo de ChatGPT para elaborar la justificación del importe fijado como pensión de alimentos, de manera que la discrecionalidad que caracteriza estos procesos se reduzca. De esta manera se establecería una pensión justa, proporcional y razonable.”

De acuerdo a un cálculo matemático que se transcribió en la sentencia, se precisó que el porcentaje que debía aportar el padre según sus posibilidades económicas era del 78.10% de los 1000 soles que la niña requería para sustentarse, correspondiendo a la madre aportar el resto. Ese valor equivalía para el progenitor a 781 soles representando un 21.34% de sus haberes mensuales, por lo que la cuota fijada al 20% técnicamente era correcta. Luego de ello se verificó si ese porcentaje podía ser pagado por el progenitor teniendo en cuenta sus condiciones personales, por tener otros hijos a su cargo, y como con los otros niños también tenía cuotas fijadas, el juzgado procedió a sumar los porcentajes de haberes que destinaba a cada uno de ellos y entre los 3 hijos, se alcanzaba a un 51.15% de los haberes del mismo, y como el código civil permitía una afectación total de hasta un 60%, se concluyó en que la cuotas brindadas a los otros hijos no afectaban la satisfacción de la cuota fijada para la hija, por lo que el recurso debía desestimarse.

El uso brindado fue meramente operativo , con carácter técnico objetivo, que se brinda a la justificación del importe fijado como pensión de alimentos, reduciendo la discrecionalidad.

Aunque útil, coadyuvante, debe ser utilizado con precaución ya que no es garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o el Tribunal en sus decisiones.

Cuáles son las precauciones que deberían observarse , detenerse y analizar si pasar o no? en primer término la idoneidad de la herramienta que estamos utilizando para ese fin en comparación con otras plataformas y herramientas específicamente diseñadas para abordar cuestiones , por ejemplo en este caso que era una

operación matemática, que no es el propósito principal del ChatGpt. Existen software como Wolfram Mathematica, MATLAB o incluso Microsoft Excel, que brindan resultados más fiables, precisos, adecuadas y confiables.

También debe estar atento si se presentan problemas de fiabilidad en respuestas, en este caso se ha demostrado que suele otorgar resultados dudosos en las operaciones matemáticas (basados en experimentaciones arroja errores).

Pero, específicamente las precauciones se advierten en la probabilidad de problemas en análisis de fondo, que tiene relación con la luz roja reseñada en el anterior punto, cuando excede la aplicación técnica operativa.

Sin ir mas lejos, en el caso reseñado, materia de Alimentos, la madre que no trabaja (tal vez viva de trabajos eventuales o domésticos) a quien se le impone un pago del 21.90% de los S/ 1,000 Soles, arrojado por la "inteligencia artificial OPE-NAI-CHATGTP)", sin tener criterio de ponderación que la madre es quien atiende a su hija recién nacida, las 24 horas del día, le da de lactar, tiene que velar por su seguridad, aseo, salud, atención diaria, llevarla al médico cuando enferma, dedicarse a la atención y limpieza de la casa o habitación donde ocupan con la infante, etc., estas actividades, también tienen un valor implícito que no es considerado, y el juez de segunda instancia, tampoco lo considera, mirando solo, lo que su calculadora Casio, le dice, cuánto debe fijar el pago de ambos padres. ¿Si se hubiesen ponderado estos antecedentes el resultado arrojado hubiese sido el mismo?

Por último, presenta una preocupación para los justiciables y sus letrados, que no es supervisable, lo que impide su trazabilidad.

Aquí nuevamente se observa la importancia de conocer la herramienta, porque aun cuando se cita la conversación que tuvieron en la plataforma de ChatGPT y transcriben algunas respuestas necesarias, resulta inaccesible en su totalidad debido a que el juez coloca el link de acceso a ese chat, pero el ingreso a la conversación a través del link publicado está asociado a las credenciales de acceso del usuario que haya realizado las consultas en la plataforma. Resulta que el juez no estaba familiarizado con la manera cómo funciona la herramienta. Y es ello lo que no debe suceder, es imprescindible la alfabetización del aplicativo.

C) Luz Verde para el uso del Chat GPT: Uso de lenguaje claro

Y he aquí, en la alfabetización, que el propio ChatGPT, puede ser una herra-

mienta útil. También lo es al facilitar la comunicación con un lenguaje claro. ¿Como lo advertimos?

Por ejemplo, la Dra. María Victoria Quiñones, miembro del **Tribunal Administrativo del Magdalena, Colombia, en fecha 15/02/2023**⁵, reconocida por llevar a cabo la primera audiencia judicial en el metaverso, le hizo preguntas al chat gpt para conocer sobre la temática, para alfabetizarse antes de usarla sobre lo que era, en que consistía y cómo hacerlo más seguro.

Formuló preguntas para decidir cómo llevar a cabo una audiencia judicial en el metaverso: **¿Qué es un avatar? ¿Cuál es el método más efectivo para verificar la autenticidad de quienes se conectan a una reunión y/o audiencia virtual? ¿Método de verificación de autenticidad de un avatar en el metaverso?**

Aquí se advierte que usó el ChatGPT22 para una mayor comprensión de algunos conceptos sobre el metaverso y la realización de la audiencia. Se pretende dejar en claro los métodos válidos para verificar la autenticidad de los participantes. La tecnología y el uso de Internet se convierten en herramientas facilitadores para el ejercicio de las actuaciones.

Es decir, aun cuando aparecen ciertas coincidencias en la finalidad operativa del uso con el punto anterior, denota la lectura del fallo que se buscaba facilitar con el lenguaje conversacional, que brinda el Chat GPT, un mayor conocimiento, comprensión y claridad de la temática.

Muy similar a los fines con los que se aborda el uso del aplicativo cuando se pretende facilitar la comprensión del justiciable respecto al significado del proceso, o de la audiencia celebrada, o el contenido del decisorio, en un juicio.

El *05 de Mayo de 2023, el Dr. Horacio Javier Rey, a cargo del Juzgado del Trabajo IX, de la Pcia. de Tucumán*, recurre a herramientas TIC's, para garantizar la comprensión del acto y mejorar la experiencia del usuario del servicio de justicia, utiliza textuales palabras *“herramientas de acceso on line que con un simple click pueden contribuir a garantizar el entendimiento el entendimiento de los actos jurídicos al ciudadano de a pie”*. Y con dicho fundamento procede, utilizando tecnología de generación automática de textos, busca la simplificación automática de la explicación de los alcances de la audiencia laboral celebrada y el acuerdo alcan-

⁵ https://e-procesal.com/wp-content/uploads/2023/02/wp_1676338979578.pdf?fbclid=IwAR0skXREhSVC23BSkYV9S150uR1A_zNscOKUsgLt4veWYC5QInDM6yqBMyo

zado. Ingresamos al ChatGPT, compartimos pantalla e introducimos un prompt al secretario, indicando su rol y solicitando que en lenguaje claro explique que significaría llegar a un acuerdo en los términos del art 15 de la Ley Contrato de Trabajo e introducimos sintéticamente el acuerdo arribado y desistimientos para que el chat simplifique la información y lo traduzca en un lenguaje coloquial. La respuesta brindada resulta satisfactoria para el receptor y partícipe de la audiencia, en contenido y calidad, le permite comprender lo que ha sucedido y sus alcances.

En igual sentido, en otro Provincia y en un proceso con distinta temática y materia, *el 14 de Junio de 2023, el Dr. Jose Osvaldo Ledesma, a cargo del Juzgado de Paz de Berón de Astrada, Provincia de Corrientes*, dictó una sentencia en la cual utilizó Chat GPT para incorporar un párrafo en formato de lectura fácil destinado a una persona con bajo nivel de instrucción.

El caso **“G.M.C. s/ información sumaria (convivencia)”** se trató de un proceso voluntario sin patrocinio letrado en el cual se rechazaba la pretensión, por lo que el magistrado consideró que había que redoblar los esfuerzos por hacer más comprensibles los fundamentos para que sean entendidos por el interesado. El “prompt” (instrucción) fue el siguiente: **“Resume con lenguaje sencillo y fácil, en un párrafo, el siguiente texto entre comillas”**.

Luego, el juez copió y pegó los considerandos completos, es decir, los fundamentos, la valoración probatoria, todo lo cual ya había pasado por el tamiz del lenguaje claro, utilizando para ello “ArText”, un asistente de redacción en lenguaje claro, desarrollado por la UNED de España, bajo la dirección de la doctora en lingüística aplicada Iria Da Cunha, por el cual elaboró los fundamentos o considerandos en párrafos y oraciones más breves, con adecuado uso de conectores, participios, gerundios, entre otros.

El ChatGPT brindó la respuesta y fue copiada en la sentencia en un párrafo con el título: la sentencia en lectura fácil. Así se incorpora la síntesis brindada en lenguaje claro por el ChatGPT para facilitar la comprensión del justiciable.

De la lectura de estos resolutorios y al haber utilizado personalmente este ChatGPT, sin perder de vista que cuenta con las limitaciones y sesgos del modelo, por lo que resulta necesario complementar su uso con la revisión y el juicio humano, para simplificar el lenguaje, para sintetizar, para la búsqueda de otras maneras de decir lo mismo con diferentes palabras, he comprobado su eficacia. Esta cargado con tanta cantidad de datos y ante su propia esencia, de ser un sistema de lenguaje conversacional, es que no podemos más que darle luz verde a este uso.

Facilita enormemente la comunicación, la comprensión de temáticas complejas, la simplificación al nivel del lector, sea por diferencias culturales, etarios, o porque tiene otro bagaje de conocimientos e información que no es justamente del área del que se quiere transmitir.

No podemos soslayar que el lenguaje judicial suele ser hermético y críptico, incomprendible para quien no profesa esta actividad, plagado de tecnicismos, con una redacción intrincada, pomposa, muchas veces ambigua, confusa, de larga extensión, con incorporación de locuciones en latín (*prima facie, in limine, ut supra, a quo*), solemne, con uso de términos arcaicos o anacrónicos o expresiones añejas o fórmulas estereotipadas (*foja, encartado, judicature, adujo, avizor, comparecer, desinsacular, emplazado, encartado, endilgado, a sus efectos, autos y vistos, probanzas ut supra merituadas, a guisa de colofón*), existencia de ritualismos estereotipados, formas verbales obsoletas, generalmente presenta estructuras subordinadas (*citado, expresado, referido, indicado, aludido*), empleo de verbos no conjugados (*infinitivos, participios y gerundios*), y plagado de información: citas de doctrina y jurisprudencia, normativa aplicable, alusión a normas del derecho comparado, tanto es así que a veces resulta difícil despejar cuál ha sido la solución brindada al problema y los verdaderos fundamentos de ese caso, respecto de los otros que simplemente se han tenido como referencia.

Resulta necesario e imprescindible el uso de un lenguaje claro, ya que se brinda un servicio de justicia al ciudadano y éste debe comprenderlo.

Cuando hablo de lenguaje claro me refiero a accesible, de redacción simple y eficiente, con términos sencillos y precisos, que manifieste la idea en forma directa, comunicándola en forma llana y eficiente. Todo ello supone un esfuerzo adicional, ya que se necesitan ideas claras y concisas, coherencia, compleción, economía y determinación, pero hará más entendible el mensaje que deseamos transmitir.

En nuestro país, se observa esta tendencia a un lenguaje más claro y comprensible, al habilitarse plataformas tales como las del sitio www.derechofacil.gob.ar, en 2016, a través del Ministerio de Justicia de Nación, allí se explican las principales leyes de manera sencilla y elaboración de documentos en formato lectura fácil (SAIJ).

También existe una Red Nacional de Lenguaje Claro Argentina, desde 2017, con el compromiso de los tres poderes, para transmitir de manera clara y sencilla el contenido de sus documentos, facilitar su comprensión y acceso universal. Se adop-

tan las “100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia” reformuladas en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana llevada a cabo en 2018 en Quito, que han traído algunas pautas de cambio más profundas que las anteriores de Brasilia (2008). Complementa la normativa básica en esta materia la Ley 27.275, que tiene por objeto garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública y obliga a los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación). Las publicaciones, además deben realizarse de manera accesible, gratuita, actualizada. Y existe en la actualidad el “Proyecto Justicia 2020” que abroga en igual sentido.

Entonces, resulta que esta herramienta con inteligencia artificial, que cada día “aprende de sí misma”, al ser específicamente un modelo de lenguaje, puede generar textos para ayudar a aclarar y simplificar el contenido de una sentencia judicial, de un proceso o brindar explicaciones sencillas al justiciable, facilitando la comunicación y garantizando el derecho a comprender.

Con ese propósito el ChatGPT, puede reformular una sentencia, al proporcionarle la original y luego pedirle que la explique en un lenguaje más claro (aquí precaución en no indicar datos sensibles, ya que la información ingresa al gran big data, pero pueden suplantarse por datos ficticios) con tan solo la pregunta: “**¿Puede explicar esta sentencia en un lenguaje más sencillo?**”. O realizarle pregunta específica, si hay una parte específica de la sentencia que deseas que se explique con más claridad, puedes hacer una pregunta directa al modelo. Por ejemplo, puedes preguntar: “**¿Cuál es el significado de la cláusula X en esta sentencia?**”. O pedirle que brinde ejemplos y analogías que ayuden a ilustrar y simplificar los conceptos presentes en la sentencia. Por ejemplo, puedes preguntar: “**¿Puede darme un ejemplo práctico para entender mejor la conclusión de esta sentencia?**”

El “*derecho a comprender*”, o, “*derecho a entender*”, o, “*derecho a ser informado*”, de los ciudadanos, por el principio de alteridad, es una “*obligación del Estado de darse a entender*”, es parte de la garantía del debido proceso.

El chat GPT puede ser un mecanismo o herramienta estratégica y política que permita, con su uso, profundizar el acceso a la Información Pública. Puede brindar un código común de entendimiento que facilite y asegure el éxito de la comunicación, generando una democracia más participativa. Posibilita la democratización de la información: todos podemos acceder al conocimiento. Y permitiría un fortalecimiento institucional, con el acceso a la información y el gobierno abierto.

Un derecho comprensible y una tutela realmente efectiva de los tribunales requiere, de forma imprescindible, la claridad en su expresión. Por eso considero que debe brindársele Luz Verde.

Por último, dejo aquí plasmada mi humilde propuesta, que en cada sentencia se agregue un “sello” como hacen otros países, tales como Suecia y Canadá en sus documentos públicos, “de lenguaje claro”, y específicamente, aquí, con uso de esta herramienta de inteligencia artificial, que asegure que el documento cumple con los requisitos de claridad y comprensión ciudadana.

Ya que en ocasiones, incluso con la oralidad e inmediatez que se impone actualmente en nuestro sistema judicial, cuando la judicatura intenta comunicar de manera directa y verbal, es posible que la otra persona no logre entender su mensaje.

Por lo que aquí entra en juego una solución innovadora: el chat actual. Esta herramienta tiene el poder de mejorar nuestra comunicación de forma sorprendente. Nos podemos expresar con claridad y certeza, sin preocuparnos por malentendidos. El chat puede ser un puente que ayude a superar obstáculos en la comunicación. Rompe las barreras que a veces nos separan y facilita que nuestras ideas y pensamientos lleguen de manera efectiva a los demás. En resumen, el chat es una herramienta que puede marcar la diferencia al garantizar que nos entendamos mutuamente y nos conectemos sin dificultades, luz verde.

Bibliografía

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA SUR 27/03/2023 “Expediente 0052-2022-18-3002-JP-FC-01 recuperado de https://es.scribd.com/document/634626573/Esta-es-la-primera-sentencia-en-Peru-que-aplico-tecnica-matematica-sugerida-por-ChatGPT#fullscreen&from_embed

Juzgado Laboral del Circuito de Cartagena, 30/01/2023, Dr. Juan Manuel Padilla, Juez. Colombia. Recuperado de: https://laley.pe/art/14275/juez-sentencia-uso-chatgpt-inteligencia-artificial-colombia?fbclid=IwAR1MVPTk-LUoBV1VO9NCMSrXmp_XKtd0ra_RcKC7S233NiucrSuX0MS7eo4

Tribunal Administrativo Del Magdalena (2023) Unión Temporal de Servicios Integrados y Especializados de Tránsito y Transporte de Santa Marta – SIETT c.



Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional. Recuperado de <https://e-procesal.com/wp-content/uploads/2023/02/wp-1676338979578.pdf>

170 años de la sanción de nuestra Constitución Nacional.

El proceso previo a su concreción

*Por Armando Mario MARQUEZ**

* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Doctorando en Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Postgrado de Especialización en Derecho Constitucional por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Docente universitario de Historia Constitucional Argentina y Derecho Romano. Presidente del Centro de Estudios Constitucionales del Comahue, de la Filial Neuquén de la Sociedad Argentina de Escritores (SADE) y Miembro de Número de la Junta de Estudios Históricos del Neuquén (2013-2023). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Disertante y autor de numerosas publicaciones nacionales y extranjeras.

Un nuevo aniversario nos recordó aquel día 1 de mayo de 1853 en que los representantes de trece provincias argentinas, reunidos en Congreso Constituyente en la ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz, sancionaron el texto de nuestra Ley Mayor.

Será eje de este ensayo describir el proceso previo que desembocó en ello. Allá vamos.

Un poco de historia patria

Los sucesos de mayo de 1810 en la ciudad del puerto, mayor del Virreynato del Río de la Plata y asiento de sus autoridades centrales, que desembocaron en la instauración de la Primera Junta de Gobierno Patrio, fue el inicio del proceso independentista que se concretó en julio de 1816 con motivo del Congreso reunido en la ciudad de San Miguel del Tucumán.

Esa independencia política alcanzada no bastaba para dar un marco de institucionalización pleno al novel estado argentino en tanto no nos diéramos una constitución como adecuado marco para ello.

Sería muy largo el camino para llegar a ello.

Recordemos que el fracaso del Proyecto Constitucional de 1819, obra final del Congreso reunido desde 1816 en San Miguel del Tucumán y a partir de 1817 en la ciudad de Buenos Aires, abrió una etapa de incertidumbre y conflictos.

Por tal, la Batalla de La Cañada del Arroyo Cepeda, al norte de la provincia de Buenos Aires casi en su límite con Santa Fe, batalla que libraron el 1 de febrero de 1820 las fuerzas del centralismo porteño encabezadas por el Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata, José Rondeau, y las tropas de los caudillos federales Estanislao López –de Santa Fe- y Francisco Ramírez –de Entre Ríos-, encuentro bélico también conocido como la “Batalla de los diez minutos”, por su corta duración, en la que resultaron victoriosas las fuerzas indicadas en segundo término.

Esa lid –y su resultado- más allá de su valor militar e histórico, tienen una trascendencia mayor por las consecuencias políticas que genera: la disolución del Directorio –Poder Ejecutivo- y del Congreso –Poder Legislativo-, por lo que nuestra Nación entra en un proceso de anarquía, estructurado por trece provincias autónomas.

Pocos días después tenemos la primera consecuencia directa de la situación: la suscripción del Tratado del Pilar del 23 de febrero de 1820, en la Capilla del Pilar en la provincia de Buenos Aires es suscripto el Tratado por el cual los representantes de las provincias de Buenos Aires (Manuel de Sarratea, gobernador provisional), Santa Fe (Estanislao López, gobernador) y Entre Ríos (Francisco Ramírez, gobernador), con el que se inaugura la etapa en que las provincias suscribirían entre sí acuerdos que posibilitaron dar un marco de institucionalización a la Nación en tanto se dictara nuestra Ley Mayor, lo que dio pie a la concreción de los numerosos Pactos preexistentes a los que alude el Preámbulo de nuestra Constitución; el ensayo constitucional de 1826 no pudo superar ese cuadro.

De entre los aludidos instrumentos preconstitucionales descolla -por su valor y vigencia ulterior- el Pacto Federal del 4 de enero de 1831, suscripto en la ciudad de Santa Fe de la Veracruz por los representantes de las provincias de Buenos Aires (José María Rosas y Patrón), Entre Ríos (Antonio Crespo) y Santa Fe (Domingo Cullen), en el que se constituyó una alianza ofensiva y defensiva entre esas provincias -Liga Federal- para hacer frente a la Liga Unitaria creándose una comisión permanente que debía convocar a un Congreso General Federativo para que la administración general del país se adecúe bajo el sistema federal.

El tramo final del proceso constituyente

Avanzando, ahora, en el tiempo, recordemos que el 3 de abril de 1851 el por entonces gobernador de Entre Ríos, Justo José de Urquiza, efectúa un pronunciamiento invitando al resto de los gobernadores a reasumir las soberanías provinciales, las que reposaban en Buenos Aires, a quien se le había encargado la atención de los asuntos nacionales, no teniendo mayor respuesta.

Es así que el 1 de mayo de 1851 dicta un decreto provincial en ese sentido.

Asimismo en fecha 21 de noviembre de 1851 suscribe en Montevideo un tratado de alianza con Corrientes, Brasil y Uruguay para derrocar militarmente a Rosas, lo que sucede tras la Batalla de Caseros del 3 de febrero de 1852.

Consecuencia política inmediata de ello es la designación de Vicente Fidel López gobernador provisorio de Buenos Aires, quien conformó su gabinete con Valentín Alsina, José Benjamín Gorostiaga, Luis de la Peña, Vicente Fidel López y el general Manuel Escalada.

A fin de integrar la Sala de Representantes porteña se realizaron elecciones el 11 de abril de 1852, triunfando la lista amarilla por sobre la blanca –apoyada por Urquiza–, no obstante lo cual ese cuerpo aceptó la sugerencia de Urquiza y nombró gobernador propietario a Vicente Fidel López.

En las restantes provincias no hubo de inmediato cambios sustanciales y la mayoría de las legislaturas y gobiernos locales se apresuraron a adherir a la causa triunfante demostrando una fácil adaptación a la nueva situación.

El 6 de abril de 1852, en San Benito de Palermo los gobernadores de Buenos Aires y Corrientes y el representante de Santa Fe, suscribieron el Protocolo de Palermo, por el que acordaron llevar a cabo un cónclave de mandatarios provinciales con fines organizativos y constituyentes; por otra parte delegaron en el gobernador de Entre Ríos la representación de la Confederación ante los estados extranjeros, autorizándolo a disponer de las rentas que producía la Aduana de Buenos Aires, lo que puso en alerta a las fuerzas políticas porteñas.

En abono de la convocatoria general Urquiza encomendó la solución de ese problema a Bernardo de Irigoyen –de origen rosista–, quien debía proponer una reunión de gobernadores en la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, gestión que fue coronada por el éxito, siendo así que el 29 de mayo se iniciaron las sesiones en esa ciudad del norte bonaerense, con la asistencia de la casi totalidad de los gobernado-

res, a excepción de los de Córdoba, Salta y Jujuy, quienes que no llegaron a tiempo pero adhirieron al acuerdo, que se suscribió el 31 de mayo de 1852, por posterior instrumento suscripto en San Benito de Palermo el 1 de julio de ese año.

- El documento suscripto en San Nicolás de los Arroyos consta de 18 artículos, siendo sus puntos salientes:
- Se reconoce el Pacto Federal de 1831 como Ley Fundamental del Estado.
- Pone fin a los derechos de tránsito, quedando libre el paso e ingreso de mercaderías y transportes de una provincia a la otra, promovándose y facilitándose el comercio interior.
- Fija las bases para la Convocatoria de un Congreso Constituyente el cual deberá reunirse en la ciudad de Santa Fe.
- Determina que cada provincia estará representada por dos diputados, electos según las normas vigentes en cada una de ellas.
- La Constitución se sancionará por mayoría de votos.
- Consagra la inmunidad de los diputados a partir del momento de su elección.
- Habilita al Congreso a sancionar las leyes orgánicas que fueren necesarias para poner en práctica la Constitución.
- Se instauraron las atribuciones del gobierno provisional ejercido por Urquiza, quien quedó investido del cargo de director provisional.
- Se le creó al mismo un Consejo de Estado, de carácter asesor.
- Estableció que el país se organizara bajo el sistema federal, lo que constituye una cláusula pétrea que quedará fuera de discusión en el recinto.

Conocido en Buenos Aires el texto del acuerdo, suscripto por el gobernador López, la Legislatura porteña se rebeló y le comunicó a Manuel Pinto, gobernador delegado, que el mismo no debería ser cumplido en tanto no fuera aprobado por la Sala de Representantes, comenzando tal debate el 21 de junio, el que culminó el día siguiente, rechazando la aceptación de los términos acordados en San Nicolás, siendo por ello que el 23 de junio, ante la renuncia presentada ese mismo día por Vicente Fidel López, Urquiza resolvió disolver la Sala de Representantes y la detención de Mitre, Vélez Sarsfield, Portela, Ortiz Vélez y Toro, clausurándose las imprentas, restituyéndose a aquél en su cargo de titular del Ejecutivo porteño el 25 de junio.

El 24 de julio, ante el malestar político general y las presiones a las que era sometido renunció a su cargo el gobernador López, asumiendo Urquiza el puesto vacante, asesorado por un consejo consultivo.

Entre sus primeras medidas aquél dispuso la elección de representantes al congreso constituyente, tal lo previsto en el Acuerdo de San Nicolás, por lo que a principios de agosto de 1852 se realizaron elecciones para designar los representantes de Buenos Aires ante la convención, resultando electos Salvador María del Carril y Eduardo Lahitte.

Por la inminencia de Congreso Urquiza delegó el gobierno porteño en el general Galán, quien prestó juramento el 5 de septiembre. Tres días después, previa amnistía a los sancionados por causas políticas, Urquiza partió hacia Santa Fe.

El 11 de septiembre de 1852 se produce la insurrección del General Juan María Pirán, que contó con el beneplácito de la mayoría de los sectores políticos, movimiento que se inspiró en el propósito de que Buenos Aires recupere la autonomía perdida luego del golpe de estado de Urquiza del 23 de junio, asumiendo el general Pinto como gobernador provisional.

Adquirió sumo protagonismo político la Sala de Representantes, ya que el 19 de septiembre resolvió no reconocer ningún acto emanado por el Congreso Constituyente de Santa Fe, ordenando el regreso de los representantes porteños destacados en el mismo; el 22 de septiembre decidió reasumir las relaciones exteriores que hasta entonces estuvieran a cargo de Urquiza y, el 30 de octubre de 1852, designó gobernador a Valentín Alsina.

El resto de las provincias hicieron llegar sus representantes a la capital santafesina, por lo que el proceso constituyente siguió su marcha.

La sanción de nuestra Constitución Nacional

Así fue que el 20 de noviembre de 1852 se celebró el solemne Tedeum en la Iglesia Central de la ciudad, para iniciar formalmente su actividad al día siguiente.

En su primera sesión del día 21 los representantes se dieron a dos tareas, la primera, la elección de sus autoridades y, luego, conformar la Comisión de Negocios Constitucionales, la que tendría a su cargo la confección del borrador del texto que sería puesto a consideración del cuerpo.

Fue así que fueron ungidas como autoridades quienes fueran elegidas como tales en la sesión previa preparatoria: el representante de Salta Facundo de Zuviría -presidente- y los representantes de San Luis: Delfín Huergo y de Santa Fe: Juan Francisco Seguí como secretarios del cuerpo.

Por otra parte, fueron designados para conformar la antedicha Comisión de Negocios Constitucionales los congresistas Manuel Leiva (Santa Fe), Juan María Gutiérrez (Entre Ríos), Pedro Díaz Colodrero (Corrientes), José Benjamín Gorostiaga (Santiago del Estero) y Pedro Ferré /Catamarca), siendo ampliada el 23 de febrero de 1853 con Martín Zapata (Mendoza) y Santiago Derquí (Córdoba), siendo este último reemplazado, alternativamente, por sus pares Juan del Campillo (Córdoba) y Salustiano Zavalía (Tucumán).

Este último equipo se dio de inmediato al cumplimiento de la tarea encomendada, la que concluyó y puso a consideración de sus colegas casi cinco meses después, el 18 de abril de 1853.

Recibido el borrador del proyecto por el pleno, se decidió reunirse dos días después para su evaluación y tratamiento, reanudándose la actividad del cuerpo el 20 de abril de 1853, jornada que se perfilaría como de las más importantes, no solo del proceso constituyente, sino de nuestra Historia, por la intensidad, calidad y riqueza del debate producido en su curso.

En la misma se cuestionó, nada menos, que la procedencia del dictado de nuestra Ley Mayor, dado el controvertido momento político por el que se atravesaba, especialmente motivado por la ausencia en el recinto de los representantes del Estado de Buenos Aires.

En la referida ocasión se enfrentaron dos posturas antagónicas, a saber: la llamada línea conservadora conformada por Zuviría, Centeno, Leiva y Pérez y otros, quienes, en prieta síntesis, consideraban que no estaban dadas en el país las condiciones para el dictado de la norma primordial, a ella se le oponía la llamada línea liberal, en la que convergían los convencionales Gorostiaga, Seguí, Gutiérrez, Zapata, y Huergo -entre otros-, quienes sostenían que el dictado de aquélla sería determinante para calmar las luchas intestinas a la vez que sería un ejemplo de orden y capacidad organizativa.

Demás está decir que se impuso la postura liberal y el congreso siguió su camino hasta el dictado final del texto constitucional.

Sin embargo, pese a la aspereza de las discusiones de la jornada inaugural

de los debates, en las jornadas posteriores no declinó el fervor de las discusiones, destacándose los cruces de los días 21 y 24 de noviembre en especial cuando se dio trato a la libertad religiosa y a la libertad de cultos.

Los debates siguieron su curso y así fue que el texto en borrador presentado por la Comisión *ad hoc* sufrió los cambios que surgieran de aquéllos.

Agotado el estudio y discusión del texto propuesto, se aprobó el mismo, con las modificaciones que fueron surgiendo de los debates puntuales, el día 1 de mayo de 1853, fecha de sanción de nuestra Ley Mayor, contentándose con ello el deseo del gobernador Urquiza, de que tal fecha coincidiera con el dictado del decreto entrerriano de reasunción de poderes de 1851.

Hago acá un breve paréntesis y me apuro a aclarar que, rememorando esto último, nuestro congreso sancionó la ley número 25.863 del 4 de diciembre de 2003, que instituye el 1 de mayo como "Día de la Constitución Nacional".

Por fin, el 25 de mayo de 1853 el Poder Ejecutivo dictó el decreto por el que se promulgaba el texto de nuestra Constitución Nacional surgido de la Convención Nacional Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz, disponiéndose su juramento en todo el país el 9 de julio de ese mismo año, honrándose, con ambos actos, a la fecha de instauración del Primer Gobierno Patrio y a la del dictado de nuestra Independencia Nacional.

Quedaban ahora dos caminos en paralelo, el de la Confederación Argentina y el del Estado de Buenos Aires -en secesión-, senderos que se unirán el 14 de septiembre de 1860, oportunidad en la que todos los argentinos quedamos bajo el amparo de una misma Ley Mayor.

Bibliografía

Lafont, Julio. (1950). *Historia de la Constitución Argentina*, Editorial FDV, Buenos Aires

Autores varios. (2004). *Suplementos universitarios - Constitución Nacional - Antecedentes históricos*. Ed. La ley. Buenos Aires

López Rozas, José Rafael. (1996). *Historia Constitucional Argentina*, Editorial Astrea, Buenos Aires.

Márquez, Armando Mario. (2009). "La Constitución de la Nación Argentina", trabajo de presentación de la compilación de textos constitucionales, de rele-

vancia institucional y de tratados internacionales efectuado por la Fundación de Estudios para la Justicia (FUNDEJUS) en su Revista número 8 “La Constitución Nacional, sus reformas y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional”.

Márquez, Armando Mario. (2020). “La Constitución Nacional Argentina y sus reformas”, trabajo publicado en el ejemplar número 49/50 de la *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*.

Márquez, Armando Mario. (2017). “Los Convencionales Constituyentes de 1853”, trabajo publicado en el ejemplar número 14.185 del 19 de mayo de 2017 en *el Suplemento de Derecho Constitucional de El Derecho*.

Sampay, Arturo Enrique .(1972). *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*. Eubeba.

Algunas reflexiones en torno al juicio por jurados en Río Negro

*Por Enrique Manuel MANZANO **

Introducción

El objeto del presente trabajo es reflexionar sobre el juicio por jurados, y su reglamentación en la provincia de Río Negro. Invitando al lector a reflexionar en torno al juicio por jurados, como garantía¹ más que como sistema procesal.

Pero aquello no excluye ni niega lo dicho por nuestra Corte Suprema en Canales, sino que es una invitación a reflexionar en torno a los deberes jurídicos que nos impone un sistema de juicio por jurados que esté por encima de los pisos garantizadores, que supere el estándar incluso de los sistemas padres de este modelo de juzgamiento.

Como punto aclaratorio, debo decir que la imposibilidad de profundizar respecto a algunos puntos, por el

* Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (2022-UNCO-FADECS), Especialista en Tributación (2019-UNCO-FAEA), Especialista en Curso Internacional de Altos Estudios en Derecho Constitucional: El control de convencionalidad y la convencionalización del derecho, (Universidad de Bolonia 2019).

Empleado del Poder Judicial de Río Negro, en la Defensoría Penal de la 4ta Circunscripción

¹ Aquí comparto lo que muy acertado dice Hendler; “...El art. 24 proclama que “El Congreso promoverá... la implantación del juicio por jurados” y en textos de Derecho Constitucional se trata el tema bajo la rúbrica de los derechos y las garantías...” Entonces instintivamente lo debemos situar en la familia de las garantías. Como concluye el autor “...En síntesis,... para dejar claro mi punto de vista debo decir que, en la disyuntiva de establecer el juicio por jurados como una modalidad orgánica de ejercicio del Poder Judicial o como una garantía del enjuiciado, me inclino decididamente por esta última...”.

deber de la síntesis propia de esta publicación, impone pasar por alto interesantes debates en torno a algún subtema, como respecto a temas delegados de este.

El Código Procesal de Río Negro

A partir de la reforma de la norma procesal, ley 5020², el código, además de algunas menciones esporádicas, regula el procedimiento del juicio por jurados, en los artículos 17, 34-38, 192-207 y 232 del CPPRN;

En un primer aspecto podemos reflexionar respecto a la posibilidad de generar un veredicto de culpabilidad solo con el voto de diez jurados, el código requiere:

Tanto para condenar como para absolver, los jurados deberán alcanzar la unanimidad. Si no se pudiese alcanzar la unanimidad tras un plazo razonable de deliberación, el juez, previa consulta con las partes, reconvocará al jurado a la sala y, previa consulta con su presidente, instruirá al jurado para que retornen a deliberar con la consigna que se aceptarán veredictos de culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad con diez (10) o más votos. De no alcanzar esa cifra mínima de votos, la absolución será obligatoria.

En un segundo aspecto podemos mencionar que excepcionalmente el juicio por jurados se desarrolle en otra zona geográfica de la provincia:

Los juicios por jurados se realizarán en el lugar en que se hubiera cometido el hecho. Excepcionalmente, cuando un hecho hubiera conmocionado a una comunidad de tal modo que no pudiera razonablemente obtenerse un jurado imparcial, el juez podrá disponer a pedido de parte, que el juicio se lleve a cabo en otra circunscripción judicial. Siempre y en todos los casos, será imprescindible el asentimiento del enjuiciado. La prórroga de jurisdicción en el caso señalado se decidirá por sorteo en audiencia pública.

²Redacción conforme Ley Consolidada por: Ley 5569. Sanción: 20/04/2022.

Aquí corresponde mencionar la mala técnica legislativa, ya que este aspecto debería estar tratado, en el acápite de proceso³, ya que es un aspecto claramente litigioso, que además admite con muchísima importancia más que una discusión de competencias, una de garantías procesales básicas.

Ya que someter a un imputado a un jurado “incompetente”, no tiene similitud con lo sucedido en cuanto a juez técnico incompetente por el territorio. Ya que la garantía de juez natural es una garantía básica del debido proceso legal, ¿Quién podría sostener que un procedimiento ante un juez profesional de otra circunscripción judicial, pueda ser sometido al mismo estándar que ante jurados “imparciales”?

Un 3er aspecto a destacar, es que la norma procesal también exige la “*Integración plural*”. El código dice

El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes.

Aquí estamos ante un problema singular, ya que el legislador limitó el elemento integración plural a la composición de identidad sexual, edad, entorno social y cultural, cuando el jurado debe tener un componente tanto religioso, como económico homogéneo, ya que quien juzga deben ser sus pares⁴. Pero más complejo es el término “tratará”, que advierte una actitud meramente voluntarista, más que la instauración de un proceso de resolución de litigios.

³Por ejemplo en el artículo 193 que regula la integración del jurado.

⁴ En este punto es resaltable lo escrito por Martín Lozada (LOZADA 2022) “...Los desafíos que supone el ejercicio de la actividad judicial en contextos de marcada diversidad cultural es una problemática que está presente en nuestra región. Dicha diversidad remite a la presencia de distintas culturas dentro de un determinado contexto espacial, y a la consecuente concurrencia de elementos cognitivos comunes que hacen a la representación del mundo exterior, en el ámbito de la moral, la religión, el derecho y las relaciones sociales. Surgen entonces una serie de planteamientos dirigidos a determinar de qué modo deben los Estados enfrentar la diversidad cultural. Puesto que una cosa es reconocer que la diversidad existe, pero otra es establecer los mecanismos para que aquélla se pueda manifestar dentro de un campo social en el que prevalecen otros cánones culturales. Es decir, que la cuestión a resolver consistirá en determinar si es suficiente tolerar la diversidad, manteniendo una actitud pasiva o, en cambio, es preciso un tratamiento normativo que garantice los derechos de ciertos grupos...”. A lo que el autor recomienda ir, por ejemplo para el caso de pueblos originarios, hacia la normativa de Chubut, que establece que cuando se esté ante un imputado miembro de una comunidad originaria, la mitad del jurado debe ser de aquella comunidad.

Otro punto, es la forma en que se determina qué causas se llevarán por juicio por jurados. El código deja al acusador la posibilidad de pedir el juicio por jurados, por lo que, solo puede ser visto como garantía cuando al imputado se le solicitará una pena superior a 12 años. Pero nos podemos preguntar si esto es respetuoso del estándar básico de la garantía. Es decir en primer aspecto analizado por el juzgador es como sistema procedimental de juzgamiento, pero nada dice respecto al jurado como derecho, cuando el imputado quiere el juicio por jurados aunque el fiscal no lo quiera.

Aquí debemos observar si no es una estrategia del propio acusador no someter algún caso a un juicio por este método de resolución de causas penales, porque se arriesga a que un jurado razone desde lo valorativo, por encima de lo únicamente jurídico.

También quisiera llamar a la reflexión respecto a las pruebas admisibles; el legislador optó por no reglar la materia, por lo menos con alguna particularidad. Consideró prima facie un error, por cuanto, lo que se busca en juicio por jurados es evitar el prejuicio, y su contaminación, donde no solo pesa la pertinencia, en cuanto a hechos controvertidos, sino además para evitar decisiones no basadas en la razón. Pero al contrario de lo dicho, el legislador optó por aplicarle directa o indirectamente a este, el mismo estándar de prueba que al proceso con jueces profesionales.

Otro punto analizable es la obligación o no de proponer calificaciones alternativas al jurado, aquí podemos tener en cuenta nuevamente el problema, tan cuestionado de acusar por una calificación legal y luego proceder a la condenar por otra, pero aquello es un problema del juicio con juez profesional⁵. No lo es en este caso por cuanto, primero se habla de calificaciones alternativas, como una atribución de la defensa, siempre que la misma cuente con la concesión implícita del propio imputado, y por otro lado porque plantear no solo una explicación alternativa (teoría del caso), sino además darle otra salida al jurado, entre la calificación elevada a juicio, y la absolución lisa y llana, es muchas veces apropiado al proceso.

⁵ Ver fallo "Sircovich" (2007), de la CSJN.

⁶ Recordar que en el presente, se discutió la normativa provincial de Neuquén, que si bien es distinta a la de Río Negro, la misma cierto es, guarda importantes similitudes con la de esta provincia.

El fallo Canales

En 2019, Nuestro Máximo Tribunal se expidió en el fallo Canales⁶. Sintetizando, entendió que el sistema de juicio por jurados no viola la constitución nacional, sino todo lo contrario, es el medio que el constituyente *originario* entendió debería resolverse los conflictos.

Pero a los fines de las *reflexiones* aquí comentadas, decir que la propia Corte ingresa a discutir la cuestión de las mayorías requeridas para lograr un veredicto de culpabilidad, aquí examinando la normativa provincial de la provincia de Neuquén, que requiere 8 votos para constituir mayoría condenatoria. Sostiene así “...con relación a la conformación de la mayoría para dar validez al veredicto, o a la obligatoriedad de que este sea unánime no viola la igualdad, pues esto es consecuencia directa del sistema federal adoptado por la Constitución Nacional...” es decir la misma si bien no es inconstitucional, no lo es por lo que prima facie se cree, la Corte no ingresó a analizar si es correcto aquel requisito, el no pedir la unanimidad del jurado, sino porque esto hace al existir un sistema federal, aquí una aplicación nuevamente del margen de apreciación local⁷ tan referenciada por el Dr. Rosatti, en sus votos.

Me parece por otra parte importante recordar, el voto del Dr. Rosenkrantz, quien remitió al dictamen del procurador:

La queja por recurso extraordinario denegado, interpuesto para cuestionar el veredicto condenatorio de un jurado popular, debe ser desestimada, pues ni los imputados ni sus defensas cuestionaron la realización del juicio por este procedimiento, ni objetaron las normas que lo regulan, la dirección que aplicó el juez profesional o las reglas e instrucciones que éste impartió a los miembros del jurado; y nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

Por cuanto quien se sujeta a un régimen jurídico en forma voluntaria, no lo discute, no la ataca por contraria a la carta magna y tratados, menos si no realizó re-

⁷ Aquí invito al lector, Para mayor ahondamiento, leer el texto doctrinario de los Dres Martínez Leandro Abel y Rosatti Emilio, “el ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino”. Revista Jurídica Nº 17/ Nº 1/ Año 2019 de la Universidad de Palermo.

serva recursiva, no puede luego oponerse a dicha normativa cuando el resultado le resulta disvalioso.

Así si bien La Corte fue clara en cuanto a la validez del juicio por jurados, no lo fue tanto en cuanto a que sea jurídicamente procedente el juicio por jurados sin unanimidad, tampoco lo fue y aquí otro punto de importancia superlativa, que el juicio por jurados sea irrenunciable^{8 9}.

La cuestión jurisprudencial. Algunos antecedentes

En el caso de la provincia de Rio Negro, contamos con pocos casos de juicio por jurados, por lo que hare un breve comentario, del primer juicio por jurados en la Cuarta Circunscripción Judicial¹⁰, causa MPF-CA-219-2020, aquí se desarrolló un juicio por jurados contra un imputado acusado del delito de femicidio (art 80 inc 11 del CP), un hecho producido en la ciudad de Catriel, pero el juicio se realizó en la ciudad de Cipolletti, resultando condenado por el jurado, e impuesto por el juez técnico la pena de prisión perpetua.

Procederé a examinar el fallo del Tribunal de Impugnaciones¹¹, con el voto del Dr. Cardella al que los Dres Custet Llambi y Mussi adhieren, sólo en lo pertinente al presente trabajo.

Aquí vemos un primer agravio, que interesa a este trabajo, ya que se discute si es admisible juzgar a un imputado fuera del lugar donde se habrían desarrollado los hechos, pero asimismo también se discute la composición del jurado, especialmente dos miembros de la ciudad de Catriel, por la influencia mediática que los mismos estuvieron expuestos o podían estar, atento el impacto mediático.

⁸ Ver Federico José Pagliuca en "El Juicio por jurados como garantía constitucional" (2018).

⁹ Aquí es de resaltar lo dicho por la Dra. Benavidez (ver obra citada) "...Pero verdaderamente se queda corto al momento de evaluar si las provincias, al regular el instituto -al igual que la Nación lo debiera hacer en su oportunidad-; tienen que considerarlo una Garantía del imputado, y por tanto renunciable o disponible, al menos en atención a ciertas circunstancias..."

¹⁰ Si bien existen otros casos interesantes como el MPF-RO-01503-2020, que se invita a leer, en el mismo se discutieron elementos propios como la determinación de la pena (en el caso de la defensa de coimputada), y cuestionamiento referidos a la explicación del tipo penal, agravio que no fue muy distinto a lo que se puede plantear ante un juez particular (por parte de la defensa particular del otro coimputado), no advertir interés especial en analizarlo ya que no se discutieron cuestiones estructurales del tema bajo examen.

¹¹ En adelante "T1".

Al agravio antes expresado dice el TI, principalmente que el defensor no había traído elementos para acreditar la arbitrariedad, o perjuicio del jurado para actuar. Mientras que respecto al lugar de desarrollo era distinto al lugar del hecho, por ser cabeza de suscripción, contacto con los recursos respectivos para poder llevar a cabo el juicio, con los elementos necesarios.

Un segundo agravio, es la posibilidad de proponer delitos menores al jurado. Aquí el tribunal acertadamente entendió, que si no lo solicitó la parte en la audiencia, no puede ser tenida por el juez. Debe haber una oposición fundada del juez a no aceptarlo, es decir el razonamiento es a la inversa. Es un derecho del acusado y su defensa, no lo podría incorporar el juez, solo la denegación por parte del juez habilita plantear aquí el agravio.

En tercer termino, la defensa se agravo, por la que entiendo, una violación del estándar de duda razonable. Este aspecto es el más complejo, y donde entiendo más cuestionable fue la resolución, ya que primero antes de todo es deber del juez revisor interpretar la evidencia ofrecida, no solo quedarse si el jurado entendió o no las directivas, aquí podemos recordar una publicación del Dr. Alfredo A. Elosú Larumbe, juez del TSJNQN¹², a los fines de contestar otras publicaciones de contenido doctrinario (Elosú Larumbe 2015) quien dice:

En efecto, la confusión radica en exigir certeza sobre el “error valorativo” cuando, lo que en realidad debe exigirse, es certeza -o, mejor dicho, ausencia de toda duda razonable- sobre la “culpabilidad” del imputado. Para revocar la sentencia condenatoria el tribunal revisor no tiene que estar absolutamente seguro de que el jurado se equivocó en forma grotesca. Tiene que realizar otro análisis: verificar que, tal como lo plantea la defensa, no hay prueba suficiente para sostener fuera de toda duda razonable que el imputado es quien cometió el delito que se le endilga... Primero porque a nivel de la normativa interna, el art. 8 del CPP establece el principio in dubio pro reo que resulta de aplicación en todas las etapas del proceso penal. Segundo, porque también en el plano normativo interno el art. 41 de la Ley Orgánica para la Justicia Penal establece que para declarar culpable a una persona el jurado debe poder afirmar que la prueba producida en el juicio permite acreditar “fuera de toda duda razonable” la existencia del hecho y la autoría del imputado. Es decir que más allá de la inmotivación del veredicto y del método utilizado para valorar la

¹² Tribunal de Justicia de la Provincia del Neuquén.

prueba -íntima convicción-, el estándar probatorio que se le requiere al jurado para condenar es el mismo que el que se aplica en los juicios comunes -reitero, más allá de toda duda razonable-. Y tercero porque, ya en el campo constitucional, el derecho a la revisión integral de la sentencia condenatoria y, fundamentalmente, los alcances de esta garantía se encuentran fuera de toda discusión a partir de “Herrera Ulloa” y “Casal”.

Así la duda razonable supera a una mera interpretación de las directivas dadas al jurado, que si bien el TI, fue claro en que el imputado tiene las garantías propias de una revisión amplia, dice que su deber es “...Controlar si el jurado debidamente instruido pudo llegar razonablemente a ese Veredicto...” cuando lo que se debe preguntar es si con las pruebas ofrecidas el jurado podrá declararlo responsable. Para inmediatamente decir “...El Jurado, luego de oír los alegatos, en su deliberación (de acuerdo a las instrucciones) tomó una decisión que en su unanimidad es la más razonable en cuanto a la información probatoria que le presentaron la Acusación y la Defensa...”. Aquí la confusión es, que por una parte dice que no corresponde volver a juzgar, y por otra parte juzga que la decisión es la *más razonable*.

Si comparto la crítica realizada por el tribunal revisor, ya que corresponde hacer un planteo preciso de que elementos de prueba no fueron valorados por el jurado, y cuales si erróneamente, ya que como acertadamente advierte el Dr Cardella, quien recurre la decisión más ante un alegato de violacion del estándar de duda razonable, debe especificar de qué modo se vio vulnerado el estándar. El mencionado antecedente, fue confirmado por el Máximo Tribunal Provincial en Set N° 61 y con él rechazó el Recurso Extraordinario Federal en Set N° 138. El mismo todavía se encuentra en la CSJN, pendiente de la admisión o no de la queja.

Para cerrar este segmento, quiero comentar, más allá de no ser de nuestra provincia patagónica, la decisión del Máximo Tribunal de la Provincia de Entre Ríos, en causa Christie. En aquella sentencia la Sala N°1 de dicho tribunal, resolvió por mayoría anular el juicio por jurados, y reenviar para que se realice nuevamente el juicio por jurados. Para resolver de tal forma el máximo tribunal de dicha provincia, tuvo en cuenta, en primer lugar la actividad del juez profesional, ya que al momento de dirigirse al jurado, les pidió que no tengan en cuenta la última declaración del imputado, que les insistió la necesidad se que su decisión sea unánime, criticando a dicho magistrado que no se les explicó la posibilidad de otra alternativa, que se produzca un jurado estancado.

Pero más importante, la falta de claridad en la instrucciones dadas, no tener en cuenta ciertas declaraciones tanto del imputado, como las conclusiones de peritos; Entiende el tribunal

El rol que cabe al Juez Técnico en el Juicio por Jurados está asociado, tal como lo ha sostenido la CSJN a la dirección y control del proceso... Sin embargo, el hecho de que el sistema de enjuiciamiento sea acusatorio no implica que el juez se vea limitado a elegir pasivamente entre las propuestas de las partes, las instrucciones que se impartirán al jurado, u homologar aquellas cláusulas sobre las que no haya desacuerdo, puesto que sobre el Juez recae el deber de controlar la legalidad del procedimiento, que debe ajustarse a los estándares del debido proceso legal. De hecho, según la ley local, es el Juez quien decide en forma definitiva cuáles son las instrucciones a impartir a los jurados. (id.).

A continuación crítica como inadecuado el tratamiento a la alevosía, por parte del 1er revisor, la Casación Penal de Entre Ríos, Sala 1. Ya que el principal fundamento, de este organismo judicial, fue que igualmente restaban otros agravante del Artículo 80 del CP, lo cual el máximo tribunal considera desacertado, ya que

...nos llevaría al absurdo de amplificar indiscriminadamente el catálogo de figuras calificadas del homicidio (cfme.: art. 80 del Código Penal), con la intencionalidad de que en algunos de sus incisos quede indefectiblemente subsumido el hecho, soslayando la descripción de la plataforma fáctica y su correspondiente tipo penal, habiéndose comenzado, en la especie, desde la -conjeturada- violencia de género, para luego, a partir de allí, efectuar la construcción hipertrofiada de la figura delictual, sellando así, en gran medida, el destino procesal del imputado.

Por último, entendió que existió una defensa ineficaz, por cuanto los defensores del imputado

...pese a que indicaron que hubo difusión mediática que consideraron al imputado como femicida, “desde meses antes del juicio... casi sin límite alguno ... destruyó prácticamente su estado constitucional de inocencia, y sobre dicho socavamiento fue dirigido el ataque probatorio de la acusación, siendo tarea fácil reafirmar una visión negativa y desprestigiada ... generando ciertamente en el ánimo de los iudi-

cantes una predisposición adversa para contra el imputado, que precipitaron su veredicto...” (Ver Fs. 239)...no introdujeron ningún planteo tendiente a mitigar o enervar la situación que ellos mismos proclamaban, como por ejemplo la posibilidad de haber echado mano a la prórroga de jurisdicción, como bien lo señaló la recurrente...” (fs. 62 de la SET). Entendiendo el tribunal, citando a Jauchen “...no puede pasarse por alto que el derecho de defensa en juicio que de por sí es irrenunciable por el imputado, requiere mayor exigencia en el rango de responsabilidad profesional del letrado que ejerce la defensa técnica, quien debe “desplegar una actividad científica, encaminada a asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de Derecho, entre otros” (Eduardo M. Jauchen – Derechos del Imputado – Rubinzal – Culzoni Editores – Santa Fe 2005 – pág.154/155... (fs. 61 de la SET).

Así resaltó que “...el derecho de la ciudadanía a juzgar a sus pares debe ser compatible con la garantía convencional del doble conforme. Dicho de otro modo, también la sentencia dictada por el Jurado Popular, puede y debe ser revisada en su totalidad en segunda instancia, extremo que no se verifica cumplido en el *sub lite*”.

Algunas reflexiones producto de la corte de los Estados Unidos

En el fallo Ramos v. Luisiana del 2020, La Corte Norteamericana considero que la posibilidad de condenar a una persona sin un veredicto unánime era contraria a la constitucion de dicho pais; se ha dicho erroneamente que la legislacion provincial tambien lo exhibe pero aquellos es falso como se dicho, ya que la norma admite luego de una deliberacion y un plazo razonable admitir condenas con menos, en el caso de Rio Negro de 10.

Otro punto interesante es el fallo Ramos v. Louisiana del 1994, en este fallo la Corte de dicho país entendió, que debería explicarse al jurado previo a deliberar que al imputado se le excluirá la posibilidad de solicitar la libertad condicional, esto interesa como inspiración respecto, a la discusión respecto a calificaciones alternativas, como el argumento de muchos acusadores de no explicarle a los jurados que si lo declaran responsable podría aplicarse penas perpetuas, que además no admiten ningún beneficio de la ley 24660.

Conclusiones

Considero que todos los puntos desarrollados, y muchos otros, alcanzan para repensar el tema bajo estudio y observar si es o no un problema de la dogmática moderna, que deba ser legislado de una u otra manera. Claramente el juicio por jurados tiene un doble carácter, como procedimiento para resolver conflictos, pero también como una garantía del imputado, claramente lo que es útil para un acusado a una pena superior a 12 años, también lo es para quien por lo menos pudiendo ser sometido a un juicio por jurados, el acusador por motivos estratégicos, opta por no recurrir a tal proceso.

Distinto admito es el caso de aquellos acusados por delitos que en el peor de los casos no llegará a ese estándar de pena, ya que legitimaría una pena irrazonable o excesiva que no pasaría el filtro convencional¹³.

Pero entiendo también debemos pensar el punto de equilibrio entre la libertad que tiene un acusado, y el nivel de protección que le vamos a otorgar. Ya que alegar motivos formales, o de recursos de la administración judicial, entiendo prima facie, un aspecto endeble, para descartar el juicio por jurados desde la jurisdicción.

Comparto aquí lo dicho por Benavidez (Benavidez. 2019)

El debate en torno al juicio por jurados no es nuevo ni pacífico, en tal sentido es un delicado equilibrio el que se ha de buscar entre la función de garantía constitucional del jurado y la función participativa, o derecho a juzgar del pueblo. Y aún, habrá que pensar en qué casos habrá colusión entre ambas funciones, y cuál habrá de prevalecer.

Por cuanto si bien existe un mayor sostén para considerarlo una garantía, y ahí pesa más cuando hablamos de procesos penales, no podemos olvidar que el man-

¹³ "...De allí entonces que el principio de proporcionalidad ejerza en esa consideración legitimadora una fuerte tendencia crítica por cuanto obliga a los funcionarios, legisladores y magistrados a ponderar con criterio prudencial la importancia de los bienes sociales y personales puestos en juego por los instrumentos penales. Desde esa perspectiva, el poder judicial juega un rol fundamental a la hora de evaluar en sentido jurídico la actividad netamente política de las otras esferas del poder asumiendo el objetivo de la necesaria adecuación entre los intereses comunitarios y el resguardo del ámbito de libre desarrollo de la persona humana..." (Yacobucci 2004).

dato democratizador de la justicia del constituyente Alberdiano nos impone reflexionar sobre un mejor¹⁴ juicio por jurados.

Para cerrar compartir las conclusiones del Dr. Martín Sabelli, en cuanto a que

...el veredicto del jurado se basa en los hechos del caso y en la ley, (y aquí la clave más importante) si es que los jueces y las partes cumplen sus deberes...El veredicto del jurado es simplemente la expresión de la lógica y el sentido común de un grupo de personas dentro del marco de las pruebas presentadas en un juicio oral y la ley explicada por el juez. No carece de fundamentación y legitimidad por no ser escrito. ¿Cómo aseguramos que este grupo de personas cumplen este deber de recibir y analizar las pruebas dentro de este marco? El sistema de jurados lo logra mediante varios mecanismos — principalmente la selección de jurados, la exclusión de pruebas ilegítimas, las instrucciones del juez al jurado, y la unanimidad (o en menor grado, la mayoría calificada). Estos mecanismos aseguran que el jurado actúe dentro de parámetros constitucionales, además de reemplazar la individualidad de un juez con la lógica individual y grupal del jurado. Mediante estos mecanismos, el sistema de jurados tiende a promover veredictos basados en razones tan confiables como las fundamentaciones escritas de los tribunales compuestos por jueces técnicos (y ciertamente razones menos condicionadas por la individualidad de un juez o por las características de un grupo tan de élite como son los jueces). En este sistema no sólo se ofrece mayor participación democrática —y por lo tanto confianza— en la justicia dentro de parámetros que garantizan todos los derechos consagrados por la Constitución Nacional y los tratados incorporados. Además, se promueve y protege respecto a la función profesional de los jueces, al concentrar su tarea en los aspectos técnicos en los que su formación profesional es imprescindible.

Bibliografía

I) Doctrina

Benavidez, Sofía (2019) Breve análisis del fallo «Canales Mariano Eduardo y otros s/Homicidio agravado- Impugnación extraordinaria» CSJN 02/05/19 – Juicio por Jurados: constitucionalidad de la normativa de la provincia de Neuquén. 3-sep-2019. microjuris.com. MJ-DOC-15031-AR | MJD15031.

¹⁴ Es decir un juicio por jurados de mayor calidad, tanto procesal, como garantizador de derechos.

Elosú Larumbe Alfredo A. (2015) Impugnación en los juicios por jurados. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar.

Frittayón Guillermo Oscar (2016) Acusación alternativa o subsidiaria, juicio abreviado y ¿calificaciones alternativas?. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar.

Hendler Edmundo Samuel. (2005) El juicio por jurados como garantía en la constitución. Revista Lecciones y Ensayos N° 80. 2005. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar>.

Lozada Martin. Los juicios por jurados ante la diversidad cultural (2022) Diario de Río Negro. Recuperado de: www.pensamientopenal.com.ar.

Pagliuca Federico José (2018) El juicio por jurados como garantía constitucional. 2 de julio de 2018. Recuperado de www.pensamientopenal.com.ar.

Yacobucci Guillermo Jorge (2004) El principio de proporcionalidad como regla fundamental de la política criminal. Id SAIJ: DACF040067.

II) Jurisprudencia

II.A) Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fallos: 342:697 (Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria) .

Fallos: 329:4634 (Sircovich, Jorge Oscar y otros s/ defraudación por desbaratamiento de derechos acordados).

II. b) Superior Tribunal de Justicia de Río Negro.

MPF-CA-219-2020- SET N° 61-2022 y 138-22

II. c) Tribunal de Impugnaciones de Río Negro.

MPF-CA-219-2020-SET N° 209-2021

MPF-CA-219-2020- SET N° 61-2021

II) d) Supreme Court of United States

1) Ramos v. Louisiana, 590 U.S. (2020)

2) Simmons v. Carolina del Sur, 512 US 154 (1994)

II) e) Superior Tribunal de Entre Rios.



"Christe Jorge Julian S/ recurso de casación s/ Impugnaciones extraordinaria"
(Expte N° 5267) Sentencia de fecha 1 de junio del 2023.

III) Legislación

Código Procesal Penal de Río Negro. Ley Consolidada por: Ley 5569 Sanción: 20/04/2022. Promulgación: 05/05/2022 – Decreto N° 328/2022. Publicación: B.O.P. N° 6082 – 12 de mayo de 2022; págs. 9-34.- Texto aportado por Digesto de la Legislatura de Río Negro.

Competencias ambientales y urbanísticas de los Municipios en la jurisprudencia contemporánea del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro

*Por Diego Ramiro FUENTES**

I. Introducción. El municipio en el plano constitucional y legal rionegrino

* Abogado (UNCOMA, 2009). Ayudante de Primera en Derecho de los Recursos Naturales (FADECS, Derecho, 2017) y Profesor Adjunto en Aspectos Jurídicos e Institucionales (FAHU, Tecnicatura en Planificación Ambiental, 2020). Asistente letrado en Fuero Procesal Administrativo de Neuquén (2017). Juez de Faltas de General Roca (2012-2104). Especialista en Derecho Administrativo (UNCOMA, 2016). Diplomado en Derecho Ambiental (UBA, 2021). Director del proyecto de Investigación PII PIIA 04/2021 “La calificación del suelo urbano desde una visión estructural: estudio de la zonificación en la región del Comahue a la luz del paradigma constitucional y convencional de la igualdad” (FADECS, 2022).

Desde su mismo preámbulo¹ la Constitución de la Provincia de Río Negro dio un robusto reconocimiento al régimen municipal y principalmente a su autonomía.

En esa dirección puede insertarse el fortalecimiento del protagonismo de los municipios como pauta de descentralización; la concurrencia en el ordenamiento territorial del uso del suelo y la participación en materia energética entre otras (Constitución de la Provincia de Río Negro, 1988, arts. 88, 74 y 80, respectivamente).

Concretamente, la Sección Sexta de la Tercera Parte de la Constitución -denominada “Poder Municipal”- reconoce la existencia del Municipio “como una comunidad natural, célula originaria y fundamental de la organización política e institucional de la sociedad fundada en la convi-

¹“...fortalecer la autonomía municipal y el equilibrio regional...”

venencia”, y asegura el régimen municipal basado en su autonomía política, administrativa y económica e institucional para aquellos municipios que dictan su propia Carta Orgánica municipal (Const. Rio Negro, 1988, art. 225). Esta enfática promoción del rol de los municipios no fue casual, sino que formó parte esencial de la estrategia de fortalecimiento del sistema democrático que operó como una de las principales guías del constituyente provincial de 1988 (Justo, 2022, p. 289).

Por otra parte, el mismo precepto veda a la Provincia vulnerar la autonomía municipal constitucional y propicia una *novedosa* cláusula de interpretación por la cual, en el caso de superposición o normativa contradictoria inferior a la Constitución, prevalecerá la legislación del municipio en “materia específicamente comunal” (Castorini de Tarquini, 2003, p. 283). Además, la norma establece que la intervención podrá ser sólo por ley, en caso de acefalía total o cuando expresamente lo prevea la Carta Orgánica.

La Constitución también determina los lineamientos para el dictado de Cartas Orgánicas, las facultades y deberes, la conformación del Tesoro Municipal y regla los aspectos tributarios y de coparticipación (Const. Rio Negro, 1988, arts. 227, 228, 229, 230 y 231).

Finalmente, especifica reglas para aquellos municipios sin Carta Orgánica y establece el régimen de las Comunas (Const. Rio Negro, 1988, arts. 232 y s.s. y 241).

A nivel legal, por su parte, la Ley N 2353 reguló lo atinente a los Municipios que no hayan dictado su propia Carta Orgánica, a las Comunas y supletoriamente a los municipios con Carta Orgánica en las cuestiones no previstas en ella. Otra muestra de autonomía la brinda la Ley 2535 mediante la cual se fijó un tope de afectación de los embargos ordenados judicialmente sobre algunos conceptos municipales².

II. El deslinde de competencias en materia ambiental y urbanística y la doctrina legal obligatoria en Rio Negro

A nivel nacional la distribución de competencias ambientales tiene una regla

² La ley circunscribe el beneficio a los embargos ordenados judicialmente sobre los fondos de coparticipación, regalías y los montos que perciben en concepto de tasas y servicios los municipios que podrán ser afectados sólo hasta el 10%. La ley, con vigencia hasta el 31/12/2015, fue prorrogada por el Decreto de naturaleza legislativa N° 2/15 hasta el 31/12/2020 y luego por Ley 5443 hasta el 31/12/2025.

prima facie concreta con la inserción de los presupuestos mínimos de protección ambiental y el reconocimiento de dominio originario (Const. Nacional, 1994, arts. 41 y 124 *in fine*). En cambio, a nivel local, quedó a cada provincia dentro del marco de autonomía municipal (Const. Nacional, 1994, arts. 5 y 123) definir la distribución de competencias ambientales.

Por otra parte, la jurisdicción y competencia en materia urbanística es, por principio, de naturaleza local, sin perjuicio de que Nación asuma la facultad de dictar leyes de fomento que orienten el ordenamiento del territorio, mediante los instrumentos a su alcance y a través de la articulación de técnicas de colaboración con las provincias y los municipios (Taller y Antik, 2011, p. 39). A ello se suma, por su ínsita vinculación, la Ley de Gestión Ambiental que recepta al ordenamiento ambiental territorial como uno de los instrumentos de política y gestión ambiental (Ley 25.675, 2002, arts. 8, 9 y 10).

La constitución rionegrina no fija un deslinde claro en la materia, aunque reserva como atribución del municipio la organización y reglamentación del uso del suelo de acuerdo con los principios de dicha constitución³, y el ejercicio del poder de policía en materia de su competencia (Const. Rio Negro, 1988, art. 229, incisos 12 y 14).

En un segundo orden, por si no fuera suficiente, la limitación a los conflictos resueltos por el máximo tribunal rionegrino tiene un definido sentido. La Provincia de Rio Negro, recogió expresamente en su legislación procesal la *doctrina legal obligatoria*, por la cual los fallos que dicte el Superior Tribunal de Justicia, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores (Barotto y Apcarián, 2016). En tal sentido, la Ley Orgánica especifica que “Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas” (Ley 5190, art. 42, segundo párrafo). El Código Procesal Civil y Comercial complementa esta norma estableciendo como causal del recurso de casación la contradicción con la doctrina establecida por el Superior Tribunal en los cinco años

³ La cláusula tiene una directa relación con la cláusula de “ordenamiento territorial” prevista constitucionalmente en el artículo 74 que manda a la Provincia con los municipios a ordenar el uso del suelo y regular el desarrollo urbano y rural conforme a determinadas pautas y principios y con el régimen de tierras establecido en el artículo 75 (Const. Rio Negro, 1988, arts. 74 y 75)

anteriores a la fecha del fallo recurrido⁴ (CPCyC, cf. Ley P 4142, 2007, art. 286, inc. 3).

En este marco es que cobra una vital relevancia nuestro derecho público provincial y la respuesta de la judicatura provincial en el marco de la doctrina legal obligatoria. Por fortuna para nuestro objetivo, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia ha sido cuantitativamente generosa en la definición de esta clase de controversias. Veamos.

III. El reconocimiento a la autonomía municipal. Aspectos generales

La jurisprudencia del máximo tribunal rionegrino tradicionalmente asignó a los municipios un amplio margen de autonomía, en concordancia con la carta fundamental rionegrina. No obstante, también fue trazando su límite de actuación. Así, por ejemplo, sostuvo que:

El municipio se inserta en un ámbito de actuación más amplio que el delimitado a la Nación y a las Provincias. Por tanto, si bien la autonomía municipal importa el reconocimiento de un “status” jurídico propio, ello no significa una equivalencia jerárquica, sino que sus posibilidades de actuación deben coordinarse y armonizarse con el reparto de competencias y atribuciones que efectúan la Constitución Nacional y Provincial respecto de cada uno de estos niveles de gobierno (STJ, Se. 15/05, *FRIDEVI S.A.F.I.C.*).

Por otra parte, distinguió diferentes marcos de competencia por parte del municipio:

Las atribuciones propias del Municipio presentan dos dimensiones claramente delimitadas en la Constitución Provincial: una dimensión espacial (art. 227) y una dimensión territorial (arts. 228/229). La dimensión espacial está dada por la competencia territorial del municipio, delimitada por la zona a beneficiarse con los

⁴ La disposición establece además que la sentencia contradiga la doctrina de una Cámara cuando el STJ no se hubiere pronunciado sobre la cuestión y siempre que el precedente se hubiere invocado oportunamente frente a una sentencia.

servicios municipales (ejido municipal). La dimensión material regla la competencia en atención a la seguridad, planificación de desarrollo urbano, salubridad, higiene y moralidad; y ejercer cualquier otra función o atribución de interés municipal que no esté prohibida por la Constitución y no sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado (STJ, Se. 62/17, *Fiscal de Estado de la Provincia de Rio Negro s/ Acción de Inconstitucionalidad (Ordenanza N° 4683 Municipalidad de San Antonio Oeste)*).

En algunos pronunciamientos más recientes, destacó que:

En orden a facultades de los municipios la Constitución Provincial reconoce su existencia como célula originaria y fundamental de la organización política y establece que la normativa municipal prevalece en caso de contradicción o superposición de normas en materia específicamente comunal. El texto constitucional le ha otorgado autonomía y le ha conferido todos los poderes necesarios para su cometido (conforme el art. 225 de la Constitución Provincial) (STJ, Se. 135/13, *Provincia de Rio Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de poderes (Originarias)*).

IV. Controversias en materia ambiental y urbanística. Casuística

A continuación, de manera sucinta describiré algunos fallos en los que el Superior Tribunal de Justicia decidió controversias en los que se vieron involucrados aspectos urbanísticos y de gestión de los recursos naturales y ambiente.

1-Vinculación entre urbanismo y derecho ambiental

En un precedente de reciente data, el máximo tribunal rionegrino asimiló la vinculación entre el urbanismo y ambiente en los siguientes términos:

La indisolubilidad entre los derechos del urbanismo y del ambiente se manifiesta por el lugar cada vez más extendido que toman las preocupaciones ambientales y el derecho del urbanismo. El derecho del urbanismo y del ambiente no pueden escapar a las reglamentaciones exageradamente detalladas (STJ, Secretarías Causas originarias, Se 28/09, *Domínguez Mariana y otros s/amparo s/ apelación*, Expte. 23148/08).

2- Urbanizaciones sin cumplir con los parámetros urbanísticos municipales

En el caso “Municipalidad de Viedma s/amparo colectivo” (STJ, Expte. OS4-87-STJ2017)⁵ la comuna había autorizado un loteo en un predio por doce parcelas del fraccionamiento. Sin embargo, luego detectó que había sido objeto de un parcelamiento con una cantidad mayor de lotes. Se presumía que el sitio tenía como destino final una importante urbanización que no estaba autorizado para tantos loteos y sin permiso, aprobación de planos ni los servicios públicos domiciliarios esenciales.

El juez de amparo, entendió como “razonable” la preocupación institucional de la Municipalidad local, en tanto consideró que urbanizar una determinada zona de la ciudad sin ningún tipo de autorización estatal entrañaba riesgos ambientales, que debían ser evitados, “inclusive por medio del actuar del Poder Judicial”. En la sustancia expresó que:

no se debe permitir que se lleve adelante una urbanización, ni tampoco que se consolide un intento de ello por vías de hecho, sin que previamente, y de acuerdo a los parámetros reglamentarios que correspondan -incluyendo Estudios de Impacto Ambiental-, se esté en presencia de una seria e integral planificación que, se reitera, asegure sustentabilidad, es decir, una gestión apropiada del ambiente, en los términos del artículo 4º de la Ley N° 25.675, en concordancia con las disposiciones de las leyes provinciales M 2631 y M 3266.

El magistrado concluyó que no era posible urbanizar sin respetar los parámetros reglamentarios dispuestos por la autoridad pública competente y sin planificar o prever la sostenibilidad ambiental del intento de que se trate.

El STJ confirmó el decisorio luego de la apelación. En lo que interesa a nuestra investigación, ante la presunta falta de legitimación activa del fiscal municipal, remarcó que la Municipalidad poseía legitimación suficiente para impulsar la acción de amparo en razón de lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley B 2779⁶. A todo ello, agregó que el ambiente, a diferencia de los derechos económicos, sociales y cultu-

⁵ El juez de amparo, finalmente, hizo lugar parcialmente al amparo colectivo interpuesto por la Municipalidad y dispuso la prohibición de realizar cualquier tipo de edificación o construcción o movimiento de suelo o excavación en el predio objeto de la litis hasta tanto cada interesado tenga todas las previas autorizaciones administrativas.

⁶ Según el precepto legal, están legitimados para ejercer e impulsar las acciones previstas en la ley, los Municipios y Comunas, las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses difusos o colectivos y cualquier entidad o particular que accione en nombre de un interés colectivo.

rales clásicos, es un derecho “con otra silueta”: por un lado, obliga al Estado a una serie de actividades promotoras del goce de este bien colectivo, pero, además, muchas de las medidas de protección terminan reflejando límites a actividades u otros intereses jurídicamente relevantes. Finalmente, remarcó que, en el marco de la acción preventiva, las restricciones impuestas por el municipio “de ningún modo pueden traducirse en una vulneración a la posibilidad de acceso a la vivienda como tampoco en un obrar arbitrario por parte de la Municipalidad al pretender el resguardo y pleno respeto por un ambiente sano”.

3- El poder de policía municipal y la interferencia en el caso de áreas naturales protegidas

Otro caso de relevancia fue el resuelto por el Superior Tribunal de Justicia a la hora de analizar la constitucionalidad de una ordenanza de San Antonio Oeste que establecía el ordenamiento de un área natural protegida por un decreto provincial (STJ, Se. 62/15, *Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro s/ acción de inconstitucionalidad (Ordenanza N° 4683 Municipalidad de San Antonio Oeste)*, Expte. N° 28129/15).

A partir del año 2000 se impulsaron en la provincia estrategias de conservación a escala de corredores ecológicos, tanto en la Zona Costera Patagónica (entre Río Negro y Chubut), donde se impulsó un Plan de Manejo Integrado administrado por el PNUD como en la zona andina. Además, el Plan Estratégico de Turismo Sustentable de la provincia de Río Negro, considera las cinco áreas naturales protegidas de la Zona Atlántica, una de la Región Sur, una de la Zona Andina y una de la Región Alto Valle, como parte de su oferta turística (Piantoni y Pierucci, 2021, p. 224).

El caso es de interés. No sólo porque se encontraban en juego aspectos de controversia en materia ambiental sino también porque ponía de relieve una situación que acontece cada vez más a menudo: el ordenamiento y la zonificación realizada por concejos deliberantes que cambia o altera usos especialmente protegidos por normativas nacionales o provinciales con el fin de ser preservadas de la urbanización.

El STJ no canceló la potestad de las autoridades locales de dictar códigos de ordenamiento territorial y/o edificación en el ámbito de sus facultades. Pero, acorde a las pautas genéricas que señalamos en el primer acápite, puso como límite que, si esa normativa municipal contradecía un Plan de Manejo de un área natural protegida, interfiere directa e inmediatamente con el ejercicio de las atribuciones provinciales y, por tanto, resulta inválida.

En efecto, el Código de Ordenamiento Territorial municipal definía una regulación urbanística que vulneraba la regulación ambiental establecida para la conservación de sus recursos naturales de dominio del estado provincial.

Para ilustrar cómo se producía esa alteración, el Superior Tribunal apeló al recurso del ejemplo: así, señaló que un sector que en el plan de manejo figuraba como “zona de uso restringido” (transición o de amortiguación) que admitía una urbanización restringida con parcelas no menor a 10.000 m² de superficie y una ocupación del suelo máxima del 5%, con la normativa municipal, en la ordenanza era clasificado como “residencial de densidad media baja” posibilitando parcelas más pequeñas, con construcciones de hasta el 50% de la superficie y asimilando la urbanización de un “sensible sector costero de alto valor turístico y ambiental a la de alguno de los sectores de las plantas urbanas que el Plan de Manejo califica como ‘zonas de uso intensivos’”.

En definitiva, para el máximo tribunal, la ordenanza en cuestión (N° 4683) desconocía

los principios básicos de la Ley General del Ambiente 25.675 en tanto el COT 2015 contiene una zonificación propia que no respeta la efectuada por el Plan de Manejo aprobado con el Decreto N° 398/14, debiendo privilegiarse el principio precautorio, resultado la incompetencia municipal para dictar la ordenanza impugnada en materia de ordenamiento territorial sin la participación provincial, avanzando sobre la protección del ambiente en exceso de su propia jurisdicción, interfiriendo con las competencias constitucionales de la Provincia de Río Negro (cf. art. 74 CP).

4- Legitimación del municipio para regular el procedimiento. Disidencia de Aparcarián/Barotto

Citamos, por su importancia, el voto del juez Barotto en la causa “Nonnenmacher”⁷ (con adhesión del juez Aparcarián) que, en disidencia con la ajustada mayoría del STJ, interpretó que el municipio tenía legitimación activa en el proceso pues de

⁷ El caso llegó por vía de apelación al STJ por el cuestionamiento de los actores a la decisión de la jueza de primera instancia que había levantado una medida cautelar otorgada que suspendió la realización de carreras y el uso de las pistas existentes en una chacra de Ingeniero Huergo con fundamento en el cumplimiento del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. En su expresión de agravios, los demandantes habían cuestionado la competencia municipal y plantearon que la magistrada no había cumplido con el procedimiento establecido por la Ley B 2779, dado que no había citado a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 16 de la misma, ni ordenado prueba de oficio.

la lectura del artículo 41 de la Ley 3266, se derivaba que, al no delegar sus funciones, cumplen las que surgen del presente y por ello es la competente para evaluar el impacto ambiental en su ejido (STJ, *Nonnenmacher, Rubén Darío y otros c/ Municipalidad Ingeniero Huergo s/amparo s/apelación*, Expte. 30030/18).

5- Responsabilidad del municipio en asentamientos irregulares. Valor de la Carta Orgánica como pauta fundante del deber de responder

En “Boccardi” el STJ revocó parcialmente la decisión de la jueza de amparo que había hecho lugar a la acción colectiva y ordenado a la municipalidad demandada una serie de medidas tendiente a remediar los piletones existentes en el basural a cielo abierto en la zona norte de Mainqué, linderos entre la Barda y el Barrio Santa Lucía y responsabilizó a ésta por los daños y perjuicios ocasionados por el volcado de líquidos en dicha zona (STJ, *Boccardi Osvaldo Oscar y otros c/ Municipalidad de Mainque s/ amparo colectivo s/ apelación (originarias)*, Expte. 30307/19).

Ante la apelación del municipio, el STJ revocó parcialmente el decisorio. Por un lado, el tribunal desestimó que el carácter *rural* de las tierras donde se encontraba el asentamiento era óbice para su responsabilidad, ya que si bien el cuerpo tiene dicho que la ocupación irregular de tierras no puede ser amparo por la jurisdicción, por estar al margen del régimen legal vigente, en el caso el lugar tenía hace años habitantes y contaba con varias instalaciones (centro comunitario, iglesia, mendero). En esa dirección, el STJ dio fuerza a una cláusula de la Carta Orgánica de la municipalidad que obliga a la comuna a realizar acciones ambientales⁸.

No obstante, dio la razón al apelante en cuanto a los exiguos plazos otorgados por la jueza para medidas de envergadura, como la instalación de una planta de tratamiento de efluentes en sesenta días.

6- El amparo colectivo no basta cuando el procedimiento administrativo municipal está en curso

En el caso, el máximo tribunal rionegrino resolvió que el restringido marco procesal del amparo colectivo era insuficiente para tratar la cuestión con resguardo

⁸ Según el precepto es responsabilidad de la Municipalidad “Proteger el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los individuos y de la comunidad, manteniendo el equilibrio ecológico y utilizando racionalmente los recursos naturales. El ejido de Mainqué no podrá ser depósito o lugar de tránsito de residuos nucleares o de desechos de productos tóxicos o de cualquier naturaleza que alteren el ecosistema” (art. 7, inc. f).

de la garantía del debido proceso legal. Así, consideró que ésta ya tenía un cauce en sede administrativa en tanto la actora procuraba el dictado de una sentencia que le ordenara al municipio y a los propietarios de la obra la readecuación de un proyecto de obra que tramitaba en expedientes administrativos y el debate propuesto, sobre el cumplimiento de normativa municipal. Para el STJ, su encuadre por parte de los propietarios constructores, desbordaba el excepcional y acotado marco procesal previsto en la Ley B 2779 (STJ, Se 121, *Junta Vecinal Barrio El Trébol c/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ amparo colectivo s/ apelación*, Expte. 27289/14).

El voto rector del juez Apcarián fue reiterado en un caso iniciado como amparo colectivo, pero luego declarado conflicto de poderes entre dos municipalidades (STJ, *Municipalidad de Cipolletti c/ Municipalidad de General Fernández Oro y otros s/ amparo © s/ competencia*, Expte. 30333/19-STJ).

7- La “interferencia” del municipio en la regulación de la actividad hidrocarbúfera

Uno de los casos de mayor resonancia en los últimos años fue el fallo por el cual el máximo tribunal rionegrino declaró la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 046/2013 de la Municipalidad de Allen por ausencia de competencia (STJ, Se. 135/2013, *Provincia de Río Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de poderes (originarias)*, Expte. 26731/13).

Luego de que el Consejo Deliberante de esta ciudad prohibiera dentro del ejido el uso del método de fractura hidráulica, *fracking* y/o estimulación hidráulica la Fiscalía de Estado, en representación de la provincia pidió la nulidad absoluta de la ordenanza o, subsidiariamente, su inconstitucionalidad.

Finalmente, con voto rector del juez Apcarián, el máximo tribunal provincial declaró la inconstitucionalidad de la norma municipal por colisionar con los artículos 121 y 124 de la Constitución Nacional y 79, 80, 84, 85, 224 y 229 incisos 15 y 124 de la Provincial. Para ello consideró que el Concejo Deliberante había interferido con el ejercicio de atribuciones provinciales en materia de administración y regulación de la actividad de explotación de los recursos hidrocarbúferos existentes en todo el territorio provincial pues la Provincia de Río Negro era la constitucionalmente competente para regular lo atinente a la explotación de los hidrocarburos (arts. 121 y 124 CN, art. 79 CP y Ley nacional 26.197), es quien tiene el dominio originario de los recursos naturales (art. 124 *in fine* CN) y quien asume en forma plena

el ejercicio de ese dominio y la administración de los yacimientos de hidrocarburos (art. 2, Ley 26.197), aspecto que la Constitución Provincial establece en sus artículos 78 y 79. Finalmente, recordó que la jurisdicción en materia ambiental es ejercida por la Provincia en la Ley M 3266 (art. 3, incisos b y h), y Decretos provinciales M N° 1224/02 y M N° 656/04 que reglamentaron dicha actividad.

Ante el pedido posterior de intervención de un grupo de vecinos de Allen, el STJ recordó que el caso no se trataba de un amparo colectivo, sino de un conflicto de poderes y que, por tanto, debía rechazarse la petición de ser parte en las actuaciones y el pedido de nulidad por no haber realizado el proceso de audiencia pública como prevé la Ley General del Ambiente 25.675 (art. 19 y siguientes).

Las apreciaciones del caso fueron reiteradas en “Provincia de Río Negro s/ acción de inconstitucionalidad” (STJ, Se. 86/2018, *Provincia de Río Negro s/Acción de inconstitucionalidad (arts. 98, 100 y 101 de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Catriel)*, Expte. 29738/18) en el cual el máximo tribunal rionegrino declaró la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Catriel que reivindicaban para sí la propiedad primaria y dominio de los recursos naturales (art. 98) o que declaraban “dominio público municipal” los yacimientos hidrocarburíferos y todo tipo de minerales que se encuentren en el ejido de Catriel (art. 100).

8- Bonus track: potestades tributarias locales. El caso de las “ecotasas”

Si bien no es un precedente netamente ambiental o urbanístico, el decisorio por el cual el alto tribunal rionegrino rechazó el pedido de inconstitucionalidad de los artículos de la ordenanza de Bariloche que establecieron el tributo municipal denominado “ecotasa”, merece citarse en el presente por el bien jurídico que el legislador municipal ha previsto para dicha gabela, que no es otro que el ambiente.

En efecto, en “Cantaluppi” el STJ, confirmó la constitucionalidad del tributo y desestimó los argumentos del actor que cuestionaban la naturaleza jurídica de la gabela, la falta de prestación de un servicio público concreto e individualizado, recaudo necesario en una tasa, y colisionar con las previsiones de la Ley de Coparticipación Federal (STJ, Se. 141/21, *Cantaluppi, Santiago s/ acción de inconstitucionalidad (ordenanzas N° 2809-CM-16 y 2810-CM-16 Municipalidad de San Carlos de Bariloche)*, Expte. N° 29090/17).

En lo que nos interesa, el tribunal consideró que estaba individualizada la actividad estatal que sirve de causa a la obligación tributaria al prever la norma.

Por otra parte, el tribunal realizó un escrutinio de razonabilidad de las normas impugnadas y resaltó que:

no puede soslayarse que Bariloche, como ciudad turística por excelencia y referencia nacional para el turismo, se encuentra sometida a una degradación extraordinaria del ambiente que acarrea un costo adicional de preservación y sostenimiento. De hecho, basta con considerar la gran cantidad de personas que circulan a diario por la ciudad para aproximar los niveles de generación de residuos por día, contemplando que esa misma cantidad de personas es la que transita constantemente por los paseos, parques, puntos panorámicos y, en general, se benefició de los distintos atractivos turísticos

Por tanto, teniendo presente el bien jurídico protegido (equitativa distribución del sostenimiento del gasto público) para el STJ no era irrazonable

que los servicios de mantenimiento y conservación de tales espacios e instalaciones sean solventados con el aporte de los turistas que permanecen alojados en ella por más de un día, ni que se encuentren eximidos del pago de la Ecotasa los residentes permanentes (art. 367, inc. a) de la Ordenanza Fiscal vigente) quien -a todo evento- efectúa su contribución por otros conceptos.

V. Apreciaciones finales

La literatura jurídica constitucional en casi la totalidad de los casos se ha abocado al análisis de los conflictos de competencia ambientales planteados entre los dos entes principales del federalismo, Nación y Provincia. Ese escrutinio, huelga decir, se amplió con la inserción de los presupuestos mínimos de protección ambiental y el reconocimiento del dominio originario en las provincias.

Por el contrario, y naturalmente, no ha existido un abordaje tan prolífico en lo que respecta a esos mismos conflictos cuando los intervinientes son las provincias y los municipios que se encuentran dentro de su territorio.

Esta premisa es razonable si se entiende que es cada Provincia quien define los límites dentro de los cuales los municipios se encuentran insertos, siempre que cumpla con el respeto de los recaudos constitucionalmente establecidos en los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional.

En definitiva, cada Provincia fue la que fue fijando la autonomía en la materia y definiendo el contorno de atribuciones en materia ambiental y urbanística.

No obstante, y de manera incipiente, cada vez con mayor asiduidad se generan controversias ambientales y urbanísticas entre las provincias y los municipios, sobre todo si estos últimos son cuantitativamente de peso dentro del concierto provincial. Las razones de ello exceden el presente trabajo, pero podríamos aventurar algunas:

- a- la planificación, la asignación del uso del suelo, la zonificación, etc., son potestades urbanísticas netamente municipales que pueden colisionar con otros usos cuya competencia son asignados provincial o nacionalmente (el caso de los parques nacionales, por ejemplo);
- b- la preocupación ambiental cada vez más extendida de los municipios por tecnologías que no cuentan con un pleno consenso social (caso del *fracking*, la energía nuclear, etc.); y
- c- la distribución de ingresos y el papel limitado de los municipios en materia fiscal.

La Provincia de Río Negro ha dado un amplio reconocimiento a la autonomía de los municipios, aun bastante antes que la sanción de la reforma constitucional de 1994, con reglas de uso del suelo, ambiente y urbanismos concretas y hasta con cláusulas novísimas de interpretación en casos de controversias.

Es el derecho judicial, a través de la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia el que viene definiendo trazos claros en controversias planteadas. El peso de estas decisiones es de relevancia si se advierte el reconocimiento del instituto de la “doctrina legal obligatoria” en la legislación rionegrina.

En esa dirección, mientras el alto tribunal rionegrino fue tajante en el acotamiento de determinadas potestades que consideró provinciales desde una lectura constitucional literal (caso de la ordenanza “*antifracking*” de Allen -“Provincia de

Rio Negro c/Municipalidad de Allen” y la titularidad de los yacimientos hidrocarbúricos y minerales -”Provincia de Rio Negro”-) en otros reivindicó las potestades ambientales en materia de planificación y ordenamiento territorial (“Municipalidad de Cipolletti”) así como en el reconocimiento de normativas tributarias que tenían por fin el cuidado del ambiente (caso “Cantuluppi”).

Desde otro ángulo, en otros precedentes fue determinante con los cambios de uso del suelo con fundamentos de neto corte ambiental (“Fiscal de Estado”) y respetuosa de los procedimientos administrativos locales en curso en el marco de una acción de amparo (“Boccardi”).

En conclusión, estimamos que los conflictos ambientales y urbanísticos se darán con mayor ocurrencia y, dentro de este marco, jugará un rol fundamental el peso de los precedentes y la fundamentación dada por el máximo tribunal rionegrino.

Bibliografía

- Barotto, Sergio M/ APCARIAN, Ricardo A. (2019) *Doctrina legal obligatoria en los ámbitos federal y provincial. El modelo de la Provincia de Rio Negro*, publicado en la Ley Patagonia, 2016, Número 2.
- Castorini De Tarquini, María Celia (2003) *La Provincia y el Municipio, en Derecho Público Provincial y Municipal*, (Coord. Ábalos, María Gabriela), La Ley, Buenos Aires, t. I, pág. 283.
- Justo, Juan Bautista (2022) *Derecho Administrativo de la Patagonia Norte*, Ed. Abaco, Ciudad de Buenos Aires, t. I.
- Piantoni Giulietta y Pierucci Liliana (2021) Las áreas protegidas y la conservación del patrimonio natural, en Bandieri Susana, Río Negro. Los caminos de la Historia, Ed. Pido la Palabra, t. II, páginas 205-232.
- Taller, Adriana/ Antik, Analía (2011) *Curso de Derecho Urbanístico*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Legislación citada

- Constitución de la Nación Argentina (1994)
Constitución de la Provincia de Río Negro (1988)

- Ley 25.675. Ley de Presupuestos Mínimos del Ambiente. Ley General del Ambiente (2002).
- Ley B 2779. Intereses difusos y/o derechos colectivos. Amparo. Procedimiento. Sancionada el 27-04-1994 | Promulgada el 23-05-1994 de Hecho. Publicado en el B.O. Provincial N°3161 Pág.1. Fecha de Consolidación: 31-03-2022.
- Ley N 2353 Promulgada de hecho el 30/12/1989 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Rio Negro N° 2725. Consolidada el 15/04/2008. Reglamentada por Decreto N° 572/1993.
- Ley N° 2535 Río Negro. Establece porcentaje de afectación judicial sobre fondos de coparticipación provincial de impuestos. Promulgada el 28-10-1992 por Decreto N° 2073/1992. Publicada en el Boletín Oficial del 05-11-1992. Entrada en vigencia el 13-11-1992.
- Ley K 5190. Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Rio Negro. Sancionada el 07-04-2017. Promulgada el 25-04-2017 por Decreto N°436. Publicada en el B.O.Provincial N° 5559. Fecha de Consolidación: 31-03-2022.
- Ley P 4142. Código Procesal Civil de la Provincia de Rio Negro. Sancionada el 28-11-2006 Promulgada el 19-12-2006 por Decreto N° 1724/2006. Publicada en el Boletín Oficial del 18-01-2007 Pág.1. Entrada en vigencia el 01-06-2007

Jurisprudencia citada

Fallos del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Rio Negro

- STJ, Se. 141/21, “Cantaluppi, Santiago s/ acción de inconstitucionalidad (ordenanzas N° 2809-CM-16 y 2810-CM-16 Municipalidad de San Carlos de Bariloche”, Expte. N° 29090/17, 20/10/2021.
- STJ, “Municipalidad de Cipolletti c/ Municipalidad de General Fernández Oro y otros s/ amparo © s/ competencia”, Expte. 30333/19-STJ, 06/08/2019.
- STJ, “Nonnenmacher, Rubén Darío y otros c/ Municipalidad Ingeniero Huergo s/ amparo s/apelación” (Expte. 30030/18), 04/02/2019.
- STJ, “Boccardi Osvaldo Oscar y otros c/ Municipalidad de Mainque s/ amparo colectivo s/ apelación (originarias)”, Expte. 30307/19-STJ- 25/06/2019.
- OS4-87-STJ2017 “Municipalidad de Viedma s/ amparo colectivo”, Expte. N° 29001/18-STJ, 31/01/2019.

- STJ, Se. 86/2018, “Provincia de Rio Negro s/Acción de inconstitucionalidad (arts. 98, 100 y 101 de la Carta Orgánica de la Municipalidad de Catriel), Expte. 29738/18.
- STJ, Se. 70/2018, “YSUR Energía Argentina SRL e YPF S.A S/ Acción de Inconstitucionalidad (*Art. 1º de la Ordenanza de Fondo N° 571 CDM/17-Municipalidad de General Fernández Oro*)”, 05/07/2018.
- STJ, Se. 62/15, “Fiscal de Estado de la Provincia de Rio Negro s/ acción de inconstitucionalidad (Ordenanza N° 4683 Municipalidad de San Antonio Oeste)”, Expte. N° 28129/15, 16/05/2017.
- STJ, Se 121, “Junta Vecinal Barrio El Trébol c/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ amparo colectivo s/ apelación”, Expte. 27289/14, 09/10/2014.
- STJ, Se. 135/2013, “Provincia de Rio Negro c/ Municipalidad de Allen s/ conflicto de poderes (originarias)”, Expte. 26731/13, 26/11/2013, 26/11/2013.
- STJ, Secretarías Causas originarias, Se 28/09, “Domínguez Mariana y otros s/amparo s/ apelación”, 27/04/2009, Expte. 23148/08).
- STJ, Se. 93/06, “Tarruella Héctor Raúl c/ Municipalidad de San Antonio Oeste s/ contencioso administrativo s/ apelación” (Expte. N° 20899/06).
- STJ, Se. 15/05, “FRIDEVI S.A.F.I.C. c/ Municipalidad de Viedma s/ contencioso administrativo s/ apelación”, Expte. N° 19566/04, 09/03/2005.

¿Estados consumidores? Las contrataciones administrativas en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor

*Por Rocío GONZALEZ VENEGAS**

Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo exponer las nociones básicas del concepto de Contrato Administrativo, las indeterminaciones del mismo y en base a ello desarrollar la articulación entre la contratación administrativa y el régimen de protección de los consumidores y usuarios.

Afirmando la personalidad jurídica del estado, sentar cuales son las bases del Derecho del Consumidor, como norma imperativa de Orden Público y analizar si el estado como persona jurídica puede verse revestido de la calidad de “consumidor y usuario” en una relación de consumo.

Finalmente mencionar cuales podrían ser las implicancias sustantivas y procesales, de considerar a los estados consumidores.

I. El fenómeno de la contratación administrativa

* Abogada (FADECS-UNCO).
Abogada asignada a la Dirección de Contrataciones -Municipio de General Roca

El concepto de contrato administrativo es esbozado pretorianamente en el caso (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1990) “Dulcamara SA. c/ Entel s/ cobro de

pesos” en donde el Juez Carlos Fayt en su voto (Cons.8) expresa que los Contratos de índole administrativa “constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado” por lo tanto si el acuerdo reúne estos caracteres especiales, es entonces un contrato administrativo.

La Doctrina Francesa ya había dicho al respecto que “Sea administrativo o civil un contrato, es siempre un contrato y, en la concepción general de nuestro derecho, esencialmente consensualista, la voluntad manifestada por las partes a momento de la celebración del contrato es la idea directriz a la cual el juez debe en primer lugar referirse cuando hay que determinar el contenido de las obligaciones de los contratantes en vista de aplicarlas a la ejecución.” (De Laubadère, 1983, p.12) criterio seguido por Nuestra Corte Suprema de Justicia en las causas “Hotel Internacional Iguazú” (1986), “Marocco” (1989), “Dulcamara” (1990), “Necon” (1991) y “Montes” (1992).¹

Por su parte Cassagne (2005) enfatiza que

(...) el problema central en torno al contrato administrativo, es en qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del derecho civil – que vinieron rigiéndolo desde que el estado comenzó a utilizar la técnica contractual en forma esporádica- y en qué medida ha adquirido una fisonomía peculiar y típica del derecho público. (p.16)

Así pues se encuentran ciertos matices entre la Teoría General del Contrato y la construcción jurídico-dogmática de Contrato Administrativo, sin embargo Balbin (2018) desde una concepción “ius administrativista” señala “ Las cláusulas que rigen a los contratos administrativos no logran subvertir el concepto básico (es decir, en el contrato estatal existen cláusulas exorbitantes y exageradas -sustanciales y formales-), ajenas y extrañas al derecho privado” (p.554), de este modo para el autor, en principio el carácter de las cláusulas exorbitantes es una magnitud tal que anulan la posibilidad de aplicar las normas que rigen al derecho privado, colocando al estado en una posición de preminencia respecto a su co-contratante.

¹CSJN Fallos: 308:618; 311:84; 313:376; 314:491, y M.155 XXIII, sentencia del 25/8/92.

Acorde a lo expresado en esta etapa introductoria, se puede afirmar que un contrato es siempre un contrato y que si uno de esos sujetos es el estado, al contrato serán aplicables las normas de derecho público y quizás en menor medida las normas generales de derecho privado. Expresa Cassagne (2005) “La interacción actual entre lo público y lo privado y la injerencia de normas provenientes del derecho internacional confirman la imposibilidad de elaborar una teoría unitaria, que nunca fue factible desarrollar en el plano sustancial”. (p.50)

El interrogante central es ver hasta donde aplican esos matices, y cómo se compatibilizan los unos con los otros, (V.gr. la nota típica del equilibrio económico entre las partes, proveniente del derecho privado) y una vez perfeccionado el contrato (siempre teniendo en mente las características especiales de este sujeto-estado, objeto - ejercicio de la función pública y fin-necesidad pública) ¿ Puede el estado estar inmerso en una relación de consumo?, ¿ Puede verse afectado por normas imperativas de orden público y consecuentemente ser considerado consumidor?

II. El Estado como persona jurídica

Desde antaño se ha señalado que el estado es la persona jurídica por excelencia (Linares, 2007) “El Estado de derecho se estructura como una comunidad global personalizada, es decir dotada de personalidad jurídica suprema” (p. 202) y así es establecido por el Código Civil y Comercial en su Art. 146.

La personería jurídica del Estado nacional surge de los arts. 1, 9, 10, 14 a 18, 20, 21, 23, 31, 44, 87, 99, 108 y 128 CN, normativas que suponen su capacidad para las relaciones jurídicas, tanto en el derecho interno como en el internacional. La personalidad jurídica de las provincias se infiere del mismo ordenamiento (arts. 6°, 31, 121 a 127 CN). Por su parte, el municipio es un organismo político de raíz constitucional cuya creación la Carta Magna impone a las provincias (art. 5° CN). Lo propio ocurre con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 CN), (Dra. Marisa Herrera Dr. Gustavo Caramelo Dr. Sebastián Picasso, 2022, p. 293).

El Estado como persona jurídica, se analiza desde lo que Linares afirma como el Estado en sentido Material, parte del orden jurídico que integra el “aparato estatal”, entendiendo por tal la organización, las relaciones interorgánicas y las relaciones entre el aparato gobernante y los gobernados, en tanto el Estado en sentido formal constituye una “personificación total del derecho” como estructura norma-

tiva. Corresponde destacar que los órganos del Estado no detentan personalidad jurídica, siendo ellos quienes representan, facultan y obligan al Estado, “Es una expresión cómoda y elíptica decir que la Administración adquiere o ejerce derechos, o contrae obligaciones por vía contractual o extracontractual (...). **Se debe entender al Estado no como una doble persona, la pública y la privada, sino una sola persona pública que actúa principalmente regida por el derecho público, y también, aunque en menor medida, por el derecho privado** (Linares, 2007, p.213).

En este orden de ideas y visto el encuadre legal del Estado, quien actúa como persona jurídica, corresponde analizar, si en sus relaciones jurídicas (sin perjuicio de que el origen de ellas sea la emisión del Acto Administrativo) en las cuales interactúan normas de derecho público y privado, pueden interceder también las normas del microsistema jurídico de protección de los Consumidores y usuarios.

III. Breves fundamentos sobre la Ley de Defensa del Consumidor

El derecho del consumidor es una rama, nueva del derecho privado, que surge a partir de las necesidades que tienen las diferentes sociedades. Reconocer al consumidor como sujeto de derecho débil, frágil e inexperto, merecedor de una protección jurídica diferenciada, derribó los dogmas de la teoría clásica del contrato, sostiene (Tomassetti, 2016)

el contrato era el instrumento por excelencia de intercambio de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas, en el que sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, pactaban en igualdad de condiciones, logrando un equilibrio; un contrato en un plano de justicia, buscando en paridad un intercambio razonable.

El Legislador, al regular sobre los derechos de consumidores y usuarios es consciente de que los consumidores aun actuando con inestimable diligencia, no pueden recabar toda la información necesaria para efectuar la elección de los bienes de consumo, y de hacerlo, el procesamiento de dicha información es tan complejo que solo se obtiene un conocimiento parcial de los bienes y servicios. Desde una perspectiva económica se señala: Caloca Osorio, Oscar R.; Leriche Guzmán, Cristian E., 2011:

El homo economicus, visto como consumidor, se supone tiene conciencia del precio, de la calidad y de las diferencias entre los productos a la hora de efectuar sus elecciones de compra de bienes. Sin embargo, desde la perspectiva del homo creencial (...) no tienen capacidad para procesar toda la información procedente del entorno, ni toda la información es igualmente fácil de procesar. Esta capacidad limitada supone una decisión continua, más o menos consciente.(...) Puesto que el individuo busca información, hasta el punto en que considera que ésta es necesaria para disminuir la incertidumbre al punto de un nivel manejable para la elección: disminuye pero no elimina la incertidumbre, de allí que el sujeto trate de minimizar el riesgo de error sobre la elección de los bienes de consumo, empero, este riesgo no desaparece. (p. 13)

El derecho del consumidor surge así en la medida en que se impone a los fabricantes e intermediarios, respectivamente, la responsabilidad por la calidad de su producto y la transparencia de sus defectos al público. Caracterizado por ser un “ derecho especial, destinado a corregir los llamados -efectos perversos- de la sociedad de consumo” (Tomassetti, 2016).

Sobre los derechos de consumidores y usuarios, doctrina especializada afirma que:

Es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de derecho privado, con base en el derecho constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aun derogatorio de normas generales. El microsistema está compuesto por las siguientes normas: la norma constitucional que reconoce la protección del consumidor y sus derechos; los principios jurídicos y valores del ordenamiento ya que el microsistema es de carácter “principiológico”, es decir, tiene sus propios principios y por esta razón es que la ley 26.361 señala que debe prevalecer la interpretación de los principios favorables al consumidor ”. (Shina, 2016, p. 22)

El microsistema sustenta sus normas en el Orden Público de protección que no solo protege una de las partes sino que asegura el equilibrio contractual fijado mínimos de protección y garantiza la transparencia del mercado (fundamento del daño punitivo).

Que el sistema de protección al consumidor se inserte en la esfera de Orden Público, implica que sus normas son imperativas y no pueden ser dejadas sin efecto mediante convenciones particulares (Art. 12 CCyC), ni siquiera mediante cláusulas insertas en los pliegos de bases y condiciones. Carreras (2023) explica

cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatoria y le veda a los interesados apartarse de sus normas, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento, es un límite a los derechos individuales fundado en razones generales. La intervención tiene vocación de permanencia; no es coyuntural o transitoria. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora, fortaleciendo la igualdad. (p. 4)

Damián Azrak (2021) por su parte manifiesta que, para lograr un piso mínimo de derechos a lo largo del país, el Poder Legislativo articuló dos vías: 1) leyes marco que invitaran a las provincias a adherir o dictar leyes de contenidos mínimos; y 2) incluir una cláusula que estipule que dicha norma es de orden público (p. 178). En estos términos es que, por inclusión expresa, se considera a la Ley 24.240 de Orden Público (Art.65).

En este orden de ideas, al ser el sistema de protección al consumidor un sistema amparado en el orden público y que en defecto fue dictado por el legislador para que el mismo tenga el mismo alcance en todo el territorio, y para todos los habitantes, se puede concluir que donde surjan relaciones de consumo, procede la aplicación del Bloque Normativo de Protección para consumidores y usuarios (Código Civil y Comercial y Ley 24.240).

IV. Encuadre jurídico del Estado como consumidor

Dentro de las disposiciones Generales de la Ley de defensa al consumidor (Ley 24.240, 1993, y sus mod. art- 1-3) se establece el “*triunvirato*” que da vida al cuerpo legal, definiendo quienes son consumidores, quienes proveedores, y cuando hay relación de consumo. Siendo así la relación de consumo, el vínculo jurídico que da operatividad al sistema legal de protección, por su parte el Código Civil y Comercial los agrupa y relaciona en un mismo Artículo (CCyC Art.1092).

Se entiende por consumidor a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Por ello es lógico inferir que el estado como persona jurídica, cuando adquiere bienes y servicios, como destinatario final (no utilizando los insumos que adquiere, la elaboración de otros productos) en beneficio del grupo social, es perfectamente un consumidor. (no observándose en el esqueleto normativo, la exclusión o un trato diferenciado hacia este sujeto de derecho público).

La vía contractual es uno de los medios para arribar a la relación de consumo, lo que nos lleva a preguntarnos ¿Hay relación de consumo en la contratación administrativa? De la lectura literal de norma, y bajo los presupuestos de hecho que la misma estipula, podemos afirmar que sí.

En el debate propiciado en la cámara de diputados el 16 de junio de 1992, con motivo de tratar el Art. 1 del proyecto de ley (Ley 24.240) se manifestó:

Se habla de personas físicas o jurídicas, pues esto involucra no solamente a personas que uno puede imaginar bajo el concepto de consumidor sino también a la empresa, a la gran entidad, a la corporación, al Estado a cada una de las provincias y a cada una de las municipalidades porque son personas jurídicas de existencia necesaria. Quiere decir que los estados nacional y provinciales y las municipalidades también son consumidores en el concepto amplísimo del Art. 1º del proyecto de ley, de allí este mar de amplitud inexplicable que se les ha dado a las personas que se quiere defender con esta iniciativa. (p.41)²

Por otro lado la norma madre que da fundamento a todo el ordenamiento jurídico al consagrar los derechos de los consumidores y usuarios expresa (Const. Nac, 1994, art. 42 segundo párrafo) “Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos (...)” de la norma constitucional se deduce lisa y llanamente que es el Estado el encargado de velar por los derechos de los consumidores y usuarios. Si el Estado es considerado consumidor nos encontraríamos ante un “*tutor, inmerso en una relación de consumo, que deviene en tutelado*”.

Por ello de comportarse los estados, como consumidores es obligatoria la

² Diputado Durañona y Vedia (Por la Prov. De Bs.As) Debate del 26/06/92 (p.41)DEBATES DE LAS LEYES 24.001 A 27.000 (diputados.gov.ar)

aplicación de la Ley N° 24.240, por su carácter imperativo. Los procedimientos administrativos de contratación se instituyen como los medios idóneos para obtener los mejores bienes al precio más conveniente, y ello implica la recreación de las condiciones de mercado, pues bien, recrear las condiciones de mercado conlleva recrear las asimetrías propias del mismo, las cuales acechan al consumidor frente a un profesional del mercado.

Que los estados tengan el deber de asegurar la protección los derechos, no significa que no puedan ampararse (V.gr asegura el derecho de propiedad y también defiende el derecho de propiedad sobre sus bienes).

La producción en masa, llevó a que el presidente John F. Kennedy, en un discurso que se hizo famoso, el 15 de marzo de 1962, pronuncie la siguiente frase: “Consumidores somos todos”.

Lo que se pretende visualizar, es que sin perjuicio de lo que las cláusulas contractuales de los Pliegos de Bases y Condiciones (de tintes exorbitantes) estipulen o lo que la legislación administrativista pretenda regular, puede ocurrir que de modo subyacente se encuentre una relación de consumo, con origen en un contrato administrativo. Si bien algunas reparticiones estatales cuentan con áreas técnicas, especializadas para analizar la calidad de determinados bienes que ingresan al erario, donde el funcionario en su experticia solamente minimiza el riesgo de error sobre la elección del producto. Es contrafáctico determinar de modo certero, mediante un dictamen de preadjudicación o una resolución de adjudicación, que el producto no carece de defecto alguno, más aún en Contrataciones Directas cuando los procedimientos de evaluación del producto se ven limitados (V.gr. razón de urgencia o emergencia, escasez en el mercado, entre otros)

La noción de relación de consumo es de neto corte proteccionista y pretende beneficiar con los amparos de la Ley, situaciones jurídicas no previstas en el derecho privado tradicional, pero nada impide que proteja situaciones tampoco previstas por el derecho público tradicional. De posicionarnos en un razonamiento opuesto, tendríamos, que todos los proveedores del estado quedarían al margen de los presupuestos mínimos que otorgan transparencia al mercado y aseguran la idoneidad de los bienes que en él se comercializan. El desarrollo de los medios de producción masificada y de mercado, al que tienen acceso los productores y distribuidores de bienes y servicios, los colocan en una posición de dominio frente a su contraparte.

V.- Efectos valiosos de la aplicación de La Ley de Defensa del Consumidor en las contrataciones administrativas (relativo a la adquisición de bienes)

A modo enunciativo de verse el Estado inmerso en una relación de consumo, corresponde destacar el tratamiento que se da en el microsistema protectorio a la responsabilidad del proveedor (responsabilidad de la cadena productiva, presunciones “in dubio pro consumidor” inversión de la carga probatoria, entre otros) y los estándares para garantizar que los productos sean inocuos para el uso al que se destinan o para el normalmente previsible.

Los vicios ocultos que tiene una cosa al momento de producirse su adquisición, y que no son advertidos por el adquirente, dan lugar a la acción redhibitoria. Así un producto es peligroso por defectos que son: a) de Diseño, es de decir está mal concebido desde sus orígenes, y b) de Fabricación: Aquí no hay un error en el diseño; el producto está bien concebido pero mal ejecutado en la fábrica.

En el Código Civil y Comercial se prevé la obligación genérica de saneamiento siendo la Acción Redhibitoria su especie y estableciendo la responsabilidad del enajenante por hacer a la cosa impropia para su destino por razones 1. estructurales, 2. Funcionales, 3. carente de utilidad y siendo sus eximentes las del Art. 1053.

La ley de Defensa del Consumidor en su Art. 18 dispone

Vicios Redhibitorios. La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio: a) A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil; b) El artículo 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor.

Que aunque se remite a normas del Cod. Civil no hay cambio sustantivo en los principios reglados puesto que cuando el art. 18, se refiere al art. 2170 del Cód. Civil, debe ser entendida ahora como una remisión al nuevo art. 1053 del Cód. Civil y Comercial

Es decir que bajo el amparo de la Ley N° 24.240, el enajenante no puede oponer las eximentes del Art. 1053 CCyC, lo que equivale a decir que en materia de vicios redhibitorios no rigen las exclusiones para el consumidor. En igual sentido la

responsabilidad es para toda la cadena productiva, no eximiendo de responsabilidad a los enajenantes que realicen la transmisión a título gratuito.

VI. Problemas procesales de los Estados como consumidores

De encontrarse un estado en una relación de consumo, se vislumbran dos grandes dificultades que sortear ¿Que fuero aplica? ¿La procedencia de la vía administrativa en los reclamos consumeriles?

1- La actuación administrativa en las relaciones de consumo

Con la expansión de los derechos de los consumidores, se ha visto que la legislación provincial ha instituido dentro de los ámbitos administrativos, procedimientos tendientes a dar una mayor protección de los derechos, en lo que respecta a la provincia de Rio Negro se ha sancionado la Ley N° 5414 la cual permite tramitar reclamaciones en la sede administrativa.

Las autoridades de aplicación, dependientes de los Poderes Ejecutivos, ejercen funciones jurisdiccionales, se desenvuelven como verdaderos tribunales administrativos. Recordemos que los órganos administrativos no pueden ejercer funciones judiciales (Arts. 17 ,18 y 109 CN) sí funciones jurisdiccionales limitadas. De la literalidad de la Ley N° 5414, no surge la jurisdicción obligatoria ante la Autoridad de Aplicación, siendo una facultad del consumidor o usuario acceder a la defensa de sus derechos por dicha vía. Por otro lado, no se puede negar que la autoridad de aplicación ejerza funciones jurisdiccionales, pues tiene competencias para dictar Medidas preventivas Art. 60 (en sentido amplio y de notas similares a las Medidas Cautelares judiciales) e incluso puede hacer uso de la Fuerza pública Art. 75.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha expedido en estos términos estableciendo en “Fernández Arias” (1960) que el ejercicio de potestades jurisdiccionales tiene como límite el control judicial suficiente, posteriormente en el año 2005 en el caso “Ángel Estrada” perfeccionó su doctrina y manifestó

Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén asegura-

das, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. (Cons. 12)³

De dicha tesis se extrae que A- La jurisdicción administrativa se habilita excepcionalmente para resolver conflictos entre particulares y B- El estado, como consumidor, no puede acceder al procedimiento administrativo de defensa de los derechos de consumidores y usuarios puesto que no se asegura la imparcialidad de la Autoridad de Aplicación.

2- Fuero Competente del Estado como consumidor.

Conforme el Art.1 del Código Procesal administrativo de la Provincia de Rio Negro, existe materia administrativa en todos aquellos asuntos en los cuales sea parte un sujeto público estatal o un sujeto privado al cual le han transmitido potestades públicas.

Afirman Apcarian y Mucci (2017)

La distinción de competencia objetiva o subjetiva, no es meramente formal, pues refiere a la existencia o no de acto administrativo susceptible de pretensión impugnatoria, lo cual es ilógico, puesto que el ejercicio de la función administrativa pública es mediante la emanación de actos de autoridad (...). La definición en razón del sujeto simplifica significativamente la asignación de competencia y garantiza la revisión judicial amplia de actuar administrativo, pues la materia objeto del proceso no queda limitada a los actos de la administración sino a toda su conducta (p.22)

Agregando “aun cuando sea evidente que las normas fundamentalmente aplicables al caso sean de derecho privado. Se favorece la seguridad jurídica.

Así pues, resulta razonable establecer la competencia del fuero contencioso administrativo, para las relaciones de consumo, siendo además el fuero natural del consumidor estatal.

³Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José.1960/09/19.CSJN. fallos: 247:646.Tribunales administrativos. “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 -Sec. Ener. y Puertos” CSJN 05/04/2005. (Expte. N° 750- 002119/96). s/ recurso extraordinario.

Conclusión

El mundo del consumo en el cual las sociedades se ven inmersas, conlleva que determinados proveedores incluso a nivel mundial, sean los únicos productores de insumos indispensables para asegurar la calidad de vida humana. Los avances tecnológicos de los últimos 20 años, han provocado “*monopolios intelectuales*” (V.gr. creadores de Software, licencias médicas, armamento, procesamiento de químicos etc.)

A modo de ejemplo el sector farmacéutico de la argentina si bien es de los mejores posicionados en Latino América, recibe los medicamentos de proveedores extranjeros el Ministerio de Economía de la Nación (2022) manifestó “El balance del comercio exterior del sector es estructuralmente deficitario. En el año 2021, las exportaciones acumularon un crecimiento del 23% y las importaciones 41%, profundizando el déficit comercial. En este mismo período, más de 31% de los medicamentos vendidos fue de reventa de importados, en su mayoría por laboratorios multinacionales” lo que da cuenta que el estado en su adquisición de medicamentos los adquirió de importaciones, por fabricación de laboratorios multinacionales.

Los efectos de la globalización tecnológica, ha dejado a los estados en condiciones de vulnerabilidad, siendo uno de los remedios más eficaces la aplicación del microsistema protectorio del consumo, cuando los procedimientos administrativos, impregnados de cláusulas exorbitantes, expresión de la soberanía y omnipotencia estatal, no parecieran ser los más eficientes, en especial cuando los productos son diseñados y fabricados por fuera de sus fronteras.

Finamente se entiende que se debe dar un tratamiento armónico, compatibilizando el régimen protectorio de normas que establecen un piso de protección, con los caracteres típicos y complejos del contrato administrativo.

Bibliografía

- Apcarian, R. A., & Mucci, S. (2017). Código Procesal Administrativo de Río Negro - Comentado y anotado. Ed. Patagónico.
- Azrak, D. (2021). Una teoría federal para la Educación Sexual Integral. Buenos Aires: editores del sur.
- Balbin, C. (2018). Manual de derecho administrativo (4ta. edición actualizada y ampliada ed.). LA LEY.

- Caloca Osorio, Oscar R.; Leriche Guzmán, Cristian E. (2011). Una revisión de la teoría del consumidor: la versión de la teoría del error Análisis Económico. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco Distrito Federal, México, vol. XXVI, núm. 61,, <https://www.redalyc.org/pdf/413/41318401003.pdf>
- Carreras, M. L. (2023). Leyes de orden público: un mapeo de definiciones. Federalismo Argentinos (en prensa). <file:///D:/Descargas/Leyes%20de%20orden%20p%C3%ABablico%20un%20mapeo%20de%20definiciones-%20Carrera,%20Mar%3%ADa%20Lina.pdf>
- Cassagne, J. C. (2005). El Contrato Administrativo (segunda ed.). Abeledo-perrot.
- Coviello, Pedro. Jose. Jorge. (2006). EL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "La Teoría General del Contrato Administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" en CASSAGNE, JUAN CARLOS y RIVERO YSERN, ENRIQUE (dirs.), La contratación pública, T. I, Buenos Aires, Hammurabi, 2006. "El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, 111-845.(capítulo 2)
- De Laubadère, A. (1983, actualizada por Franck Moderne y Pierre Delvolvé.). *Traité des contrats administratifs*, t. II. 2da ed.
- Dra. Marisa Herrera Dr. Gustavo Caramelo Dr. Sebastián Picasso. (2022). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (Edición actualizada 2022) (2a ed ed., Vol. 1). Título Preliminar y Libro Primero (Parte General). Artículos 1 a 400. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2759>
- Gomez, M. (1997). "Búsqueda de información en la toma de decisiones del consumidor". Múgica, José y Salvador Ruiz de Maya, El comportamiento del consumidor, Barcelona:.
- Linares, J. (2007). Derecho administrativo (1st ed.). Astrea.
- Ministerio de Economía de la Nación. (2022, febrero). INFORMES DE CADENAS DE VALOR Ficha sectorial Industria farmacéutica. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/industria_farmaceutica_-_version_web_febrero_2022.pdf



Shina, F. E. (2016). Sistema legal para la defensa del consumidor Leyes 24.240, 26.993 y 26.994 (1st ed., Vol. 1). astrea.

Tomassetti, M. G. (2016, 03 01). ANÁLISIS CRÍTICO-JURÍDICO DEL CONCEPTO DE «CONSUMIDOR». Doctrina- micro juris.
<https://ar.microjuris.com/docDetail?Idx=MJ-DOC-7603-AR>

DEBATES DE LAS LEYES 24.001 A 27.000 (diputados.gov.ar)

Las restricciones administrativas al dominio en Neuquén. Análisis de la jurisprudencia del tribunal superior de justicia

*Por José PUSTERLA**

Sumario: I.- Introducción. II.- La propiedad y sus límites. Marco normativo de las restricciones administrativas. III.- Análisis descriptivo de algunos casos judiciales. IV Reglas derivadas de la jurisprudencia del TSJ. V.- Conclusiones

I. Introducción

Este trabajo tiene por objeto evaluar algunos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén y, en base a ellos, intentar verificar cuáles son las reglas que surgen en materia de restricciones administrativas al dominio.

Para ello indagaremos, en primer lugar, en el concepto de “propiedad” (si es que existe tal cosa) y de “dominio”, y en los límites que las reglas del derecho común y administrativo imponen a este último.

Luego analizaremos algunos casos concretos y evaluaremos la forma de abordarlos por parte del TSJ y las reglas creadas por la jurisprudencia analizada.

* Juez titular de Fuero Procesal Administrativo de la ciudad de Neuquén - Docente de Derecho Administrativo (FADECS) y Docente de Derecho Constitucional (UFLO). Especialista en Derecho Administrativo (FADECS).

II. La propiedad y sus límites

El constituyente de 1853/60 se ocupó de proteger muy fuertemente -de blindar, podríamos decir-, el derecho de propiedad. En efecto, no se conformó que declarar que todos los habitantes gozan del derecho de *usar y disponer* de su propiedad (art. 14), sino que además la declaró *inviolable* y declamó que ningún habitante puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley (art. 17).

Esta protección *recargada* tiene varias aristas.

En primer lugar, podríamos decir que protege a los propietarios, pero no se encarga de garantizar el acceso a la propiedad de aquellas personas que no la tienen. Ello es propio de la época y del contexto histórico.

En segundo término, se trata de una declamación concreta de la ideología constitucional, claramente liberal. En efecto, la constitución alberdiana¹ reconoce en la libertad y la autonomía individual (el derecho a elegir el propio plan de vida, parafraseando a NINO) sus bases fundacionales y los derechos a partir de los cuales se explica el resto del articulado constitucional.

Nótese al respecto, por ejemplo, que en el siglo pasado existió una clara controversia en rededor del *derecho de propiedad*. Los países alineados ideológicamente con el bloque soviético se negaron a votar la declaración universal de derechos humanos, por cuanto el artículo 17.1 establece que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente, y por esa misma razón este derecho no está mencionado en el PIDESC y en el PIDCP².

Para no perder el eje, diremos nada más y por ahora que nuestra Constitución reconoce con fuerza este derecho, y ello tiene una clara explicación en la ideología liberal que la inspira, ideología que sin perjuicio de atenuaciones (la de la convención de 1957 y la de la constitución de 1994), no se ha visto modificada.

Ahora bien, ese objeto de celosa protección, la propiedad, no es definido por el constituyente ni tiene contornos claros. Para ponerlo en términos vulgares: sabemos que podemos usar y disponer de la propiedad y que ella es inviolable, pero no sabemos aún *qué es la propiedad*³.

¹ Valga un reconocimiento también para Benjamín Gorostiaga, posiblemente el máximo referente en la redacción del texto constitucional de 1953/60.

² Ver en Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina: Comentada y concordada*, 3ra ed. Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 84.

³ Para comprender implicancias de este tipo de conceptualizaciones, ver Ross, Alf, *TuTu*, Sao Paulo, 2004.

La Corte federal no ayudó mucho en este sentido. Dijo en el recordado fallo *Bourdieu* que el término “propiedad” comprende “todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”⁴.

Pero la definición dice demasiado, y nada a la vez. Termina dándole jerarquía constitucional con rango de “inviolable” a cualquier cosa, porque todos los intereses que un hombre pueda tener fuera de su vida y de su libertad son apreciables por definición. De otro modo, no serían intereses.

Luego de ese primer postulado viene la segunda parte de la definición, que como su nombre lo dice, define a la propiedad como

todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privados, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo.

Esta definición tampoco carece de falencias. En primer lugar, contradice a la anterior, es decir, no son todos los intereses, sino solo los que la ley protege, aquellos comprendido en el alcance del concepto. En segundo término, pone el carro adelante del caballo, porque exige como condición algo que en realidad debe operar como consecuencia: que el titular debe disponer de una acción. La acción es una *consecuencia* del derecho que quiere garantizar, y no a la inversa⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto, cuando husmeamos en la definición de derecho subjetivo y evaluamos la segunda parte de “Bourdieu”, podemos entender que se trata de un término que debe ser interpretado con amplitud y que comprende los intereses que el legislador considera sustanciales y, en consecuencia, protege, dando, entre otras herramientas, una acción a su titular.

Ahora bien, cuando buceamos en las denominadas “limitaciones” estamos haciendo referencia, generalmente, al derecho de dominio: mucho más estricto y concreto en sus contornos.

⁴ CSJN, *Fallos 145:307*.

⁵ Al respecto, debemos recordar aquello que la Corte dejó grabado como axioma en *Siri, Kot y Halabi*: Allí donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido.

Este es un derecho real de una persona sobre una cosa, que supone un señorío y posee algunas características esenciales: Es exclusivo y perpetuo. El Código de Vélez agregaba el carácter de *absoluto*, pero el nuevo Código Civil y Comercial, siguiendo la concepción de la reforma de 1968, abandona este carácter absoluto⁶.

Pues bien, avancemos. Estas limitaciones pueden ser dispuestas en interés público o privado y las denominadas “restricciones administrativas” a la propiedad son, según la doctrina mayoritaria, una especie dentro del género de las limitaciones administrativas a la propiedad privada dispuestas en interés público.

Se trata de mínimas perturbaciones al derecho de propiedad, dispuestas en condiciones de generalidad e igualdad, cuya fuente principal son las ordenanzas municipales, que no afectan el pleno uso y goce del bien por parte de su propietario.

Es por esa razón que se dice que son las condiciones legales inherentes al ejercicio del derecho de propiedad y que, como principio, por no degradar el dominio, no resultan indemnizables⁷.

En toda restricción de tal naturaleza, la afectación realizada se caracteriza por su generalidad, ya que rige para todos los propietarios en igualdad de condiciones; por su actualidad, al constituir un límite normal y permanente de la propiedad; por su constancia, porque dada su razón de ser, existe siempre; por su no extinción por el no uso y, fundamentalmente, por no ser indemnizables.

Esta última característica viene dada porque la restricción no apareja, desde el punto de vista técnico, ningún sacrificio especial para el que la sufre. Nada se le quita al propietario, puesto que la restricción actúa en el ámbito jurídico cuya titularidad no le corresponde a dicho propietario, sino a la comunidad, y consiguientemente, el daño que pueda experimentarse, en principio, no tiene relevancia jurídica.

⁶ Los artículos 2513 y 2514 no mencionan este carácter absoluto, pero dan cuenta de él. La nota al primero de ellos refiere que los excesos en el ejercicio de este derecho son consecuencia inevitable del carácter absoluto de la propiedad y sentencia: “*que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruirla cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida*”. Según BUSTAMANTE ALSINA, la regulación velezana del derecho de dominio es la que en mayor medida revela su concepción individualista del derecho, imperante en la época. Justo es asentar, sin embargo, que el mismo autor reconoce la sensibilidad social del codificador, quien estableció ciertos límites a ese carácter absoluto. Ver BUSTAMANTE ALSINA, *El carácter absoluto del dominio. El pensamiento de Vélez Sarsfield y la reforma de 1968*, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lje/revistas/40-41/el-caracter-absoluto-del-dominio-el-pensamiento-de-velez-sarsfield-y-la-reforma-de-1968.pdf>.

⁷ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 5ta Ed., Depalma, Buenos Aires, 1956, T. IV, p. 324.

Esta es la razón por la que considero acertada la decisión del codificador de 2015 de quitar el carácter de “absoluto” al derecho de dominio. Esta característica generaba la necesidad de tratar a la restricción administrativa como una limitación al normal ejercicio del derecho de dominio. Sin ese carácter de absoluto, se entiende que las restricciones, tanto en interés público como particular, son condiciones de ejercicio del derecho de dominio, y no limitaciones a su ejercicio absoluto. En fin, esta supresión del carácter absoluto aparece acertada y soluciona las cosas.

Ya que ingresamos en este campo, diremos también que el nuevo CCC también estableció otra modificación substancial que mejora el estado de cosas o, mejor dicho, las pone en su lugar.

El viejo Código de Vélez establecía en el artículo 2611 que “las *restricciones* impuestas al dominio privado *sólo en el interés público*, son regidas por el derecho administrativo” y en su nota abundaba:

las restricciones impuestas al dominio por sólo en el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los códigos, son extrañas al Derecho Civil. Las leyes u ordenanzas sobre alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco por el estanco de ese ramo de comercio, etc., no crean relaciones de derecho entre los particulares, y no pueden por lo tanto entrar en un Código Civil. Las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el único objeto de este título.

Esta previsión normativa dejaba claramente asentado que las restricciones impuestas al dominio privado en interés privado, por ejemplo, de vecindad, pertenecían al campo del derecho privado y civil, es decir, común y de competencia del Congreso de la Nación.

Sin embargo, el nuevo CCyC impuso algunas modificaciones importantes.

En primer lugar, dejó de hablar de “restricciones” -una especie- para referir a las “limitaciones” -el género-. Así, el artículo 1970, ubicado en el Capítulo IV, Límites al dominio, del Título III, Dominio, del Libro Cuarto, Derechos reales, predica, en modo similar a Vélez que: “Las *limitaciones* impuestas al dominio privado...”.

En segundo término, suprimió la palabra “sólo” que precedía en el viejo precepto al término “interés público”. De ello se deriva, lógicamente, la intención del

legislador de no dejar afuera de la norma a aquellas limitaciones impuestas no sólo en interés público, sino también en interés privado, aunque como se ha dicho, lo acertado de esta supresión reside quizás en que en rigor ninguna limitación al dominio resulta establecida en único beneficio del interés público o privado⁸.

Estas dos mínimas supresiones en la redacción del nuevo precepto respecto del anterior no son casuales⁹ y resaltan la intención del legislador de que en general en materia de limitaciones al dominio en interés público y en particular en materia de restricciones al dominio -tanto en interés público como en materia de vecindades el derecho público en general y administrativo en particular el encargado de legislar.

Podría contestarse, con razón, que las competencias para legislar en determinadas materias son establecidas por el constituyente y que la nueva redacción del Código de derecho privado carece por completo de incidencia en ello, pero la cultura jurídica nacional determina que aquello que el codificador dice o calla tiene en los hechos y en el derecho una fuerza suficiente para ser tenida en cuenta, sin perjuicio de la distribución federal de competencias en cabeza del constituyente.

Esto nos lleva, lógicamente, al campo del derecho urbanístico, ámbito propio de las restricciones al derecho de dominio con motivo de la urbanidad, que es de la competencia de los municipios. Es que “es en el derecho urbanístico donde resulta nítido el trayecto vital del derecho de propiedad y su camino evolutivo desde el carácter *absoluto* -dominante en la tradición civilista romana- hasta el reconocimiento de su *función social*, propia de las concepciones socialdemócratas o socialcristianas que propician la intervención del Estado en la economía”¹⁰.

Efectuadas estas disquisiciones, es necesario recordar los caracteres generales de estas “restricciones administrativas” al derecho de dominio. Estas son:

- a) Generales y constantes. Por oposición a las servidumbres y expropiación, que son potenciales y especiales.

⁸ Ver al respecto BOTASSI, Carlos, *Limitaciones administrativas a la propiedad en el Código Civil y Comercial*, en ALONSO VIDAL, Martha, *Cuestiones de derecho urbano*, 1a ed. - Buenos Aires: Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017. ISBN 978-987-23761-5-.

⁹ Debemos recordar que la CSJN tiene dicho desde antaño que los términos de una norma no son superfluos, sino que cabe suponer que han sido utilizados con algún propósito (*Fallos*: 326:1778; 327:223; 331:2550) y que la inconsistencia o falta de previsión del legislador no puede suponerse como regla interpretativa (*Fallos*: 300:1080).

¹⁰ Para ahondar más profundo en estos y otros conceptos relacionados ver ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, 4ta. Edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I, p. 239.

- b) Ilimitadas en número y clase. La única condición es que no lleguen a desmembrar el derecho de dominio.
- c) Imponen obligaciones de dejar hacer y de no hacer, y también de hacer. Ejemplo de éstas últimas podría ser las construir una rampa, una cochera, etc.
- d) No se indemnizan.
- e) Son ejecutorias, si la ley o la naturaleza así lo autorizan.
- f) Recaen sobre inmuebles, como principio.

Por tratarse, en primer término, de medidas estatales y, en segundo lugar, de condiciones del ejercicio del derecho de propiedad, están sujetas a los límites que imponen las constituciones federal y local, entre los cuales se pueden mencionar: la legalidad, finalidad, idoneidad, necesidad, proporcionalidad, inalterabilidad, forma, objeto, competencia, e igualdad (real).

III.- Análisis descriptivo de algunos casos judiciales

A continuación veremos algunos casos en los que el Tribunal Superior de Justicia ha abordado asuntos relativos al objeto de este trabajo.

a. Restricción de cesión de espacios verdes y reservas fiscales vulnerada

Las ordenanzas urbanísticas suelen incorporar un precepto según el cual quien desea realizar un fraccionamiento de un lote para urbanizar, debe ceder en forma gratuita al municipio una porción de esa mayor fracción como condición para la aprobación del fraccionamiento, y que esa fracción cedida se destina a espacios verdes y reserva fiscal¹¹.

¹¹ La Ordenanza neuquina N° 3294/87 sobre fraccionamiento de inmuebles (vigente al momento en que se originó el conflicto) establece que cuando la superficie de la parcela a fraccionar supere los 10.000 m², es obligación del o de los propietarios transferir al dominio público municipal o al dominio privado de utilidad pública municipal, una superficie de terreno equivalente al 10% de la superficie total de la parcela con destino al espacio verde, espacio libre o del dominio privado de utilidad pública municipal (art. 44). Prescribe que bajo ningún concepto deberá destinarse menos del 50% de la superficie cedida a espacios verdes y/o libres (art. 45).

Ciertas veces sucede que luego de ello, esos espacios afectados al dominio público municipal son “tomados” por personas que desarrollan allí una urbanización irregular, o que la Municipalidad directamente autoriza a ciertas personas a utilizarla para fines ajenos a los previstos por la norma de alcance general.

Luego, el Estado suele desafectar del dominio público la superficie ocupada para luego ceder los terrenos a los ocupantes¹².

Acerca de la naturaleza jurídica de esta “limitación”, el TSJ ha dicho que se trata de una “restricción administrativa” que, si bien escapa a los moldes tradicionales de las restricciones administrativas al dominio, participa de su naturaleza, desde que constituye una limitación al derecho de propiedad impuesta en virtud de un interés público que no es resarcible.

Agregó, con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que

quien por propia y voluntaria iniciativa resuelve fraccionar una extensión de tierra de su pertenencia con el objeto de formar un centro urbano, un barrio parque o realizar un loteo para residencias de fin de semana -persiguiendo como es lícito presumir una finalidad lucrativa- debe dejar los espacios correspondientes a calle, ochava y plazas, sin derecho a exigir una indemnización por ello.¹³

Lo irrazonable, sería, en cambio, pretender exigir a la autoridad pública la expropiación de esos mismos espacios, cuando la subdivisión es el resultado de un acto voluntario del titular del dominio.

Distinto es el caso en que el Estado Nacional, provincial o las municipalidades legalmente autorizadas para ello, deciden abrir una calle o camino a través de una propiedad privada o formar en ella un centro de población, en cuyo supuesto la expropiación, con los requisitos que la Constitución Nacional prescribe, calificación por ley de utilidad pública y previa indemnización, se impone necesariamente¹⁴.

¹² TSJ-SPA, Ac. N° 35, *Moltini Beatriz y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ acción procesal administrativa*, Expte. 4100/2013, 21/08/2019. En el caso, los inmuebles cedidos por el propietario a la Municipalidad fueron cedidos por ésta a un club, para que hiciera su sede y cancha de fútbol y a dos particulares, para que construyeran su casa.

¹³ TSJ-SDO, Ac. N° 679, *Cisneros Ana Carolina y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ acción procesal administrativa* (Expte.138/1997), 19/02/2001.

¹⁴ CSJN, *Fallos 277:313*.

Ahora bien, ¿cuál es la posición del TSJ en casos como los planteados anteriormente? Sostiene que cuando se incumple la finalidad perseguida, procede la indemnización del propietario, “no ya por la restricción en sí misma -la cual no es indemnizable, como se dijo- sino por la actuación abusiva del Municipio que, arbitrariamente, varió el destino de los lotes cedidos para fines públicos, vulnerando el derecho de propiedad de la actora”¹⁵.

La pregunta que viene enseguida es: ¿Se trata de un caso de responsabilidad por actividad estatal lícita o ilícita? Ello resulta importante, porque en uno y otro caso difiere, en principio, el alcance de la indemnización¹⁶.

El tribunal entiende que se trata de un caso de responsabilidad ilícita y razona del siguiente modo:

- ✓ Las restricciones al dominio son una condición del ejercicio del derecho de propiedad; una “limitación” que debe ser soportada por el propietario con motivo de interés público y que, en tanto sea de fuente legal y razonable, no necesita ser indemnizada.
- ✓ Siendo ello así, resulta razonable la exigencia impuesta al propietario que decide voluntariamente la venta fraccionada de su inmueble, de ceder en forma gratuita determinada superficie, con destino a la apertura de calles, realización de ochavas, espacio verde, reserva fiscal, etc. Ello constituye una forma de conciliar el interés privado del propietario (realización de un loteo privado, lo que supone un mayor lucro) con el interés público de la sociedad (urbanización de la zona bajo condiciones adecuadas). Esa finalidad pública es la que dota de razonabilidad a la restricción.
- ✓ Cuando dicha finalidad deja de existir, sobreviene el *sacrificio especial* que el administrado no está obligado a sufrir en su propiedad y que, por lo tanto, es indemnizable. Ello es así, puesto que la decisión municipal modifica arbitrariamente la finalidad perseguida por la norma.

¹⁵ TSJ-SDO, Ac. N° 43, *Arétola Mabel Blanca c/ Municipalidad de Plottier s/acción procesal administrativa*, Expte N° 2620/08, 25/04/2012.

¹⁶ Recordemos que según la doctrina de la fuerza expansiva del instituto expropiatorio, la doctrina administrativa mayoritaria y cierta jurisprudencia impuso las restricciones en materia de indemnización del artículo 10 del Decreto-Ley 21.499 a todos los supuestos de responsabilidad estatal por actividad lícita. Luego, la Ley federal 26.944 plasmó legalmente esa doctrina, más allá de que el *óbiter dictum* de la Corte en el fallo “El Jacarandá” había iniciado el camino opuesto, al afirmar, enfático, que: “la extensión del resarcimiento debe atender las características particulares de cada situación [...] no hay, como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante...”.

Entiendo que la mención al término “sacrificio especial” puede inducir a creer que se trata de un caso de responsabilidad por actividad lícita y que ese sería el factor de atribución.

Sin embargo, el TSJ es elocuente al sentenciar que la Municipalidad se aparta arbitrariamente de la finalidad perseguida por la norma que le concede las prerrogativas de actuaciones, por lo que estamos frente a conductas u omisiones antijurídicas y a responsabilidad por *falta de servicio*.

En concreto, los vicios que *prima facie* se pueden advertir en dicho accionar son la vulneración de la inderogabilidad singular del reglamento, la desviación de poder y la arbitrariedad.

Esta circunstancia es advertida por el propio tribunal, quien pone énfasis en la conducta ilegítima e irrazonable del estado demandado¹⁷.

Respecto de la justa indemnización a la actora, el TSJ entiende que no consiste en pagarle el valor actual de las tierras cedidas como “terrenos resultantes del loteo”, sino antes bien su valor como fracción indivisa, es decir, en el estado en que se encontraban antes de la cesión.

En tal sentido, argumenta que si bien la indemnización debe reparar la pérdida efectivamente sufrida, no puede traducirse en un beneficio que coloque al propietario en mejor posición de la que gozaba al momento de producirse el perjuicio.

Por tanto, no habiéndose incorporado ni existido nunca en la esfera patrimonial del propietario el valor correspondiente a la tierra luego de realizado el loteo - por cuanto dichas parcelas nacieron originariamente excluidas de tal destino-, mal puede desprenderse que la indemnización a acordarse comprenda ese valor. Así, resulta plausible que la indemnización considere el valor de las tierras en el estado en que se encontraban previo al loteo y a la cesión realizada al Municipio demandado.

Como vemos, se trata de un típico caso de responsabilidad del Estado por falta de servicio, en el que la indemnización no deriva de la restricción al dominio

¹⁷ Nótese lo enfático de su cita del acuerdo 679/01: *las regulaciones de urbanización generan derechos adquiridos por los vecinos a quienes abarcan, que no pueden ser avasallados sin sustento en una norma general que los modifique o restrinja, debiéndose mantener la afectación aún en este supuesto, dentro del marco jurídico integral al que se lo sometió cuando se decidió el destino señalado. Lo contrario importaría convalidar un accionar indirectamente confiscatorio, cercenador de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad, excediendo y sobrepasando toda razonable reglamentación de dicho derecho.*

-no indemnizable por tal carácter de restricción-, sino de la conducta ilícita del propio Estado, no obstante que se utilice alocución “sacrificio especial”, factor de atribución propio de la responsabilidad del estado por actividad lícita.

b.- Modificación del código urbanístico con sacrificios especiales

En la causa “Giunti”¹⁸, el TSJ evaluó un caso que puede resumirse más o menos así. Una persona adquirió un inmueble que luego fue sometido a restricciones especiales, por lindar con determinadas calles. La Ordenanza Municipal 8201/98 establece que

En todas las nuevas construcciones que se levanten con frente a calles menores de 12,00 m. de ancho, deberá respetarse un retiro de frente hasta la distancia de 6,00 m. al eje de las calles, así como deberá preverse en aquellas parcelas que dificultasen la continuidad de la trama vial. La franja de terreno comprendida entre la L.M. y la línea de edificación resultante del retiro previsto, deberá permanecer libre de toda construcción. (Bloque temático Nro. 1 punto 2.2.1.2.2).

Del fundamento de los actos administrativos surge que el retiro de construcción fue impuesto a fin de que en un futuro pudiera realizarse la continuación de una calle.

Se trata de una restricción transitoria hasta tanto se decida efectuar las obras viales, momento en el cual se concretará una limitación más severa al derecho de propiedad: la expropiación. En efecto, para realizar la prolongación de la vía pública en cuestión o el ensanchamiento de la existente, deviene necesario la previa transferencia de la franja de terreno pertinente al Municipio.

Al respecto, el TSJ sentenció que le Municipio se encuentra facultado para realizar un nuevo plan urbanístico, rediseñando el tramado de las vías públicas, en función del interés de la comunidad.

Sin embargo, todo nuevo proyecto urbano conlleva un costo de ejecución que debe ser presupuestado y solventado con fondos públicos.

No puede pretenderse que las consecuencias económicas de la ejecución del

¹⁸ TSJ-SDO, Ac. N° 1619, *Giunti Rodolfo c/ Municipalidad de Neuquén s/acción procesal administrativa*, (Expte. N° 1327/04), 17/06/2009.

nuevo plan sean soportadas exclusivamente por los propietarios, afectándoseles su integridad patrimonial.

En ese sentido, si para mejorar la conectividad de las vías públicas establecidas deviene necesario expropiar franjas de terrenos privados, el Municipio debe proveer las indemnizaciones correspondientes, a fin de no menoscabar el derecho de propiedad de sus titulares.

En el caso, como consecuencia de estas nuevas restricciones el actor se vio impedido de edificar en tales franjas de terreno. Se inutilizó buena parte de su propiedad (aproximadamente 1700 m², contando ambos frentes) con el consiguiente menoscabo del valor de mercado.

De tal modo, aun cuando podía disponer jurídicamente del mismo, la restricción impuesta disminuye el valor de su lote, en tanto una porción significativa de ella se encuentra sujeta a una eventual expropiación.

A su vez, la prohibición de edificar restringe las posibilidades de utilización del inmueble por el propio dueño, lo que también perjudica su patrimonio.

A ello cabe agregar la indefinición temporaria a la que se encuentra sometida la propiedad, ya que las limitaciones fueron impuestas *sine die*.

Luego de todas estas consideraciones, el tribunal consideró que esta afectación temporaria afectaba severamente el derecho de propiedad del actor, quien no tenía por qué soportar un *sacrificio especial* en beneficio de la comunidad sin percibir a cambio una indemnización¹⁹.

Sin embargo, a diferencia del caso anterior, en el presente la actuación de la Municipalidad transcurrió por los andariveles de la jurisdicción, no excedió la finalidad prevista en las leyes. Simplemente, la necesidad legítima de la comunidad, expresada a través de los actos de alcance general emitidos por la Municipalidad, se erigió en una fuente de perjuicios patrimoniales para el propietario, quien por virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas carece del deber de soportar un daño particularizado en beneficio de la comunidad.

¹⁹ Textualmente, y reafirmando la idea de que las “meras restricciones” no son limitaciones, sino condiciones de ejercicio del derecho de dominio, dijo: “En esta instancia argumental no puede afirmarse que las restricciones impuestas constituyan condiciones normales del ejercicio del derecho de propiedad”.

²⁰ La Ley 1243 prevé una indemnización única que se calcula con el valor de la tierra (T.T.) y la aplicación de un coeficiente de restricción. En ningún caso se abona indemnización por lucro cesante, valor afectivo, histórico o panorámico o por disminución del valor venal.

En orden a establecer la naturaleza jurídica de la afectación realizada por el Municipio, el TSJ, con cita de BIELSA, concluyó que la misma configura una servidumbre administrativa y acudió a fin de cuantificar la indemnización correspondiente al actor, por vía de integración analógica, al régimen de servidumbre de electroducto provincial²⁰.

c.- Invocación de discriminación residir en sitio regulación urbanística específica

En el caso, un propietario vecino de la ciudad de Neuquén demandó a la Municipalidad cuestionando una Ordenanza²¹ y un decreto²², porque, de acuerdo al plan urbano ambiental, estas normas no les permitían instalar un vivero en el inmueble de su propiedad, situado en frente de la Ruta Nacional N° 22 entre las calles Belice y Ecuador.

Se trata de una zona residencial que, como principio, no admite actividad comercial. Según las normas aplicables, es posible obtener un permiso para instalar dicho comercio por medio de un “convenio de acción concertada” con la Comisión Vecinal del barrio o plantear una excepción ante el Concejo Deliberante²³.

Los agravios de la actora fueron:

- ✓ Violación de la igualdad: pues todo el corredor ruta 22 desde el puente Cipolletti hasta Plottier, a ambas manos (más de 26.000 metros lineales), está repleto de comercios y solo en algo más de cuatrocientos cincuenta metros lineales está prohibido o condicionado²⁴. Además, en esas poco más de cuatro cuadras hay muchos comercios, que accedieron antes de la modificación, o bien después mediante convenios de acción concertada o excepciones emitidas por el Concejo Deliberante. Aquí planteaba la desigualdad fáctica en dos niveles: a.- Respecto de otras zonas ajenas al Barrio Barreneche y b.- Respecto de sus propios vecinos de dicho barrio.

²¹ Ordenanza N° 9963.

²² Decreto N° 0092/21.

²³ El convenio de acción concertada es un acuerdo entre el vecino y la comisión vecinal que tiene por objeto permitir un uso en principio no permitido. La excepción es un acto de derogación singular del reglamento por parte del Concejo Deliberante, extrañamente aceptado en la totalidad de los municipios argentinos. Una enorme fuente de corrupción sobre la que casi nadie habla.

²⁴ Se trata del Barrio “Barreneche”, que de acuerdo con la regulación urbana es residencial densidad media baja.

- ✓ Inconstitucionalidad de la Ordenanza 9963: Por delegar en cabeza de los vecinos la habilitación de un comercio.

La sentencia rechazó la demanda con los siguientes argumentos.

En relación con la primera cuestión (trato diferencial del barrio Barreneche respecto de todo el corredor vial ruta 22), debemos destacar que se trata del cuestionamiento de una norma urbanística de alcance general, de la clasificación del suelo urbano y su zonificación²⁵, porque las consecuencias no satisfacen los deseos o intereses de quien reside en una determinada zona.

Esta pretensión no registra pronunciamientos positivos en la jurisprudencia argentina.

Sabemos desde antaño que la igualdad ha sido concebida por la Corte federal como la exigencia de que se trate del mismo modo a quienes se hallan en iguales circunstancias. Luego, también derivamos de tal concepto que igualdad no significa uniformidad ni impide formular al Estado categorías dentro de la población, a condición de que tales criterios clasificatorios no tengan una finalidad hostil o persecutoria²⁶.

Más en concreto, podemos decir que resulta lesiva de la igualdad, por ejemplo, la zonificación racial²⁷, que involucra una categoría sospechosa y se presume inconstitucional, así como eventualmente aquellas que resulten claramente carentes de razonabilidad, estando en este último caso en cabeza de quien la cuestiona la carga argumentativa y probatoria.

En fin, en materia de zonificación la Corte ha dicho, en el mismo sentido, que la fijación de radios y condiciones para la fijación de mercados, generales y particulares, es función municipal y en cuanto no sea ejercida en forma arbitraria, desigual, carente de fundamentos legales, o de índole persecutoria, debe admitirse²⁸.

Respecto de su comparación con otros vecinos del Barrio “Barreneche”, que accedieron a la excepción (ora a través del convenio de acción concertada con la junta vecinal, ora a través de una excepción del Concejo Deliberante) la sentencia

²⁵ Para ahondar más profundo en estos y otros conceptos relacionados ver ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, 4ta. Edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo I, Caps. VI (Planeamiento. Planeamiento Territorial) y VII Planeamiento. Planeamiento estatal y propiedad privada.

²⁶ CSJN, *Fallos*: 115:111; 138:313; 162:414; 198:112, entre muchísimos otros.

²⁷ CS EEUU, *Buchanan vs. Warley* 245 U.S. 60 (1917) y *Harmon vs. Tyler*, 273 U.S. 668 (1927).

²⁸ CSJN, *Fallos*: 195:114.

rechazó la demanda porque la actora no pudo acreditar un trato discriminatorio, pues no acudió a dichos mecanismos, sino que se limitó cuestionarlos en abstracto.

Una definición sobre esta eventual desigualdad entre quienes tienen comercios o establecimientos en esta zona exigiría verificar la decisión de la Comisión Vecinal que define si permite o no instalar determinados establecimientos.

La Corte ha admitido pretensiones fundadas en la vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley por parte de la administración y en concreto cuando ésta concede un permiso o licencia a unos y lo deniega a otros en casos similares sin razón aparente del trato diverso²⁹, pero es condición de ello acreditar ambos supuestos fácticos.

En resumen, la violación de la igualdad en la aplicación de la norma recién podría verificarse si la actora solicitara sin éxito el convenio de acción concertada y luego, también sin éxito, la excepción del Concejo Deliberante. Antes de ello, la desigualdad no se verifica, porque la cuestión constitucional no se halla madura.

Una cuestión constitucional está madura para su control judicial, cuando el acto gubernamental cuestionado tiene efectos adversos sobre el interés del individuo que efectúa el reclamo, o bien existe un peligro cierto y concreto de que esos efectos adversos ocurran en un futuro lo suficientemente inmediato como para justificar la intervención del Poder Judicial³⁰.

En el caso el actor cuestionó los convenios de acción concertada en abstracto, sin recorrer el camino para generar un caso concreto. Como ha dicho BIANCHI,

el control difuso no enjuicia a la norma en sí, de manera abstracta, sino que enjuicia su aplicación al caso concreto. De tal modo no juzga lo legislado por el Congreso sino en todo caso lo disvalioso que puede resultar esa decisión legislativa en un caso particular.³¹

²⁹ CSJN, Fallos: 298:223; 290:407. Para un análisis exhaustivo DIDIER, María Marta, *El principio de igualdad en las normas jurídicas*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.

³⁰ LAPLACETTE, Carlos José, *Inconstitucionalidad. Exigencias temporales del caso judicial*, LA LEY 23/02/2015, 23/02/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/4623/2014.

³¹ BIANCHI, Alberto B. *La legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad (apuntes en relación a los magistrados judiciales y a los tribunales administrativos)*, 2001, Publicado: RDA 2001-127. Abeledo Perrot N°: 0027/000010.

³² Ver TSJ R.I. 223/84, R.I. N° 1899/98, R.I. 2909/01, R.I. 4859/05 y 8/10, entre tantas otras.

En el sistema constitucional neuquino, como sabemos, existe una instancia de control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las normas, creado por los artículos 16 y 241 inciso a) de la Constitución y delineado en sus contornos por la Ley 2130 y la jurisprudencia del TSJ³².

Esta modalidad de control esencialmente local permite a un solo órgano del sistema (el Tribunal Superior de Justicia) juzgar sobre la constitucionalidad de normas locales de alcance general sin los requisitos del control difuso y con la consecuencia de la derogación de la norma declarada inconstitucional.

Sin embargo, no es posible llevar a un juez de primera instancia una causa que no se halla madura para la indagación de la constitucionalidad de la norma, porque el actor escogió no agotar las instancias procedimentales de su aplicación y, de tal modo, no es posible saber si el agravio que dice tener se mantendría en esa hipótesis.

d.- Omisión de dotar de infraestructura a ciertos loteos³³

En el caso, la parte actora accionó con la pretensión de que se ordenara al Municipio de Junín de los Andes realizar, por sí o por tercero, la red vial de acceso y de provisión del servicio de agua corriente para la “Villa Huechulafquen”.

En primera instancia, el Juez procesal administrativo de Zapala hizo lugar a la demanda bajo el siguiente razonamiento: tratándose de urbanizaciones privadas, la obligación de realizar la apertura y trazado de las calles recae sobre el loteador o propietario de la mayor fracción, siempre que no haya sido objeto de subdivisión, pero una vez aprobado el loteo y subdivididas las parcelas, las vías de circulación pasan a formar parte del dominio público y, en cuanto tal, su apertura y mantenimiento le corresponde al Estado municipal.

Si al momento de la ampliación del ejido urbano de la Municipalidad de Junín de los Andes, el loteo “Villa Huechulafquen” ya había sido aprobado por la Provincia, la comuna recibió un inmueble ya fraccionado, lo que importa que las calles trazadas y espacios comunes previstos pasaron a integrar el dominio público municipal y, por ende, su apertura y mantenimiento se encuentra a su cargo.

El TSJ revocó la sentencia de primera instancia. Para ello razonó que un bien pertenece al dominio público cuando exista la voluntad de la autoridad competente

³³ Se analiza en este punto el Acuerdo N° 51, causa *Funes, Orlando Lucio c/ Municipalidad de Junín de los Andes c/ acción procesal administrativa*, Expte. OPAZA1 N° 2942/2010, 26/11/2020.

de someterlo al régimen dominial -expresada mediante ley, acto administrativo o hechos, de conformidad con la índole del bien de que se trate- y, además, se encuentra librado al “uso público”, directa o indirectamente.

Por lo tanto, el trazado de una calle para el loteo, el acto de aprobación del mismo o el visado de los planos constructivos, no importa automáticamente la incorporación de la dicha fracción al dominio público del Estado. Hace falta, además, que la afectación quede perfeccionada; que la cosa o el bien se halle librado al uso público en forma real y actual.

Luego, si el bien no está de hecho afectado al uso público, no forma parte del dominio público y, como consecuencia de ello, no es deber del municipio mantener los caminos de ese loteo ni dotarlo de servicios ni urbanizarlo.

La decisión de urbanizar un loteo, continúa el TSJ, forma parte de aquellas decisiones de política pública propias de la gestión del bien común que le ha sido confiada al Municipio. Por tal razón, el Poder Judicial no podría -en principio- sustituir el criterio de los órganos comunales en lo que respecta al despliegue de aquellas potestades de planeamiento vial y urbanización respecto de las que conserva un cierto margen de arbitrio o libertad, y que se relaciona estrechamente con un juicio de ponderación acerca de la necesidad, oportunidad, posibilidad y conveniencia de realizar obras de infraestructura en zonas que, en principio, no aparecen como nutridas poblacionalmente o constituyen una residencia permanente.

En esta causa, considero, el TSJ toma una postura deferente, que emana de entender de modo previo que el Municipio no debe abrir calles si por las huellas en mal estado, que no permiten el tránsito, no circulan vehículos, porque ello impide que se configure el requisito del uso público.

En este sentido, entiendo que la aprobación del loteo y de la subdivisión significa que los espacios verdes, reservas fiscales y calles pasan a ser del dominio público.

Una solución distinta conduciría a que el Municipio, luego de aprobado un loteo, con sus calles trazadas y sus espacios públicos determinados, podría disponer libremente de esos espacios, lo que generaría en los propietarios de los lotes infinidad de trastornos.

Por otro lado, el hecho de que las calles trazadas en el plano sean huellas intransitables por falta de mantenimiento por 30 años, más que una señal de ausencia de afectación real al uso público, es un signo de la imposibilidad del público de usarlas, por su pésimo estado de conservación y mantenimiento.

Estimo entonces que si bien no se puede obligar al municipio a realizar por sí el trazado de calles, sí es su deber garantizar que las calles trazadas en el plano de subdivisión aprobado, que sí son del dominio público municipal, sean abiertas.

Es que, en mi criterio, la asunción de las competencias y facultades que los municipios ostentan en virtud de su autonomía también los llena de deberes jurídicos concretos que deben cumplir para no incurrir en responsabilidad por omisión.

En tal sentido, la doctrina considera que los espacios destinados a calle, con la aprobación de los planos del loteo, pasan a ser del dominio del Estado³⁴.

IV. Reglas derivadas de la jurisprudencia del TSJ

Del análisis de los casos seleccionados podemos extraer las siguientes reglas

a.- Las denominadas “restricciones administrativas a la propiedad privada”, más allá de ser referenciadas como una especie dentro del género de las limitaciones administrativas a la propiedad, son, como ya lo decía BIELSA, meras condiciones del normal ejercicio del derecho de dominio.

Es por ello que son generales y constantes (por oposición a las servidumbre y expropiación, que son especiales y potenciales), ilimitadas en número y clase y, sobre todo, no indemnizables.

Aunque no se trate en rigor de “limitaciones”, por tratarse de medidas estatales, deben cumplir con los recaudos constitucionales exigibles a todo acto estatal: esencialmente y en sentido amplio, competencia, legalidad, igualdad y razonabilidad.

b.- Cuando una mera restricción, no indemnizable por definición, muta a un desmembramiento del derecho de dominio, por modificarse por ejemplo la finalidad que la norma daba a las porciones de terreno reservadas a espacio verde y reserva fiscal, deja de ser tal cosa y se transforma en un acto estatal ilícito. Genera responsabilidad estatal por actividad ilícita, con las consecuencias patrimoniales propias de este instituto (reparación plena).

c.- Cuando se indaga en una medida que aparenta ser una mera restricción pero, sin ser ilícita o irrazonable ni verificarse que su finalidad ha sido alterada, se

³⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo V, Ed. Abeledo Perrot, p. 189 y CSJN, *Fallos* 194:422 y 426:428.

advierte que conlleva un desmembramiento del dominio, estamos en presencia de una verdadera limitación administrativa al derecho de dominio.

En este caso, el Estado, habilitado por razones de interés público para proceder en ese sentido, debe indemnizar el sacrificio especial del propietario perjudicado. Se trata de un caso de responsabilidad estatal por actividad lícita, con las consecuencias patrimoniales que ello involucra (como principio y según la jurisprudencia dominante, reparación acotada).

Para indemnizar esas consecuencias se acude a la técnica de la analogía y a normas que regulan servidumbres administrativas. Estas, como principio, excluyen la indemnización del lucro cesante.

d.- Para cuestionar la constitucionalidad de ordenanzas de planificación urbanística o zonificación por resultar las mismas discriminatorias, o porque implican en los hechos delegar decisiones propias de los representantes en los representados, es necesario que exista un caso constitucional maduro. Sobre el punto, no es posible cuestionar en abstracto estas normas sin haber transcurrido por el procedimiento que ellas establecen por no estar de acuerdo con sus términos. Es necesario un agravio constitucional actual.

e.- La aprobación de un loteo y subdivisión con trazado de calles por parte del Estado, no convierte esas calles trazadas en dominio público. Es necesario que concurra el segundo requisito, adicional a la voluntad estatal expresada en un acto jurídico, consistente en la afectación real de esas calles al uso público. Al tratarse de bienes ajenos al dominio público, el estado municipal no está obligado a mantener esos caminos ni mucho menos a dotar al loteo aprobado de servicios.

V. Conclusiones

En apretada síntesis, concluimos en que el TSJ local, más allá de las terminologías que utiliza, participa de la idea de que las restricciones administrativas a la propiedad, más que limitaciones al derecho de dominio, son condiciones de un razonable ejercicio de dicho derecho, y es justamente esa característica la que las excluye del derecho a indemnización.

Luego, si exceden de una mera restricción -en condiciones de generalidad e igualdad- y afectan individualmente al titular dominial, serán indemnizables.

En tal caso, deberemos distinguir:

a.- Si la causa del exceso es la mutación a un desmembramiento del dominio en violación a la finalidad prevista por la norma, se tratará de un caso de responsabilidad por actividad ilícita.

b.- Si el desmembramiento proviene de una norma lícita que genera un sacrificio especial, estaremos frente a una servidumbre y se aplicarán las normas relativas a esta última limitación.

Como bien lo marca ROSATTI, con citas de BANDEIRA DE MELO y MAC DONALD, es necesario en cada caso conjugar y hacer jugar armónicamente los principios de igualdad y razonabilidad con el derecho de propiedad y evaluar si, en concreto, se verifica un sacrificio especial del sujeto afectado o, por el contrario, una mera molestia, dispuesta en forma general.

La casuística, que a medida que avance el crecimiento de las ciudades y las normas protectorias del patrimonio cultural se irá incrementando y enriqueciendo, impide formular más reglas generales que ésta, y, en definitiva, será necesario hacer jugar los grandes postulados de la constitución (libertad e igualdad, propiedad y razonabilidad) para determinar en cada caso la ilicitud o licitud de la restricción y, en este caso, si se trata de un desmembramiento del dominio de una mera molestia.

Referencias bibliográficas

Botassi, Carlos (2017) *Limitaciones administrativas a la propiedad en el Código Civil y Comercial*, inédito.

Cassagne, Juan Carlos (2021) *La indemnización expropiatoria como institución de derecho público. Régimen de la administración pública*, Numero 155. La Ley. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Página 9.

Cassagne, Juan Carlos (1987) *Las limitaciones de derechos privados por razones de interés público*, en *Cuestiones de derecho administrativo*, Depalma. Buenos Aires. pág 129.

Diana, Nicolás (2020) *Notas sobre servidumbres administrativas en el marco de la ley 24.076*, La ley 01/10/2020, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/2793/2020.

Diez, Manuel María (1980) *Derecho Administrativo*, bibliográfica Omeba. Cuauhtémoc, CDMX.

- Gelli, María Angélica (2010) *El principio de supremacía federal y los derechos propietarios en el Camino de Sirga en el caso 'La mañanitas'*, LA LEY, 2010-A, 437, Sup. Const. Feb.
- Leiva Fernández, *Límites de la ocupación temporánea normal y acciones a que da lugar*, LL 1981-C-1141.
- Maiorano, Jorge L. (1978) *La expropiación en la ley 21.499*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, pág. 198.
- Marienhoff, Miguel (1997) *Servidumbre de electroducto*, su régimen jurídico, ED tomo 173, página 1043.
- Marienhoff, Miguel (1987) *Tratado de Derecho Administrativo*, 4 edición, Tomo IV. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- Massimino, Leonardo F., *Servidumbre administrativa de gasoducto*, LA LEY, 2009-D, 1189.
- Ottonello, *El avenimiento en la expropiación*, La Ley 1987-E-610.
- Pozo Gowland, Héctor M., *Servidumbres administrativas de electroducto. Cuestiones relevantes*, RDA, 2010-73, 537
- Rosatti, Horacio (2012) *Tratado de derecho municipal*, 4ta edición ampliada y actualizada, Rubinzal Colzoni. Santa Fe.
- Ross, Alf (2004) *TuTu*, Quartier Latin. Sao Paulo.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín (1956) *Derecho Administrativo*, Tomo IV *Limitaciones a la propiedad*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires.
- Zabale, Ezequiel M., *Servidumbres administrativas tic: hacia una nueva servidumbre*, ADLA 2023-3, 106. CITA: TR LALEY AR/DOC/248/2023.

El testimonio del niño, niña y adolescente en la decisión judicial

Por Guillermo MERLO y Fernando MERLO***

Planteo inicial

En el presente estudio, abordaremos las implicancias de los testimonios de menores¹ en el proceso penal rionegrino; a fin de profundizar en su importancia, analizar su estructura y ofrecer una perspectiva de abordaje judicial; pues sabemos que en la investigación criminal, tales testimonios deben ser utilizados excepcionalmente, para evitar la vulneración de tan especial sector; pero la realidad muestra que en cierto tipo de casos, los mismos no pueden ser prescindidos, pues ellos se constituyen como el único medio de prueba disponible para edificar el caso penal, siendo rara la posibilidad de construcción mediante pruebas biológicas y/o tecnológicas, como sería óptimo.

Particularmente, en los delitos sexuales y entre paredes en perjuicio de menores, su relato se torna crucial, en el entendimiento que el acto se nutre principalmente de la clandestinidad, por lo cual hay dos premisas fundamentales a la hora de su colecta: mayor precisión en su contenido y

* Abogado (UNCo), Juez de Juicio, 4ta. CJ-RN.

** Lic. Psicología (UFlo), Diplomado en Psicodiagnóstico Clínico.

¹ Al referirnos al menor, nos referiremos a los niños, niñas y adolescentes conforme lo prevé la ley 26061.

mayor premura en su adquisición. Sin perjuicio de ello, es necesario anotar que, a los mismos no se los puede tener por automáticamente creíbles ya que se debe considerar la fragilidad de la memoria, la alteración de la realidad de que adolezcan, la facilidad en que pueden ser guiados, e incluso el temor a la desaprobación de los adultos.

Sentado lo dicho, hay dos tareas a emprender: 1- Su recepción, y 2- Su valoración judicial. Ellas constituyen el objeto del presente trabajo.

Hace años que la toma de los mismos por abogados y/o jueces ha sido dejada de lado, principalmente en atención al sector etario involucrado; y por ello se implementó el mecanismo propio de la cámara Gesell y su recepción, mediante el anticipo jurisdiccional de prueba; en el afán de dar con las dos premisas apuntadas. Precisión, mediante el dispositivo; y premura, mediante el anticipo jurisdiccional; para dar lugar luego a su comprobación y su valoración, evitando así los interrogatorios que hicieran mella en derredor de su credibilidad, pues importante es analizarlo técnicamente, no desde el derecho, sino desde la psicología: memoria, y circunstancias pueden afectar y condicionar su contenido.

Evaluar su coherencia, su contextualización, y corroborarlo con otros elementos a partir de él, es el mecanismo que se aconseja; pero aquí entra a jugar la permeabilidad del juzgador a la hora de atender a si el contexto le ha sido suficiente, si los detalles dados son lógicos y esperables; en definitiva, deberá perforar el tamiz del convencimiento cuantitativa y cualitativamente más allá de toda duda razonable, sobre la ocurrencia histórica del hecho y la autoría penalmente responsable del imputado. Por ello la creatividad en la búsqueda de elementos corroborantes de la versión será necesaria; el arte de la litigación permite hacerlo gracias a la plasticidad que presentan los sistemas acusatorios, partiendo de la base de que en todo relato hay mucha información para testear su credibilidad.

En tal tarea pensemos, por ejemplo, si el testigo además de relatar el hecho propiamente dicho, esgrime una serie de proposiciones fácticas que han podido ser corroboradas independientemente, a pesar de que puedan o no tener relación directa con el evento denunciado, ¿por qué desconfiar del hecho delictivo relatado? ¿No daría ello un mayor nivel de confianza al testimonio? ¿No dotaría de mayor rendimiento convictivo al Tribunal?

Tras cartón; imprescindible es la participación de profesionales de la psicología para determinar el momento oportuno de su recepción, la declaración misma, y luego su validación. Así es necesario detenernos un instante en la vulnerabilidad

de los menores, sin perder de vista que ya afrontar un interrogatorio es una difícil tarea para cualquier persona, y más en el caso de las víctimas pues se las podría llegar a revictimizar; e incluso a un testigo no víctima, se lo podría someter a una especie de examen si no se da un correcto y adecuado método de interrogatorio, pudiendo incidir negativamente en la información que se aporte.

Interés superior del menor

En lo que nos interesa, la integridad psicológica de los menores, y más aún de las víctimas, requiere un especial cuidado, lo cual viene reconocido internacionalmente con la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada un año después por Argentina e integrante a partir de 1994 del bloque constitucional tras el Pacto de Olivos, estableciéndose con ella el concepto rector del “interés superior del menor” conforme lo establece el art. 3.1 del instrumento:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

A partir de ese hito, la legislación ha ido adaptándose, así como también la jurisprudencia y los procedimientos en pos de obtener la necesaria eficacia probatoria y velar por la no revictimización de los menores, puesto que, por ser menores, ya son un sector social vulnerable, debiéndose atender exhaustivamente a que el interés superior no se vea afectado. Sin perjuicio de ello, su aplicación no opera como un concepto vacío y abstracto, sino que debe analizarse en cada caso concreto, en función de que el mismo opera como un derecho sustancial, una norma de procedimiento y un principio normativo según las circunstancias particulares y se lo aplica como un concepto dinámico. El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso (T.I., Auto Interloc. 71/21).

En definitiva, lo que se busca proteger es el desarrollo psíquico y físico pleno, teniendo en cuenta la edad lógica y cronológica de la persona menor de edad desde la cual se recaban datos e información, toda vez que su desarrollo evolutivo y madurativo puede predisponer a cierto grado de vulnerabilidad a la hora de las entrevistas.

Recepción del testimonio. Anticipo jurisdiccional de prueba

Sobre el anticipo jurisdiccional de prueba que prevé el Código Procesal local, como herramienta, es dable indicar ciertas consideraciones para la procedibilidad de la excepción a la regla en materia probatoria. Así se establece en el art. 150 y 151 en qué casos procede el mecanismo, es decir, ante qué contingencias o circunstancias las partes pueden producir prueba, con valor de tal, así como también sus requisitos. Su importancia radica en que estaríamos ante un acto judicial irreproducible y definitivo, siendo además un mecanismo excepcional, por tanto, sumamente restringido (Sánchez Freytes, 2017, T.II, pag. 176).

Lo relevante del mecanismo, es su carácter de acto definitivo, sin posibilidad de repetirlo o mejorarlo ulteriormente, e irreproducible porque en las condiciones que se produjo, será ya imposible realizarlo (Jauchen, 2017, pag, 119/120). En tal sentido, la normativa local lo regula con claridad no habiéndose generado situaciones conflictivas en derredor de su operatividad, puesto que el legislador, estableció para ella los mismos recaudos que para la producción probatoria, es decir, una discusión sobre su admisibilidad, y otra sobre su producción, dejando reservado al Tribunal de Juicio su valoración definitiva.

Sobre la característica de irrepitable postulada por Jauchen, si bien adherimos en punto a que la misma evitaría suspicacias en cuanto a su valor convictivo, en nuestra provincia, ese principio es franqueable, pues puede suceder que sea necesario repetirlo ante circunstancias extraordinarias, como por ejemplo ante casos en que el menor al momento del acto no pueda desenvolverse; o ampliarse, por ejemplo, en caso de surgir nuevos elementos a explorar. Lo excepcional encuentra ajuste jurisprudencial por parte del S.T.J. (Se. 141/18), en oportunidad en que se tuvo por válidos los dichos vertidos en la segunda oportunidad porque se detectó que la negativa inicial encontraba una explicación plausible y coherente con el resto del material probatorio.

Clarificando, como anticipada y jurisdiccional que es, la diligencia será dirigida por un Juez de Garantías por realizarse en la etapa preliminar; quedando registrada digitalmente. En el acto se respetarán los principios procesales del art. 65 CPP, es decir, la inmediación, y la participación de las partes, dándose la oportunidad de litigar en cuanto a su admisibilidad, y sobre el contenido de la información. Por ello, es que el acto constituye por esencia prueba, la que quedará a disposición de las partes para ser reproducida en el juicio, para ser valorada en las alegaciones fi-

nales, y -por supuesto- a disposición del Tribunal en faena de resolver el fondo de la cuestión.

Dable es indicar que, en la legislación interna e internacional, los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser informados porque es ineludible y complementario del derecho a ser escuchados, motivo por lo cual mediante Resolución nro. 163/07 el S.T.J. reglamentó la recepción de los testimonios de los menores, en principio para el fuero penal pero extensible a los demás fueros bajo las siguientes pautas:

- ✓ Que se registren digitalmente.
- ✓ Que en las audiencias se evite el contacto con las partes, detenidos, y con el público en general.
- ✓ Que la recepción del testimonio sea -en lo posible- única, válida en todas las instancias, que resista los análisis y aporte herramientas los operadores que intervengan.
- ✓ Evitar demoras en los turnos, pues ello conspira con la recordación del hecho, siempre y cuando desde el punto de vista técnico el niño se encuentre en condiciones de declarar.
- ✓ Adecuar el mobiliario de la sala acorde a la edad del entrevistado.
- ✓ Preservar la privacidad de las declaraciones.
- ✓ Que los interrogatorios sean efectuados con tranquilidad atendiendo al relato del declarante. Primero se lo escucha y luego, de ser necesario, se le realizarán las preguntas que el profesional considere, por propia iniciativa o de las partes.
- ✓ Las partes, propondrán preguntas, en forma previa a la audiencia, presenciando la declaración fuera del recinto y sin ser visualizados por el interrogado, efectuando en el acto ampliación de preguntas, las cuales serán señaladas por el requirente al profesional, previo finalizar el interrogatorio.
- ✓ El profesional se retirará momentáneamente del recinto, por única vez, por breve tiempo y sin afectar el estado psíquico del interrogado, a recibir las preguntas, sin perjuicio de la reelaboración de las mismas que haga.

Hay que tener en cuenta que la resolución 163/07 fue dictada durante la vigencia del sistema procesal mixto (Ley 2107) y que la misma perdura en la actuali-

dad puesto que ella fue entendida como un mecanismo de producción probatorio anticipado. El objetivo del instrumento siempre fue el mismo, y como siempre se trató de un procedimiento jurisdiccional para recabar prueba lato sensu, el mismo es adaptable a todo sistema procesal.

Su operatividad es la siguiente:

- ✓ El Ministerio Público Fiscal, cuando a consideración de la Oficina de Atención a la Víctima, entienda que el menor se encuentra en condiciones de declarar, requerirá a la Oficina Judicial audiencia de anticipo jurisdiccional de prueba.
- ✓ Se convocará al Juez, Fiscal, Defensor de Menores, imputado y su Defensor.
- ✓ Reunidos, el acusador explicará los motivos de su petición y establecerá los puntos de interés. Se escuchará a las demás partes, las que podrán oponerse o aceptar la diligencia proponiendo también líneas de interrogatorio.
- ✓ En esta audiencia se encontrará presente también el profesional del Cuerpo de Investigación Forense quien realizará el mecanismo de interrogación.
- ✓ Luego de ello, el Juez admitirá o no la declaración. Para el caso de admitirla, en la misma jornada se la recepcionará mediante el dispositivo con transmisión directa para los litigantes, para que ejerzan el control.
- ✓ Finalizado, el psicólogo retornará a la sala de audiencias y a instancias del Juez, se podrán realizar más o nuevas preguntas que hubieren surgido de la primera parte de la declaración, y si no las hay, allí se dará por concluido el acto.
- ✓ Luego, y de acuerdo a las circunstancias del caso, se podrá encomendar al Cuerpo de Investigación Forense la pericia a fin de evaluar la credibilidad del relato.

A modo de conclusión, sobre el procedimiento y el método de formación de las pruebas, atinadas son las enseñanzas de Ferrajoli (2011, pag. 611/612), al decir que las correctas modalidades y formalidades que conforman los ritos son una garantía de satisfacción y control de las partes sobre el proceso, pues la observancia del él no sólo es garantía de justicia, sino también una condición necesaria de la confianza de los ciudadanos en la justicia. En esa sintonía, podemos decir que el derecho procesal es el ámbito natural de las garantías.

Evaluación psicológica de la credibilidad

Abordaremos ahora lo que implica evaluar psicológicamente la credibilidad del relato; con la certeza de que en el pasado ha quedado el paradigma de que el testimonio lo recepcionen profesionales del derecho, pasando a manos de psicólogos, apareciendo esa disciplina como la más razonable en su intervención, siendo necesario en este acápite desarrollar el método propuesto, y aceptado, del *Statement Validity Assessment -SVA-* (Köhnken, Manzanero, Scott, pags. 13-19, 2015).

Así las cosas, la pregunta obligada será: ¿Cuáles son los estándares necesarios para poder valorar las declaraciones de menores científicamente?

En este punto, los sistemas acusatorios pueden llevar a que los mismos sean observados por los litigantes como sistemas adversariales propia y exclusivamente, olvidando -tal vez- el sistema de garantías que deben estar presentes en todos los procesos en los cuales, el Fiscal no solo representa a la víctima, sino a la sociedad toda, debiendo cargar también con la salvaguarda de las garantías constitucionales y convencionales de los acusados, pues todo el sistema de garantías se vuelve carga para el acusador público. Los debates, y las artes de la litigación, pueden hacer mella en los operadores judiciales, y más aún si el escenario es ante jurados populares, donde en el afán de probar, se prenda a impresionar.

En consonancia; y en el camino de construcción de una decisión jurisdiccional que se incline por el convencimiento de la teoría del caso de una de las partes por ser probada verosímelmente; en primer lugar, hay que controlar que la imputación satisfaga por sí misma las condiciones de verificabilidad, es decir, que señale una conducta externamente verificable, que se ajuste normativamente, reprochable a su agente y que su antijuridicidad se demuestre mediante lo lesivo de su acontecimiento (Schiavo, 2013, pags. 14/51). En segundo lugar, se debe superar las condiciones de verificación, es decir, que sea pasible de ser valorada como verdadera, y alternativamente debe ser posible lo contrario, por ello se requiere de imputaciones claras, precisas y circunstanciadas (art. 159 inc. 2 del CPP).

Dicho lo anterior, las pruebas que constituyen las columnas de la imputación tienen que cumplir condiciones de validez para acreditar cada proposición fáctica; condiciones constituidas por la pertinencia y la admisibilidad probatoria. Respecto a la pertinencia debemos dejar en claro que ella se da cuando se demuestra una conexión entre su aporte y lo que se pretende acreditar por su intermedio. En cuanto a

la admisibilidad, se deberá controlar que se encuentren presentes sus requisitos intrínsecos propios, como son los de científicidad y de confrontación del testimonio.

Respecto a la científicidad no encontramos inconvenientes cuanto ella se extrae de las ciencias duras, cuyos procedimientos se encuentran regulados, verificados y validados. En contrario, se ha visto cuestionada la verificación de la prueba mediante, por ejemplo, la psicología como ciencia blanda; respecto a que si las afirmaciones que ella aporte pueden ser válidamente consideradas como elementos probatorios desde los que se pueda realizar una valoración judicial que afirme o no la hipótesis acusatoria.

En este punto, aparecen medulares las enseñanzas dejadas por los fallos “Daubert” (1993), “General Electric” (1997) y “Kumho” (1999), del Tribunal Supremo de EEUU, los cuales han dado lugar a los “Criterios Daubert”. A partir de ellos, se exige que los dictámenes periciales, antes de tener la entidad necesaria para ser valorados judicialmente, fueran analizados a la luz de cinco criterios de adecuación científica, ello para evitar que se presente cualquier información que vía pretexto de científicidad luciera como una verdad a los ojos del juez:

- ✓ Que la técnica utilizada por el perito esté suficientemente probada frente a errores; controlable y falseable.
- ✓ Que la técnica empleada cuente con un porcentaje de error.
- ✓ Que el procedimiento pueda ser controlado por otros expertos; que pueda ser revisado entre pares (peer review).
- ✓ Que haya consenso científico sobre la fiabilidad de la técnica, es decir, sobre la pertinencia del método y sus conclusiones.
- ✓ Que la técnica utilizada sea eficaz y eficiente, vgr., correspondencia directa entre el método y aquello que pretende acreditarse.

Ha sido tal la implicancia de estos criterios, y su reiteración en el tiempo, que se ha terminado por establecer (en Estados Unidos), que el testimonio experto debía fundarse en la aplicación de métodos confiables y adecuados a las circunstancias concretas del caso, puesto que, el conocimiento científico, técnico u otro especializado ayuda al juzgador a entender la evidencia, o a determinar un hecho. Lo dicho ha impactado directamente en las Reglas Federales de Evidencia, formando parte de ellas bajo los siguientes términos: “Regla número 702: Un testigo que esté calificado como experto por conocimiento, habilidad, experiencia, capacitación o

educación puede testificar en forma de opinión o de otra manera si: (a) el conocimiento científico, técnico u otro conocimiento especializado del experto ayudará al juzgador de hechos a comprender la evidencia o a determinar un hecho en cuestión; (b) el testimonio se basa en hechos o datos suficientes; (c) el testimonio es producto de principios y métodos confiables; y (d) el experto ha aplicado de manera confiable los principios y métodos a los hechos del caso.”

Localmente, y de total actualidad, el criterio se sostiene y ha sido el Tribunal de Impugnación, quien ha señalado que las pericias psicológicas ofician casi a modo de intérpretes del relato de la víctima, y cuando incorporadas al proceso no es posible separarlas de aquél, por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración de una persona que ha sido víctima de un abuso. Así cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato de la víctima, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador y que por ende no pueden motivar su decisión. (T.I., Se. 41/23).

La pregunta que surge en lo que nos convoca, es si la técnica del SVA cumple con los criterios “Daubert”, y si podemos considerar a los dictámenes periciales psicológicos como científicos para que luego impacten directamente en la construcción de la decisión; y la respuesta se encuentra tras analizar su adecuación a cada uno de los criterios antes enumerados, adelantando una respuesta negativa.

Ello responde a que el método está diseñado sobre la base misma de un sistema de generación y falsación (Köhnken, Manzanero y Scott, 2015), tras arribar mediante un estudio porcentual que el SVA no es una prueba psicométrica, sino un procedimiento de generación y falsación de hipótesis sobre el origen de una declaración. En este sentido, el Tribunal de Impugnación (Se. 32/23) agregó que la prueba pericial requiere que sus conclusiones estén acompañadas de fundamentos confiables o de valor científico; por ejemplo, así se sostiene en la jurisprudencia norteamericana citada (Daubert), bajo los criterios que establece la Regla de evidencia 702 (González Postigo, y Jiménez, pág. 53, 2018). En definitiva, condición sine qua non es que el informe pericial sea indiscutible en su confiabilidad. (Duce, pág. 82/86, 2014), por ello si bien es validable, no alcanza a cumplir con el estándar de científicidad propiamente dicho.

Arquitectura de la decisión

Al momento de tomar la decisión, el Tribunal tendrá la tarea de dar los motivos que lo han persuadido de la teoría propuesta por el acusador, y en su caso, de haber sido insuficiente la información, dar razones de ello y de porque no se alcanza la certeza necesaria para condenar. Aquí, la jurisprudencia local es pacífica, enfatizando en que, debemos ubicarnos principalmente en el tipo de delitos que se juzgan, clandestinos y por ello es difícil la recolección de prueba judicial.

Por tal motivo, es imprescindible una estructura racional del juicio sobre la prueba y su legalidad para perforar el estado de inocencia (Bacigalupo, pág. 59, 2005); y que nos encontremos ante estos delitos donde solo contamos con una sola prueba -con características especiales-, no significa que se flexibilicen las exigencias sobre certidumbre, sino que será importante realizar un correcto desarrollo de los indicios indirectos; es decir, no hay una certidumbre especial o menor para los delitos contra la integridad sexual en relación con los que protegen otros bienes jurídicos (S.T.J., Se. 97/14).

En conclusión, en delitos entre paredes o amparados en la clandestinidad, generalmente la prueba tiene su basamento en la declaración de la propia víctima, pero ésta debe encontrar corroboración en prueba indiciaria que le provea de modo independiente certidumbre (S.T.J., Se. 140/16; Se. 75/15; entre otras), toda vez que, con una única fuente de prueba, es factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia, más allá de toda duda razonable bajo condición de que la declaración del menor se relacione con otras pruebas e indicios factibles de alcanzar una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia.

Por lo tanto, debemos comenzar desde el relato en cámara Gesell, porque, tratándose de un testigo único, hay que encontrar el mérito o no de su declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias que corroboren o disminuyan su fuerza, es decir con el resto de los testimonios e informes. Tras ello, podremos afirmar si la versión de los hechos brindada es suficientemente sólida como para superar la presunción de inocencia de la que goza el imputado siguiendo la teoría del testigo único (Llera, pág. 77, 2013); y recientemente el Superior Tribunal de Justicia ha sido clarificador mediante una resolución, simple y concreta que define la senda por la que se debe trasuntar este tipo de casos en lo que a prueba y conformación de decisión atañe.

En el precedente se afirmó que la sentencia se encontraba adecuadamente fundada, pues se había utilizado un método de análisis probatorio adecuado, correcto y ajustado a la doctrina legal. Que se había comenzado por el análisis de la declaración de la víctima y se buscó concatenar su capacidad de representación, relacionando lo que surgía de la prueba de cargo y de descargo. Así, se relacionó todos los indicios con la prueba para verificar que se ajustaba al hecho endilgado, entre los cuales se consideró el contexto familiar, las particularidades propias del menor al momento del hecho y al momento de declarar, circunstancias físicas advertidas por expertos de la salud y el examen de ellos como testigos expertos, los indicios de oportunidad y conveniencia, la "genealogía" de la denuncia, etc. Todo ello llevó a una conclusión que superó todos los niveles de control de esa sentencia. (S.T.J., Se. 25/23).

Podemos esquematizar el derrotero de la siguiente manera. La declaración del menor es la base y de dónde debe partirse para que, con los restantes indicios independientes se corroboren o no sus dichos. Seguidamente hay que tener concatenar los testimonios de las personas a quienes se ha develado el hecho, familiares, encargados de la educación, y médicos, etc. A partir de allí, se debe hacer un exhaustivo análisis de toda la declaración en cámara Gesell, no solo en lo que respecta al hecho que se está intentando reconstruir, sino a toda, desde el inicio, desde ese rapport inicial, ¿Por qué? Porque del testimonio íntegro se extrae información capaz de formar convicción. De aquellos datos que parezcan inocuos o superfluos, podrá el juzgador merituar sobre la impresión del testimonio como compensación de aquella intermediación que falta al no ser el Tribunal que recepciona de primera mano la prueba.

Esa "otra información" es la que dará luz para buscar aquello que apunte o que no dejen huérfana a la acusación o relato central, esos elementos indirectos dotarán a la decisión de razonabilidad y constitucional fundamentación, los cuales serán robustecidos por la pericia del experto en la psicología. Así, ese todo del relato, deberá ser fortalecido mediante la búsqueda de indicios que le sean contestes y otorguen credibilidad al relato desde la valoración judicial de la prueba con un estándar probatorio que de por tierra el estado de inocencia del imputado, y que es obligación de quien acuse, derribarlo. Ese verdadero estado de inocencia (Vélez Mariconde, pág. 21, 1956).

Conclusión

En este trabajo intentamos dejar en claro, desde nuestra visión, en que consiste la dinámica constructiva de la decisión judicial en el proceso penal, que encuentra a los relatos de menores como epicentro en delitos sexuales, advirtiéndolo sobre sus límites, sus formas y su valoración como elementos determinantes y constitutivos de ella, todo, con el objetivo de permitirle al juzgador alcanzar la convicción necesaria para resolver el caso.

En síntesis, los presupuestos de la prueba pueden ser entendidos desde su existencia previa como correlato del principio del debido proceso y defensa efectiva, implicando que los enunciados sean verdaderos, creíbles, y que se den razones de los mismos que justifiquen el pensamiento, por lo cual proponemos que quede cristalina la siguiente idea: Lo que se prueba, son datos, hechos, o afirmaciones sobre hechos; y que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen, pero se comprueban; mientras que aquéllos no se comprueban, sino que se conocen (Carnelutti, pág. 38, 1982).

Sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar. Por tanto, la función de la prueba en general, no consiste en averiguar sino en verificar, por ello el relato anticipado del menor será un obelisco que atraerá a su alrededor todas las demás pruebas y/o indicios directos y/o indirectos que puedan iluminar al Tribunal para decidir si ese relato -recordemos la característica del delito entre paredes- es creíble o no, si el mismo es veraz o no.

En definitiva, y en línea con el pensamiento judicial provincial (S.T.J, Se. 10/22; T.I., Se. 82/23; entre otras), no puede ignorarse que, a raíz de las particularidades propias de este tipo de sucesos, no necesariamente deben seguirse las reglas generales para el común de los casos, máxime si la capacidad de representación del testimonio de la víctima se corrobora tras la valoración total de sus dichos en conjunto con el resto de los elementos probatorios recabados. Por su pertinencia, resulta oportuno traer a colación los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español con respecto a la declaración de una víctima, donde se estableció una serie de factores que deben valorar los tribunales con la finalidad de indagar sobre la credibilidad y verosimilitud de un testimonio para poder constituirse como prueba de cargo: a) ausencia de incredibilidad subjetiva: se valora la credibilidad del testimonio y se tiene en cuenta la posible existencia de móviles

espurios; b) persistencia en la incriminación: que la víctima mantenga una identidad sustancial en el relato de los hechos, y, por último, c) verosimilitud del testimonio: que sea lógico y esté dotado de coherencia interna y externa, es decir, que el propio hecho de la existencia y autoría del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (STS 238/2011, STS 150/2015, STS 722/2017, STS 605/2019, entre muchas otras).

Finalizando, la verdad del caso se logrará cuando los hechos imputados estén verificados a través de la prueba presentada, y así quede demostrada la hipótesis de la parte acusadora, ponderando exhaustivamente los elementos que corroboren el relato de la víctima y provean de la certeza requerida por el ordenamiento jurídico para alcanzar un pronunciamiento jurisdiccional constitucionalmente válido. En definitiva, la verdad jurídica surgirá con el dictado de la sentencia.

Bibliografía

Bacigalupo, Enrique (2005) *El debido proceso penal*, ed. Hammurabi.

Carnelutti, Francesco (1982) *La prueba civil*, 2ª ed., Trad. Alcalá-Zamora, Ed. Depalma, Bs.As.

Cornell Law School, Legal Information Institute, Federal Rules of Evidence, n° 702 (2011) “Testimony by Expert Witnesses” Recuperado de https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_702

Chiavo, Nicolás (2013) *Valoración racional de la prueba en materia penal*, ed. Del Puerto, BsAs.

Duce, Mauricio (2014) *La prueba pericial*. Ediciones Didot, CABA.

Ferrajoli, Luigi (2011) *Derecho y Razón*, ed. Trotta.

González Postigo, Leonel; y Emmanuelli Jiménez, Rolando (2018) *Reglas de Evidencia en Puerto Rico*, Editorial Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Chile.

Jauchen, Eduardo (2017) *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio*, ed. Rubinzal.

Köhnken, Günter; Manzanero, Antonio L.; Scott, M. Teresa (2015) *Análisis de la validez de las declaraciones: mitos y limitaciones* Anuario de Psicología Jurídica, vol. 25, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, España.

- Llera, Carlos (2013) ¿Testis unus, testis nullus?, La Ley Suplemento Penal.
- Sánchez Freytes (2017) Fernando; Código Procesal Penal Comentado, T.II, ed. Publifadecs.
- Vélez Mariconde, Alfredo (1956) Estudios de Derecho Procesal Penal, T.II, ed. UNC, Córdoba.

Jurisprudencia

- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Sentencia 97/14, fecha 24-7-14, expte. 27085/14, “E.”
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Sentencia. 75/15, fecha 9-6-15, expte. 27335/14, “L.”
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Sentencia 140/16, fecha 15-6-16, expte. 27662/15, “N”
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Sentencia 141/18, fecha 20-9-18, expte. 3BA-7722-P2014, “G.,H.M”.
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Sentencia 10/22, fecha 8-2-22, caso MPF-RO-03854-2018, “H.”
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, Sentencia 25/23, fecha 3-3-23, caso MPF-CA-00925-2018, “L.B.M.”
- Tribunal de Impugnación de Río Negro, Auto Interlocutorio 71/21, fecha 4-5-21, caso MPF-BA-02690-2020 “S.”
- Tribunal de Impugnación de Río Negro, Sentencia 32/23, fecha 27-2-23, caso MPF-BA-02313-2017, “B.”
- Tribunal de Impugnación de Río Negro, Sentencia 41/23, fecha 9-3-23, caso MPF-CI-01347-2020, “N.”
- Tribunal de Impugnación de Río Negro, Sentencia 82/23, fecha 24-4-23, caso MPF-CI-04570-2020, “P.”

Juzgar con perspectiva de género. Un repaso por conceptos y legislación, hacia la búsqueda de la igualdad real

Por Romina Daniela MERINO*

"8.- Ten fe: ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia. Y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia ni paz." (Decálogo del Abogado, Eduardo J. Couture)

Resumen

* Abogada, recibida de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Magister en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia, Italia. Especialista de Derecho Procesal Civil por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Diplomada en Contratos por la Universidad Nacional del Comahue. En la actualidad Abogada Referencista de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, de Familia, Minería y Contencioso Administrativo con sede en la Ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro desde diciembre del 2016.

El propósito del presente trabajo es demostrar la importancia de juzgar con perspectiva de género, teniendo presente que es un deber de la Judicatura nacido del ordenamiento jurídico argentino, reforzado por sus compromisos internacionales asumidos e incorporados como derecho positivo.

Introducción

Tal como el título del presente trabajo adelanta, trataré en estas breves líneas de dilucidar que comprende la acción de juzgar con perspectiva de género, un tema de actualidad constante.

Contar con dicha perspectiva al momento de sentenciar se ha vuelto una herramienta conceptual y práctica indispensable, de suma importancia para poder crear una solución al conflicto planteado bajo parámetros de una correcta construcción de un acto jurisdiccional válido superador no solo de un control constitucional sino también convencional.

Ya hace un tiempo que vengo interpeándome como deconstruir la lógica androcéntrica del pensamiento hegemónico que inevitablemente nos atraviesa, y por ende qué comprende la perspectiva de género, y cómo ella ha de aplicarse correctamente al momento de sentenciar; inquietud válida entiendo para todas/os aquellas/os que consideramos de suma importancia el respecto de los derechos humanos y propendemos a la igualdad real.

Así, he venido observando en los últimos años que la sociedad argentina viene reclamando al Estado, cada vez más firmemente, que tome medidas que propendan a la igualdad, y producto de estos reclamos que han sido enarbolados en su mayoría por los feminismos y movimientos sociales se han obtenido varios logros, que orgullosamente puedo decir nos perfilan hacia una sociedad más justa, o por lo menos ese es el horizonte.

No podemos negar que estamos atravesando un cambio de paradigma tendiente a un mundo más igualitario, más justo, más empático e integrativo en pos de lograr la igualdad en todos los aspectos de la vida, estando ello directamente relacionado con la dignidad de las personas y su pleno desarrollo, por ende con el respecto de los derechos humanos.

Argentina no se ha quedado afuera, y entre los años 2003-2013 se sancionaron un bloque de leyes conocidas como las 26 mil por medio de las cuales se ha ido filtrando la temática de la igualdad de género.

Entre ellas encontramos la Ley de Parto Humanizado, Ley de Educación Sexual Integral, Ley de Medios, Ley contra la Trata de Personas, Ley de Protección Integral de las Mujeres, Ley de Matrimonio Igualitario, Ley de Identidad de Género, el delito de Femicidio incorporado al Código Penal, Ley de Trabajadoras de Casas Particulares, Ley de Jubilaciones de las Ama de Casa, la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial, la quita de la figura del avenimiento en el Código Penal, entre otras.

Todas estas leyes tienen como punto de unión la igualdad, tratar de equiparar un des-balance en el otorgamiento de los derechos, tratar de equilibrar desigualdades

por roles impuestos tanto a las mujeres como a las minorías a las que atraviesa, es un reflejo de principio de igualdad como no discriminación, como trato no arbitrario.

Otro evento a destacar, por lo sustancioso del debate que se dio en la Sociedad, fue el tratamiento de dos proyectos de Ley para permitir el acceso a prácticas médicas de interrupción del embarazo.

La importancia de estos eventos nos hizo madurar como Sociedad pues nos interpeló y nos llevó a poner sobre la mesa el debate no solo del derecho al acceso a esta practica, sino en las desigualdades estructurales en el que se encuentran las mujeres y el acceso a la interrupción del embarazo a pesar de la ilegalidad a la practica.

Otro tema ha sido el lenguaje en general, así como el discurso jurídico en particular, no han quedado afuera del análisis desde una clave de género, pues se ha presentado en diferentes periodos históricos replicador de desigualdades a través de una falsa neutralidad.

Pues bien, luego de este breve recuento introductorio, entiendo que hablar de juzgar con perspectiva de género se relaciona con todos estos avances, se trata de que desde la practica judicial recomponer desigualdades dadas en la sociedad de manera estructural e histórica en contra de las mujeres y femineidades.

Ello implica analizar la realidad desde otro enfoque quitándose de la mente estereotipos falaces, y realmente bucear en la particularidad de la situación en la que le toca intervenir al juzgador evitando ser un eslabón más en la cadena reproductora de violencia hacia las mujeres y femineidades.

Entonces, el puntapié inicial considero es la capacitación y el estudio constante lo que permitirá un análisis crítico, una revisión introspectiva en primer lugar para despojarnos de posicionamientos dogmáticos desde el género. Se promoverá así el pensamiento crítico.

Empezar a ser consciente de ello y tratar de modificarlo desde el lugar en el que nos encuentre como integrantes de la comunidad jurídica debería ser una obligación moral, más allá de jurídica, si queremos pertenecer a una Sociedad más igualitaria.

Y para ello, entiendo prudente comenzar a bucear en ciertos conceptos.

Que se entiende por género

Antes de tratar dilucidar que comprende la actividad de juzgar con perspectiva de género, entiendo prudente delinear el concepto de género.

Si recurrimos al diccionario de la Real Academia Española, colocando en el motor de búsqueda la palabra género, obtendremos que en su tercer acepción el siguiente significado: “3. m. Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico.”

Es de destacar que se ponga el acento en el "punto de vista sociocultural", apartando el concepto de un lugar puramente biologicista, un gran paso para acercarnos al concepto.

Si emprendemos la búsqueda dentro del ordenamiento argentino nos topamos con la Ley de Identidad de Género, Ley Nº 26.743, que si bien no define la palabra por si sola, en su artículo segundo describe que ha de entenderse por identidad de género en un concepto más complejo apelando a la vivencia de la persona¹.

Ahora bien, retrotrayéndonos en el tiempo cabe mencionar que el concepto de género comenzó a utilizarse internacionalmente a partir de 1960², pero fue durante la preparación de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer³ del año 1995

¹ Ley Nº 26.743. Artículo 2º: "Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales."

² A partir de publicación de *El Segundo Sexo* (1960), de Simone de Beauvoir, y de *La mística femenina* (1963), de Betty Friedan, entran en el feminismo otras cuestiones como el concepto de sexualidad, el papel de la maternidad, y la verdad sobre la familia, lo que se da apertura para comenzar a considerar el concepto género como diferente a lo biologicista.

³ La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, China fue la más importante de las cuatro conferencias sobre la mujer celebradas entre 1975 y 1995, porque se basó en los acuerdos políticos alcanzados en las tres conferencias mundiales sobre la mujer celebradas anteriormente y consolidó cinco decenios de avances jurídicos dirigidos a garantizar la igualdad de las mujeres y los hombres tanto en las leyes como en la práctica. Para más información ingresar: <https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995#:~:text=sobre%20la%20Mujer-,La%20Cuarta%20Conferencia%20Mundial%20sobre%20la%20Mujer%20en%20Beijing%2C%20China,y%20con%20solid%20cinco%20decenios%20de>

que fue motivo de intensas y difíciles negociaciones para lograr que se aceptara su inclusión en la Declaración y en la Plataforma de Acción de Beijing⁴.

En el marco de estas jornadas de preparación, en el año 1994, y a los fines de aunar conceptos se encomendó la realización de un diccionario de significados relevantes a debatir en torno de la misma, uno de los conceptos tratados fue que se entiende por género.

Es así que la Dra. Alda Facio fue la encargada de realizar el diccionario de conceptos en idioma español, del cual puede extraerse la siguiente definición:

El concepto de género alude tanto al conjunto de características y comportamientos como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales. Este concepto, sin embargo, no es abstracto ni universal en tanto se concreta en cada sociedad de acuerdo con contextos espaciales y temporales, a la vez que se redefine constantemente a la luz de otras realidades como las de clase, etnia, edad, nacionalidad, discapacidad, orientación sexual, entre otras. De allí que las formas en que se nos revelan los géneros en cada sociedad o grupo humano y en cada generación varía atendiendo a los factores de la realidad que concursan con este. La atribución de características, comportamientos y roles dicotómicos a cada uno de los dos sexos que nuestros Estados y sociedades reconocen como únicos es un problema de discriminación contra las mujeres porque los que se asignan a ellas gozan de menor o ningún valor. El problema es más serio aún ya que las características, comportamientos y roles que cada sociedad atribuye a los hombres son las mismas que se le asignan al género humano. De esta manera, lo masculino se convierte en el modelo de lo humano. Esto dificulta aún más la eliminación de la discriminación contra las mujeres porque ya no se trata solamente de eliminar estereotipos y cambiar roles sino que es necesario reconceptualizar al ser humano. Esta tarea implica reconstruir todo el saber que hasta ahora ha partido de una premisa falsa: el hombre como modelo o paradigma de lo humano y la mujer como “lo otro”.

Teniendo en cuenta estas definiciones no podemos desconocer que el género es una construcción sociocultural e histórica, descartando de plano que solo se

⁴ La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing fue una resolución adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 15 de septiembre de 1995 al final de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer realizada en Beijing, China

relacione exclusivamente a la condición biológica de la persona, siendo además un concepto dinámico.

Así puede admitirse que la construcción del género se interrelaciona con otras condiciones objetivas y subjetivas en la vida de cada persona: su cultura, la etnia a la que pertenece, su clase social, su edad, su pertenencia a una comunidad religiosa, su planteamiento político, la historia de su comunidad, su historia familiar y su auto-percepción.

Es por ello que todas las personas, mujeres y hombres de diferentes edades, culturas, etnias, clases sociales y lugares, tenemos una vivencia de género, nacemos dentro de un grupo social que determina qué debemos ser dependiendo al grupo que pertenezcamos conforme el binarismo hombre-mujer.

Ahora bien, a lo largo de la historia hasta la actualidad hemos visto como el concepto de género desde una visión biologicista y binarista (hombre - mujer), desarrollado dentro del sistema patriarcal, ha sido tomado como base de desigualdades notorias, las cuales algunas de ellas han sobrevivido hasta el día de hoy.

Ha sido un hito histórico fundamental en la lucha de las mujeres por la igualdad y la no discriminación, la distinción que se estableció entre sexo y género ya que permitió entender que la única diferencia "natural" o biológica entre mujeres y hombres se encuentra en las características físicas de sus órganos sexuales.

De esta manera, el sexo de las personas se refiere a su anatomía. Mientras que el concepto de género hace referencia a todas aquellas prácticas, valores, costumbres y tareas que la sociedad -y no la naturaleza- le ha asignado de forma distinta a cada uno de los sexos, de manera que tenemos un género femenino y un género masculino. El valor político de esta distinción es enorme, en la medida en que las tareas y responsabilidades asignadas a cada uno de los géneros son una construcción social, y dinámica no solo por el transcurso del tiempo.

Pues a partir de ésta creación social de asignación de roles nacen los estereotipos de género, que fueron marcando comportamientos, socialmente aceptables o no, dentro de un binarismo regido por la heteronormatividad.

Así podemos afirmar sin hesitación que no todas las vivencias son iguales, y que va a depender del grupo al que pertenezcas la posibilidad de acceder y gozar de ciertos derechos como exigir el cumplimiento de los mismos. Por ello, no será lo mismo ser hombre que mujer, mucho menos ser mujer pobre o rica, o el color de la piel o pertenecer a un pueblo originario o etnia, y así podría seguir mencionando

más y más ejemplos que nos indican la falta de equidad que existe; más aún si se es mujer y además integra una minoría, más profundas serán las desigualdades y violencias sufridas. Ello nos obliga a analizar la desigualdad del género desde la interseccionalidad⁵

Poder deconstruir el Derecho, y reconstruirlo sobre bases despojadas de sexismo, estereotipos, y posiciones androcéntricas, será una tarea ardua que requerirá el compromiso de todas/os los operadores jurídicos con base en un constante análisis, una visión crítica del Derecho, estudio y capacitación. Ello permitirá detectar al aplicar el Derecho vigente en situaciones particulares la posible cristalización de desigualdades, lo que deberá evitarse y ajustar la solución jurídica a la singularidad de la circunstancia que atraviese la/el justiciable.

La relación del género y el Derecho

El desarrollo del Derecho no ha sido ajeno al sostenimiento del sistema patriarcal, es más ha sido una de sus principales herramientas, ya que por medio de

⁵.INTERSECCIONALIDAD: Existen múltiples categorías a considerar en cualquier análisis sobre la desigualdad, como raza, clase, etnia, analfabetismo, situación de migrante, etc. La categoría género -que incluye al sexo- atraviesa a todas las demás, se intersecciona con ellas, evidenciando una trama de discriminaciones y desigualdades entrecruzadas y potenciadas. Este enfoque subraya que esas categorías sociales no son “naturales” sino construidas y están interrelacionadas, estudiando así las identidades sociales solapadas o intersecadas y sus respectivos sistemas de opresión, dominación o discriminación. Las categorías como el género, la etnia, la clase, la discapacidad, la orientación sexual, la religión, la casta, la edad, la nacionalidad y otros ejes de identidad interaccionan en múltiples y a menudo simultáneos niveles. La teoría de la interseccionalidad propone pensar en cada elemento o rasgo de una persona como unido de manera inextricable con todos los demás elementos, para poder comprender de forma completa la propia identidad y la causa de la injusticia sistemática y la desigualdad social desde una base multidimensional. La Convención de Belém do Pará recepta la interseccionalidad al afirmar que los Estados deben tener “especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”. También impone especial atención a la mujer embarazada, discapacitada, menor de edad, anciana, en situación socioeconómica desfavorable, afectada por situaciones de conflictos armados o privada de su libertad. Carmen Colazo lo explica: “Los estudios de género, hoy, no pueden evadir (...) la revisión de las relaciones de poder entre masculinidades y femineidades particularizadas (entre mujeres blancas, urbanas, profesionales, con acceso a nuevas tecnologías y buenos salarios; en relación a hombres, indígenas, sin acceso a nuevas tecnologías que viven en sectores rurales; por ejemplo). Asimismo, las consideraciones de poder entre las propias mujeres (entre las mujeres blancas, urbanas, de clase media, y las mujeres negras, a quienes se aplicó una teoría de género idéntica cuando sus realidades eran tan distantes; o en relación a mujeres indígenas, para las que, de acuerdo a sus cosmovisiones, puede existir una interpretación sobre género mirada desde un sistema holístico, desde una cosmovisión y cosmogonías específicas; o entre mujeres heterosexuales en relación a mujeres lesbianas, bisexuales, transexuales o transgéneros)”. Fuente: Glosario Poder Judicial de Río Negro. <https://servicios-publico.jurionegro.gov.ar/adminweb/web/archivos/0b87d2d0-e438-45ba-b5d2-9310476a57ad.pdf>

su discurso ha sido un reproductor de desigualdades con base en el género a lo largo del tiempo, siendo el género femenino lo despreciado, descalificado, invisibilizado y subordinado a lo masculino.

En esta línea, el discurso jurídico tradicional ha estado caracterizado por posiciones androcéntricas, que han contribuido al sometimiento de lo femenino, reproduciendo y legitimando esta violencia tanto en el ambiente público como privado de la vida de las mujeres y femineidades.

Tan naturalizada estaba esta degradación de la mujer a una categoría de ciudadana de segunda, que por mencionar un ejemplo, el texto de la Constitución de 1853 ya contaba con su artículo 16 tal como lo conocemos en la actualidad, sin embargo cuando entró en vigencia el Código Civil de Velez Sarfield en el año 1871, la mujer estaba relegada a ser una incapaz de derecho.

Con lo cual el principio de igualdad ante la ley de todas/os las/los habitantes del suelo argentino, quedó circunscrito en la visión clásica de igualdad en la cual no ingresaban las mujeres.

Contemporáneamente esta inquietud fue tomada por el Dr. Petracchi en el fallo "González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba" del año 2000, dejando sentado en el considerando tercero de su voto lo siguiente:

Que es tarea de historiadores y sociólogos elucidar por qué un texto como el art. 16 de la Constitución Nacional ("Todos sus habitantes son iguales ante la ley...") pudo coexistir durante largo tiempo con otras normas de inferior jerarquía que hoy parecen claramente discriminatorias contra la mujer. Así, por ejemplo, el delito penal de adulterio era distinto según lo cometiera la esposa o el marido; se consideró que la mujer casada tenía incapacidad de hecho relativa; la esposa no podía ejercer el comercio si no contaba con autorización del marido o estaba separada de bienes; en el área del derecho público no se les reconocía a las mujeres el derecho a votar, etcétera.

Las normas infraconstitucionales fueron cambiando y adecuándose progresivamente a los requerimientos igualitarios. El proceso adelantó con lentitud, porque eran fuertes las resistencias que presentaba una estructura social en la que florecía y medraba una impronta decididamente patriarcal. Inclusive la importante herencia que el proceso revolucionario francés de fines del siglo XVIII dejó para jóvenes naciones como la nuestra tuvo, en esta materia, sus condicionamientos.

Así este discurso se ha mantenido hasta el día de hoy justificado con base en un modelo de racionalidad y de ciencia jurídica imperante, bajo una estructura de pensamiento articulada desde la lógica formal de tal modo que quien interpreta y/o aplica las normas está convencida/o tanto de la neutralidad de género del Derecho como de su propia objetividad e imparcialidad.

Esta desigualdad estructural es un hecho, no en vano varios documentos internacionales en defensa de los derechos de la mujer abogan por lograr equilibrar este desfasaje y realizan declaraciones remarcando lo preocupante de esta disparidad y como la misma se sigue replicando en el tiempo, no es comprensible como desde el Derecho aún se siga afirmando la neutralidad del discurso jurídico y del Derecho como sistema normativo.

Recordemos que a partir del año 1994 el Derecho Argentino dio un vuelco con una fuerte impronta de respeto a los derechos humanos, dándole a un grupo de Tratados la jerarquía constitucional a partir de su incorporación al art. 75 inc. 22, en el que dentro de varios de ellos se encuentra la categoría sexo como categoría prohibida/sospechosa para realizar distinciones.

Salvo que dichas distinciones se basen en acciones positivas tal como surge del art. 75 inc 23, que reconoce a las mujeres como un grupo vulnerable, y el art. 37, que vuelve a mencionar las acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades entre el hombre y la mujer aunque está circunscripto al acceso a cargos electivos y partidarios, su importancia es de destacar.

Así es nuestra misma Carta Magna la que reconoce esta desigualdad estructural dada, y trata de lograr esta *"igualdad real de oportunidades"* para las mujeres por medio de las acciones positivas.

Pues bien, quiero hacer hincapié en la palabra “real”, ya que entiendo que no ha sido inocentemente incorporada, sino para el reconocimiento de que la igualdad se da a través de la fría letra de la ley pero en el plano terrenal las desigualdades siguen estando, y lo más peligroso es que se siguen replicando por medio de actos del Estado en sus tres dimensiones.

Si nos cuestionamos el por qué de la perpetuidad de esta desigualdad a lo largo del tiempo, entiendo que una respuesta posible sería con base en un sistema patriarcal, que generó estereotipos de género los cuales en la actualidad siguen teniendo un fuerte arraigo en el colectivo social, pues gracias a ellos se constituyeron las relaciones de poder que subsumen a la mujer en un rol de inferioridad y otorgan a los hombres cierto estatus superior implícito.

Poniendo el foco en el poder judicial, no puede desconocerse que las/los integrantes del mismo son parte de la sociedad, y como operadores jurídicos es imposible despojarse de todo su bagaje que se trae como persona inserta en un grupo social.

Ahora bien, el reproducir estos estereotipos de género dentro del poder judicial es altamente nocivo para las mujeres y su acceso a la Justicia, pues pueden constituir un valladar al derecho de peticionar ante las autoridades el pleno disfrute de sus derechos humanos.⁶

Así estos patrones preconcebidos dentro del sistema patriarcal que se sustenta de prejuicios erróneos, idean pautas de comportamiento de lo que se debería entenderse como apropiado para una niña, mujer, madre, hija, anciana, víctima, etc.

Estos crean visiones distorsionadas de la realidad, y someten a las mujeres a un análisis de su comportamiento extra que solo se relaciona a un rol de mujer en la sociedad bajo estos modelos, poniendo el foco más en la víctima que en el victimario, ejecutándose lo que se conoce como revictimización de la mujer dentro del sistema judicial.

Si bien abundan los ejemplos dentro del fuero penal, entiendo que no solo se circunda allí, ya que es una problemática que atraviesa a todo el sistema judicial.

Pero lo realmente peligroso no solo es la repetición constante de estos estereotipos, sino que sostiene la cultura de la impunidad, y ambos retroalimentan el sistema patriarcal.

De esta manera el sistema judicial envía un mensaje erróneo a la sociedad, desalentando a las mujeres a recurrir a la Justicia a hacer valer sus derechos, y su vez el mensaje pedagógico a las masculinidades es que no hay consecuencias al violentar a las mujeres, o bien éstas son mínimas.

Cabe cuestionarse entonces si es posible deconstruir estos discursos y como podríamos realmente lograr operadores jurídicos que se despojen de estos criterios internalizados, la respuesta es la constante capacitación en genero que las/los lleve a desentrañar el contexto de violencia y discriminación padecida por la justiciable, brindando soluciones creativas ajustadas a la realidad, y no interpretaciones vetustas.⁷

⁶ Women's Link Worldwide ha creado premios denominados "Premios Género y Justicia al Descubierto", a las mejores y peores sentencias con/sin perspectiva de género <http://www.womenslinkworldwide.org/premios>

⁷ Leáse sentencia del STJ de fecha 02/03/2023, Expte. BA-26980-F-0000. https://fallos.jurionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=7357649e-183d-4ea0-b011-9284decb6a0c&stj=1

Pues si bien se han logrado avances dentro de la Judicatura con fallos novedosos que sientan precedentes, aún queda mucho por mejorar.

El desafío es lograr que las mujeres puedan confiar en el sistema judicial, y que este se caracterice por estar libre de patrones de juzgamiento, libre de estereotipos, impartiendo Justicia imparcial, que abogue por la igualdad real entre las personas, ya sean hombres, mujeres o minorías no binarias.

El Ordenamiento Jurídico Argentino y su compromiso con la igualdad de género

A partir del año 1994 podemos afirmar que la reforma de la Constitución Nacional Argentina dio un gran paso para la incorporación de los Derechos Humanos en su legislación interna.

De tal magnitud fue la reforma que a través del art. 75 inc. 22 se le dio ingreso a un grupo de Tratados y Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional, configurándose un bloque de constitucionalidad en conjunto con el texto normativo supremo.

Esta reforma mostró un interés de parte del Estado Nacional de formar parte de la comunidad internacional, y tomar como política de Estado la defensa de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la igualdad.

Así en todos los principales instrumentos internacionales de derechos humanos a los que el Estado ha adherido se incluye el sexo entre los motivos por los cuales se prohíbe a los Estados toda discriminación.

En cuanto a los derechos de las mujeres, podemos mencionar a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que incluyó expresamente y con fuerza legal el principio de no discriminación en materia de género y fue internalizada por el derecho argentino mediante la Ley N° 23.179 del año 1985.

Al adscribir a la CEDAW, los Estados Parte asumen como injusticia la disparidad de género y se comprometen a otorgar un trato igualitario a hombres y mujeres y a sancionar cualquier tipo de práctica que perpetúe esta desigualdad.

A su vez, con jerarquía supralegal, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém

do Pará)⁸ Ley 24.632 promulgada el 01/04/1996, definió el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y las correlativas obligaciones estatales para hacerlo efectivo.

Puede leerse en la carta de motivos para su sanción⁹ que los Estados Miembros, luego de asumir que reconocen el respeto irrestricto de los derechos humanos y que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, **reconocen estar preocupados porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.**

Este reconocimiento no es menor, ya que parten de un acuerdo mínimo e indiscutible, la violencia contra la mujer en todos sus aspectos es una muestra de las relaciones de poder que históricamente condenaron a la mujer a estar un peldaño más abajo del hombre en cuanto a su desarrollo pleno y reconocimientos de sus derechos.

Es interesante repasar el art. 7 de esta Convención en el que se describe en varios incisos cuales son los compromisos asumidos por los Estados Miembros para combatir la violencia contra la mujer, en el que se nombra medidas políticas, de seguridad social, administrativas, legales y judiciales para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Quiero resaltar el "deber de la debida diligencia reforzada"¹⁰ que surge de estas medidas a tomar y que no puede pasarse por alto por el probable impacto respecto de la responsabilidad estatal que se podría generar ante la comunidad internacional por su incumplimiento.

Ingresando ya al plano de leyes con sello nacional, encontramos que en el año 2009 se sancionó la Ley Nacional 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

⁸Cabe aclarar que si bien no posee jerarquía constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, integra el corpus iuris protectorio en materia de protección de la integridad personal de las mujeres en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, lo que fue expresamente declarado por la CIDH en el caso González y Otras vs. México "Campo Algodonero". A su vez corresponde tener presente que Argentina se conforma como Estado Parte de la CADH, y ha aceptado la jurisdicción de la CIDH.

⁹Ver <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

¹⁰CIDH, caso "Velasquez Rodríguez" elabora el concepto de "debida diligencia" de los Estados para el respecto de los DDHH, en cuanto al flagelo de la violencia contra la mujer, este concepto se considera reforzado conforme jurisprudencia del CIDH.

La sanción de esta ley marca un hito al cristalizar los tipos de violencia a los que se ve expuesto el colectivo femenino, siendo que la agresión que reciben no solo se da en el plano doméstico o familiar sino que puede observarse en otros planos pasando a la esfera pública de la vida en relación. Si bien era algo sabido, y que en el plano internacional de los derechos humanos ya se venía identificando, restaba el reconocimiento de ello a través de la legislación nacional. Además vino a fortalecer previsiones dadas tanto por la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.

Otras leyes nacionales que han ampliado el reconocimiento de los derechos de las mujeres y minorías han sido las siguientes:

- ✓ Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2005).
- ✓ Ley 26.150 de Educación Sexual Integral (2006) (2009).
- ✓ Ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (2008).
- ✓ Ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009).
- ✓ Ley 26.618 de Matrimonio Civil (2010), y Ley 26.743 de Identidad de Género (2012). Cabe destacar que si bien no están enfocadas exclusivamente en las mujeres, la importancia de ambas radica en el quiebre del paradigma heteronormativo en cuanto a las identidades así como en la consagración de las relaciones de familia bajo el amparo del derecho como es el caso del matrimonio igualitario.
- ✓ Ley 26.994 - Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2014), que vino con una impronta progresista en el marco de las relaciones de familia más que nada, reafirmando derechos de la mujer para ejercer sus maternidades y reclamar sus derechos como de sus niñas/os.
- ✓ Ley 26.610 de autorización el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto
- ✓ Ley 27.499 de Capacitación Obligatoria en la Temática de Género y Violencia contra las Mujeres - “Ley Micaela” (2018).
- ✓ Ley 27.452 Régimen de Reparación Económica para las Niñas, Niños y Adolescentes, “Ley Brisa” (2018).

Como puede observarse el Estado Argentino tiene un importante recurso legislativo en el marco de la protección de los derechos de las mujeres y minorías, pero nuevamente vuelvo a insistir que la exigencia no debe volcarse en una mayor legislación sino en exigir al Estado la partida presupuestaria necesaria para cumplir con ellas y por otro lado exigir a los operadores del derecho internalización y aplicación de las mismas, lo que evitaría poner en jaque la efectiva vigencia de los derechos de las mujeres que si se encuentran reconocidos en el derecho positivo.

Lamentablemente, a pesar de toda esta normativa mencionada tanto del plano internacional, como local, no puede desconocerse que son alarmantes las cifras de todo tipo de violencias hacia la mujer, por lo que dan cuenta la poca efectividad de los derechos mencionados.

Hacia la incorporación de la perspectiva de género en la aplicación del derecho como obligación legal explícita desde la Ley Micaela

Toda interpretación y aplicación del Derecho se hace desde alguna perspectiva, ahora bien se puede afirmar que en la actualidad aún la predominante es aquella que enfoca al Derecho desde la visión androcéntrica.

Se dice popularmente que: *“los jueces hablan a través de sus sentencias”*, en referencia a que sus decisiones se formulan como una voz autorizada diciendo como debe interpretarse el Derecho aplicado a un caso particular, pero a su vez considero que es inevitable que aporten su bagaje interior o "background" al sentenciar, pues no son maquinas con inteligencia artificial aplicadoras del Derecho¹¹.

¹¹Cabe traer a colación lo dicho por la antopóloga Marcela Lagarde: “No ha sido sencillo lograr la aceptación de la perspectiva de género, ya que hacerlo conduce a desmontar críticamente la estructura de la concepción del mundo y de la propia subjetividad. Y no es casual que así suceda. La representación del orden genérico del mundo, los estereotipos sociales y sus normas, son fundamentales en la configuración de la subjetividad de cada quien y en la cultura. Se aprenden desde el principio de la vida y no son aleatorios, son componentes del propio ser, dimensiones subjetivas arcaicas y en permanente renovación, por ello son fundantes. Están en la base de la identidad de género de cada quien y de las identidades sociales asignadas y reconocidas al resto de las personas. La vida cotidiana está estructurada sobre las normas de género y el desempeño de cada uno, depende de su comportamiento y del manejo de esa normatividad. Si algo es indiscutible para las personas, es el significado de ser mujer o ser hombre, los contenidos de las relaciones entre mujeres y hombres y los deberes y las prohibiciones para las mujeres por ser mujeres y para los hombres por ser hombres. Cada quien a lo largo de su vida ha debido saber todo esto muy bien, no dudar y ser leal al orden, asumirlo, recrearlo y defenderlo. Por eso, como la perspectiva de género está basada en otra apreciación de los mismos temas, en otros valores y en otro sentido ético, choca y se confronta con las convicciones más acendradas de las personas,

A su vez no puede desconocerse cual es el impacto de las sentencias en la sociedad, ya que a la par de brindar una solución a un conflicto dado, también imparte un mensaje que se receipta y decodifica, no solo limitado a la comunidad jurídica sino la sociedad entera.

Pues bien en cuanto a cuestiones de género se trata, particularmente en la temática de violencia machista y femicidios¹², se ha creado el ideario en la sociedad que el poder judicial no funciona como herramienta reparadora del conflicto social y lo desacredita, deslegitimándolo como pacificador social en evidente crisis.

Entonces, recurrir ante el Poder Judicial no es visto como una posibilidad sancionadora del delito y/o reparadora del daño, sino como una instancia más de vulneración de la víctima, siendo otro eslabón más de la cadena de violencia, ahora institucionalizada.

A pesar de los cambio que hace varios años viene gestándose respecto de una mirada más igualitaria entre los géneros, 20 años si tomamos en cuenta la reforma constitucional que ha incorporado a la Carta Magna compromisos internacionales relacionados con la temática, no se han visto grandes cambios al respecto.

Contemporáneamente, diferentes movimientos sociales y así como los feminismos han ido presionando no solo al Estado sino puntualmente a la estructura del Poder Judicial para que se tomen medidas reales al respecto.

con sus dogmas, sus lealtades y su sentido del deber y de lo posible. La crisis intelectual y afectiva que produce el contacto con ideas, valores y propuestas distintas a las propias es enorme." Fuente: Lagarde, Marcela, "El género", fragmento literal: 'La perspectiva de género', en Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia, Ed. horas y HORAS, España, 1996, pp. 13-38. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/08_EducDHyMediacionEscolar/Contenidos/Biblioteca/Lecturas-Complementarias/Lagarde_Genero.pdf

¹²Extracto de la página oficial de "Ahora que si nos ven" Observatorio de Violencias de Género: "Justicia machista. De las 99 víctimas de femicidios, 20 habían realizado al menos una denuncia y 14 tenían medidas de protección. Es decir que sólo el 20% pudo acceder al sistema de justicia y sólo el 14% logró una respuesta de la misma, sin embargo las asesinaron. Por omisión, inacción, negligencia o simple machismo lxs actores judiciales no asistieron y contuvieron de forma efectiva a las víctimas. Es urgente que la Justicia históricamente patriarcal revea y transforme sus prácticas dentro y fuera de los juzgados y fiscalías para no ser cómplices de los femicidios y no dar un mensaje de desprotección y desconfianza para quienes estén viviendo situaciones de violencia. De esta manera es que seguimos exigiendo una reforma judicial transfeminista, con mujeres y LGBTI+ feministas en los puestos de decisión y una real incorporación de la perspectiva de género. Exigimos que se implemente correctamente la Ley Micaela en las fuerzas de seguridad y en el Poder Judicial, para que funcionarixs públicxs dejen de subestimar los casos de violencia. A ellxs les decimos: nadie puede negarse a tomarte la denuncia, no hay excusa para eso. Como cada mes repetimos que fuerzas de seguridad y Justicia respetuosas de los derechos humanos son una deuda de la democracia.". Fuente: <https://ahoraquesinosven.com.ar/reports/99-femicidios-en-2023>

Este reclamo se traduce en un pedido de aplicación e interpretación del Derecho desde una mirada más igualitaria, despojada de estereotipos de género y sensibilizada con la problemática que atraviesa a las mujeres.

Estos movimientos han dejado al descubierto la poca capacidad del Poder Judicial de dar una respuesta a la sociedad, teniendo una visión de dicho Poder como apático, aletargado, alejado de la realidad, sin una mirada autocrítica, escudándose detrás de los términos normativos. Todo ello ha aportado a la deslegitimación del Poder Judicial, crisis que atraviesa al sistema y que es innegable.

Cabe destacar el movimiento de "Ni una Menos" creado en el año 2015 ya venía advirtiendo el hartazgo de la sociedad respecto de la falta de medidas del Estado para prevenir la violencia hacia la mujer y los femicidios, así como del tratamiento de ellos por parte del Poder Judicial.

Es así que gracias a la presión social se logró como resultado la creación, tratamiento legislativo y promulgación el día 10 de enero de 2019 de la tristemente conocida Ley Micaela bajo el N° 27.499, en honor a Micaela García víctima de femicidio. El caso fue tan resonante y despertó tal indignación que funcionó de génesis a la ley mencionada.

¿Pero qué produjo tal estupor en la sociedad?, ¿y un inmediato alzamiento de voces exigiendo un cambio?, una respuesta posible es que el femicida Sebastián Wagner al momento del asesinato gozaba de salidas transitorias otorgadas por el Juez de Ejecución de Penas, Carlos Alfredo Rossi, como condenado por dos abusos sexuales, y que pese a los informes de peritos que desaconsejaban el beneficio, este fue concedido igualmente.

Éste caso puso en el ojo de la tormenta no solo al Poder Judicial en su totalidad, sino al Estado por completo, y desenmascaró la falta de capacitación en perspectiva de género.

Demostró la impotencia de un Estado que no se ha comprometido desde los hechos a brindar soluciones al amplio abanico de temáticas relacionadas con las desigualdades y violencias que atraviesan las mujeres, lo que requiere un urgente abordaje.

Quedó claro que faltaba mucho para obtener una capacitación y sensibilización en desigualdad de género, a pesar de contar con un amplio repertorio de leyes que receptaban la temática.¹³

¹³Léase sentencia del STJ de fecha 27/12/2022. P. M. E. C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (JEFATURA DE POLICIA) S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (L) – QUEJA. Expte. RO-11788-L-0000.

Ahora bien, esta ley tiene por objeto establecer la capacitación obligatoria en género y violencia para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Así la Ley 27.499, toma como eje central los procesos de formación integral para que los integrantes de los poderes del Estado logren la adquisición de herramientas que permitan identificar las desigualdades de género y elaborar estrategias para su erradicación, y de esta manera lograr que el diseño de las políticas públicas, la creación de leyes, y la aplicación del Derecho se realicen con perspectiva de género.

Mediante esta ley se comprendió que hay que capacitar a cada integrante del Estado, se desempeñe en el área que se desempeñe, ya que la sensibilización respecto de las temáticas de género y violencia atraviesan a todos, y poder internalizar estos conceptos se da por medio de la capacitación, que brinda un espacio de reflexión y análisis no solo del rol que se cumple como integrante del Estado sino como ciudadano/na.

Al día de hoy se encuentran adheridas todas las provincias argentinas, la última fue la Provincia de Tucumán que la aprobó en el mes de mayo del año 2020.

Pues bien qué comprende la perspectiva de género, creo acertado nuevamente traer a colación una definición dada por la Dra. Alda Facio (2017), la cual define:

Perspectiva de género: Es la que visibiliza los distintos efectos de la construcción social de los géneros. Pone al descubierto cómo el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino, y sugiere nuevas formas de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación.

Otra definición, similar a la anterior, dada por la antropóloga Marta Lamas (1996) es "La perspectiva de género implica reconocer que una cosa es la diferencia sexual y otra cosa son las atribuciones, ideas, representaciones y prescripciones sociales que se construyen tomando como referencia a esa diferencia sexual."

Entonces, corresponde afirmar que los conceptos de género y perspectiva de género se presentan con gran importancia al momento de juzgar, puesto que al incorporarlos la/el operadora/or jurídica/o le permitirá realizar un análisis más

profundo del Derecho a aplicar, permitiéndole despojarse de interpretaciones sexistas o estereotipadas que no se condicen con el principio de igualdad real, incorporando a su práctica el enfoque hacia dicha perspectiva, a conciencia evitando el formalismo mágico¹⁴.

De esta manera el servicio de Justicia se perfecciona, acercándose más a sus objetivos sociales que dan razón de su existencia, como el logro de la paz social, y promueven legitimidad en sus decisiones ya que serán decisiones más cercanas a las necesidades de la sociedad en su conjunto.

Así se ha dicho que "Juzgar con perspectiva de género, importa impulsar criterios basados en el derecho a la igualdad, dando cumplimiento a los mandatos de la CEDAW, la Convención de Belém do Pará y las recomendaciones de los organismos de derechos humanos". (GHERARDI, Natalia, "Con protocolo para juzgar con perspectiva de género", ELA Equipo Latinoamericano de Justicia y Género).

Otra definición que quisiera compartir surge del protocolo para juzgar con perspectiva de género de la SCJN de México (2015):

Juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad. Responde a una obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder. Así, el Derecho y sus instituciones constituyen herramientas emancipadoras que hacen posible que las personas diseñen y ejecuten un proyecto de vida digna en condiciones de autonomía e igualdad.

Me permito ahora, aún a riesgo de abundar, transcribir las conclusiones del

¹⁴El "formalismo mágico" El formalismo mágico es pensar que la simple invocación del principio de igualdad o la simple cita en una sentencia de la CEDAW —esto es, la simple mención formal, en la argumentación, de una fuente normativa "prestigiosa" en materia de equidad de género— significa y garantiza estar aplicando el derecho con perspectiva de género. El riesgo es, entonces, que la cita a fuentes normativas políticamente correctas desincentive la provisión de razones por parte de quienes juzgan —y desincentive su examen riguroso por parte de la comunidad jurídica— y acaben en resoluciones que estarían mejor justificadas si estas citas no existieran. Se trata de uno de los mayores errores que pueden cometer quienes aplican el derecho. El peligro es, entonces, que las y los jueces piensen que invocar esas hermosas "normas paragua", como por arte de magia, basta para convertir sus decisiones en sentencias dictadas con perspectiva de género. Fuente: https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf

trabajo titulado "Juzgar con perspectiva de género: ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género? de la autora Graciela Medina (2018):

La justicia debe juzgar con perspectiva de género por las siguientes consideraciones:

- a) Porque los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad
- b) Porque los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socio culturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas, sino que debe juzgar con perspectiva de género.
- c) Porque si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismo procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto.
- d) Quienes imparten justicia tienen la posibilidad de traducir los tratados en realidades para las personas, de evidenciar el compromiso del estado con la justicia y de evitar la revictimización.
- e) Porque si no se juzga a nivel nacional con perspectiva de género se obliga a las víctimas a recurrir a instancias internacionales para efectivizar sus derechos, lo que posterga las aspiraciones de las víctimas y compromete la responsabilidad del Estado.

No resta mucho más por decir, y concuerdo con todos los motivos de peso para entender porque es necesario que todas/os las/los actores del sistema judicial, no solo Juezas/ces y Magistradas/os, se capaciten en el enfoque de género, ya que representan al Estado y no puede el Estado abogar por políticas de respeto de los derechos humanos sin distinción y ser sus propios agentes los que realizan actos discriminatorios en su representación.

Conclusiones

La pandemia a causa del virus Covid-19 nos impactó más allá de la salud, en particular respecto de las mujeres sacó a la luz mayores diferencias, una vez más confirmé que lamentablemente en el sistema patriarcal que estamos insertas aún no nos encontramos en un pie de igualdad con los hombres.

Nada nuevo bajo el sol dirán, seguimos sumando violencias de todo tipo, y tengo muchísimos ejemplos, por nombrar algunos se visibilizó una realidad silenciosa, las actividades de crianza y cuidado recaen siempre sobre las mujeres, y por ello el teletrabajo recargó más a la mujer que al hombre, la pobreza se asentó aún más afectando más a las mujeres, y el flagelo de la violencia física se vio incrementado, así como los índices de femicidios continúan en alza.

Este recuento lo realizo para confirmar que realmente esta desigualdad debe interpelarnos a todos como agentes pertenecientes al sistema judicial con un compromiso moral y ético, más allá de profesional.

No debemos permitirnos subestimar la complejidad del asunto, y sus graves consecuencias, mucho menos negar su existencia; ahora bien lo que debe exhortarnos a todas/os es no permitir bajo ningún punto de vista ser parte de un círculo vicioso replicador de violencias de cualquier tipo hacia las mujeres, entiendo que esto se torna un mandato de exigencia cuando una/o se desempeña en algún organismo del Estado.

Entonces, si no se quiere ser participe de estas violencias debe haber un compromiso a la capacitación constante en estas temáticas a conciencia, a interpelarse todo el tiempo, y asumir que es una realidad innegable esta desigualdad y que es urgente tratar de revertir desde el lugar en el que se encuentre, más pensando en las generaciones futuras.

Por todo ello, como conclusión del presente trabajo puedo afirmar que el proceso de deconstrucción de ideas erróneas, sesgos y estereotipos de género sólo se logra por medio de la formación continua, la cual es sumamente necesaria para el ejercicio de la Judicatura ya que en casi todas las provincias surge como manda constitucional la idoneidad del cargo y capacitación constante, entonces esta temática debe estar en el orden del día de cada escuela judicial o colegio profesional¹⁵.

¹⁵Cabe destacar la elogiable labor que se realiza desde la Oficina de Género y Derechos Humanos del Poder Judicial de Río Negro, la que cuenta con actividades de capacitación constante, observatorio de sentencias con perspectiva de Género. El STJ a través de la Acordada 24/22 incorporó la perspectiva de Derechos Humanos y

También las Universidades deben “tomar el guante”, no solo limitadas a las Facultades de Derecho, con un fuerte compromiso de formar profesionales con perspectiva de género, con lo cual deben realmente dar espacio para el cambio desde lo real, permitiendo no solo el armado de la curricula de la carrera desde una mira más igualitaria sino permitir el acceso de las mujeres a las cátedras y cargos directivos.

Como puede observar, es amplio el campo a trabajar para lograr una igualdad real de la mujer en la sociedad, pero si realmente queremos tener una sociedad democrática que enarbole el respecto de los derechos humanos de todas las personas como política de Estado, todas/os debemos asumir el compromiso de aportar nuestro granito de arena para lograr dicha sociedad, que dignifique el rol de la mujer, que no significa superar al hombre, sino simplemente quedar en un pie de igualdad real de oportunidades.

Ahora bien, entiendo que queda mucho camino por recorrer, pero también creo que las herramientas para dichos cambios están dadas, y desde hace un tiempo, por lo cual el desafío está en que los operadores del derecho las internalicen en su práctica, que las puedan visualizar y reconocer para impedir una visión sesgada en la aplicación de las normas.

Esto quiere decir, que necesitamos operadores/as que no se limiten a interpretar el Derecho encasillándose en compartimentos estancos conforme la especialidad o labor que realicen en torno al ejercicio de su profesión. Sino que necesitamos como sociedad operadores/as jurídicos/as que se cuestionen continuamente si el Derecho vigente realmente nos lleva hacia una sociedad más justa, hacia la paz social, y si ello no es así, pues entonces lo cuestionen y se alcen

Genero como política publica transversal, a cuyo fin se delinearón las principales misiones y funciones de la Oficina de Derechos Humanos y Genero. Asimismo, destacar que en fecha 14 de abril de 2021, el Superior Tribunal de Justicia y la Procuración General aprobaron el Protocolo de Femicidios, una herramienta adicional que debe complementarse con otros instrumentos o estrategias de investigación. La Acordada 01/19 del STJ estableció que las capacitaciones que dispongan la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Oficina de Derechos Humanos y Genero del Poder Judicial, en Perspectiva de Genero y Derechos Humanos, son obligatorias para quienes resulten destinatarias o destinatarios de estas de acuerdo con la modalidad que reglamente este Superior Tribunal de Justicia. Acordada 20/22 se determino la obligatoriedad de incorporar la Perspectiva de Genero en clave de Derechos Humanos en los programas de evaluacion de la totalidad de los concursos de cargo, de ingreso y de ascenso, de todos los escalafones y fueros que se realicen en el Poder Judicial de la Provincia de Rio Negro, de acuerdo con el temario de contenidos mínimos. En fecha 07/06/2023 por medio de la Acordada N° 006/2023 se aprobó un protocolo de abordaje judicial con Perspectiva de Generos en las situaciones que involucren los derechos de mujeres, diversidades y/o disidencias.

ante esta realidad, sin replicar por medio de su aplicación mecánica soluciones anacrónicas con el cambio social vigente.

Bibliografía

- Alfaro, D. y Aguilar, M. (2019). Develando el género. Elementos conceptuales básicos para entender la equidad. Madrid: Unión Mundial Para la Naturaleza. ABSOLUTO. San José, C.R.g
- Bergallo Paola y Moreno Alumine. Coordinadoras 2017. Hacia Políticas Judiciales de Género. Editorial JUSBAIRES. Buenos Aires.
- Caputi, Claudia. LOS DEBERES DE LOS ACTORES ESTATALES EN MATERIA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. Publicado 10/02/2017 en página web de la Corte Suprema de Justicia, sección Oficina de la Mujer. Recuperado de <https://www.csjn.gov.ar/om/verNoticia.do?idNoticia=1408>
- Falcón, Julissa Mantilla LA CONCEPTUALIZACION DEL GENERO Y SU IMPORTANCIA A NIVEL INTERNACIONAL. Recuperaod de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6302535.pdf>
- Gherardi Natalia y Zibecchi Carla (2009). Equipo Latinoamericano de Justicia y Género - ELA: Informe sobre género y derechos humanos en Argentina (2005-2008). - 1a. ed. - Buenos Aires: Biblos, Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27098.pdf>
- Gózález Manuela G., Miranda Marisa, Zaikoski Biscay Daniel. Compiladoras (2019). Género y Derecho. EdUNLPam. Santa Rosa.
- Lamas, M. (1996). La perspectiva de género. En Revista de Educación y Cultura de la sección 47 del SNT, 216-229. México. <http://www.obela.org/system/files/La%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20-%20Marta%20Lamas.pdf>
- Medina, Graciela (2018). “Juzgar con Perspectiva de Género”. “¿Porque juzgar con Perspectiva de Género? Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?”. Revista de las Comisiones Nacionales PpR Familia y de implementación de la ley N°30364 de la Corte Suprema de Justicia de la República de Peru, Año 1
- México, SCJN (2015). "Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad" 2013, 2da. ed., noviembre 2015. ISBN:



978-607-468-842-9.

Sitios Web consultados

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>

<https://www.argentina.gob.ar/generos/ley-micaela>

<https://www.csjn.gov.ar/om/vc/videoconferencias.html>

<https://www.jusrionegro.gov.ar/web/acceso-a-justicia/oficina-genero/?id=1>

<https://estudiosdegeneroal.com/marco-normativo-equidad-de-genero/>

<https://www.argentina.gob.ar/generos/ley-micaela>

<http://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos>

<https://ahoraquesinosven.com.ar/reports?categoryExcluded=registro-femicidios>

<http://niunamenos.org.ar/>

La escucha de niños niñas y adolescentes en la provincia de Río Negro

* Abogada (UNCO), Especialista en Derecho de Daños y Contratos (UNCO), Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCO), Especialista en Procesal Civil (UBA), Escribana (Universidad Blas Pascal), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia), Experto en Intervención Ambiental – Orientación Gestión Ambiental” (UNCO – Facultad de Ingeniería), Maestrando en la Maestría en Intervención Ambiental con orientación en Gestión en la Organizaciones Públicas y Privadas (UNCO – Facultad de Ingeniería). Asimismo, ha cursado: Curso de Alta Especialización “Derechos Fundamentales del Hombre. Poderes Públicos y Tutela Jurisdiccional Efectiva en los Sistemas Multinivel” (Universidad de Aldo Moro – Bari- Italia) y Curso de Posgrado Derechos del Niño, Niña y Adolescentes”(UNCO), Curso de Protección Procesal de “Los Vulnerables” (UBA), Curso de Protección Social y Judicial de los “Sectores Vulnerables” dictado en Jaén, Granada y Málaga - España (UBA – Universidad de Jaén - Universidad de Málaga), Curso de Intensivo Verano 2023 en Bolonia-Italia “Acceso a la Justicia y Derechos Humanos” (Universidad de Bolonia), entre otros.-

*Por Victoria Cecilia HERNANDEZ **

Breve reseña de la Acordada N°3/23 del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro en fuero Civil y breve mención de la técnica de escucha de Niños, Niñas y Adolescentes Víctimas del Delitos contra la Integridad Sexual en el fuero Penal (Protocolo de Nichd).

Introducción

Para comenzar a hablar de la escucha de Niños, Niñas y Adolescentes, resulta importante aclarar que para una efectiva operatividad de las normas del derecho sustancial se deben interpretar y aplicar las mismas, en consonancia con la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, las Leyes Especiales en la materia (Ley Nacional 26.061, Ley Provincial 4.109 en Río Negro, entre otras), los instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, el Código Civil y Comercial de la Nación, el Código Procesal de Familia la Provincia, además de las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a Justicia de Personas en condiciones de Vulnerabilidad.

Asimismo, cabe destacar que en materia de Niñez y Adolescencia contamos con el Protocolo de Guías de Buenas Prácticas para el abordaje de Niños, Niñas y Adolescentes víctima o testigos de Abuso Sexual y otros Delitos de UNICEF, la Acordada N° 3/23 de Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, “Guía de Escucha de Niños, Niñas y Adolescentes” en materia Civil.-

Por otro lado, en lo que respecta al fuero Penal, en la escucha de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, en los supuestos del artículo 150 inciso 4 del Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, que se realizan mediante el dispositivo de Cámara Gesell, en dichos casos, se aplica el protocolo de NICHHD.

Guía de Escucha de Niños, Niñas y Adolescentes en el ámbito civil

La “Guía de escucha de Niños Niñas y Adolescentes”¹ establece principios guías, mencionando como debe entenderse el Derecho a la Niñez y Adolescencia, teniendo en cuenta las necesidades y opiniones, haciendo hincapié que en los asuntos que afectan a los Niños, Niñas y/o Adolescentes, tal es así que estos últimos, dejan de ser considerados como sujetos pasivos de protección y se considera la capacidad progresiva de los mismos. En este sentido, cae a cargo de la Judicatura, el deber convocar y solicitar la propia opinión en cada decisión en la que un Niño, Niñas y/o Adolescente se encuentre involucrado, teniendo en cuenta su edad, el género, madurez emocional, diversidad en el desarrollo, etnia o cualquier otro tipo de condición particular en resguardo de su individualidad y cualquier tipo de discriminación.

La escucha en forma directa de los Niños, Niñas y/o Adolescentes según la Acordada N° 03/2023 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, está a cargo de la Judicatura, más precisamente del Juez.

En los aspectos generales del objetivo de esta Guía, establece que por la especificidad de la temática de Niñez y Adolescencia, amerita una especial atención, con criterios, recomendaciones y pautas de donde y por quién debe realizarse esta escucha.

En lo que respecta al ámbito de aplicación se establece que es de aplicación obligatoria para los Tribunales de la Provincia de Río Negro en las audiencias de

¹ ACORDADA 3/23 del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, “Guía de Escucha de Niños, Niñas y Adolescentes”, 15 de marzo de 2023.

escucha de Niños, Niñas y/o Adolescentes, en los fueros de Familia, del Trabajo, Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, en todas las instancias, Centros Integrales de Métodos Autocompositivos de Resolución de Conflictos, (CIMARC), Juzgado de Paz, Oficinas Periciales o de Gestión que deban entrevistar a Niños, Niñas y/o Adolescentes cuando estén involucrados directa o indirectamente sus intereses.

La Guía de escucha de Niños, Niñas y Adolescentes, establece el proceso de escucha, como debe ser la preparación previa, como debe hacerse la citación, el cual puede realizarse ya sea por cédula, mensaje de whatsapp o llamada telefónica, destacando que debe ser en lenguaje claro, fácil de comprender y amigable. Asimismo debe mencionarse como se llevará a cabo la audiencia, si será presencial o por zoom, explicándole con un tiempo anticipatorio para que pueda asistir a la misma, cuidando la privacidad del mismo, haciéndole saber que puede dar su opinión y, al mismo tiempo, explicarle que no está obligado a expresar su opinión si no lo desea.

Asimismo la Guía refiere de la preparación del espacio para la escucha, que debe ser oficinas donde se pueda lograr una atmósfera necesaria para lograr un diálogo abierto y distendido, por tal motivo, no se recomienda no utilizar las salas de audiencias o despachos de estrados, donde la figura del juez/a queda elevada sobre el Niño, Niñas y/o Adolescente, por el contrario, debe ser una sala sencilla, que puedan expresar libremente sus sentimientos, pensamientos y deseo, sin que resulte intimidatorio para el Niño, Niña y/o Adolescente que declare. Respecto a quienes pueden participar en esa escucha, debe estar presente el/la Juez/a, el/la Defensor/a de Menores e Incapaces y puede estar presente el Equipo Interdisciplinario de dicho Tribunal. Asimismo, en el caso que el Niño, Niña y/o Adolescente lo deseé, puede contar con el Abogado del Niño/a y/o Adolescente teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

En lo que respecta a la preparación previa, se establece que debe existir una predisposición previa, genuina voluntad de participar en el encuentro, calidez, serenidad y contención en el ámbito de escucha. Por dicha razón, resulta imprescindible llegar a las audiencias con el conocimiento previo de las causas, además de las causas conexas, y de los informes realizados por los Equipos Técnicos y/u otros Organismos, para evitar revictimizar y/o ahondar en temáticas sensibles.-

En lo que respecta a la modalidad de encuentros, es aconsejable que sea de manera presencial, que el mismo quede grabado y en un marco de confidencialidad con carácter privado y reservado.

Es importante que el encuentro sea con el tiempo suficiente para poder prestar atención y mantener una escucha activa. Por otro lado, es fundamental que se preserve la integridad del Niño, Niña y/o Adolescente en el edificio evitando el cruce con familiares o referentes afectivos, cuando este contacto pueda resultar conflictivo.

En lo que respecta a la escucha de grupo de hermanos, debe evaluarse la forma de realizar la entrevista en forma conjunta o individual, por lo cual se pregunta las preferencias del Niño, Niña y/o Adolescente. Debe tomarse también la opinión del Equipo Interdisciplinario.

En los casos particulares en donde el Niño, Niña y/o Adolescente presente alguna dificultad para comunicarse, resulta recomendable convocar a la entrevista a un referente que pueda hacer de interprete.

En lo que respecta a la escucha en audiencias de Niños, Niñas y/o Adolescentes, se debe trabajar para crear de un clima de confianza. Al comenzar las mismas, quienes participan, deben presentarse y explicar la función que cumplen. Se sugiere comenzar la charla con preguntas sobre sus gustos, temas de interés general o su rutina diaria antes de abordar el tema principal.

Una vez generada la confianza, se debe informar con claridad a los Niños, Niñas y/o Adolescentes, el motivo del encuentro y hacerles saber que puede expresarse siempre que lo deseen hacer. Además, deberá informarse que la audiencia quedará registrada mediante el medio audiovisual y que no tendrán acceso otras personas, salvo que existan motivos de relevancia y haya una aceptación de su parte. Se les debe hacer saber que su opinión será tenida en cuenta y considerada al momento de resolver, pero que esto no implica que se decida según sus deseos. Asimismo, se habla de la sugerencia de escucha activa, donde se aconsejan técnicas de mediación, como el parafraseo, sin abusar, ni interrumpir. Se señala que en el transcurso de la audiencia no deben utilizarse dispositivos móviles, ni atender llamadas telefónicas, para dedicar especial atención a una escucha activa.

En lo que respecta al fin de la audiencia, una vez que termina la audiencia se le consulta al Niño, Niña y/o Adolescente como se sintió y si desea agregar o contar algo más. Por último se le pregunta si tiene alguna duda y se agradece su participación.

Luego de la audiencia, es recomendable incluir en la sentencia o en audiencia posterior, una explicación simple de lo que ha pasado en la causa y es fundamental que se explique con claridad y sencillez porque se tomó tal decisión.

Escucha de niños, niñas y/o adolescentes víctimas de abuso sexual en el fuero penal de la provincia de Río Negro mediante el dispositivo de Cámara Gesell - protocolo de Nichd

En la Provincia de Río Negro, en materia Penal, por la Resolución N° 163/2007 del Superior Tribunal de Justicia, se viene aplicando el protocolo de “Nichd” para la escucha de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de Abusos Sexuales, en donde en el punto 15) se estipuló que “en los casos de menores víctimas de delitos contra la integridad sexual se propenderá el uso de la entrevista NICHHD” y luego de la reforma del Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro se siguió utilizando.

En lo que respecta al Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro, el artículo 150 prevé los requisitos para solicitar Anticipos Jurisdiccionales de Prueba detallando en el inciso 4, los supuestos para solicitar una Cámara Gesell.²

Cabe mencionar que como punto importante que el Protocolo de NICHHD, fue creado como una técnica de escucha para aquellos delitos contra la integridad sexual donde se encuentren como víctimas Niños, Niñas y/o Adolescentes. En lo que respecta a Cámara Gesell, se puede solicitar en los supuestos del artículo 150 inciso 4 del C.P.P.R.N.

Lo importante del dispositivo de Cámara Gesell para los casos de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de delitos contra la integridad Sexual, es que el mismo, se realiza con un especialista en la materia como lo es un/a licenciado/a en psicología, con una entrevista semi estructurada (protocolo de Nichd) que tiene la ventaja que tiene filtros que permite a través del entrevistador, obtener precisión de lo relatado por el Niño, Niña y/o Adolescente a través de preguntas aclaratorias.-

El Protocolo de Nichd, es la técnica que se utiliza en una Cámara Gesell, lleva ese nombre porque fue creado por la *National Institute of Child Health and Human Development* y consta de los siguientes pasos:

² Se llama Cámara Gesell en honor al psicólogo y pediatra estadounidense Arnold Gesell (1880 – 1961), que se dedicó a estudiar las etapas del desarrollo de los niños donde observa conductas sin ser perturbados o con la presencia de una persona ajena al causante de alteraciones. La Cámara de Gesell o también llamada cámara de Visión Unidireccional, se realizaban en un salón con equipos de video y audio, como así también, con un espejo unidireccional anexo a una sala donde se puede ubicar un grupo de observadores: Expertos, Defensores, Fiscalía y Juez, entre otros.

INTRODUCCIÓN

- * Presentación de las partes y sus funciones, donde se presenta la persona especialista (lic.en psicología) a cargo de la realización de la Cámara Gesell y le explica el dispositivo.
- * La cuestión de Verdad o Mentira donde se le consulta al Niño, Niña y/o Adolescente, si puede diferenciar en lo que es un suceso verdadero u falso.-

ESTABLECIMIENTO DEL RAPPORT

- * La construcción del rapport. Se utiliza para tener una comunicación exitosa con la otra persona.
- * Un muestreo del lenguaje.

EJERCICIO DE MEMORIA EPISÓDICA

- * Describir un suceso importante reciente.

TRANSICIÓN A LA CUESTIÓN PRINCIPAL

- * La primera narración explicativa del suceso alegado.
- * La explicación del último incidente (en el caso de existir varios incidentes).

PREGUNTAS:

- * Realizar preguntas aclaratorias.
- * Hacer preguntas abiertas complementarias sobre el ultimo incidente.
- * Narración del primer incidente.
- * Preguntas sobre el primer incidente.
- * Preguntas abiertas o cerradas respecto al primer incidente.
- * Narración de otros incidentes que el Niño, Niña y/o Adolescente recuerde.

INTERVALO

INFORMACIÓN SOBRE LAS REVELACIONES

- * Preguntas aclaratorias.

- * Planeamiento de preguntas conductivas sobre detalles importantes desde el punto de vista judicial que el Niño, Niña y/o Adolescente no hubiera mencionado.

CIERRE

- * Invitación para que aporte cualquier tipo de información que estime oportuna el Niño, Niña y/o Adolescente.

TEMA NEUTRO

- * Volver a un tema neutro el entrevistador.

Bibliografía:

Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, ACORDADA 3/23 “Guía de Escucha de Niños, Niñas y Adolescentes”, 15 de marzo de 2023.-

Legislatura de Río Negro. (2019) Ley 5396 “CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO”

Legislatura de Río Negro. (2017) Ley 5020 CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO.

Josep Ramón Juárez López Eva Sala Berga (2011) Documentos de trabajo: INVESTIGACIÓN (Ayudas a la investigación, 2010) Entrevistando a los niños preescolares víctimas de abuso Sexual y o maltrato familiar – Eficacia de los modelos de entrevista forense. Recuperado de <https://www.fundacionenpantalla.org/attachments/article/13/entrevista%20abuso%20sexual%20en%20prescolares.pdf>

Germán G. De Stéfano (2014). Protocolo Entrevistas De Investigación Abuso Sexual De Menores- NICHD - Traducción En Español (Latinoamérica). Versión En Español (Latinoamérica/Neutro). Recuperado de <https://www.academica.org/german.de.stefano/3>

UNICEF y ADC.- Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso. Recuperado de <https://www.unicef.org/argentina/media/1746/file/Guia%20de%20Buenas%2>



Prácticas para la protección de derechos y el acceso a la justicia de niños y niñas víctimas de abuso sexual..pdf

Protocolo de NICHD PARA LAS ENTREVISTAS EN INVESTIGACIÓN DE VICTIMAS DE ABUSO SEXUAL DE MENORES (VERSIÓN 3,0)
“National Institute of Child Health and Human Development”, traducido por MONICA ROMERO, revisado por JOSE LUIS GONZÁLEZ (NOVIEMBRE 2000)

Maltrato animal. Violencia doméstica y de género

*Por Kiara BELICH**

SUMARIO: I. Introducción; II. Crueldad y tortura animal; III. Violencia doméstica y de género; IV. Vinculación con la violencia de género y doméstica; V. Antecedentes jurisprudenciales; VI. ¿Cómo afecta la crueldad animal a los menores de edad?; VII. Psicopatología del maltrato animal; VIII. Estadísticas; IX. Detección temprana; X. Conclusión; XI. Bibliografía

I. Introducción

El objetivo de este trabajo es la visualización y toma de conciencia por parte del lector sobre la crueldad animal y el vínculo existente con la violencia doméstica y de género. Esta temática afecta a todos los miembros de la familia, especialmente a quienes están en situación de vulnerabilidad e indefensión. Para ejemplificar, citamos un reciente fallo e incluimos datos estadísticos. Para concluir, nos enfocamos en la importancia de la detección temprana de la crueldad animal.

II. Crueldad y tortura animal

* Estudiante de Derecho, Universidad Nacional del Comahue.

Para comenzar, Frank. R Ascione, (1993) define la “crueldad animal” como “el comportamiento socialmente

inaceptable que causa de manera intencional un sufrimiento, dolor o distrés innecesario y/o la muerte del animal”. En esta definición deja afuera los comportamientos socialmente aceptables, como lo son la caza, ganadería, experimentación científica en animales, espectáculos con animales, entre otros. La conductas admisibles por la sociedad van a ir variando según el tiempo y lugar. En cuanto a la definición de tortura la RAE indica que es aquel “grave daño o dolor infligido a una persona o a un animal”.¹

Para ilustrar, los animales sufren un sinnúmero de actos de tortura, son quemados, mutilados, arrastrados por un automotor, ahogados, asfixiados, enterrados vivos, ahorcados, cegados, pateados, acuchillados, envenenados, baleados, etc.

III. Violencia doméstica y de género

Primeramente, conceptualizamos diferentes tipos de violencia.

Héctor Mora Chamorro (2008) entiende a la violencia familiar -también llamada doméstica o interfamiliar- como “la violencia ejercida en el terreno de la convivencia asimilada, por parte de uno de los miembros contra otro, contra algunos de los demás o contra todos ellos” (p.90).

Por otra parte, las mujeres y el colectivo LGBTI+, sufren gravemente violencia de género entendida como “cualquier conducta (una acción, un insulto, una actitud, un silencio o una falta de colaboración) que produzca un daño a la persona por el solo hecho de ser mujer o persona LGBTI+. No se trata solo de agresiones físicas”²

En Argentina, la Ley de Protección Integral a las Mujeres, encuadra la violencia contra las mujeres como

toda conducta, acción u omisión, 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, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las per-

¹ Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., Fecha de acceso 03/05/2023 <<https://dle.rae.es>>

² Guía de Información sobre violencia de género. Producción colaborativa entre la “Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia” y el “Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)” Segunda edición: mayo de 2022. Editado por: Ediciones SAJ. Pág. 5

petradas desde el Estado o por sus agente. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.” (Ley 26.485, art.4).

Entonces, la violencia que sufre la mujer puede quedar encuadrada en violencia familiar y de género si además existe un vínculo familiar o afectivo (si no hay o no hubo en el pasado una relación afectiva, la violencia hacia la mujer será de género).

IV. Vinculación entre la crueldad animal y la violencia doméstica y de género

Como se aprecia, dentro de las viviendas, pueden coexistir diferentes tipos de violencias, siendo una de ellas la ejercida contra animales domésticos.

Las mascotas pueden ser las víctimas ocultas de la violencia doméstica. Por ende, a la luz de la unión entre las personas humanas y los animales, debemos contemplar a estos últimos como posibles víctimas de violencia familiar.

Para comprender el nexo entre el maltrato animal y la violencia doméstica y de género, debemos enfocarnos en la existencia de una estrecha unión afectiva, emocional y de dependencia, a la que Phil Arkow (1999) afirma que puede ser calificada como simbiótica.

El diccionario de habla inglesa, Oxford Languages, define simbiosis como “asociación íntima de organismos de especies diferentes para beneficiarse mutuamente en su desarrollo vital”.³

Podemos afirmar que este vínculo entre humanos y animales se consolida aún más cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad, ya que hay una mayor dependencia hacia el animal.

En este contexto, advertimos que el maltrato animal o las amenazas con cometerlo, puede ser un mecanismo para ejercer violencia psicológica hacia aquella persona con quien el animal guarda una relación profunda. En otras palabras, ejercer actos de crueldad hacia el animal puede tener como consecuencia la humillación,

³ Diccionario Oxford. Fecha de acceso 3/05/2023 <<https://web.archive.org/web/20210709184427/https://www.lexico.com/es/definicion/simbiosis>>

sometimiento, dominación de la persona que se percibe como su principal referente (mujeres, menores de edad y otros integrantes de la familia que en la relación suelen ser vulnerables).

En la práctica, puede ser más fácil ejercer violencia física hacia un animal para que indirectamente sufra la pareja y/o sus hijos. Dicho de otra manera, el daño que se comete a las personas es consecuencia inmediata del maltrato animal pero no vemos una violencia física directamente hacia las personas. Ante estas situaciones se ha afirmado que "Se consigue así, de una forma muy efectiva, que sigan siendo víctimas en silencio, mientras dura la relación y una vez que ha terminado."⁴

Se aprovecha del animal porque no tienen voz propia, suelen ser de textura más pequeña, indefensos, pero sí sienten y sufren al igual que un ser humano. Todo este contexto hace que el agresor elija al animal como un medio eficaz para lograr su fin: ejercer violencia hacia la persona más vulnerable. Como dato de color, al ser el perro la mascota común de los humanos y por sus propias características, son los animales más afectadas.

Incluso, la mascota también puede ser víctima de violencia, producto de salir a defender a la persona que recibe violencia y a quien desea proteger. Situación que deja en evidencia el vínculo afectivo entre el animal y el humano.

El animal de compañía, aquel a quien el maltratador percibe como una "cosa" querida por los miembros de la familia y la destrucción de las pertenencias, concluyen en un solo acto: generar daño a una/s persona/s determinada/s.

No podemos omitir que las diferentes violencias en el ámbito familiar están sujetas a las condiciones impuestas por la estructura de la sociedad patriarcal en la que vivimos. Desde este análisis, la distinción entre el ámbito público y privado es parte de la lógica de dominación, en donde el maltratador cosifica a las víctimas, personas y animales, que son consideradas parte de su propiedad.

V. Antecedentes jurisprudenciales

Para englobar y tomar dimensión sobre lo desarrollado hasta el momento, analizaremos el reciente fallo "B., N. A. c/ P., R. J. s/ VIOLENCIA FAMILIAR" que trata en particular estos temas.

⁴ Bernuz Beneitez "El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas" Revista de Victimología 2, pág. 97 y ss.

En marzo del año 2021, en la provincia de Chaco, la Sra. N. A. B. denuncia por violencia familiar a su expareja el Sr. R. J. P., con quien mantuvo una relación por ocho años y se encontraba separada hacía más de un año y medio. Dicha denuncia tramitó en el Juzgado de Niñez, Adolescencia y Familia N. 3.

La parte denunciante, sufrió diferentes hechos de violencia psicológica, acoso, intimidación y hostigamiento, debido a lo cual solicitó una medida de prohibición de acceso y acercamiento y que se le hiciera entrega del dispositivo denominado "antipánico". Solicitó, además, la restitución de dos canes que se encontraban en el domicilio del demandado, a los que consideraba parte integrante de su familia, y que representaban un sostén emocional en su vida. La víctima explicó que los animales "son como sus hijos y sabe que esto lo hace para lastimarla, para dañarla emocionalmente, ya que la afecta muchísimo a ella como a todo el grupo familiar"⁵. Hace referencia a sus perros como "perrhijos"⁶. El sentenciante dice que "esta última denominación permite vislumbrar el alto grado de vinculación emocional que no se circunscribe sólo a la denunciante, sino que se extiende a todo ser humano que cuente con animales de compañía y entre los que se genera un verdadero vínculo afectivo"⁷

Como se aprecia, la sentencia destacó el sólido vínculo que tiene la mujer con sus mascotas y el alejamiento producido por el accionar del victimario le genera angustia y preocupación. Ante ello, el juez considera que "estamos en presencia de la utilización de los animales (dos perros) como instrumentos para causar daño y sufrimiento psicológico a la Sra. N. A. B y sus hijos. En estas situaciones, los animales son utilizados como chivos expiatorios, mecanismos para maltratar a la pareja o los hijos, para someterlos, amenazarlos, para evitar que se vayan y/o para asegurar su silencio respecto a su situación de víctimas"⁸.

Como consecuencia de ello, el tribunal chaqueño ordenó, en calidad de medidas protectorias tendientes al cese de la violencia, la prohibición de acercamiento, la abstención de realizar todo acto de perturbación e intimidación y, además, la restitución de los perros a la denunciante, entendiéndose que habían sido retenidos por el maltratador para causarle daño y sufrimiento psicológico a su expareja.

⁵ Juzgado de niñez, adolescencia y familia N. 3, Chaco, 18/05/21 "B., N. A. c/ P., R. J. s/ Violencia Familiar". <<http://www.colectivoderechofamilia.com/b-n-a-c-p-r-j-s-violencia-familiar-juzgado-de-ninez-adolescencia-y-familia-n-3-chaco-18-05-21/>>

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

Esta resolución judicial es un claro ejemplo de que los animales fueron utilizados como mecanismos para someter y amenazar a la mujer y sus hijos. No se indica en este caso que hubo maltrato animal, sino que se utilizó a las mascotas como una herramienta más para ejercer daño, siendo posible que también los animales pudieron sufrir el alejamiento con estos miembros de la familia.

VI. ¿Cómo afecta la crueldad animal a los menores de edad?

Desde temprana edad, los niños se relacionan con los animales. Esto suele ocurrir dentro de la propia vivienda o en otros ámbitos, tales como la escuela, el barrio, el club, las casas de amigos o bien las mascotas con las que conviven a diario. Se observa que el hecho de estar en contacto desde la niñez con un animal produce beneficios tanto psicológicos como emocionales a las personas de corta edad, siendo más evidente este beneficio en situaciones de discapacidad, puesto que los ayuda a socializar, mejorar su autoestima, es una forma de acompañamiento, aportan felicidad, ayuda a que adquieran responsabilidad en su cuidado, valores, permiten desarrollar el sentido de convivencia, fomentan la empatía, etc.

A pesar de ello, hay que tener en cuenta el entorno familiar del niño, niña o adolescente. Del mismo modo que se aprecian beneficios, en otras circunstancias ello no funciona del mismo modo y se puede observar que en una residencia donde se producen situaciones de violencia contra los animales, esos niños que son testigos de esas agresiones pueden ser también partícipes de esos actos. Incluso, la detección de formas de maltrato animal también puede referenciar la existencia de violencia hacia los niños.

Estar expuesto a una situación de violencia, en particular si se trata de un referente cercano que hiera o mate a un animal puede ser emocionalmente devastador para un niño, niña o adolescente y posiblemente pueda tener efectos negativos en su desarrollo psicológico y emocional.

Como explicamos en el apartado anterior, el maltrato animal puede ser una forma de coacción para aquellas personas más débiles en la relación familiar. En el caso de los hijos, podría utilizarse esta estrategia como modo de presión hacia sus madres para que no se separe del maltratador o incluso para silenciarlos acerca del maltrato que sufren en forma directa (podría pensarse en la manipulación vivida cuando hay situaciones de abuso sexual) o que sufren otras personas de su grupo

conviviente como podrían ser las madres y otros hermanos o hermanas. También pueden poner en riesgo su propia integridad física y permitir su propia victimización para impedir que el agresor lastime a sus mascotas.

Otras de las consecuencias surgidas a partir de estos eventos traumáticos, es el aprendizaje que adquieren esos niños o niñas que son testigos permanentes de maltrato animal por el disvalor hacia los sentimientos y la vida del prójimo. En estos casos, las personas que se nutren de estos comportamientos presentan un riesgo mayor de cometer actos de crueldad hacia animales que aquellos que nunca tuvieron estas vivencias agresivas. Es una reproducción de la violencia, ya que la conducta violenta no se hereda genéticamente, sino que se transmite por medio de normas culturales, institucionales y/o familiares. Estos niños en un futuro pueden convertirse en padres violentos.

Por su parte, Robert K. Ressler, ex-agente del F.B.I. advierte que “Los asesinos... muy a menudo son niños que nunca aprendieron que está mal sacarle los ojos a un cachorro”.⁹

VII. Psicopatología del maltrato animal

Existen dos modelos que explican la crueldad animal en la infancia y las posteriores conductas violentas hacia los humanos, esto es, las teorías de la conexión entre el maltrato animal e interhumano.

La primera, “Hipótesis de la Gradación”, explica que los niños que empiezan maltratando animales, eventualmente se “gradúan” y comienzan a comportarse de manera violenta con personas humanas. En otros términos, hay una progresión del maltrato animal al humano. Está basada en los fundamentos de la “tríada de la psicopatía” de Macdonald. Esta es la postura defiende Jeremy N. Wright (2001).

En cambio, la segunda teoría, “Generalización de la Desviación”, comprende el maltrato animal como una conducta antisocial más, que concurre con otras conductas antisociales. En concreto, refiere que la persona que comete maltrato animal es muy probable que cometa otras desviaciones, como puede ser agresiones sexuales, robos con violencia, asesinatos, etc. Arnie Arluke (1999), quien es uno de los fundadores de la antrozoología, sostiene esta última teoría.

⁹ Ressler, RK, Burgess, AW, Hartman, CR, Douglas, JE y McCormack, A, “Asesinos que violan y mutilan” 1986, pág. 273 y ss.

XIII. Estadísticas

Para esclarecer ideas y mencionar estadísticas, nombramos a continuación distintos estudios que permiten dar crédito a las afirmaciones anteriores. Así nos encontramos:

en el 88% de las familias donde había maltrato a niños también había maltrato hacia animales (New Jersey Public Child Protection Agency, 1983);

el 71% de hombres que maltrataban a sus parejas maltrataron a las mascotas a modo de venganza (Ascione, 1996);

el 32% de víctimas de violencia familiar que tenían mascotas reportaron que uno o más de sus hijos habían herido o matado a una mascota (Ascione, 1995).¹⁰

El 86% de las mujeres alojadas en un albergue para mujeres maltratadas informaron tener mascotas y, de estas mujeres, el 80% había sufrido maltrato de animales de compañía de sus parejas.¹¹

En la mayoría de los países latinoamericanos, más del 70% de los hogares conviven con un perro o con un gato, por lo tanto, el vínculo entre el humano y el animal debe ser ya considerado en los protocolos de atención de la violencia de género y los abusos hacia los más débiles.

IX. Detección temprana

Con todo lo desarrollado, queda claro que debemos darle importancia e incrementar la detección de las situaciones de violencia contra los animales, porque de esta forma también mejorará la localización de las situaciones de violencia doméstica y prevenir futuros comportamientos violentos en niños y otras personas más débiles en la relación familiar como aquellas que tienen discapacidad o adultos ma-

¹⁰ Martín Reynoso "El maltrato animal, primer paso de la violencia contra las personas", Diario Clarín, 08/12/2016, Fecha de acceso al documento 30/05/2022 <https://www.clarin.com/ser-zen/maltrato-animales-primer-violencia-personas_0_H1WolyYDXe.html>

¹¹ Juan Enrique Romero "El maltrato animal, un emergente social de la violencia familiar y de género" Infobae Fecha de acceso al documento 11/03/2021 <<https://www.infobae.com/america/perrosygatos/2021/03/12/el-maltrato-animales-un-emergente-social-de-la-violencia-familiar-y-de-genero/>>

yores. Trabajar por el bienestar animal e indagar en el origen de sus lesiones puede proteger a las mujeres como al resto de posibles víctimas.

La violencia ejercida hacia los animales de acompañamiento con el fin de dañar a la pareja es algo que todos los profesionales implicados en la prevención y tratamiento de violencia de género deben tener en cuenta por tres cuestiones fundamentales. La primera, porque la violencia contra los animales es un mecanismo de maltrato psicológico, de dominación y sometimiento de la pareja y niños. En segundo término, puede ser un indicador de que existen otras formas de violencia, dentro o fuera del ámbito familiar. Por último, hay que tener en cuenta las consecuencias de la exposición de estas situaciones a los menores de edad.

X. Conclusión

A las víctimas de violencia doméstica y de género, debemos incluir “otras víctimas sin voz: los animales que también son considerados como miembros de la familia”¹². Evidentemente, mujeres, niños, adultos mayores y personas con discapacidad son quienes padecen violencia en el entorno familiar pero no debemos olvidar a sus mascotas, que también sufren estas situaciones de maltrato.

La decisión de que consideremos a estos animales como víctimas de estos hechos agraviantes depende de la sensibilidad hacia estos seres sintientes con quienes convivimos en sociedad.

Educar no sólo en conocimientos sino en valores y también en la concienciación contra el maltrato animal, nos hará una sociedad más justa, comprometida y empática.

Si realmente queremos luchar contra la violencia en todas sus formas, también debemos focalizarnos en la prevención del maltrato a otros seres vivos.

XI. Bibliografía

Ascione, F. R. (1993). Children who are cruel to animals: A review of research and implications for developmental psychopathology. *Anthrozoös*, 6, 226-247.

¹² Loring, M.T., Marsh, J. y Geffner, R. “Introduction: Animal Abuse and Family violence.

- Congreso de la Nación Argentina 2009. Ley de Protección Integral a las Mujeres (Ley 26.485)
- Fallo: Juzgado de niñez, adolescencia y familia N. 3, Chaco, 18/05/21 “B., N. A. c/ P., R. J. s/ Violencia Familiar”
- Jeremy N. Wright (2001) “De la crueldad animal al asesinato en serie: aplicando la hipótesis de la graduación”; Tesis Presentada a la Universidad Estatal de Morehead, Kentucky.
- María de los Ángeles López Ortega (2001) “Crueldad Hacia los Animales: importante indicador de posible crueldad posterior hacia los seres humanos”; 12º Congreso Virtual de Psiquiatría. Interpsiquis.
- María José Bernuz Beneitez (2015) “El maltrato animal como violencia doméstica y de género. Un análisis sobre las víctimas”, artículo en la revista de Victimología N°2.
- Med.Vet. Katia Florian (2003) “Abuso a los animales y violencia humana”.
- Nuria Querol Viñas (2008) “Ética Animal”, Revista de Bioética y Derecho N° 13.
- Piers Beirne (2016) “¿Hay progresión desde el abuso a animales hasta la violencia interhumana?”; Artículo del libro Devenires.
- Zuriñe Doncel Benito (2019) “¿Hay conexión entre el maltrato animal y la violencia interpersonal?: un análisis de la crueldad animal en asesinatos en serie”. Trabajo de fin de grado en criminología.

Aplicación del principio de autonomía de la voluntad y de la no discriminación en personas con discapacidad

*Por Marcos Flavio SORIA y Alan GUNCKEL**

Sumario: 1. Introducción; 2. Principio de no discriminación.; 3. Principio de la autonomía de la voluntad; 4. Conclusión.

Introducción

En el fallo objeto de este análisis se da en el marco de los autos caratulados “SANATORIO JUAN XXIII S/AUTORIZACIÓN JUDICIAL (F)” dictado en la Ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro. Los hechos traen a colación la negativa de una paciente, con discapacidad y perteneciente al culto de los testigos de Jehová, de someterse a una transfusión sanguínea por contrariar dicho tratamiento médico con las prácticas aceptadas por su culto. Frente a la negativa de la paciente, la institución médica decide presentar actuaciones judiciales a los efectos de que, si bien han adoptado desde dicha clínica la realización de la transfusión sanguínea, sea el tribunal que, con conocimiento de la práctica, abstener a los profesionales de la medicina de realizar la intervención, y por último y no menos importante, relevando de todo cargo a la institución y a los

* Estudiantes de grado de carrera Abogacía, FADECS UN-Coma. Este artículo fue curado y aprobado por Prof. Moira Revisin y realizados en el marco de la materia Derecho Civil V de la carrera de Abogacía.

médicos tratantes. Todo ello, bajo la alegación de que la paciente padecía riesgo vital y, según sostenían, no era capaz de prestar consentimiento.

Dicho asunto es resuelto mediante una perspectiva amplia sobre la interpretación y la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A partir de ello, analizamos el caso a partir del principio de no discriminación y, además, haciendo énfasis en el principio de la autonomía de la voluntad en cuanto a las personas con discapacidad.

Principio de no Discriminación

Antes de profundizar sobre este principio rector, fundamental y consagrado constitucionalmente, nos preguntamos: ¿qué es el principio de no discriminación? Entendemos por discriminación a la exclusión social de las personas basadas en el sexo, la edad, política, religión, e innumerables etc., la cual lesiona la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales basadas en prácticas y costumbres que realizan sujetos o autoridades que son parte de la comunidad social. Fuera del caso cuyo objeto es este trabajo, la discriminación debe ser entendida de forma amplia, por ende, no debemos encuadrar a la discriminación solo en una diferencia o distinción, sino también se puede reflejar a través de un trato desfavorable legítimo o ilegítimo.

En materia normativa existen innumerables regulaciones a nivel internacional. Entre ellas, cabe destacar las convenciones generales del sistema de Naciones Unidas que contienen cláusulas de no discriminación respecto de los derechos humanos consagrados en sus diferentes textos, ya sea la Declaración Universal de Derechos humanos (art. 2), el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos (art. 2.1), etc.

En cuando a la legislación interna, encontramos la Ley sobre Actos Discriminatorios¹, el Instituto Nacional Contra La Discriminación, La Xenofobia y El Racismo², el derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación previstos en la Constitución Nacional³. Y con ello, además, se atribuyó al Congreso de la Nación la competencia para legislar medidas de acción positiva a fin de garantizar la igualdad real de trato a cierto grupo de persona como los niños/as, muje-

¹ Ley n° 23.592.

² Ley n° 24515.- "INADI"-

³ Art. 16, 75 inc. 19, 22 y 23.

res, personas con discapacidad, etc. Más allá de toda regulación normativa en la actualidad, entendemos que se debe aplicar en el caso concreto y más allá de la función jurisdiccional. Es decir, que la justicia sea la última ratio de cómo dirimir estos conflictos, y que en cada institución, en cada establecimiento, en cada ciudad, en cada región, etc., se aplique en la práctica por cada uno de los que conformamos esta sociedad. Es decir, de no dejar a la norma como algo pétreo e intocable sin aplicar, y que, con ello, cuando vamos a peticionar frente a la justicia, sea la que recién, luego de transcurridos días, meses y hasta años, aplique la ley. Todo lo contrario, tenemos que remangarnos y analizar nuestro día a día, y que frente a una situación como se nos presenta en los autos, sea la propia institución quien contenga mecanismos necesarios para hacer frente a estos casos de personas con discapacidad. Tener un equipo interdisciplinario, desde la medicina, la psicología, apoyos de diferentes temáticas, e inclusive aquellos del saber jurídico, para poder aplicar las herramientas que nos da el sistema, en menos tiempo y con mayor efectividad. A su vez, cumple con otra función de ejemplo para el resto de la sociedad, que indirectamente, recepta estas actuaciones de los profesionales y, según sea el caso, aplicar los mismos mecanismos.

No obstante ello, cuando entra el juego la justicia, lo que se exige en estos casos es que el tribunal los mire con otros ojos y con mucho más detenimiento y rigurosidad, siendo este criterio que es seguido tanto por Corte Suprema de los Estados Unidos, la CSJN Argentina y los órganos del Pacto de San José de Costa Rica quienes vienen elaborando un estándar de revisión exigente cuando el derecho en juego es el derecho de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características.⁴ Además, que no haya ningún impedimento al acceso de la justicia por parte de personas con discapacidad, que como tal se ha señalado a través de dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante el máximo tribunal nacional:

Por otro lado, P., A.C, se discutió el alcance en el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, en el fallo se consideró que se debía asegurar a A.C.P. el acceso efectivo y apropiado a la justicia, lo cual comprendía, entre otros aspectos, la posibilidad cierta de contar con asistencia técnica específica y adecuada.⁵

⁴ Gelli María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada", Ed. La Ley, 2008, 3^o ed., p. 193 y sig.

⁵ MPF Dirección General de Derechos Humanos, "Igualdad y no discriminación, Dictámenes del MPF ante la CSJN", Ed MPF, 2017, p.29.

Principio de la Autonomía de la Voluntad

El principio de autonomía de la voluntad, entendido como la libertad que tienen las personas para la toma de decisiones, es parte de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), la cual tiene jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución. La doctrina ha dicho, respecto a esta libertad de decisión, que “Esta es la primera libertad de todas. Es el fundamento y condición de posibilidad de las demás libertades”⁶.

El tratamiento que le da la Convención a este principio, lo encontramos en el art. 12, y en particular, en sus incisos 1 y 2, los cuales sostienen que:

Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

De esta manera, podemos sostener que cuando hablamos de personas con discapacidad la regla es la presunción de la capacidad jurídica, regla que también nuestro derecho común, mediante el proceso de constitucionalización del derecho privado, ha receptado en el art. 31 del Código Civil y Comercial, el cual prescribe, en sus inc. a) y b) que:

La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;

Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

Es innegable que nuestro país ha adoptado los lineamientos plasmados por los instrumentos internacionales de DDHH que nuestro estado ha ratificado. Ahora bien, la cuestión radica en la aplicación al caso concreto de todo este plexo normativo.

⁶ Del Águila, Luis Miguel en “Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Perú, 2015.

En la causa objeto de este estudio, la magistrada interviniente, con criterio amplio y acorde a los principios mencionados precedentemente, hace saber a la institución médica que deberá respetar la decisión de la paciente con discapacidad de no someterse a un tratamiento de transfusión sanguínea por profesar la religión de los testigos de Jehová. Sosteniendo respecto a la negativa de la paciente a someterse al tratamiento que

Si bien no se puede rechazar de antemano la existencia de algún problema cognitivo, lo que sí ha quedado claro es que sobre este punto S. es totalmente libre en su decisión y su convicción la hace repetir sus fundamentos de manera reiterada y constante.

Agregando que

No debemos olvidar que en el nuevo paradigma que rige la discapacidad en nuestro régimen interno, luego de la ratificación de la ya citada Convención sobre Discapacidad, el ejercicio de la capacidad de las personas puede tener restricciones sobre unos aspectos y no tenerla sobre otros, y es -a decir de algunos autores- como un ‘traje a medida’ que para algunos debe ajustarse en algunos puntos y para otras personas en otros lugares.

Es dable a su vez destacar lo expresado por la jueza en cuanto a la judicialización de las decisiones que hacen al cuidado del propio cuerpo de las personas con discapacidad, donde sostuvo que “el control del estado de competencia de la paciente para decidir personalmente sobre la aceptación o no del tratamiento no debe ser judicializada, debiendo agotarse esta decisión de manera interna, con el auxilio de los profesionales en salud que estimen adecuados en cada caso y con la asistencia del Comité de Bioética”, de manera tal que las instituciones médicas, y otras instituciones ya sean públicas o privadas deben respetar y considerar que las personas con discapacidad tienen que ser escuchadas y se deben respetar sus decisiones en la medida que su capacidad no se encuentre restringida, ya sean decisiones manifestadas por ellas mismas o a través de sus apoyos, debido a la presunción de capacidad jurídica de la que gozan.

Conclusión

Erradicar las prácticas discriminatorias por el seno jurisdiccional debe ser de última *ratio*, dado que es una tarea conjunta que requiere de la voluntad y el trabajo de todos los sectores de la sociedad, en conjunto con la existencia de leyes nacionales o internacionales. Se deben crear espacios en donde se promocionen valores como la igualdad, respeto y tolerancia, enseñando que la discriminación se manifiesta de muchas formas y aspecto de la vida diaria. Entendemos que debemos demostrar que existen muchos medios para lograr una igualdad real y material, y que cuya demostración inicia en cada una de las personas, en cada ámbito de nuestra sociedad.

Bibliografía

- Gelli María Angélica (2008) “Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada”, Ed. La Ley, 3° ed.
- MPF Dirección General de Derechos Humanos (2017) “Igualdad y no discriminación, Dictámenes del MPF ante la CSJN”, Ed MPF.
- Del Águila, Luis Miguel (2015) “Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Perú.

La vulnerabilidad de la mujer imputada y el enfoque interseccional

*Por Ayelén SOSA y Santiago BRITOS RELEVANTE**

Introducción

El 23 de febrero de 2023, la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJN) resolvió la causa “D., N. L. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”. Luego de compartir los fundamentos del Procurador General de la Nación interino, la Corte hizo lugar a la queja y dejó sin efecto la sentencia impugnada.

En el presente escrito pretendemos realizar un breve comentario de uno de los ejes del caso, como lo es la situación de vulnerabilidad de la imputada, teniendo en cuenta la normativa federal aplicable y el análisis de la Corte IDH respecto a la perspectiva de género con enfoque interseccional.

El caso

Los hechos se podrían resumir en las siguientes proposiciones. Al momento del hecho, “D.” era una joven de 19 años, de condición humilde, analfabeta y con una discapacidad intelectual leve, que trabajaba en la casa de “C.”, realizando tareas domésticas. Anteriormente, C. había pu-

* Estudiantes de grado de carrera Abogacía, FADECS UN-Coma. Este artículo fue curado y aprobado por Prof. Moira Revisin y realizados en el marco de la materia Derecho Civil V de la carrera de Abogacía.

blicado avisos para contratar a empleadas de limpieza jóvenes, dando prioridad a aquellas que tuvieran alguna patología mental, escaso nivel económico o fueran menores de edad. Luego de que D. comience a trabajar para C., ellos inician una relación sentimental. El día de los hechos, C. intenta abusar sexualmente de D. y ella le dispara con un arma que estaba en la vivienda, ocasionándole la muerte.

Si bien D aseguró que disparó para defender su integridad sexual, tanto al momento de llegar la policía al lugar, como en ocasión del examen ginecológico - que arrojó la existencia de esperma de C en su cuerpo-, los jueces de juicio la encontraron culpable del delito de homicidio. Para ello, se basaron en que la Defensa pidió la no consideración de lo dicho por D. a la policía por la ausencia de defensor y falta de información sobre sus derechos, así como también se opuso a que se interrogara a los peritos sobre lo relativo al abuso sexual. Además, los jueces descartaron la aplicación de legítima defensa, por ausencia de agresión ilegítima por parte de C. y, a la vez, fijaron el móvil en el “despecho” de D, derivado de la intención de C de terminar su relación.

La condena fue confirmada por Casación -donde inclusive se alegó que “aun suponiendo que en dicha ocasión la imputada no prestó su consentimiento para mantener relaciones sexuales con C, el acto de defensa fue tardío”- y, posteriormente, el recurso extraordinario fue desestimado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Ante ello, la Defensa de D. llega a la CSJN por recurso de queja.

En esa instancia, la Corte remite a los fundamentos del Procurador y anula la condena por “graves defectos de fundamentación”. Aquél, en su dictamen, considera arbitraria las sentencias de las instancias revisoras, por haber desatendido aspectos relevantes según la normativa federal aplicable. Además, entiende insatisfecho el estándar de revisión fijado en “Casal”, de lo cual deriva un perjuicio directo en el derecho de acceso a la justicia de mujeres con discapacidad y víctimas de violencia de género.

Breve panorama sobre la evolución de los DDHH

Como es sabido, a partir de 1948, la humanidad ha construido un marco de referencia internacional, compuesto de derechos y libertades, desde el cual se busca analizar y modificar prácticas sociales estructuradas sobre creencias que establecen valores diferenciados para las personas. Es el llamado *paradigma de derechos hu-*

manos, que apunta a garantizar y satisfacer condiciones indispensables, para el desarrollo de una vida digna para todos.

Su carácter progresivo ha permitido que este paradigma avance. En este proceso, numerosos grupos de personas han comenzado a revelar la insuficiencia del reconocimiento universal o “neutral” de derechos para alcanzar los ideales de igualdad y dignidad humana.

En consecuencia, comienza un camino de reconocimiento de la desigualdad y de protección especial para ciertos grupos de personas, que se puede visibilizar de manera normativa y jurisprudencial. Desde un punto de vista normativo, basta con señalar algunos instrumentos, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (o “CEDAW”, de 1979), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (o “Convención Belém do Pará”, de 1994), la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), las 100 Reglas de Acceso a la justicia de personas en Condición de Vulnerabilidad (o “Reglas de Brasilia”, de 2008), entre otros.

Desde el plano jurisprudencial, la Corte IDH no fue indiferente al proceso. En esta línea, es interesante el reconocimiento y desarrollo interpretativo que dedica al concepto de vulnerabilidad. Precisamente, mediante esta abstracción se engloban aquellos grupos de personas que están particularmente expuestos a que se vulneren sus derechos humanos. Con base en esta circunstancia ha dicho:

no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (...)¹

Acceso a la justicia y vulnerabilidad

En simples palabras, el acceso a la justicia es conocido como aquel derecho fundamental a reclamar por el cumplimiento de los demás derechos. En el caso de grupos en situación de vulnerabilidad, cuenta con la particularidad de que ellos tie-

¹ Corte IDH, 4/07/2006, caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, (párr. 103). Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_esp.pdf

nen obstáculos mayores a la media para el ejercicio efectivo de sus derechos. Con esta idea, se ha entendido necesario receptorlo en varios de los instrumentos protectores de grupos vulnerables.

Podemos señalar, en primer lugar, a las Reglas de Brasilia². Este conjunto de lineamientos conceptualiza a quienes considera como sus beneficiarios y otorga pautas -principalmente procesales, pero también políticas y organizacionales- para una efectiva mejora del acceso a la justicia. En lo que aquí nos interesa, podemos señalar que considera como factor de vulnerabilidad a la discapacidad (pto. 7), la pobreza (pto. 15) y el género (pto. 8), e impulsa a la promoción de los siguientes derechos: a una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada (pto. 30), al empleo de términos y construcciones sintácticas sencillas en las resoluciones judiciales (pto. 60), a la no publicidad de los datos de carácter personal (pto. 83).

Por su parte, la Convención de Belém do Pará, en su art. 7.f, prevé el deber de los Estados de “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan (...) el acceso efectivo a tales procedimientos”.

De manera complementaria, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad impone al Estado asegurar “que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad (...)”.

Por último, cabe señalar que el acceso a la justicia no se alcanza por el hecho de diligenciarse el proceso correspondiente, ya que requiere que el Estado garantice que durante su trámite se respeten los derechos que tienen las partes³. Y, entre estos últimos, podemos enunciar al derecho a ser oído, a un recurso efectivo, a la igualdad ante los tribunales, entre otros.

La perspectiva de género con enfoque interseccional

Como vimos, la plena vigencia de los DDHH de ciertos grupos sociales exige determinadas acciones por parte del Estado. A esos fines, en el caso específico de

² Han sido receptoras por nuestro derecho argentino, mediante la Acordada 5/2009 de la CSJN

³ Ibáñez Rivas, Juana María, “Artículo 8. Garantías Judiciales”, en AAVV, “Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada”, Coord. Steiner, C. y Uribe, P., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 2014, 1° ed., ps. 207-254 (p. 213).

las mujeres, existe una poderosa herramienta para los tres poderes estatales y, en particular, para el Poder Judicial a la hora de juzgar. Hablamos de la perspectiva de género.

El Estado argentino tiene el deber de emplearla, conforme el art. 2º, inc. c) de la CEDAW⁴, el párr. 29, inc. a) de la RG 33 del Comité CEDAW⁵ y el art. 7, inc. e) de la Convención de Belém do Pará⁶. En virtud de este último, los Estados deben actuar reconociendo las desigualdades que existen entre géneros, lo cual implica que “las autoridades encargadas de la impartición de justicia, juzguen con perspectiva de género”⁷.

Utilizar la perspectiva de género en el caso concreto implica tener en cuenta ciertos conceptos y valoraciones que permiten considerar las relaciones fácticas de desigualdad existentes entre hombres y mujeres. En estas relaciones existe una situación de inferioridad-superioridad que evita que la mujer ejerza los derechos que le son propios, manifestada en el sometimiento, las prohibiciones, la imposición o la violencia⁸. El resultado es la desnaturalización de estas prácticas sociales de discriminación hacia la mujer y, por ende, una mejor solución en términos de justicia.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH ha incorporado la perspectiva de género en sus sentencias. Inclusive podemos afirmar que, en la actualidad, ha dado un paso más, articulando la *perspectiva de género interseccional* -e incluso en recientes casos, un enfoque interseccional independiente a la variable género⁹-.

A través del análisis interseccional se busca captar los múltiples factores de vulnerabilidad que pueden darse en un caso concreto y que confluyen en una forma

⁴ Si bien en la Convención no se menciona expresamente la obligación de usar la perspectiva de género, ello se desprende de la interpretación de sus disposiciones y de las recomendaciones del Comité CEDAW.

⁵ Allí, el Comité recomienda a los Estados partes a “[tomar] medidas (...) para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia”

⁶ La norma prevé el deber estatal de “Tomar las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.

⁷ Montoya Ramos, Isabel, “Derechos humanos, derecho penal y perspectiva de género”, en AAVV, “Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Penal”, Coord. Vela Barba, E., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 2021, 1º ed., ps. 3-64 (p. 24).

⁸ Cafure de Battis, María Esther. [Poder Judicial de Córdoba]. (2023, marzo 31), “Conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género” [video]. Recuperado de <https://vimeo.com/681003997/a68d5a2e86>

⁹ Corte IDH, 26/03/2021, caso “Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador”. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf; Corte IDH, 31/08/2021, caso “Lemmoth Morris y otros vs. Honduras”. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf; entre otros.

específica de discriminación, de manera que “si alguno de dichos factores no hubiera existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”¹⁰.

Una de las principales consecuencias de la adopción del enfoque interseccional es la compatibilización entre la interpretación de los distintos instrumentos de protección de los DDHH y la perspectiva de la realidad. Pues, una de las grandes objeciones a la normativa internacional de los DDHH es que opera con ejes de discriminación segregados, en claro contraste con el plano fáctico, donde los distintos ejes se condicionan y convergen.

Consideraciones sobre el caso

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que fue evidente la ausencia de perspectiva de género a la hora de juzgar el caso por los jueces de juicio, lamentablemente convalidada por las instancias revisoras provinciales. Coincidimos con el Procurador en que existían los indicios suficientes para valorar un contexto de violencia de género alrededor de una mujer con discapacidad y, en consecuencia, para abordar el caso desde la normativa correspondiente.

En este sentido, fue un gravísimo error dejar de lado las únicas declaraciones de D, que reforzaban la teoría de una legítima defensa en contexto de violencia de género. Principalmente, porque nunca se aseguró su derecho a ser oída en el proceso, cuya eficacia constituía un deber reforzado del Estado con raigambre convencional.

Por otra parte, y si bien consideramos que la decisión de la Corte -y, en definitiva, del procurador- ha sido correcta, quizás ya era hora para que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal recepte el enfoque interseccional. Se puede seguir viendo en los fundamentos del Procurador el análisis de las variables de vulnerabilidad de D. de manera aislada, lo cual -como dijimos- no solo choca con la interpretación que ha dado la Corte IDH a este tipo de casos, sino que también paga su precio en concordancia con la realidad.

Los hechos permitían observar cómo la situación socioeconómica de D. llevó a que tenga que trabajar para C. Su condición de mujer con discapacidad favoreció a que C. la cosifique, la violente y se aproveche de ella sexualmente. Y, posteriormente, fue condenada en base al estereotipo de “mujer despechada”, sin que se va-

¹⁰ Corte IDH, 1/09/2015, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, párr. 290. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

lore la alternativa de defensa de una agresión sexual, porque ella no lo expresó – cumpliendo las formalidades jurídicas- y esto “es esperable en estos casos”, según los jueces de juicio.

Quizás, receptar en el ámbito doméstico este tipo de demandas de igualdad y no discriminación es uno de los mayores desafíos que tenemos por delante en materia de DDHH.

Bibliografía

- Abramovich, V. (2009) “La situación de los derechos humanos en América Latina”, en Panel “Derechos Humanos, Autoritarismo y Democracia”, Buenos Aires. Recuperado de <https://www.memoriaabierta.org.ar/materiales/pdf/panel.v.abramovich.pdf>
- Bidart Campos, G. (1996) “Manual de la Constitución reformada”, Ediar. T. I. Buenos Aires. p. 481-482.
- Brevis Cartes, P., Bustos Ibarra, C., Gauché Marchetti, X. (2023) “La perspectiva de género interseccional en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Human Review, vol. 16 N° 6, p
- Cature de Battis, M. E.. [Poder Judicial de Córdoba]. (2023, marzo 31), “Conceptos básicos para juzgar con perspectiva de género” [video]. Recuperado de <https://vimeo.com/681003997/a68d5a2e86>
- Corte IDH, 4/07/2006, caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, (párr. 103). Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_esp.pdf
- Corte IDH, 1/09/2015, caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, párr. 290. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf
- Corte IDH, 26/03/2021, caso “Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador”. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_423_esp.pdf
- Corte IDH, 31/08/2021, caso “Lemonth Morris y otros vs. Honduras”. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf
- Ibáñez Rivas, J. M. (2014) “Artículo 8. Garantías Judiciales”, en AAVV, “Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada”, Coord. Steiner, C. y Uribe, P., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 1° ed., ps. 207-254.



Montoya Ramos, I. (2021) “Derechos humanos, derecho penal y perspectiva de género”, en AAVV, “Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Penal”, Coord. Vela Barba, E., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 1° ed., ps. 3-64.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Exposición de Motivos. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

POSTGRADO



Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud

*Por Cecilia HORMAR**

Nunca sabemos qué nos espera cuando se trata de partir. Somos personas porque estamos a punto de partir, preparados para una partida que podemos y debemos saber que no tiene llegada definitiva (Jean-Luc Nancy)

«Una persona es realmente digna cuando hace digna la humanidad en su persona»

La historia viene de lejos. Si, tan antigua como el ser humano y su mayor conciencia de enfrentarse al sentido o al sinsentido del vivir o del morir.

Es sabido que cuando abordamos cuestiones éticas y bioéticas partimos de una antropología y bioéticas y cosmovisión determinadas. La mayoría de los documentos deontológicos de los profesionales de la salud, así como de ordenamiento jurídico, están repletos de alusiones a los conceptos de las personas y a su dignidad. Ante la falta de claridad conceptual, a la hora de acompañar a la persona

* Medica especialista en geriatría



en sus momentos de mayor vulnerabilidad, a causa de enfermedad y/o en su etapa final de la vida, se acompaña con la mejor de las intenciones pero cada uno partiendo de su particular manera de entenderlos, y por tanto, de atender personas; quizás también, sin querer, de “desconsiderarla” en su peculiar particularidad.

Los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana que tienen protección jurídica. Son derechos innatos a todos los seres humanos, son los mismos para todas las personas y sin discriminación alguna. La expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas. El envejecimiento puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando las personas adultas mayores encuentran dificultades especiales en sus capacidades funcionales para ejercer plenamente sus derechos. Desde la segunda mitad del siglo XX, la esperanza de vida ha aumentado significativamente en la mayoría de los países, mientras que la tasa de fecundidad experimenta índices cada vez más bajos. Esta tendencia hace que el fenómeno del envejecimiento poblacional adquiera niveles de prominencia jamás alcanzados. No obstante, se estima que un porcentaje significativo de la población mayor está expuesto a la vulneración de sus derechos.¹

El envejecimiento de la población constituye uno de los principales logros de la humanidad, pero a su vez conlleva un importante desafío. Con el aumento de la edad se observa un descenso parcial de las funciones cognitivas y aunque no es un hecho generalizado, existe un porcentaje relativamente alto de personas que experimentan cambios cognitivos, especialmente problemas de memoria. Así, en torno a un 20% de la población mayor sufre deterioro cognitivo leve y entre un 5-10% desarrolla demencia. La preservación de las funciones cognitivas es una condición necesaria para desarrollar una vida independiente y productiva, por lo que su deterioro reduce el grado de independencia, de autonomía personal, de interacciones sociales y en definitiva de la calidad de vida.²

¹ Grupos en Situación de Vulnerabilidad y Derechos Humanos. Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Recuperado de http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf

² Reporte de Envejecimiento Poblacional a nivel Nacional y Provincial.. Recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/10/reporte_de_envejecimiento_poblacional_a_nivel_nacional_y_provincial.pptx_.pdf

En ese panorama, el énfasis en la protección de los derechos de las personas mayores –que no son distintos de otras etapas de la vida– se orienta a superar las desventajosas situaciones existentes y a evitar la generación de sistemas que perpetúen las discriminaciones y segregaciones. En este sentido, la educación cumple un papel trascendental, que debería impulsar un mayor conocimiento del envejecimiento y la vejez, entendida esta última como una etapa evolutiva con sus procesos normales y patológicos como la demencia. Se debería guiar el estudio, la atención y la defensa de los derechos humanos así como el derecho a la salud y al morir dignamente.

La dignidad alude a un valor absoluto e intrínseco a la persona, lo que la convierte en fuente de respeto y de cuidado. La dignidad posee una dimensión social, colectiva, no se agota en el ejercicio de la propia libertad individual. La dignidad humana significa el valor interno e insustituible que le corresponde al ser humano en razón de su ser, es el fundamento del resto de los derechos humanos.

Cabría pensar que el concepto de dignidad es universal, válido para todos, aún cuando envejecemos y entramos en la etapa final de vida. Una de las dificultades concretas, experimentada sobre todo por las personas que se encuentran con la vulnerabilidad humana en el límite, cuando la dignidad parece escondida entre las imposibilidades efectivas de ejercer las características más específicamente humanas, está en la identificación de la especificidad de tal dignidad y de su origen. No es infrecuente que emotividad y racionalidad no estén siempre presentes de manera armonizada a la hora de manejarse ante esta cuestión.

La dignidad humana está en estrecha relación con su condición de vulnerabilidad. Es necesario despertar la llamada “ética de la fragilidad”. La realidad humana fundamenta una ética humanizadora a partir de la comprensión de la persona como vulnerable, débil, perteneciente a la comunidad humana capaz de hacerle ser y subsistir. La vida humana, especialmente frágil y siempre en el límite, que se expresa especialmente en la risa y en el llanto. Y esta expresión del llanto, como símbolo de la fragilidad humana, constituye un rasgo fundamental que revela que la condición de vulnerabilidad desencadena la dimensión ética. Es digno del ser humano sufrir (nos duele perder un ser querido, por ejemplo), como lo es trabajar por eliminar todo sufrimiento evitable y aliviar todo sufrimiento inevitable. Pero morir dignamente no significa que solo es digna la muerte cuando se decide cuándo morir. Apuesto por humanizar el vivir los procesos de morir: vivir dignamente cuidando dignamente la fragilidad, respetando sagradamente la dignidad. Invocar la dignidad

es previo a una tendencia política; es una cuestión de fundamentación de la humanización.

Veamos un caso clínico concreto cotidiano de persona mayor con demencia. La expectativa de vida y la reserva funcional de un individuo son puntos fundamentales cuando es necesario elaborar estrategias en la toma de decisiones sobre los pacientes. La presentación una situación de salud nos invita a vincular la toma de decisiones con acciones jurídicas en la terminalidad de enfermedades cónicas como la demencia para poder vivir dignamente hasta final de la vida.

Situación de salud

CM, 92 años, viudo tiene dos hijas, una reside en la misma ciudad y otra en Capital Federal. El Sr padece Demencia tipo Alzheimer GDS 7. Este estadio implica trastornos alimentarios, incontinencia urinaria y fecal con limitación severa para su autocuidado. Claudican los cuidados en el domicilio. Dada la dependencia y agotamiento vinculados a la dependencia, sus hijas acuerdan ingresarlo a un Hogar Geriátrico con cuidados permanentes de 24 hs.

Al ingreso se observa en relación con el estadio avanzado de su síndrome demencial:

Escasa respuesta a la interacción social, responde solo en ocasiones al saludo con un gesto. A nivel del lenguaje, no presenta respuesta oral ni comprende el lenguaje hablado.

Presentó 4 episodios de neumonía aspirativa en últimos meses, sin recibir ningún alimento por boca. Comienza con babeo e irritación en la comisura labial. No realiza praxias orofaciales a la orden ni por imitación. No realiza trago a la orden. A veces rechaza el contacto con cuidadora e intenta impedir la asistencia para la alimentación.

Se realizaron estrategias compensatorias a fin de evitar que la alimentación por boca sea más eficiente y segura, técnicas rehabilitatorias para mejorar la función masticatoria y lingual. Además se utilizó la estrategia de modificación de la consistencia: dieta blanda, respetando la pauta de humectarlos con aderezos para facilitar la formación y el manejo del bolo alimenticio, respetando los tiempos de ingesta.

Uno de sus hijas pregunta y plantea la colocación de sonda nasogástrica o gastrostomía dadas las limitaciones para la ingesta oral y la progresión de la pérdida

de peso. Se aclara que la Gastrostomía es un tubo que se inserta directamente en el estómago a través de la pared del abdomen. Permite administrar alimentos a través de una sonda de gastrostomía es un tipo de nutrición enteral.

Nunca sabemos qué nos espera cuando se trata de partir. Somos personas porque estamos a punto de partir, preparados para una partida que podemos y debemos saber que no tiene llegada definitiva. (Jean-Luc Nancy)

Catálogo legal de los derechos de los pacientes

Veamos cual es el marco jurídico ante una situación cotidiana como la de un paciente con demencia severa con la cual me enfrento diariamente. Analizaremos cuáles son los derechos de los pacientes y la toma de decisiones en situaciones de enfermedades crónicas incurables en estadio terminal. Una de las mayores dificultades que se presentan en el paciente con demencia es el concepto de terminalidad, que no es tan claro como en los pacientes con cáncer. La gran variabilidad individual y la dificultad para establecer un pronóstico a corto plazo alteran la percepción de terminalidad, tanto en lo médicos como en los familiares. En nuestro caso el paciente se encuentra cursando la etapa más avanzada de su enfermedad: todas las funciones cognitivas como la cognición, lenguaje y funciones ejecutivas ++severamente afectadas, así como las posibilidades de alimentarse por sus propios medios, ya inmóvil sin deambular ni bipedestar (mantener la postura de pie).

Nuestro país cuenta actualmente con una legislación específica que consagra los derechos de los pacientes, conforme lo prevén la ley 26.529 – modificada por las leyes 26.742 y 26.812–,

reglamentada por decreto 1089/2012 y la resolución 561/2014 del Ministerio de Salud de la Nación que establece el modelo de consentimiento informado bilateral.³

La Provincia de Río Negro mediante la LEY R No 4692 adhiere a la Ley Nacional N° 26.529 “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e

³ Lorenzetti R. (2016) Responsabilidad Civil de los Médicos. Segunda Edición ampliada y actualizada. Código Civil de la Nación. Tomo I. En Lorenzetti, Derechos Fundamentales del Paciente (Cap II, pág 47-64) [2da Ed revisada] Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe.



Instituciones de la Salud” que fue sancionada por el Congreso Nacional con fecha 21 de octubre del año 2009.

Según la **Ley 26742** nacional sancionada en Mayo 2012 se modifican y establecen los **derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud.**

El código Civil y Comercial que comenzó a regir en 2015 en nuestro país, ha provocado un cambio en el ordenamiento jurídico. Logrando unificar las legislaciones, articulando la Constitución Nacional, las normas generales del código civil y comercial, y finalmente todas las especialidades que cuentan con leyes específicas que las rigen como a la responsabilidad civil. Esta última incluye los derechos y actos personalísimos: reconocimiento y respeto a la dignidad, consentimiento informado, directivas anticipadas y bioética al final de la vida.

La legislación vigente tanto nacional como provincial contempla el trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente.

Describiremos algunos de los ítems de la legislación vigente que nos serán de suma utilidad para el desempeño profesional en el ámbito médico.

***Autonomía de la voluntad.** El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.*

En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable.

Desde el punto de vista jurídico, Tertuliano designaba como persona al sujeto legal responsable de sus actos ante los tribunales. Los pensadores medievales, afirmaban que la persona es una sustancia individual de naturaleza racional. Es una realidad racional y relacional, es decir que habla, entiende, se hace entender, cuestiona y se cuestiona. Lo que nos separa de los animales y nos caracteriza específicamente es nuestra capacidad de tomar decisiones sobre cómo vivir: más allá de la determinación instintiva, tenemos autodeterminación racional.

Kant cuestiona el modelo y afirma que el rasgo esencial de la persona no son sus facultades intelectuales, sino su voluntad libre. La persona deja de ser una sustancia para convertirse en un centro dinámico de actos. *La persona es su voluntad*, y no una cosa que piensa, con conciencia y propuesta de identidad personal. Dispone de la libertad de un ser racional que se da leyes morales.

El concepto de persona va ligada a la idea de dignidad y de autonomía. Lo que nos dota de dignidad es la humanidad, en tanto que valor absoluto a ser respetado en toda persona y a ser realizado autónomamente por cada persona. Por eso Kant afirma que «*la autonomía es el fundamento de la dignidad de todo ser racional*». Lo esencial de la persona, su dignidad, es la libertad o autonomía. Una persona es realmente digna, cuando hace digna la humanidad en su persona. Por ello la humanidad es el fin en sí mismo. Al olvidar la esencia personal, se la cosifica, se instrumentaliza. Por ello surge que la alienación o cosificación sea también una forma de maltrato.⁴

En nuestro caso el Sr CM, por su síndrome demencial estadio avanzado, no tiene capacidades para decidir si quiere o no alimentación artificial (sonda nasogástrica o gastrostomía). Indagamos si en algún momento, cuando el Sr gozaba de capacidades plenas, les ha comentado a sus hijas como proceder ante una situación como esta. Y así, respetar la autonomía de su voluntad si en algún momento fue manifiesta al menos informalmente. Es decir, si ha manifestado a algún familiar que no le gustaría la colocación de sonda o similar, si en algún momento fuera propuesto y él no estuviera en condiciones de decidir. Actualmente, la legislación contempla la posibilidad de dejar directivas anticipadas como se describe más adelante. En nuestro caso entonces, si respetamos que la persona es su voluntad, que el concepto

⁴ Benito E, Barbero J, Dones M (2015) Espiritualidad en Clínica. En Benito E, Persona como ser en relación, la dignidad como naturaleza intrínseca, fuente de respeto y de cuidado (Cap 1 pág. 21-28). [1ra Ed] Editorial Biblos Instituto Pallium Latinoamérica, Medicina Paliativa. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

de persona va ligada a la idea de dignidad y de autonomía, debemos respetar la decisión que haya expresado en algún momento y sus hijas puedan informarnos.

***Consentimiento informado**, entiéndase la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:*

Su estado de salud;

El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

Los beneficios esperados del procedimiento;

Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

El dilema del procedimiento nutrición o alimentación artificial

Se cita ambas hijas, explicándole que estamos frente a una enfermedad avanzada, crónica e incurable, por lo cual no podemos revertir el curso de la misma con la colocación de sonda nasogástrica o gastrostomía.

En este punto comienzan las controversias en la toma de decisiones en el paciente con demencia.

La sonda nasogástrica y la gastrostomía, ¿disminuyen el riesgo de neumonía aspirativa?. En nuestro caso de CM sería algo para analizar; el Sr presenta a repetición neumonías aspirativas secundariamente a los trastornos deglutorios que presenta. Una de las razones para la realización de dichos procedimientos sería interrumpir el círculo comida, aspiración y neumonía posterior, habitual en los pacientes con demencia avanzada.

A través de múltiples estudios observacionales se demostró que la sonda nasogástrica NO PREVIENE LA BRONCOASPIRACIÓN. Dicha complicación se produce por reflujo gastroesofágico y por aspiración de saliva. Otros estudios afirman que los pacientes tienen riesgo de broncoaspiración mayor con la sonda, hecho que podría relacionarse con la decreciente capacidad para tragar su propia saliva y con la posible regurgitación del contenido gástrico; además en estos pacientes la capacidad de limpiar sus pulmones es reducida y la constante presencia de la sonda en la faringe puede contribuir a la supresión del reflejo tusígeno (reflejo de toser ante la presencia de secreciones). No existen datos científicos que demuestren que el uso de sondas de alimentación reduce riesgos, por lo tanto si priorizamos su calidad de vida estaríamos desestimando su colocación y es lo que le explicaremos a sus hijas.

El otro procedimiento para alimentar artificialmente en forma crónica es la colocación de gastrostomía. Esta puede incrementar el sufrimiento, ya que requiere hospitalización, realización de una videoendoscopia digestiva, incisión en la pared abdominal y sedación, lo que no está exento de riesgos, como hemorragias e infecciones de la pared abdominal.

Resumiendo, la alimentación artificial no modifica el curso natural de la enfermedad y si agrega molestias, incomodidad, altera su calidad de vida y además, como ya mencionamos las posibles complicaciones: la broncoaspiración con neumonía aspirativa.

Además, para disminuir el riesgo de que el enfermo, que no tiene capacidad de entender el por qué de su uso, se quite la sonda o la gastrostomía, a menudo se usan medidas de sujeción física para evitarlo (contención de miembros), lo que suma un motivo de estrés que puede desencadenar delirios y agitación, obligando al uso de psicofármacos (sujeción farmacológica).

En la mayoría de los casos, cuando se indica alimentación artificial, se suspende la vía oral y se lo priva del disfrute asociado a la comida, de las sensaciones asociadas al acto de comer y de compartir una comida con sus familiares. Esto mu-

chas veces es subsanado con la indicación de que la persona continúe comiendo por boca pequeñas cantidades de alimento, de manera recreativa, siempre que sea posible y reciba la supervisión o asistencia que requiera.

Uno de los principales dilemas éticos que se plantean alrededor de este tema es si el soporte nutricional (alimentarlo) e hídrico (hidratarlo) debe considerarse un cuidado básico y por lo tanto éticamente obligatorio, o si por el contrario debe considerarse una medida terapéutica, y entonces sólo se requiere en ciertas situaciones, siempre sobre la base de indicaciones médicas bien definidas. A menudo los familiares, y también los miembros del equipo de salud, sostienen que el uso de medidas de alimentación artificial asegurará el bienestar y disminuirá el sufrimiento de las personas con demencia avanzada, basándose en la suposición de que la deshidratación y la malnutrición pueden producir incomodidad, dolor y sufrimiento.

Es difícil obtener información de la experiencia subjetiva de los pacientes con demencia avanzada que dejan de comer y beber. Sin embargo, se puede extrapolar información de la experiencia de pacientes con cáncer avanzado terminal que tienen anorexia (falta de apetito), y se encuentran lo suficientemente lúcidos para describir sus sensaciones. Son numerosos los estudios sobre este tema que concluyen que estos pacientes no tienen hambre ni sed. Es más, la mayoría de las personas mayores no experimentan ningún estrés por deshidratación, ya que el mecanismo de la sed se inhibe en el envejecimiento. Por otro lado, la sobrehidratación asociada a malnutrición causa incomodidad debido a la presencia de edemas (hinchazón) y aumento de las secreciones respiratorias.⁵

En nuestro caso tal como lo explica el inciso que habla sobre enfermedad irreversible o en estadio terminal, menciona para estos casos que el soporte vital es desproporcionado en relación con las perspectivas de mejoría, produce un sufrimiento desmesurado. Por lo tanto teniendo también el derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación, en nuestro caso sus hijas, ya que los mismos producen como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.

Alimentar artificialmente a un paciente con demencia avanzada suele ser una conducta tomada en hospitales o internaciones privadas de agudos, cuando el único objetivo es la curación o sobrevida, con la consecuente tendencia a utilizar al má-

⁵ José R Jauregui (2022) PROCAM Programa de actualización en cuidados del Adulto Mayor. Primer Ciclo Módulo 1. Sociedad Argentina de Gerontología y Geriatria. Editorial Médica Panamericana.

ximo los recursos disponibles, sin tener en cuenta los deseos del paciente, la calidad de vida, la dignidad de la persona que padece una enfermedad en estadio terminal.

En cuidados paliativos que es lo que estamos ofreciendo a esta familia, los principales objetivos son evitar el sufrimiento y preservar la calidad de vida, por lo tanto la alimentación artificial no es un objetivo, salvo en muy pocas excepciones.

El médico debe ejercitar un razonable cuidado y arte en determinar cuándo se puede adecuadamente dejar un tratamiento. La ciencia actúa como criterio normalizador, pero que el galeno tiene discrecionalidad técnica en el desarrollo de la prestación, y dentro de esa libertad de actuación debe guiarse por los dictados científicos.

El fundamento de la libertad del médico ha motivado algunas discrepancias en la doctrina. El paciente confiere al profesional una facultad indeterminada que abre las puertas para su actuación y en virtud de la cual se halla habilitado para aplicar los medios a su arbitrio. Existe sin embargo el deber de hacer un buen uso de esa facultad. El médico debe optar entre métodos científicamente aprobados; es decir, que no puede exigírsele lo que se hace en la medicina de experimentación ni tampoco puede librarse prestando métodos precientíficos. Se ha dicho que el «Derecho reconoce que la medicina es una ciencia progresiva, y por ello el grado de cuidado exigible debe ser juzgado al momento del tratamiento».⁶

Una ardua situación es determinar si en circunstancias extremas, como cuando el pronóstico es gravísimo, el médico puede ocultar o deformar total o parcialmente la verdad, y por ende omitir mencionar la real gravedad del estado de salud u ocultar la verdadera escasa magnitud de los/ beneficios esperados.

En un sentido negativo – esta opinión prima entre los abogados – se afirma que el deber de información y la necesidad de requerir el asentimiento rige en toda circunstancia. Se argumenta con un derecho a la verdad, fundado en el respeto a la dignidad, en la necesidad de posibilitar cumplir los actos que requieran las convicciones y en la necesidad de proveer a los intereses de los familiares que los sucederán.

En un sentido afirmativo – esta opinión tiene más consenso entre médicos y está prevista en general en los Códigos de Deontología Médica- se argumenta que

⁶ Lorenzetti R. (2016) Responsabilidad Civil de los Médicos. Código Civil y Comercial de la Nación Tomo II. En Lorenzetti, Las Reglas de Conducta en la Actividad Médica: el juzgamiento concreto de la culpa (Cap XVI págs 69-105). [2da Ed Revisada] Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe.

la revelación del verdadero estado puede provocar un grave daño psíquico susceptible de incidir negativamente en la evolución de la enfermedad, destacándose además la necesidad de no prescindir de la naturaleza humana, con sus debilidades y flaquezas. Se concluye que la dignidad humana se encuentra mejor resguardada, a veces, con una conducta caritativa que evite el derrumbe psicológico del paciente.⁷

Reforzando este sentido afirmativo, desde mi especialidad que es la Geriátrica así como en Cuidados Paliativos, evaluamos hasta donde el paciente quiere y puede recibir información. Respetar sus tiempos y posibilidades para recibir dicha información, es una manera también de respetarle su autonomía de la voluntad.

Y el derecho a no saber también está contemplado. Así como el principio de autodeterminación impone la necesidad del asentimiento y de respetar la negativa del paciente, el mismo principio funda el derecho a no ser informado ni de la enfermedad ni de la alternativa terapéutica.

Tratándose de una hipótesis de una renuncia a un derecho- y la consiguiente liberación de un deber profesional- se deben extremar los recaudos para asegurarse que se trata de una decisión libre y consciente ajena a una situación de extrema angustia y preocupación.

En países Europeos como Italia, La Ley 219/2017 contempla el derecho del paciente a negarse en todo o en parte a recibir la información o a indicar a un familiar o a la persona de su confianza encargada de recibir información o expresar el consentimiento en su nombre.

Otorgar toda la información mencionada previamente en relación a la alimentación artificial, se trata del deber jurídico obligacional, que incumbe al poseedor de la información vinculada con una relación jurídica o con la persona involucrada en la prestación y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o la inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra.⁸

La información que damos como profesionales tanto a los pacientes como a sus familiares en este caso, se debe adaptar a las posibilidades de comprensión de

⁷ Alterini J. (2019) Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético Tomo I. En Alterini J, Derechos y Actos Personalísimos (Cap 3 pág 511- 830). [3ra Ed] Thomson Reuters LA LEY. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

⁸ Lorenzetti R. (2016) Responsabilidad Civil de los Médicos. Código Civil y Comercial de la Nación Tomo I. En Lorenzetti, Derecho a la información y consentimiento informado (Cap VI pág 259-314). [2da Ed Revisada] Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe.

ellos, quienes regularmente serán profanos en la materia: no es necesario una clase magistral, sino una explicación comprensible, computando sus condiciones intelectuales y psíquicas.

En nuestro caso la información fue adaptada a las posibilidades de comprensión de sus hijas: posibilidades terapéuticas, riesgos/ beneficios y posibles complicaciones. Ellas deciden de común acuerdo no administrar alimentación artificial basándose en lo que en algún momento su padre les había manifestado espontáneamente cuando tenía capacidades plenas: «no quiero sondas ni cables, déjenme dormir en paz», se respetó su voluntad.

Obligatoriedad. *Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.*

En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Toda persona, por el solo hecho de serlo, goza de capacidad para ser parte. Aparecen nuevas maneras de abordar y regular la posibilidad de que las personas actúen por sí en ejercicio de sus derechos.

La capacidad general del ejercicio de la persona humana se presume, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial. Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona. La persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión. Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.⁹

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el

⁹ Calvo Costa C. (2016) Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial Tomo I. En Calvo Costa C, La capacidad de ejercicio de derechos en el proceso civil (pág 341-376). [1ra Ed] Thomson Reuters LA LEY. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o allegado que acompañe a paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.¹⁰

En nuestro caso el Sr era incapaz para manifestar su voluntad, sin ningún documento legal que lo hubiera declarado incapaz, solo la evaluación médica lo acreditaba. Viudo, sin conviviente, por lo cual deciden sus dos hijas.

*Deberá dejarse constancia de la información por escrito en un **acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.***

Todo lo informado y acordado con sus hijas lo dejamos escrito en la historia clínica del Hogar, firmado por todas las partes presentes en el momento del informe médico (médica, dueña de la institución e hijas).

***Revocabilidad.** La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.*

Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Esta es una situación que nos puede suceder, sobretodo cuando acompañamos en el final de la vida. En esta etapa afloran muchas cuestiones vinculares y personales por la situación que les toca transitar a las familias. El proceso de partida o final de la vida es algo dinámico, donde pueden acontecer interurrencias médicas que no todos los familiares están dispuestos a enfrentar. Más aún cuando vienen familiares que no tienen cotidianidad con el enfermo, que no han observado que es

¹⁰ Lorenzetti R. (2019) Código Civil y Comercial Explicado. En Lorenzetti, Restricciones a la capacidad (pág 70-90). [1ra Ed revisada] Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe.



un proceso evolutivo y creen que tecnologizando al paciente pueden revertir cuadros clínicos. Por eso aquí es fundamental el rol del equipo de salud, que pueda brindar información, controlar los síntomas que alteren la calidad de vida y acompañar al paciente y su familia.

***Directivas anticipadas.** Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.*

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

Las directivas anticipadas en geriatría funcionan como resguardo de la autonomía de los pacientes y herramienta para la planificación del cuidado final de vida.

El nuevo Código Civil, que entró en vigencia en 2015, en tanto, determina, en su artículo 60, que "la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad". Por lo general en la práctica diaria, no hay una directiva anticipada firmada por el enfermo, por lo que la decisión recae sobre la familia, que autoriza o no la realización de prácticas porque espera extender la sobrevida y prevenir neumonías aspirativas, o porque quiere evitar el sufrimiento, o porque se lo impiden sus valores, en especial a veces sus creencias religiosas.

Tomar la decisión de alimentar a un paciente con demencia es complejo para un familiar. Idealmente, tales decisiones deben reflejar las preferencias y valores del paciente.

En ausencia de un escrito con las preferencias del paciente, la decisión depende de la relación costo- beneficio y del impacto que tenga sobre la calidad de vida. En nuestro caso luego de toda la información ofrecida acordamos no alimentar artificialmente por todo lo ya expuesto.

La formación médica en pregrado aún sigue fundada en «salvar vidas» y los aspectos bioéticos en general son poco tenidos en cuenta.



El paciente con demencia es una persona que ha tenido deseos propios, con una historia personal, con una familia, que nosotros como equipo de salud debemos tener en cuenta.

Cuando el médico o alguien del equipo tratante, tenga valores propios que no le permiten acompañar la decisión del paciente o de su familia, o informar correctamente y de manera no sesgada las alternativas, debe considerar la derivación del paciente a otro profesional.

En 2012 se modificó la Ley de Derechos del Paciente, una iniciativa que se conoció popularmente como la "*Ley de Muerte Digna*" y que determinó que las personas que presenten una "enfermedad irreversible, incurable" o se encuentren en "estadio terminal", o hayan "sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación" tienen el derecho de rechazar "procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado" y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.

La figura legal de la muerte digna en la Argentina ha sido incorporada en forma reciente, más precisamente en Mayo de 2012, su sanción surge como una necesidad masiva de familiares y hasta del propio paciente que sufre una enfermedad irreversible e incurable. Esta podría ser descripta como el derecho o potestad que tiene el paciente a rechazar cualquier tipo de procedimientos o tratamientos invasivos, destinados a prolongar su vida cuando ésta se encuentra en un estado terminal. Tiempo atrás, nuestra sociedad no hubiese imaginado quizás que una persona pudiese planear y decidir sobre una muerte humanizada, como así tampoco la posibilidad de rechazar tratamientos terapéuticos invasivos, esos que resultan desproporcionados si los comparamos con el tipo de enfermedad que aqueja al paciente. Sin embargo, debemos notar que la Constitución Nacional Argentina en su art. 19, garantiza al individuo un ámbito de libertad dentro del cual poder elegir y tomar decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna del Estado o de los particulares en tanto aquel actuar no afecte derechos de terceros.

El código Civil y Comercial que comenzó a regir en 2015 en nuestro país, ha provocado un cambio en el ordenamiento jurídico. Logrando unificar las legislaciones, articulando la Constitución Nacional, las normas generales del código civil y comercial, y finalmente todas las especialidades que cuentan con leyes específicas que las rigen.

Si bien la formación académica del profesional médico tiene como piedra basal la cura del enfermo, debe el médico, luego de haber agotado todos los recursos e interconsultas aplicar lo que sea más conveniente para el bienestar del enfermo, respetando la autonomía y dignidad del paciente.

Los avances tecnológicos y sus aplicaciones en medicina, han generado durante los últimos años nuevos y complejos interrogantes anteriormente desconocidos. Los progresos técnicos en el campo de la medicina, han supuesto un beneficio gigantesco para el mundo de los pacientes, pero tales adelantos han marginado muchas veces la dimensión humana y psicológica del enfermo. La salud no afecta exclusivamente a su organismo biológico sino que exige otra serie de condiciones básicas para recuperar ese humanismo en la praxis sanitaria.

El término eutanasia proviene del griego eu (que significa bien o fácil) y thanatos (muerte). Así que, etimológicamente sólo significa "buena muerte". Sin embargo, llevado a la práctica genera bastante confusión. La muerte digna, en cambio, es aquella que se produce con todos los alivios médicos adecuados y los consuelos humanos posibles. También se denomina ortotanasia y no es el equivalente a la eutanasia, porque no se trata de una muerte bajo petición ni a demanda.

Este enfoque del problema, se vincula con lo que tradicionalmente se conocía como eutanasia pasiva, terminología hoy abandonada, para ahondar hoy en el tema como distanasia u obstinación terapéutica: proceso de muerte caracterizado por graves padecimientos, intervenciones invasivas en detrimento de la calidad de vida del paciente, personas siempre vulnerables.

La atención de la salud respecto de la curación, con relación a los desarrollos tecnológicos, que permiten prolongar casi indefinidamente la vida biológica, con desmedro de los valores humanos implicados. Esfuerzos frenéticos a fin de alargar la vida y derrotar la muerte (propio de la medicina tecnológica) pero en todo caso la muerte siempre gana.

En este contexto la medicina que tenía como objetivo luchar contra la muerte y prolongar la vida biológica en toda circunstancia, debe ahora ser reexaminada a la luz de los cuestionamientos éticos que ha recibido una medicina absolutamente tecnologizada. Los procedimientos invasivos, que generan padecimientos en situaciones clínicas irreversibles, a menudo en pacientes en procesos ya de morir, incrementan la angustia de la persona enferma y sus familiares, la alejan de su entorno para terminar sus días con frecuencia absolutamente aisladas, en extrema soledad, a consecuencia del imperativo tecnológico. La muerte no es aceptada como

formando parte de la vida, sino como un mal que debe ser combatido, y esa misma muerte debido a situaciones clínicas ya irreversibles es padecida a menudo por los profesionales de la salud como un fracaso.

A menudo la distanasia, en el lenguaje más corriente, expresada como encarnizamiento terapéutico. La bioética hoy prefiere hablar de obstinación terapéutica, que deja de lado un aspecto subjetivo negativo que implican las denominaciones anteriores, se da prioridad a los Cuidados Paliativos y, frente a situaciones ya absolutamente irreversibles, el derecho a morir en paz.

En estas situaciones una terminología más adecuada a las actuales circunstancias de una medicina tecnologizada, denominar *Limitación de Esfuerzo Terapéutico* (LET) o en forma análoga a la *Adecuación del esfuerzo terapéutico* que "permite la muerte en el sentido que no la impide pero que en ningún caso la produce o causa". Esta diferencia entre permitir la muerte y producir la muerte es la clave que separa la *Limitación de Esfuerzo Terapéutico* o *Adecuación del esfuerzo terapéutico* de la *eutanasia*.¹¹

Los cambios sociales como el desarrollo de la tecnología médica, la emancipación de las concepciones religiosas, la promoción de los derechos fundamentales de la persona, han hecho que la persona se convierta en un agente activo en la toma de decisiones al final de la vida. Hay una tendencia que reivindica el poder diseñar y decidir cuál es el ideal de buena muerte, y que no sea el Estado, ni los profesionales de salud los que decidan en lugar de la persona. En este sentido toman mucha relevancia las palabras de John Stuart Mill (1806-1873): «Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano». Acompañar a morir es indisoluble del respeto a la autonomía de la persona, por es sumamente importante que los profesionales conozcan a fondo y respeten como quiere morir cada persona, en el marco de la buena práctica profesional.¹²

¹¹ Calvo Costa C. (2016) Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial Tomo I. En Calvo Costa C, Derechos Personalísimos y Bioética en el final de la Vida (vida pág 511-531). [1ra Ed] Thomson Reuters LA LEY. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Hoof, Pedro Federico (2015) Derechos Personalísimos y Bioética en el final de la. Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial Tomo I. Thomson Reuters LA LEY. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹² Benito E, Barbero J, Dones M. (2015) Espiritualidad en Clínica. En Benito E, La muerte en la Filosofía Occidental (Cap 6 pág. 69-76). [1ra Ed]. Editorial Biblos Instituto Pallium Latinoamérica, Medicina Paliativa. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



Conclusiones

Si bien en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como así también en nuestra Constitución Nacional el bien máspreciado y protegido es la vida, esto no significa que la misma deba ser prolongada bajo cualquier condición o estado del ser humano. EL plexo constitucional consagra el derecho a la dignidad, como uno de los derechos humanos fundamentales. Por ello, no resulta justo que un ser humano que padece una enfermedad irreversible pretenda ser obligado a prolongar su existencia a través de medios desproporcionados, debiendo sufrir un procedimiento humillante y doloroso, en donde al fin y al cabo, se conoce fehacientemente cuál será su desenlace.

A lo largo de la historia de la medicina, el modelo hipocrático basó su deber moral en lo que hoy podríamos llamar el principio de beneficencia que, junto con su concepto complementario, *primun non nocere*, ha sido el criterio rector de la ética médica a lo largo de los siglos. Con los años a finales de la década del 1960, con el surgimiento de la bioética, se introdujo otra mirada de la relación médico-paciente y surge el principio de autonomía. Este concepto según la terminología griega, significa la facultad de gobernarse a sí mismo, una cualidad inherente a las personas que les permite elegir y actuar de forma razonada en función de sus propios sistemas de valores.

Es así que la relación médico-paciente ha venido a perfeccionarse basándose en el respeto hacia la voluntad del enfermo y al mismo tiempo protegiendo al profesional ante acusaciones de abandono o arbitrariedad en los tratamientos, ya que solo se limita a cumplir con el requerimiento de la persona que así lo dispone. Por todo lo dicho, se considera que la mejor forma de proteger al paciente, siendo éste la parte más frágil de la relación, consiste en un trato profundamente empático sin perder de vista el derecho que le compete al desahuciado de saber con total sinceridad y exactitud su real diagnóstico siempre que esté en condiciones y quiera recibir dicha información.

Hoy nos encontramos frente a un enorme desafío que requiere un verdadero cambio cultural que nos permita a los profesionales de salud reconocer los valores y perspectivas de los pacientes y priorizarlos por sobre los propios. Ello nos enfrenta a las demandas y resistencias de un proceso de cambio complejo y apasionante a la vez.

Al analizar los fenómenos del envejecimiento poblacional, podemos entender que las estrategias para introducir herramientas que permitan la planificación del cuidado del final de la vida son ahora una tarea impostergable. Así se refleja en las discusiones sobre la autonomía de las personas en el ámbito de salud, que exceden claustros médico-jurídicos, y trascienden al seno de la comunidad. Según describe Pedro Hooft en *Bioética al Final de la Vida*, no pretendemos sostener posturas absolutistas, definitivas o cerradas concernientes a temas complejos. El desarrollo de la ciencia y nuevas reflexiones tanto en el campo médico, bioético como jurídico constitucional determina que nuestro propósito sea simplemente contribuir al necesario debate, abierto y pluralista, que con el tiempo contribuirá a nuevas perspectivas – siempre a partir del respeto incondicional a la dignidad humana –, toda vez que la bioética no puede desarrollarse desconectada de los avances de las ciencias sociales empíricas, así como el derecho no puede – ni debe- ser fugitivo de la realidad.¹¹

La medicina paliativa es la atención activa y total de los pacientes y sus familias, por parte de un equipo multiprofesional, cuando la enfermedad ya no responde a tratamientos curativos y la expectativa de vida es relativamente corta.

La geriatría es la especialidad médica vinculada al envejecimiento en la que me desempeño. Esta comparte con los cuidados paliativos el abordaje integral de la persona, priorizando su autonomía, trabajando en conjunto con la familia y acompañando el envejecimiento de las personas para vivir dignamente hasta el final de la vida.

« Nuestra respuesta mutua y compartida al sufrimiento de otros es lo que marca la diferencia entre una sociedad que simplemente funciona bien y una sociedad digna y humanitaria »

Daniel Callaham, Bioeticista, *La Primacía de la Atención del Enfermo*

Consentimiento informado - fecundación *post mortem*

Por Ana S. RODRÍGUEZ

I. Introducción

El desarrollo de la ciencia observa un crecimiento exponencial. Un ejemplo elocuente es lo que acontece en el campo de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA).

Hoy en día, a través de diversos tratamientos médicos se pueden superar dificultades físicas, genéticas como psíquicas que impiden concebir y dar a luz a niños y niñas, estos tratamientos reciben el nombre de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Estos métodos, si bien se circunscriben al ámbito médico tienen su implicancia en el mundo jurídico por las nuevas situaciones que provocan, situaciones que no siempre son pacíficas. Máxime teniendo en cuenta que el derecho no siempre acompaña los cambios sociales a la par.

La reforma del Código Civil y Comercial que entró en vigencia en agosto del año 2015, intentó actualizar la

regulación legal a los nuevos tiempos que corren. Así se buscó normar las cuestiones vinculadas con las técnicas de reproducción humana y sus implicancias.

Si bien con las modificaciones introducidas por la reforma del Código Civil se buscó zanjar numerosas discusiones, no todas las situaciones vinculadas a esta práctica fueron abordadas, entre las exentas nos encontramos con la fecundación *post mortem*.

A partir de esta técnica no solo se garantiza una opción más para alcanzar el deseo de formar una familia, sino que se transgreden los límites mismos de la existencia de la persona, al poder “engendrar” un hijo después de fallecido.

Esta situación ha recibido numerosos reparos éticos y morales, pero independientemente de ello, también genera por su falta de regulación, un vacío legal con su consecuente inseguridad jurídica.

La incertidumbre que se genera respecto a los derechos filiatorios y hereditarios del menor por nacer, como así también el vacío legal existente, no han sido obstáculo para que la fecundación *post mortem* sea cada vez más solicitada, provocando que su autorización quede bajo la decisión discrecional de un juez/ a, originando precedentes jurisprudenciales contrapuestos.

En los casos propuestos a la judicatura encontramos como denominador común la ausencia de un consentimiento específico otorgado por el difunto. Esto me ha llevado a estudiar el consentimiento presunto a las TRHA *post mortem*, que es el objeto de este trabajo.

II. El consentimiento presunto en el ámbito de las tecnologías reproductivas.

En la Argentina, la voluntad procreacional materializada en un consentimiento informado legitima la realización del acto médico y también determina el vínculo filial entre los usuarios de las técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y el recién nacido.

El consentimiento es un acto jurídico que en el ámbito de las tecnologías reproductivas debe ser exteriorizado por escrito. La importancia del elemento volitivo persiste también en la reproducción *post mortem*.

El Art. 560 del Código Civil y Comercial establece:

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

El artículo 561 del Código Civil y Comercial se refiere a la "Forma y requisitos del consentimiento"; dispone:

La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Por último, el artículo 562 del Código Civil y Comercial, referido a la voluntad procreacional, consigna que

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Por su parte la Ley 26.862, sancionada en el año 2013, dispone en su Art 7:

Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

La Ley 26.529 en su Art. 5 consagra al consentimiento informado como:

... la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto y consagra también la revocabilidad de la decisión del paciente en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Sin dudas esta ley especial, anterior al CCyC, en la materia debe tenerse en cuenta a la hora de entender los fundamentos y alcances del consentimiento.

En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente, enseña Bueres, quien encuentra fundamento de esa premisa en dos derechos existenciales: los que protegen la libertad personal y el propio cuerpo.

Es allí donde la autonomía del paciente, como bien jurídicamente protegido surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona tal como ha sido receptada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

No cabe duda alguna que las personas que desean someterse a este tipo de prácticas, ineludiblemente deberán manifestar su voluntad ante el profesional para que la lleve adelante o no. Esta manifestación de la voluntad, expresada en el ámbito

de la relación médico paciente, es lo que se ha dado en llamar “consentimiento informado”, el que se basa en la noción de que todo paciente de un tratamiento particular, o todo sujeto que se somete a una investigación médica, tiene el derecho a decidir libremente su aceptación o rechazo a esa medida terapéutica o a su participación en dicha investigación, o sea, implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente.

El “elemento volitivo” es determinante en lo que se refiere al consentimiento informado, puesto que solo se logrará un consentimiento válido si el mismo ha sido efectuado de manera voluntaria por el paciente, queriendo esto decir que no debe haber mediado en el proceso para la consecución del mismo amenaza o coerción, influencia indebida o persuasiones.

Por otro lado, el nuevo Código introduce una novedad que es que el "consentimiento" debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de los gametos (art. 560, Código Civil y Comercial.). Es decir, si los gametos son usados en el mismo momento de la extracción, el consentimiento es válido por sí mismo. Pero si los gametos son usados en un momento distinto, el consentimiento debe ser renovado.

En consecuencia, la redacción del art. 560 CCyC., resulta clara para considerar que la muerte de la persona supone la imposibilidad de renovar el consentimiento. Ahora bien, tampoco sería admisible que una persona "adelante" su consentimiento para el momento de la renovación. Es que la renovación supone que el consentimiento se vuelva a expresar.

Por lo expuesto, cabe concluir que la muerte supone la imposibilidad de renovar el consentimiento dado y por tanto la imposibilidad de avanzar con la realización de la técnica en las condiciones iniciales. De alguna manera, la muerte es un hecho jurídico que produce la revocación del consentimiento.

Esta conclusión viene reforzada por lo dispuesto en el art. 2279 CCyC sobre quiénes pueden suceder: "Art. 2279. — Personas que pueden suceder. Puede suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento". Si bien no nos encontramos aquí con una norma sobre autorización en sí de las técnicas, se refuerza la interpretación referida a la necesidad del consentimiento.

Esta explicación nos lleva a entender que el ordenamiento jurídico "guarda silencio" sobre la fecundación *post mortem*. En este punto, creemos que hoy no es posible jurídicamente realizar una fecundación *post mortem*, pues el consentimiento requerido para el momento de utilización de los gametos será imposible de renovar por la muerte de la persona.

En consecuencia, trayendo los conceptos antes dados, corresponde preguntarse si se puede razonablemente presumir el consentimiento a una reproducción *post mortem*.

Esta pregunta ha suscitado opiniones contrapuestas en la doctrina jurídica nacional, dando lugar a un arduo debate sobre su viabilidad.

Dentro de aquellos que se enrolan en una postura favorable, se señala que no existe ninguna regla de derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa, siendo de aplicación el Art. 19 de la Constitución Nacional con el conocido adagio de "todo lo que no está prohibido, está permitido". Asimismo se ha señalado que la Ley 26.862 y su decreto reglamentario, otorga un alcance amplio a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, existiendo un reconocimiento implícito.

Otro argumento radica en el principio de realidad, el cual debe ser entendido "como la necesidad de regular prácticas que se llevan adelante en la sociedad sobre las cuales nada dice la legislación vigente". Los casos de Fecundación *post mortem* no son imaginados sino que se han ido produciendo distintos precedentes jurisprudenciales con soluciones no siempre coincidentes.

Gil Domínguez advierte "(...) y esto es vital para todos los operadores del sistema judicial- que al no existir ninguna regulación específica, la aplicación e interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional, posibilita todas las clases de FPM sin restricción alguna. La norma constitucional habilita la FPM respecto de: a) parejas heterosexuales donde fallece el hombre; b) parejas heterosexuales donde fallece la mujer; c) parejas de la diversidad compuestas por mujeres donde fallece una de ellas y d) parejas de la diversidad compuestas por hombres donde fallece uno de ellos" (Gil Dominguez, Andrés Filiación *post mortem* y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte. LA LEY 03/08/2016, 03/08/2016, 8 - LA LEY2016-D, 542)

Un argumento contrario a la práctica de Fertilización *post mortem* radica en la vulneración de los derechos personalísimos del difunto. En la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y consecuentemente en el establecimiento del vínculo filiatorio, tiene preponderancia la voluntad procreacional, plas-

mada en el consentimiento previo, libre e informado, de quienes se someten a estas técnicas tal como prescribe el art. 562 del CCyC. El consentimiento debe ser dado de forma clara y expresa para consentir toda práctica de TRHA, incluyéndose aquellas que implican cuestiones para luego de la muerte. No puede presumirse un consentimiento del difunto, ya que se estaría vulnerando el derecho personalísimo a la determinación del propio cuerpo, el cual subsiste aún luego de fallecida la persona, correlativamente tampoco dicho consentimiento podría ser suplido por un tutor ni por autorización judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el consentimiento informado es una condición sine qua non para toda práctica médica y “asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona”. El respeto por la autonomía de la voluntad, y en definitiva de la libertad personal, implica que nadie puede ser forzado a ser padre o madre incluso luego de la muerte tal como se desprende de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 32, inc. 2. Se concluye así, para los detractores de este tipo de prácticas, que en post del pleno respeto a la autonomía, la libertad, autodeterminación y la dignidad humana, las mismas deben ser interpretadas de forma restrictiva, a fin de salvaguardar la voluntad del difunto.

III. Antecedentes jurisprudenciales

La variedad de hechos y matices motivantes del pleito y la diversidad de resultados arribados en los casos que han llegado a la justicia, evidencian la importancia y necesidad de contar con reglas jurídicas claras.

La inexistencia de una regulación específica en torno a la Fecundación *post mortem* no ha sido óbice para que en la práctica. Los pedidos para realizar esta técnica ha ido en aumento con el correr de los años, debiendo los jueces resolver las situaciones planteadas en conformidad con lo normado por el Art.3 CCyC.

De tal forma que se ha generado jurisprudencia en torno a esta técnica que no siempre ha sido coincidente, dada la diversidad de situaciones planteadas ante la judicatura como por el criterio dispar de los magistrados y magistradas.

En la Provincia de Buenos Aires el 21 de noviembre de 2011, se dictó el primer fallo en la materia en el Tribunal de Familia de Morón N° 3, en los autos caratulados: “G.A.P. s/ autorización (Revista de Derecho de Familia n° III, Abeledo

Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 119), con motivo de una acción declarativa de certeza iniciada por una mujer que pretendía solicitando “se declare que no existe impedimento alguno para que se le efectúe el implante del material genético criopreservado” y poder seguir así adelante con un tratamiento de fertilización iniciado con su marido (en junio de 2010) utilizando los gametos masculinos criopreservados de éste luego de su prematura muerte (13 de marzo de 2011) a raíz de un cáncer.

En dicho caso, el instituto de fertilidad se negaba a proseguir el tratamiento previsto y ante el pedido de autorización el Tribunal interviniente hizo lugar a la acción declarativa de certeza- en plena vigencia del Código Civil de Vélez- y autorizó la utilización del semen criopreservado, con fundamento -entre otros- en el principio de legalidad y reserva -Art. 19, Constitución Nacional, como el 25 de la Carta Magna provincial- que consagran el principio de que todo lo que no está prohibido, está permitido; ello al no existir ninguna norma en forma expresa que regule la fecundación *post mortem*.

La jueza interviniente consideró que

la solicitante tiene derecho a procrear y... que lo podría hacer a través de una fertilización heteróloga con el semen de un donante conocido o anónimo, como ocurre actualmente en el mundo y en el país, sin necesidad de intervención judicial” pero que entiende que lo que la actora desea es completar el proyecto de familia que construyera con su marido de “...tener un hijo ya nombrado por ambos...un hijo producto del amor, buscado con amor” (considerando VII). Por tal motivo, la jueza considera que es posible acudir a la “figura del consentimiento presunto” no solamente porque entendió que el Sr. L. prestó su consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia hasta obtener el material genético que “estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo sino que sus padres y hermana, entrevistados en el Tribunal confirman que ‘...el deseo de J L era de ser padre...que con el nacimiento se concretaría el sueño del matrimonio G-L’ (considerando VIII).

Otro fallo fue dictado en la Provincia de Mendoza el día 7 de agosto de 2014 por la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, en la causa “S., M.C. s/ medida autosatisfactiva” (Rubinzal Culzoni bajo referencia RC J 6303/14). Se originó ante la interposición de un recurso

de apelación, deducido por la actora, contra la sentencia que rechazó su pedido de autorización para someterse a una TRHA con los gametos de su esposo fallecido, cuya extracción había sido autorizada judicialmente con anterioridad.

El Juez de primera instancia denegó el pedido, mientras que la Cámara de Apelaciones revocó la resolución impugnada, autorizando la utilización de los gametos extraídos. Se fundó en el principio de legalidad del artículo 19 de la Constitución Nacional, la garantía legal de acceso integral a las TRHA (ley nacional 26.862) y la aplicación de la doctrina de la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica”.

Sobre la falta de consentimiento del difunto, sostuvo que existía una autorización judicial firme que dispuso la extracción de esperma y que se practicó con anterioridad a la fecha de publicación del decreto 956/2013, reglamentario de la ley 26.862, por lo que el artículo 8° sobre la necesidad de consentimiento previo no es aplicable por el principio de irretroactividad de la ley. No suficiente con ello, pese a que reconocieron que no había voluntad procreacional expresa otorgada por parte del difunto (uno de los argumentos utilizados por la jueza de primera instancia para desestimar el requerimiento) aclararon que

“es imposible que se hubiera otorgado el consentimiento informado al efecto de la fecundación *post mortem* toda vez que la muerte lo sorprendió en plena juventud y como consecuencia de un accidente laboral” (considerando II) y agregaron que “de todos modos, la cuestión es irrelevante (...) en tanto esta Cámara toma como elementos dirimientes para restar de toda eficacia a dicha falta de consentimiento [el hecho de que] no existen derechos de personas cuya existencia se haya extinguido para el ordenamiento jurídico que puedan ser esgrimidos en contra de pretensiones lícitas y jurídicamente protegidas de personas de existencia visible” (considerando II),

por lo que “no parece jurídicamente acertado” concentrarse en ese punto en tanto “respecto del Sr. D., ya fallecido no puede invocarse derecho alguno vulnerado por cuanto ya no es persona sujeto de derechos” (considerando II). Finalmente, sostuvo que el niño/a que eventualmente pudiera nacer no alcanzaría a tener vocación sucesoria, toda vez que la herencia se defiende al momento de la muerte del causante.

En el ámbito de la Justicia Nacional más precisamente ante el Juzgado Civil nro. 3, en autos: “K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo”,

(Jurisprudencia Argentina bajo referencia AR/JUR/53958/2014) una mujer promovió amparo solicitando se la autorice a retirar muestras de semen criopreservadas en un centro de criogenia, pertenecientes a su pareja fallecida, a realizarse un tratamiento de fertilización asistida con ellas y a que la obra social codemandada cubra el costo que demande la práctica.

Sostuvo que su pareja, hoy fallecida, autorizó por escrito el retiro de las muestras y que el instituto que realizara la práctica le requirió la debida autorización judicial.

El juez de primera admite el amparo. La Cámara Nacional en lo Civil al confirmar el decisorio del Sr. Juez a cargo del Juzgado Civil nro. 3 expresó:

... la Obra Social atacó la autorización judicial, para lo que carece de legitimación, y no la condena que a ella le atañe de cubrir un tratamiento de fertilización de acuerdo con la ley vigente. Es decir, que a pesar del claro análisis efectuado por el anterior Magistrado acerca de la ley aplicable al caso –26.862– y de su decreto reglamentario – 956/2013–, la quejosa prefirió guardar silencio sobre el punto, consintiendo de ese modo la condena a la cobertura que se le solicitó y que determinó el *thema decidendum* a su respecto, razón por la cual corresponde confirmar la decisión apelada.... (CNCiv., Sala H, K., J. V. c/ I. DE G. Y F. Y OTROS s/AMPARO, del 17 de abril de 2015).

El quinto fallo corresponde al Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Santa Rosa, La Pampa, “A., C. V. c/ Instituto de Seguridad Social - Siempre s/Amparo” donde la actora reclamaba el derecho a implantarse los 6 embriones criopreservados que tenía con semen de su pareja y óvulos de donante anónimo a la vez que solicitaba que el Instituto de Seguridad Social (SEMPRE) sea condenado a otorgarle “la prestación total e integral, necesaria y gratuita de la práctica de fertilización asistida *post mortem* y se autorice su realización en el centro asistencial PROCREARTE de la ciudad de Buenos Aires”.

Se trataba de una pareja que había estado junta desde enero de 2010, hasta que él falleció, en octubre de 2014 y que ante la imposibilidad de concebir naturalmente habían recurrido a TRHA donde les habían recomendado recurrir a la ovodonación dadas las características del caso. Meses después del deceso, el 9 de febrero de 2015, la demandante solicitó al SEMPRE la cobertura médica de fertilización asistida *post mortem*. Sin embargo, mientras ella reclamaba el acceso a y la implan-

tación de los embriones, la obra social argumentaba que, en tanto el marido había fallecido, no había consentimiento para transferir a la mujer el material genético.

A su vez, puntualizaron la petición de la actora no está regulada en la ley 26.862 y que, de darse la posibilidad, se estaría violando además el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, privándolo de conocer a su padre, la vez que privando a éste de ejercer “los derechos y deberes provenientes de la responsabilidad parental”.

El fallo aquí presentado es el primero en el que en vez de haber gametos o haberse recurrido a una extracción compulsiva hay embriones. Es decir, el único que hubiese cumplido con parte de los requerimientos del art. 563 CCyC.

Dado un recurso de apelación interpuesto por la parte demandada ante la sentencia de primera instancia alegando falta de razonabilidad, legalidad y coherencia con la cual la Sra. Juez a quo había hecho lugar a la demanda interpuesta por la actora, arriba a la Alzada y el recurso es decidido por la Sala 3 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, en fecha 26/10/2016.

Por su parte, la Cámara, con un voto disidente, confirmó la sentencia de primera instancia. El Juez Salas, cuyo voto es acompañado por la Jueza García de Olmos, con base al art. 19 CN y el entendimiento del embrión como una situación especial diferenciada, consideró que

una cosa es la transferencia *post mortem* de aquellos embriones generados y aún no implantados como aquí ocurre; otra muy distinta es el uso *post mortem* de gametos reproductores no fecundados, o por qué no, la posibilidad más extrema de extracción compulsiva de material genético a una persona fallecida, sin que esta hubiese tenido posibilidad alguna de expresar su voluntad. Y es en estos dos últimos supuestos, que obviamente no son los del asunto sub examine, donde podría tal vez cobrar mayor fuerza la tesis de la forma y el requisito del consentimiento”. Para este juez “la transferencia *post mortem* de embriones no merece mayores reparos”. En este sentido, reflexiona que los embriones criopreservados “son, en rigor, aquellos para los que en verdad hubo suficiente, relevante y temporánea voluntad, libremente manifestada (...) [en el marco] de las relaciones humanas básicas voluntarias” y que por ello “no corresponde en autos hablar de la necesidad de un consentimiento renovado, sino de cuál fue la última voluntad conocida, libertaria y suficientemente expresada.

En contraposición, la jueza Albores comienza su disidencia sentenciando que:

el motivo medular del rechazo de la cobertura por parte de la Obra Social fue la ausencia del consentimiento informado que impide conformar la voluntad procreacional actual y además genera duda si el mismo hubiera querido mantener o revocar el consentimiento oportunamente prestado”. A su vez, insiste en que los arts. 59 y 561 del CCyC ya han establecido “la forma y las condiciones que exige la ley para la realización de la TRHA, y que la ley es clara al decir que en el caso de la falta de consentimiento la práctica médica no puede llevarse a cabo”... Por ende, para la jueza “no se puede presumir el consentimiento de quien en vida fuera el concubino de la actora, en virtud de que era un derecho subjetivo personalísimo del mismo que feneció con su fallecimiento, por lo que no podemos hablar de un consentimiento presunto como lo hace la magistrada de la instancia anterior”. Por tales motivos, considera que “corresponde revocar la sentencia apelada y rechazar el recurso de amparo interpuesto por la actora.

En esta oportunidad, la mayoría también se encuentra en la línea con la consideración del embrión como persona humana, por lo que advierte que el caso sería más fácil (o “no merece mayor reparo”), en contraposición a un supuesto dilema ético que podría surgir si, en realidad, se tratase de la creación de embriones después del fallecimiento donde sí cabría tener mayor certeza sobre la voluntad del difunto (cuestión en la que no reparan cuando se trata de embriones).

La sentencia de Cámara fue recurrida y el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, sala A, 31/10/2017, sostuvo que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida se funda en la dignidad, libertad e igualdad de toda persona humana; que la ley 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud, en el marco de una sociedad que evoluciona aceptando la diferencia y la diversidad cultural, volviéndose más democrática y justa.

Agrega que la interpretación de la Ley 26.862 debe hacerse en el marco de los derechos de toda persona a la paternidad o maternidad, y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud; y que la falta del consentimiento renovado de la pareja fallecida de la actora para la implantación de los embriones crio-

conservados sobrantes no puede interpretarse como una negación del derecho de esta a realizarse el tratamiento *post mortem*; cuando su conviviente falleció días después de haber consentido en forma informada la fecundación; pues lo contrario implicaría realizar una inadecuada hermenéutica, haciendo prevalecer un vacío para denegar un derecho de índole esencial de primera generación.

El último fallo versa sobre una pareja conformada en 2009 que convivía desde el 2011 y que había intentado en varias oportunidades consumir su deseo de ser padres a través de TRHA.

En medio de este proceso, al hombre le diagnostican cáncer y fallece. La supérstite, informando que quedan cuatro embriones criopreservados, "solicita que la autorización conferida sea considerada consentimiento informado en los términos del art. 563 CCyC y, por lo tanto, exteriorización de la voluntad procreacional, ordenándose oportunamente la inscripción del niño nacido como hijo de la solicitante y L. H. P."

En el fallo se destaca que la pareja no tenía descendientes "y que la única heredera legítima y forzosa de L. es su madre, R. L. C., quien no solo ha acompañado a la peticionante todo este tiempo sino que también es testigo del proyecto de vida y sueños en común de ella y el hijo".

A su vez, la actora expresa que "existió un consentimiento informado previa realización de la misma [en relación a las TRHA] no revocado, existió una conducta del progenitor que evidenció voluntad procreacional y por lo tanto corresponderá oportunamente su inscripción como su hijo".

Por su parte, el juzgado apela a que ni en el CCyC ni en la ley de TRHA ni en su decreto reglamentario se prohíbe la Fecundación *post mortem*, aunque "ninguno contempla expresamente el supuesto".

La magistrada determinó que en el caso, numerosos fundamentos la persuaden de la actualidad y vigencia de la voluntad prestada por el paciente al momento de su fallecimiento, en orden a continuar con éxito la implantación en el útero de su compañera. Concluyó que

con una mirada constitucional y convencional y haciendo una interpretación integral, pero sobre todo sobre el principio de realidad ya referido, considero precedente declarar vigente y actual el consentimiento prestado por L. H. P. para la implantación de embriones criopreservados a la actora, M. S. C., autorizando a la nombrada a

tales fines", resolviendo así "otorgar autorización judicial a M. S. C., para continuar con el tratamiento de fertilidad asistida, mediante la transferencia de embriones criopreservados y declarar vigente y actual el consentimiento informado suscripto por esta y su pareja pre-muerta L. H. P., debiéndose tener este por renovado en los términos previstos por arts. 561 y ss. del CCyC" y "no hacer lugar al pedido de oportuna inscripción del hijo por tratarse de un hecho incierto, en los términos que expresan los considerandos.

De los fallos antes analizados, se observa que todas las resoluciones judiciales tienen algunos puntos en común, por ejemplo, entre ellos podemos enumerar:

- a) la autorización de la utilización de gametos y/o embriones aunque se carezca de la voluntad procreacional expresa de continuar con el proyecto parental aún después de la muerte, por lo que los argumentos se basan en la voluntad presunta del fallecido;
- b) la ley de acceso integral 26.862 como fundamento jurídico, destacándose que ella no formula ninguna mención ni distinción en relación con las prácticas de fertilización *post mortem* ni con el origen de los gametos y/o embriones no cabe más que autorizarlo. A su vez, citan el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, el adagio mencionado en las primeras líneas que dice que "lo que no está prohibido está permitido";
- c) el otorgamiento de cobertura total del tratamiento por parte de las prepagas y obras sociales demandadas;
- d) el silencio sobre los potenciales efectos filiatorios, aunque no niegan la posibilidad.

IV. Conclusión

El avance de las nuevas tecnologías y sobre todo en el ámbito médico, demostró que el derecho quedó rezagado a pesar de las previsiones que se intentaron efectuar con la reforma del Código Civil y Comercial. No solo ha avanzado la ciencia, sino que la sociedad ha avanzado y ha dejado de lado el concepto clásico de familia.

Respecto a la Fecundación *post mortem* nos encontramos ante un vacío legal que no solo provoca el desafío de confeccionar soluciones legales viables para su encuadre normativo sino que también genera dilemas éticos de no fácil solución.

Por ello, en base al principio de la realidad y toda vez que las situaciones de Fecundación *post mortem* acontecen, entendemos que es necesario plantear una legislación expresa que evite conflictos como los reseñados en este trabajo, con el fin de armonizar los intereses que se encuentran en juego. Además, la seguridad jurídica así lo exige para evitar decisiones contradictorias que dependan de la voluntad de los intervinientes.

Es dable advertir que el consentimiento informado que se otorga para realizar Técnicas de Reproducción Humana Asistida viene de la mano con la voluntad procreacional, la cual no puede presumirse y es aquí donde frente a la Fecundación *post mortem* se encuentra un vacío legal.

Ahora bien si bien nuestro ordenamiento entiende que con el fallecimiento de la persona extingue el consentimiento informado que se requiere para efectuar un TRHA, dado que no se puede efectuar la renovación del consentimiento que exige el CCyC y la Ley 26.862, cuando se parte de una crioconservación de gametos y luego pretende una Técnica de Reproducción Humana Asistida.

Si bien compartimos esta postura adoptada por el CCyC, ya que muchas veces efectuar una crioconservación de gametos no conlleva necesariamente la voluntad de las personas para procrear, dado que se puede realizar esta técnica con fines preventivos, es decir, que se efectúa la crioconservación de gametos para que cuando se tome la decisión procreacional se cuente con gametos viables, situación que sucede mucho en pacientes que se someterán a quimioterapias.

Entonces, y mientras no se legisle sobre la temática bajo estudio, creemos que una buena práctica para proponer a las clínicas de fertilidad y a los respectivos médicos es que brinden a los pacientes información clara respecto al alcance del consentimiento informado para Fecundación *post mortem* y dándole a las personas la posibilidad de que dejen asentado mediante escritura pública o en el consentimiento a firmar que en caso de fallecimiento expresan su consentimiento informado para la utilización de los gametos para una fecundación *post mortem* y con ello la voluntad procreacional.

Si bien con la legislación vigente esto no evitaría la judicialización de la autorización para la utilización de gametos, tendríamos expresado de manera inequí-



voca la voluntad del difunto y ello generaría menos margen de interpretación para la judicatura.

La reforma del Código Civil y Comercial perdió la oportunidad de legislar respecto a la Fecundación *post mortem* dado que suprimió el Art. 563 con la siguiente redacción:

Filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

De la redacción del artículo se desprende que la práctica de la Fecundación *post mortem* no se encontraba prohibida en ningún supuesto, pudiendo ser llevada a cabo de forma amplia sin limitaciones cuantitativas ni temporales. Sin perjuicio de la viabilidad de la técnica médica, si se establecía que consecuencias jurídicas se producirían, en relación al progenitor premuerto y la descendencia que deje, en caso de ser realizada.

No escapa de nuestra óptica que el tema bajo análisis genera muchos reproches éticos y morales, pero ellos no pueden impedir que la tecnología avance y que la realidad social cambie. Por lo tanto es obligación del campo legislativo y jurídico acompañar, normativa e interpretativamente este avance con el fin de dar a los usuarios de estas técnicas y a los médicos seguridad jurídica, que evite tener que transitar por procesos judiciales para lograr la autorización.

V. Bibliografía

Gil Domínguez, Andrés (2016) "El caso 'Artavia Murillo II': la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto", Under Constitucional. Re-

- cuperado de: <http://underconstitucional.bloGSpot.com.ar/2016/04/el-caso-artavia-murillo-ii-la-cort e.html>
- Herrera, Marisa (2013) Reproducción artificial *post mortem*. Análisis del artículo 9 de la ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Juzgado Civil, Com., Lab. y de Minería núm. 4 de Santa Rosa, La Pampa, 30 de diciembre de 2015, "A., C. V. c/ Instituto de Seguridad Social-Sempre S/ Amparo", Colectivo Derecho de Familia. Recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-1ra-inst-civ-com-lab-y-mineria-no4-santa-rosa-la-pampa-fertilizacion-post-mortem/>
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 3, 3/11/14, «K.J.V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo», «La Ley», cita Online:TR LA LEY AR/JUR/53958/2014
- "N. O. C. P. s/Autorización', Juzgado Nacional en lo Civil, No. 87, 05/05/2016", El Dial. [Consulta: 10 de junio, 2016]. Recuperado de: <https://www.eldial.com/nuevo/lite-jurisprudencia-detalle.asp?id=39674&base=14&h=u>
- TERCERA Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, Mendoza, 7/8/2014, "S.,M.C. s/ medida autosatisfactiva", RC J 6303/14.
- TRIBUNAL de Familia de Morón Nro. 3, 21/11/2011, "G.,A.P. s/ autorización", AP/JUR/289/2011.
- Lafferriere, Jorge N. (2018) La fecundación *post mortem* en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial. Publicado en: LA LEY 11/07/2018, 11/07/2018, 6 - LA LEY2018-C, 599 - DFyP 2018 (septiembre), 05/09/2018, 163 Cita Online: AR/DOC/1288/2018
- Medina, Graciél (1996) ¿Existe un derecho subjetivo a la procreación? (La solución en la jurisprudencia norteamericana y francesa), «La Ley», p. 2, en cita Online: TR LA LEY 0003/001357.
- Vigo, Fiorella (2016) El tiempo pasa, pisa y pesa. Fecundación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida, «Revista Derecho de Familia», 2016-IV, p. 5, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/4565/2016.
- Rodríguez Guitián (2017) Alma M., Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial *post mortem*, «Oñati Socio-legal Series», n° 1, vol.



- 7, 2017, p. 185, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5858045>.
- Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, art. 32, inc. 2, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
- Gil Domínguez, Andrés (2016) Filiación *post mortem* y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar, LL, 2016-D-2, en cita Online: TR LA LEY AR/DOC/2171/2016 .
<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3524-D-2020.pdf>
- Autores varios (2019) Revista de Bioética y Derecho, versión On-line ISSN 1886-5887, Rev. Bioética y Derecho no.46 Barcelona 2019 Epub 01-Oct-2019
- Gabriel Bedrossian (2020) Fertilización *post mortem*: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo. Recuperado de: <https://www.erreius.com/actualidad/11/familia-sucesiones-y-bioetica/Nota/739/fertilizacion-post-mortem-un-limite-necesario-frente-al-entusiasmo-de-permitirlo-todo>
- Alma María Rodríguez Guitián (2015) Reflexiones acerca del papel de la mujer en la reproducción artificial *post mortem*. Recuperado de: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Rodriguez-Post-mortem.pdf>
- Monteros, L., Pasquini, D. (2020) El consentimiento previo, informado y libre en las trha otorgado por escritura pública y su inscripción. Recuperado de http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2020/XXXI-Encuentro-Nacional-del-Notariado-Novel/trabajos-tema-1/TRABAJO_06.pdf
- Fallo del poder judicial de Rio Negro, RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)", Expte N° 0260/17/J7, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-familia-nro-7-local-rio-negro-reservado-autorizacion-judicial-fa17050000-2017-07-06/123456789-000-0507-1ots-eupmocsollaf>
- Marisa Herrera (2017) Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá. Recuperado de: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/78531>

La Ley de Teletrabajo, ¿es coherente con el Convenio 177 de la OIT?

*Por Ezequiel Adrián ECHEVERRÍA**

I. Preliminar. El rol central de la pandemia en el surgimiento del teletrabajo a nivel mundial

Como ya todos sabemos, el año 2020 fue un año fuera de lo común, la pandemia por coronavirus afectó a todo el mundo, obligando a la sociedad a realizar cambios vertiginosos y profundos en su conducta.

El principal de estos cambios, y el más notorio, fue el aislamiento social. El virus por COVID-19 se contagia de persona a persona, principalmente, mediante microgotas de salivas y aerosoles de personas contagiadas, y tiene un periodo de incubación de aproximadamente 14 días. Esto significa que, para evitar los contagios y tratar de disminuir el crecimiento exponencial de la pandemia, la principal medida fue separar a las personas entre sí y evitar su contacto.

Sin embargo, la sociedad tiene un funcionamiento y una estructura que está basada en el contacto humano y esta no puede detenerse de un día para el otro. Por lo que, todas las personas debimos adaptarnos a esta “nueva reali-

*Abogado (UNCO). Docente Universitario FADECS (Derecho del trabajo y la seguridad social)

dad”, utilizar los medios de comunicación tecnológicos de una forma más intensa y central en nuestro día a día. Nuestras reuniones familiares comenzaron a ser por videollamadas, la mensajería instantánea paso de ser un medio de comunicación más, a ser prácticamente el único, y así muchísimo más.

El mundo laboral, obviamente, no fue ajeno a este cambio y, como parte de la sociedad, también debió adaptarse a esta nueva realidad que nos azotaba. La economía no podía detenerse de un día para el otro, por lo que, debió buscar nuevas formas para desarrollarse. Así fue como, desde el año 2020 tomo un rol protagónico el *trabajo a domicilio*, especialmente, el *teletrabajo*.

Prácticamente, de un día para el otro, todos los trabajadores del mundo dejaron sus puestos de trabajo, sus oficinas, sus fábricas y comenzaron a prestar tareas desde su hogar, con su computadora, teléfonos, u otros elementos propios.

Esto obligó, en muchos países, a desempolvar la normativa relativa al trabajo a domicilio, a fin de poder buscar algunas pocas respuestas sobre cómo responder a esta situación. Entre estas, una de las normas más importantes es el Convenio 177 de la OIT, sobre Trabajo a Domicilio. Así, también resurgieron las discusiones sobre problemáticas y especiales dificultades que sufren los trabajadores a domicilio.

En nuestro país, únicamente teníamos la ley 12.713 del año 1941, que sólo reglamentaba sobre las condiciones de trabajo que debían respetarse en los trabajos a domicilio, sin ahondar demasiado en los detalles o problemáticas propias de esta modalidad. La insuficiencia normativa rápidamente se hizo evidente, una ley con prácticamente 80 años de antigüedad no podía brindar las soluciones que necesitábamos en medio de una crisis mundial de un mundo globalizado. Es por lo que, intentado pelear la situación, en el mes de julio del 2020 el Congreso de la Nación dictó la ley 27.555, regulando el teletrabajo.

Aunque algunos autores lo pongan en duda¹, el teletrabajo es considerado una especie del género de trabajo a domicilio, por lo que, es de aplicación directa el Convenio 177 de la OIT, dictado en el año 1996 y adoptado por Argentina en el 2003 mediante ley 25.800.

De esta forma, en el presente artículo, procederé a analizar si la ley de teletrabajo argentina mantuvo una coherencia y cumplió sus compromisos internacio-

¹ Por ejemplo, Amado, Francisco Marcelo en “*Habemus teletrabajo: ¿cuáles son los alcances del deber de indemnidad del empleador en esta nueva modalidad de prestación de servicios?*” (15/04/2021). Publicado en: RDLSS 2021-7, 15/04/2021, 12



nales asumidos como país fundador de la OIT, esto es, analizar si la misma respeta o no, las condiciones dispuestas por este organismo internacional.

A tal fin, en primer lugar, procederé a conceptualizar someramente que se debe entender por trabajo a domicilio y sus grandes problemáticas. En segundo lugar, analizaré el convenio 177 de la OIT, sus finalidades y normativa y finalmente, compararé esto con la nueva ley de teletrabajo.

II. El trabajo a domicilio, sus especiales características y problemáticas.

Antes de comparar las normas, debemos determinar de que hablamos al referimos al trabajo a domicilio. Este concepto no es algo nuevo, actualmente está en su auge, pero ha sido estudiado décadas atrás. Se trata de una modalidad de prestación de tareas muy particular por parte de los trabajadores, quienes la hacen por fuera del establecimiento de su empleador, generalmente, en su domicilio.

Este tipo de trabajo puede adoptar numerosas formas, desde la manufactura de bienes (por ejemplo, zapatos, costuras, prendas de ropa, etc.), empaquetamiento de productos, prestación de servicios tecnológicos, trabajos administrativos y, el más común actualmente, teletrabajo. Se trata de una modalidad realmente flexible y amorfa, que puede adaptarse a prácticamente todas las actividades.

Este tipo de prestaciones de tareas nació como una forma de flexibilizar la mano de obra por parte de las empresas, abaratar costos y aumentar la producción sin invertir en bienes de capital (con este tipo de prestaciones no es necesario alquilar una oficina, pagar servicios, etc.). Asimismo, permite a los empleadores contratar trabajadores más allá de la zona geográfica donde se desempeñan e incluso de otros países. También, permitió continuar con la actividad económica durante la pandemia.

Los trabajadores, también se ven beneficiados con este tipo de prestaciones, se abre la oferta laboral a muchos lugares del mundo, se admite una flexibilización y eficiencia en tiempos, una mejor organización de la vida familiar y social. Pero, también trae muchas desventajas.

Los trabajadores a domicilio, al prestar tareas desde su hogar, muchas veces con bienes propios (su computadora, su teléfono sus elementos), organizando sus tiempos y con poco control de su empleador, dificultan mucho el encuadramiento como trabajadores dependientes, asimilándose más a autónomos. Esto, también fo-

menta el trabajo informal y el abuso por parte de los empleadores en contratar este tipo de empleados, a sabiendas de su difícil encuadramiento laboral y eludir obligaciones.

A su vez, los trabajadores a domicilio muchas veces tienen una remuneración menor a la que ostentan sus compañeros que trabajan de forma presencial, realizando la misma tarea. El hecho de que se preste la actividad desde el hogar significa que el trabajador deba tomar a su cargo muchísimas tareas extras que tal vez sus compañeros no, y además cumplir con su tarea habitual. Por ejemplo, un empleado administrativo en home office deberá mantener la limpieza de su lugar de trabajo, resolver por sí solo cualquier tipo de desperfecto técnico en su equipo de computadora, solventar gastos de servicios como internet, electricidad, gas, etc. y realizar la tarea por la que lo contrataron.

Estos trabajadores también están aislados de sus compañeros y lejos del establecimiento donde prestan tareas, por lo que muchas veces no reciben las mismas capacitaciones que los demás y, tienen una gran dificultad para informarse sobre sus derechos y condiciones de trabajo. Asimismo, existe un gran obstáculo para que estos trabajadores puedan contactar a las asociaciones gremiales sindicales, recibir apoyo, y verse protegidos.

Todas estas problemáticas generaron que, durante la década del 90 se dicte la Convención 177 sobre el Trabajo a Domicilio, a fin de poder disminuir un poco más la desigualdad y fomentar la justicia social.

III. Convenio 177 de la OIT. Sus rasgos generales

III. a. Preliminar

El Convenio 177 de la OIT dictado en el año 1996, intentó, de cierta forma, buscar una protección y una regulación para estos tan diversos problemas que trae el trabajo domicilio. Del mismo podemos identificar tres grandes objetivos, el primero de ellos es la definición y enmarcación del ámbito de aplicación del convenio, el segundo es la promoción de una regulación y protección del trabajo a domicilio en los países que ratifiquen el convenio y el tercero es fomentar la igualdad entre los trabajadores a domicilio y los presenciales.

III. b. Definición y ámbito de aplicación

El primer artículo de la norma establece las características propias del trabajo a domicilio.

Comienza con lo más característico de esta modalidad, el lugar de trabajo. Dispone que será considerado trabajo a domicilio aquel realizado por el trabajador, valga la redundancia, en su domicilio o en locales de su elección, siempre que sean distintos al establecimiento del empleador. Lo central entonces es que no se realicen tareas en el local del empleador. En segundo lugar, dispone que el trabajo debe ser realizado a cambio de una remuneración

Por último, dispone que los trabajos deben ser realizados conforme las instrucciones de su empleador, sin importar quien provee los materiales o elementos de trabajo. Solo excluye del ámbito de aplicación a las personas que realizan tareas con un grado de independencia suficientes para ser considerados autónomos, según la legislación del país.

En este punto, vemos que el convenio recepta una situación muy peculiar y ordinaria en este tipo de tareas, que los trabajadores muchas veces utilizan sus propios elementos para prestar las tareas. Desde materiales propios (por ejemplo, telas o pegamentos) o incluso, como es propio del teletrabajo, su propia computadora personal, teléfono celular, conexión a internet etc.

Siguiendo con la caracterización de las tareas, el convenio excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los trabajadores que realizan trabajo a domicilio de forma esporádica u ocasional. Se busca evitar de esta forma confundir a aquellos trabajadores que realizan sus tareas de forma presencial pero que a veces llevan trabajo a casa, o que ciertos días de la semana realizan “*home-office*” por ejemplo.

Estos trabajadores no están aislados de sus compañeros ni sufren los mismos obstáculos que los trabajadores netamente a domicilio, por lo que, no sería lógica aplicarles la normativa.

Con respecto al ámbito subjetivo de aplicación, el convenio considera que con la caracterización de trabajo a domicilio no es necesario definir que considera como trabajador y sólo define al empleador. Así indique que será empleador cualquier persona física o jurídica, de forma directa o por intermediario, de trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

En este punto, el convenio recepta otra de las características más comunes del trabajo a domicilio, la interposición de personas. Los trabajadores realizan sus

tareas en lugares alejados de la sede de su empleador y muchas veces, ni siquiera los conocen personalmente.

Esto facilita a que las empresas contraten y subcontraten unas con otras hasta que finalmente, la última de ellas en esta cadena contacta y contrata a una persona para realizar las tareas, así por ejemplo, es muy común personas que realizan servicios por internet a favor de empleador en otros países. Esto genera grandes dificultades, tanto para el trabajador, como incluso para el Estado contratador, identificar correctamente quien es verdaderamente el empleador y quien se vale de los servicios prestados.

En consonancia con esto y a fin de evitar este problema, la recomendación 184 de la OIT, sobre Trabajo a Domicilio dispone que al trabajador se le deberá informar de forma clara y por escrito sus condiciones de trabajo, nombre y dirección de su empleador y remuneración.

III. c. Promoción de la regulación y protección

Como segundo gran objetivo, el Convenio 177 busca que los países que lo ratifiquen tomen un rol protagonista en la protección del trabajo a domicilio. Pero, para tomar riendas en el asunto, como primera medida deben conocer la realidad propia de su estado, saber qué cantidad de trabajadores a domicilio existen y en qué condiciones prestan tareas.

Es por esto que el art. 6 del convenio expresamente exige que los países tomen datos estadísticos sobre el trabajo a domicilio. Así se busca visibilizar este tipo de prácticas. Facilitando la inspección.

Solo si un país con suficientes datos sobre su realidad en la materia podrá cumplir eficazmente con lo dispuesto en los art. 3 y 5 del convenio, esto es, crear una política que mejore su situación mediante el dictado de leyes, convenios colectivos, laudos o cualquier otra normativa aceptada por el país.

III. d. Igualdad de los trabajadores

En tercer lugar, el Convenio pone en manifiesto la gran desigualdad en la que se encuentran este tipo de trabajadores con respecto al resto de trabajadores presenciales. El art. 4 enumera particularmente en que aspectos específicos debe fomentarse esta igualdad, entendiendo que estos son donde más se acentúa la diferenciación.

Comienza este artículo indicando que se debe garantizar a los trabajadores a domicilio constituir asociaciones sindicales, asociarse y participar en actividades gremiales. Como se mencionó con anterioridad, este grupo de trabajadores se encuentran aislado de sus compañeros y de su actividad, lo que hace especialmente difícil la asociación gremial y organización. La idea del Convenio aquí no es simplemente “garantizar” el acceso, si no, fomentar a que se tomen medidas positivas para buscar la afiliación. Por ejemplo, informando a este grupo de sus derechos sindicales, exigirles concurrir a actividades o ponerlos en contacto directo con alguna asociación sindical.

Otro de los puntos importantes en el que hace foco el convenio es con respecto a la seguridad e higiene en el trabajo. Al encontrarse el trabajador en un lugar distinto al establecimiento de su empleador, complejiza el control y exigencia de los cuidados personales. Es por esto que se busca que se genere una normativa específica para los cuidados de la salud de este tipo de trabajadores, creando medidas especiales.

También se destaca la posible diferenciación en las remuneraciones del trabajador. Como se mencionó anteriormente, los trabajadores a domicilio muchas veces reciben una remuneración inferior a sus compañeros presenciales. Esto puede ser consecuencias de varios factores, en primer lugar, por los mayores gastos en que incurre un trabajador a domicilio al utilizar sus servicios hogareños y elementos.

Pero también, generalmente a los trabajadores a domicilio se les encargan tareas más complejas que a los presenciales, o, directamente, mayor cantidad. Por lo que, si bien tal vez numéricamente un trabajador a domicilio reciba la misma paga por trabajo que un presencial, las tareas que este realiza no son acordes.

A su vez, este tipo de trabajadores muchas veces trabajan jornadas más extensas, ya que, se confunde la diferenciación entre la vida personal y el trabajo

Todo esto, sin tener en cuenta que el trabajo a domicilio es una modalidad que fomenta especialmente el trabajo informal, por lo que, desde ya las condiciones serán en la mayoría de los casos desfavorables.

El convenio también hace hincapié en las diferencias que existen con respecto a la edad de los trabajados, ya que es común que se utilicen ayudantes dentro de la familia menores de edad, protección a la maternidad, y acceso a la información.

IV. Ley 27.555. ¿Coherente con la normativa internacional?

Entonces bien, ya analizado *grosso modo* el convenio 177 de la OIT debemos analizar si Argentina, al dictar su ley 27.555 de teletrabajo y su decreto reglamentario, 27/2021, mantuvo la coherencia y respeto las finalidades impuestas por esta normativa internacional.

A tal fin, utilizaré la misma estructura del convenio para determinar si la definición es análoga, si hace foco en la desigualdad de este tipo de trabajadores y si, se fomenta la información e investigación sobre estas labores.

IV. a. Definición y ámbito de aplicación

La ley adiciona a la Ley Contrato de Trabajo el art. 102bis que define el teletrabajo como aquel en que el trabajador realiza actos, ejecuta obras o presta servicios en los términos del art. 21 y 22 de la ley (dependencia o subordinación) en su domicilio particular o lugares distintos al establecimiento del empleador, mediante tecnología de la información y comunicación.

En este punto, debemos mencionar que es notoria la influencia del Convenio 177 de la OIT ya que, al igual que este, la ley nacional utiliza como elemento diferenciador de esta modalidad de trabajo la prestación en lugares fuera del establecimiento del empleador. Asimismo, debe recordarse que la ley específicamente regula uno de los tipos de trabajo a domicilio, el teletrabajo, por lo que, exige la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

Por su parte, el decreto reglamentario de la ley establece la excepción del ámbito de aplicación de la ley de teletrabajo a aquellos casos en que es realizado de forma esporádica u ocasional, de la misma forma que establece el C170.

Asimismo, este decreto agrega otra excepción del ámbito de aplicación, que es en los casos en que el trabajo es realizado en los domicilios de los clientes regulares del empleador. Pareciera ser, que la ley busca adoptar otra de las características del teletrabajo, esto es que el trabajador sea quien elige su lugar de trabajo, ya que, si quien lo elige es su empleador, enviando a su dependiente a los establecimientos de su cliente, no estaremos ante la aplicación de esta normativa.

Tal y como lo menciona la doctrina, si bien podrá discutirse que el decreto se excede en sus facultades de reglamentación, el mismo es acorde a lo dispuesto por el C177 (Sirimarco, 2021)

Sin embargo, la normativa nacional nada dice sobre la utilización de elementos propios del trabajador en la prestación de tareas. Solo el art. 10 de la ley hace referencia a los elementos de trabajo y pone en cabeza del empleador la obligación de proveer de los mismos.

No debemos olvidar que en este tipo de actividades es muy usual que las personas utilicen sus computadoras y celulares personales para el cumplimiento de sus tareas, siendo la provisión íntegra de elementos, en los términos del art. 9 de la ley la excepción. Pero, la omisión de recepción expresa de la situación y la obligación del empleador de proveer elementos de trabajo de forma alguna debe ser utilizada como posible fundamento para excluir a los trabajadores que utilicen sus bienes personales de la protección laboral.²

La normativa también omite definir a los empleadores y receptar expresamente la interposición de sujetos en la contratación laboral. Si la subcontratación era un problema para la OIT en 1996, hoy en día, en medio de un mundo globalizado y atravesado medularmente por las tecnologías de la comunicación, esta preocupación es exponencialmente mayor.

Justamente, en el ámbito del teletrabajo es donde más incertidumbre existen con respecto a quien es el empleador y a favor de quien se están prestando las tareas. Es muy fácil para una empresa contratar y subcontratar con otras empresas y sujetos a lo largo del mundo para proveerse de su fuerza de su trabajo. Es por lo que, esta omisión de tratamiento de la ley no es menor y claramente demuestra una falta de correspondencia con la normativa internacional.

En este punto debe resaltarse que el art. 6 de la ley 12.713 obliga a los empleadores e intermediarios a llevar un libro de registro sobre los trabajadores a domicilio utilizados y a entregar a los trabajadores una libreta con estos datos. Sin embargo, la ley tiene más de 80 años, por lo que este requisito de registro y seguimiento actualmente es insuficiente. Con el dictado de la nueva ley se perdió la oportunidad de adaptar la legislación nacional a las nuevas tecnologías.

IV. b. Protección en la igualdad de los trabajadores

En este punto es donde la ley hace mayor hincapié, detallando muchos puntos

² En estos casos sería aplicable por analogía la jurisprudencia creada alrededor de los fleteros, quienes utilizan bienes de capital propio en la prestación de tareas, pero siempre bajo una dependencia laboral en los términos del art. 21 y 22 de la Ley contrato de Trabajo.

de inflexión, receptado de cierta forma las diferencias específicas dispuestas por el C177 que este tipo de trabajadores sufre con respecto a los presenciales, aunque, obviamente, con posibilidades de mejora.

El art. 3 de la ley realiza una enunciación, redundante, de que todos los trabajadores deben mantener un plano de igualdad tanto en condiciones de trabajo como en remuneración, aunque sin dar detalles de cómo se podría garantizar esto, dejando esta tarea a cargo de los convenios colectivos.

Con respecto a la diferencia en la remuneración en la que la OIT hace foco, la ley establece en su art. 10 que los empleadores deberán compensar a los trabajadores en los mayores gastos que caigan por su modalidad especial de prestación de tareas. Sin embargo, delega la fijación específica de este monto a la negociación colectiva.

En consonancia con otra de las preocupaciones de la OIT, la mayor cantidad de labores llevadas a cabo por los trabajadores a domicilio, expresamente regula el derecho a desconexión digital. La ley reconoce y recepta que este tipo de trabajadores muchas veces trabajan mas horas que los presenciales y trata de marcar la diferencia entre la finalización de la jornada laboral y el inicio del descanso del trabajador.

Como primera medida, se exige que la jornada se pacte por escrito, a fin de informar claramente al trabajador sus horas laborales. Luego el art. 4 prohíbe que los softwares o plataformas utilizados por el trabajador se desarrollen fuera del horario de trabajo pactado. Finalmente prohíbe también a los empleadores a contactar a los trabajadores por fuera de su horario de jornada.

En su art. 6 la ley reconoce otra gran diferencia que sufren este tipo de trabajadores, los cuidados personales. La ley entiende que si el trabajador convive con una persona que requiera cuidados esto va a interferir, obviamente, en su jornada laboral, dando lugar a que el trabajador compatibilice su jornada con los horarios de cuidados o que, directamente, interrumpa la misma.

Con respecto a otras de las diferenciaciones que resalta la OIT, el acceso a la libertad sindical, la ley de teletrabajo solo dictó el art. 12 y el 13 que disponen la forma de encuadramiento sindical del trabajador. En este punto podemos ver que, la ley no recepta de forma alguna los problemas que tiene este tipo de trabajadores en el ejercicio de sus derechos colectivos.

Como se dijo, este grupo se encuentra aislado, por lo que, no alcanza con un simple reconocimiento de los derechos si no que, también, deben existir medidas positivas en pos de garantizar efectivamente el acceso y ejercicio a los derechos gremiales. Nada de esto sucede en la nueva normativa.

En cuanto materia de seguridad e higiene en el trabajo, si bien el teletrabajo no es per se una labor que genere riesgos a la salud, como si pueden ser otro tipos de trabajo a domicilio (confección de zapatos por utilización de pegamentos), la ley dictó el art. 14. En este, sin embargo, se dispone que todo lo relativo a Seguridad e Higiene en el trabajo será reglamentado por la autoridad de aplicación.

Desde el vamos la ley delega a otro órgano uno de los mayores problemas del trabajo a domicilio que es, el control sobre seguridad e higiene en el trabajo. Habría sido beneficioso, aunque sea, disponer de un marco mínimo de derechos u obligaciones del empleador que ayuden a paliar la falta de control sobre los trabajadores en su domicilio y garanticen un buen ambiente de trabajo.

Este mismo artículo también dispone que los accidentes sufridos por el trabajador durante su jornada laboral se *presumen accidentes* laborales. Debe destacarse en este punto la observación realizada por la CTA sobre este artículo, considerando que

el artículo 14 de la Ley núm. 27555 constituye un retroceso en la protección de los trabajadores, ya que establece que los accidentes que tienen lugar en ocasión del trabajo se «presumen» laborales, mientras que la Ley núm. 24557 de Riesgos y Accidentes de Trabajo actualmente vigente establece que dichos accidentes son «considerados» laborales.³

Finalmente, la ley también recepta algunas diferencias propias de los teletrabajadores, más allá de las correspondientes a todos los trabajadores a domicilio. Así por ejemplo, limita los controles realizados por los empleadores mediante las tecnologías, protegiendo la intimidad. También garantiza la capacitación de los trabajadores, quienes por su aislamiento muchas veces no reciben los apoyos suficientes.

IV. c. Promoción de protección e información:

Por último, la ley de teletrabajo también recepta otro de los ejes traídos por

el C177, que es, la necesidad de recabar información y promover la regulación de este trabajo.

La ley en su art. 18 obliga a todos los empleadores que utilicen trabajadores en teletrabajo a registrarlos, junto con el software o plataforma que utilizan y remitir esta información de manera mensual tanto al Estado como a las asociaciones sindicales.

De esta forma, vemos que también se intenta cumplir con otro de los objetivos del C177, que es la visibilización de este tipo de trabajadores.

V. Conclusión. ¿Existe coherencia?

Ya analizada y comparadas ambas normativas, debemos determinar si existe un compromiso por parte de Argentina en cumplir y respetar sus obligaciones y deberes morales como miembros fundador de la OIT.

Con respecto al C177 específicamente, este fue ratificado en el año 2003 por la ley 25.800. Pero, para mantener una coherencia o consistencia política no alcanza sólo con ratificar el convenio, si no que *“se trata de conseguir el mejor nivel posible de compromiso internacional que asegure el cumplimiento interno en ley y práctica de las normas ratificadas.”* (Tomada & Corradetti, 2010)

De esta forma, vemos que, si bien Argentina ratificó el convenio, no realizó ningún otro tipo de acto normativo en pos de garantizar y paliar las especiales diferencias. Mantuvo prácticamente intacta su única normativa al respecto, la ley 12.713, dictada en el año 1941.

Para una nueva norma se requirió el avenimiento de una pandemia mundial y el aislamiento forzado de toda la sociedad. Solo así, 20 años más tardes de la ratificación del C177 se dictó la ley 27.555, pero sólo relativa al teletrabajo. Si esta insólita situación no hubiera sucedido, seguramente pasarían muchos años mas hasta que nuestro país decidiera cumplir con sus deberes internacionales.

Incluso, la reglamentación es sólo parcial. Se regula sólo el teletrabajo, esto es, un tipo específico del *trabajo a domicilio*, que como vimos, abarca mucho mas que aquel realizado mediante tecnologías de la comunicación.

A pesar de estos problemas, al analizar la ley 27.555 se puede ver rápidamente la influencia que ha tenido los convenios y recomendaciones dictados por la OIT en la materia. De una forma u otra, la ley recepta los tres grandes ejes determi-

nados por el C177, esto es, ámbito de aplicación, igualdad entre los trabajadores y recopilación de información.

Pero, como siempre, esta nueva ley es perfectible, existen grandes omisiones y de importancia. Así, por ejemplo, nada se dice sobre la intermediación de empleadores, tan común en este tipo de actividades. Tampoco se habla de la posibilidad de que los trabajadores utilicen sus propios elementos, y, no se dictan medidas de acción positivas u obligatorias para garantizar los derechos sindicales de los trabajadores a domicilios, quienes se encuentran aislados y separados de sus compañeros.

Pero, en definitiva, el dictado de esta nueva normativa es positivo. Se ha dado un gran paso hacia la *coherencia política* en materia de teletrabajo. Se perdió una oportunidad de reglamentar la totalidad de esta actividad, pero, la recepción no es menor y se nota la correspondencia de la ley 27.555 con la normativa internacional.

VI. Bibliografía

- Amado, F. M. (2021). Habemus teletrabajo: ¿cuáles son los alcances del deber de indemnidad del empleador en esta nueva. *RDLSS 2021-7, 15/04/2021, 12*.
- Conferencia Internacional del Trabajo. (2020). Informe ejecutivo. El trabajo a domicilio: De la invisibilidad al trabajo decente.
- Conferencia, I. d. (2021). *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante*.
- Dillon, N., & Pico, J. E. (2021). Comentarios preliminares a la regulación del teletrabajo. *DT2021 (enero), 53*.
- Foglia, R. A. (2020). Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo. *Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo*.
- Sirimarco, S. (2021). Teletrabajo: comentario al dec. 27/2021. *DT2021 (marzo), 33*
- Tomada, C. A., & Corradetti, S. (2010). HACIA LA COHERENCIA DE POLÍTICAS EN MATERIA DE RATIFICACIÓN DE CONVENIOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO. *Revista de Derecho Laboral - Normas internacionales y Derecho interno 2010-2*.

Directivas anticipadas

*Por Pablo Guillermo PINO**

I.- Introducción

Sostiene un viejo adagio que el conocimiento es poder, pues bien, en la relación médico- paciente durante siglos primó la voluntad del profesional de la salud por sobre la del paciente, fundada principalmente en los pilares del conocimiento, en la protección de la vida, la salud y en el deber de curar del médico. La idea de curar y proteger se identificaba con prolongar vida lo más posible, a cualquier costo.

Con el reconocimiento internacional de los derechos humanos, desde 1948 en adelante, numerosos instrumentos reconocen el derecho del ser humano a la vida¹ y a la salud².

¹ DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS, art. 3: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

² DUDH, art. 25; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 5, inc. IV, apartado e; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 11 y 12; Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, art. 24; Carta Social Europea, art. 11; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 16; Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10; PIDESC, art. 12, inc. 1.

*Abogado (FADECS-UNComa)

Con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que data del año 1966, aparece la noción del Derecho a la Salud como el derecho humano al más alto nivel de salud posible, física y mental³. Una definición intertemporal e ilimitada, que le introduce cierta relatividad al contenido del derecho⁴. Una fórmula abierta e imprecisa que permita rellenar de contenido al derecho a la salud, conforme los avances científicos contemporáneos y/o de los recursos económicos de los que cada Estado disponga.

En ese contexto, de reconocimiento del derecho humano a la salud con tinte finalista, a fines de la década del '60 surge con fuerza la Bioética, que vino a poner en crisis al modelo hipocrático. Modelo que basaba la ética médica en el principio de beneficencia, junto al del “*primum non nocere*”⁵.

Así, con el advenimiento de la Bioética y del reconocimiento del derecho humano a la salud se introdujo otra mirada a la relación médico-paciente, pasando a ser el eje central de la relación el respeto a la dignidad, autonomía y autodeterminación del paciente. Podemos afirmar que, desde la mitad del siglo pasado, en adelante, la medicina ha sufrido vertiginosos cambios. La práctica médica pasó del modelo paternalista, según el cual la relación médico-paciente se basaba en “*tendencia de aplicar las formas de autoridad y protección propias del padre en la familia tradicional a otros ámbitos, en este caso, a la relación médico-paciente*”⁶, a un modelo que no se funda en la beneficencia, entendida como el deber profesional de hacer el bien, sino que más bien en el respeto a la autonomía del paciente, identificando a esta con el derecho del paciente a tomar sus propias decisiones⁷.

El derecho humano a la salud irrumpió en el mundo jurídico en estrecha relación con el derecho a la dignidad de la persona humana. No podemos concebir el derecho a la salud por encima de la dignidad, pues la finalidad del goce y disfrute del más alto nivel posible de salud no puede ser otra que la de permitir vivir dignamente a la persona humana. Y así lo interpretó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por la ONU a fin de observar el desarrollo y ejecución

³ PIDESC, art. 12, inc. 1

⁴ FIGUEROA GARCIA – HUIDOBRO, Rodolfo, El Derecho a la Salud, en Estudios Constitucionales, vol. 11, N° 2, Santiago de Chile, 2013, pag. 283/332.

⁵ PROCAM, Programa de Actualización en Cuidados de Adultos Mayores, Organizado por la Sociedad Argentina de Gerontología y Geriátrica, Editorial Médica Panamericana – Primer Ciclo Módulo 1, Director Dr. José R. Jau-regui – Directivas Anticipadas en Geriátrica, Dra. Laura C. Pezzano Pegorer, pag. 89.

⁶ PROCAM, obra ya citada, pag. 89.

⁷ PROCAM, obra ya citada, pag. 89.

del PIDSC⁸: “*1... Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente*”.

Pero, este plexo de derechos y enunciados, con la persona humana en el rol de paciente, chocan en su bajada a la realidad con factores que los ponen en crisis. Resulta que la medicina moderna ha puesto un sin número de prácticas en manos de los servicios asistenciales, los que en general se administran bajo criterios médicos, pero también con una fuerte carga de discrecionalidad por parte de los profesionales de la salud.

Esa carga discrecional, en la administración del abanico de prácticas y servicios que nos ofrece la medicina moderna, requiere del profesional médico un cambio cultural e ideológico, que le permita priorizar y respetar los valores y decisiones del paciente, por encima de las propias.

El derecho a “Vivir dignamente” implica, para los efectores de salud y los profesionales, respetar la autonomía del paciente para planificar el cuidado y la toma de decisiones al final de la vida.

Así, las Directivas Anticipadas aparecen como una herramienta que garantiza al ser humano su derecho a “Vivir dignamente hasta el final”. Es el instrumento que, conteniendo la voluntad del paciente, advierten al médico sobre sus preferencias respecto de opciones o instrucciones para la asistencia sanitaria que recibirá cuando se produzcan circunstancias que le impidan comunicar personalmente su voluntad.

II. El derecho a vivir dignamente y las directivas anticipadas en el plexo constitucional

Los pacientes gozan en la actualidad de un amplio abanico de derechos, legislados y reglamentados, que le permiten usufructuar derechos humanos que primero le fueron reconocidos por las Constituciones Nacional y Provinciales, y luego por los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, a los que el art. 75 inc. 22 de la CN, reformada en el año 1994, les dio jerarquía constitucional.

Sin lugar a dudas que uno de los derechos humanos fundamentales, e indispensable para el ejercicio y goce de los demás derechos humanos, es el derecho a la

⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N°14.

salud⁹. Ese derecho a la salud se conjuga con el derecho a la vida, la libertad y la dignidad del ser humano, en la expresión “Vivir dignamente”¹⁰.

El Comité de la ONU, en la Observación General ya mencionada¹¹, dijo que:

... el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni tratamientos y experimentos médicos no consensuales.

La potestad para otorgar directivas anticipadas y/o de aceptar o rechazar ciertas prácticas o tratamientos médicos, es una garantía para el ser humano de que podrá “Vivir dignamente” hasta el final de su vida, gozando plenamente del más alto nivel de salud posible, física y mental. Y tiene raíz constitucional y convencional.

Podemos sostener que las directivas anticipadas, además de la fuente convencional citada, que la erige como garantía del derecho a la salud y de vivir dignamente hasta el final, tienen raigambre constitucional, y encuentran su enclave en el art. 19 de la Constitución Nacional. En el principio basal para desentrañar los límites entre el poder de policía, que ejerce el Estado, y el ejercicio de los derechos por parte de mujeres y hombres.

Ese principio es el de reserva, y, tal lo dicho, se encuentra enumerado en el art. 19 CN:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados...

⁹ DUDH, art. 25; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, art. 5, inc. IV, apartado e; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, arts. 11 y 12; Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, art. 24; Carta Social Europea, art. 11; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 16; Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10; PIDESC, art. 12, inc. 1.

¹⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 14.

¹¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 14.

En virtud del citado principio, el ser humano tiene un ámbito de libertad de su exclusivo resorte, en el que se enmarcan sus acciones privadas que no afecten ni el orden, ni la moral pública y que no dañen o afecten derechos de terceros, y que, en su caso, ese daño o afectación no esté justificada¹².

Asimismo, la facultad de otorgar directivas anticipadas tiene asidero en el art. 14 de la Constitución Nacional y en el art. 12 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza la libertad religiosa, de conciencia y culto, impiden que a un paciente se le niegue la posibilidad de tomar la decisión de aceptar o rechazar ciertas prácticas o tratamientos médicos.

La herramienta jurídica que nos convoca, también tiene como fuente al Pacto de San José de Costa Rica, que forma parte de nuestro plexo constitucional, en su art. 11 declara que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad¹³. Las directivas anticipadas funcionan como una garantía del respeto a ese derecho a la dignidad, al vivir dignamente como ya se dijo.

Sin lugar a dudas la facultad para dictar directivas anticipadas tiene raíz convencional y constitucional, y está estrechamente relacionada el derecho de todo ser humano a vivir dignamente hasta el final. Pero veamos cómo ha sido receptado este instituto en el derecho comparador, antes de sumergirnos en el derrotero nacional.

III. Régimen legal en el derecho comparado

Las llamadas “directivas anticipadas” también son conocidas como “testamento biológico”, “carta de autodeterminación del paciente”, “declaración anticipada de tratamiento”, “*Living Will*”, “Voluntades anticipadas”, etc; su raíz es anglosajona, y su análisis y reconocimiento se expandió en los Estados Unidos a fines de la década de 1960.

Las distintas Cortes de los Estados Unidos desarrollaron principios que proveyeron a los pacientes la facultad de controlar las circunstancias del final de sus

¹² Art. 1710 inc. a del CCyCN: “*Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado*”

¹³ PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, “*Artículo 11 Protección de la Honra y de la Dignidad, inc. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*”

vidas¹⁴. Esa creación pretoriana fue receptada en las distintas legislaciones estatales, las que establecieron las “*advance directives por health care service*”. Para el año 1994 cuarenta y siete estados habían sancionado alguna forma de “*Living wills legislation*”.

En esa línea, algunas legislaciones comparadas les asignan a las directivas anticipadas un valor vinculante para el médico, en esa biblioteca se encuentran España, Reino Unido y Alemania. La otra postura le asigna un valor meramente indicativo, resultando para el profesional el “deber de tenerlas en cuenta”, sin que el contenido de las mismas le resulte vinculante u obligatorio, en esa línea se enrola Francia¹⁵.

En Francia, la ley 41/2002 del 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece en su art. 11 —bajo el epígrafe “Instrucciones previas”— los requisitos de validez de las directivas anticipadas. Toda persona mayor de edad, capaz y libre, puede manifestar anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

En el Derecho Italiano, las directivas anticipadas se encuentran consagradas desde hace apenas poco más que un lustro. Hasta ese momento, a fin de atribuirles

¹⁴ En el caso “Quinal”, la Corte Suprema de New Jersey (año 1976). En 1986, la Corte Suprema de Massachusetts —caso “Brophy v. New England Sinai Hospital”. En 1985, la Corte Suprema de New Jersey (caso “Conroy”). En 1986, la Corte Suprema de Massachusetts —caso “Brophy v. New England Sinai Hospital”. En Caso “Bouvia”, Cal Court of App, Sec. dist. 1986, Cap Repr. 297. En Corte de Apelaciones de California, en Sec. district, 1984, Cal Repr. 220, in re: “Bartling versus Sup Court”. Corte Suprema de los Estados Unidos, caso “Cruzan versus Director, Missouri Dpt. Health”, 1990.

¹⁵ FOURNIER-TRARIEUX, *Le directives anticipées en France*, *Medicine e Droit*, 2005, p. 147, citado por PROVULO, Debora, “Le direttive anticipate: profili penali prospettiva comparatistica”, en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà y Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, Tº II, “Il Governo del corpo”, p. 1986, nota 66. El mismo alcance restrictivo de las directivas parece resultar del Convenio Europeo sobre los Derechos humanos y la Biomedicina (Oviedo, 2007). El art. 9º dispone: “... Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente respecto a una intervención médica con un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

carácter vinculante a las directivas anticipadas se invocaban el Código de Deontología médica y la Convención de Oviedo¹⁶

Fue con la sanción de la Ley 219/2017, que se regularon las disposiciones anticipadas de tratamiento, cubriendo con ella el vacío legislativo. Así, toda persona mayor de edad y "capaz de entender y querer" puede, en previsión de una eventual futura incapacidad de autodeterminarse, a través de las disposiciones anticipadas de tratamiento (DAT), expresar la propia voluntad en materia de tratamientos sanitarios, sea a través del consentimiento o la negativa a procedimientos diagnósticos o terapéuticos o a singulares tratamientos sanitarios. Es relevante destacar que la manifestación de voluntad debe ser precedida de la "adquisición de adecuada información médica acerca de las consecuencias de su elección", y que además la norma prevé la designación de un "fiduciario" de su confianza, quien será eventualmente el encargado de interactuar en las relaciones con el médico y la estructura sanitaria.

En el Reino Unido, Las *advance decisions to refuse treatment* fueron reguladas por las Secciones 24-26 de la *Mental Capacity Act 2005*¹⁷. La persona que ha cumplido 18 años puede, mientras esté en aptitud de hacerlo, expresar su negativa a un específico tratamiento médico en un tiempo futuro en que esté privada de la capacidad de aceptar o rechazar el tratamiento.

El art. 450 del Código Civil holandés reconoce la eficacia de la negativa anticipada a someterse a un tratamiento médico. El médico debe abstenerse de practicar el tratamiento, aunque ello conduzca a la muerte del paciente, y el incumplimiento de la directiva solo puede hacerse cuando medien razones bien fundadas. A modo enunciativo, el incumplimiento podría fundarse en la incerteza sobre la identidad

¹⁶ El Código de Deontología médica (art. 34) impone al médico "tener en cuenta" la voluntad expresada precedentemente por el paciente y es esa la prescripción de la Convención de Oviedo (art. 9º). Ambos documentos se invocan para sostener el grado de vinculación que debe atribuirse a las directivas anticipadas, lo que ha motivado intervenciones judiciales tendientes a resolver las delicadas cuestiones que se suscitan en materia de suspensión o interrupción de tratamientos de sostén vital.

¹⁷ Section 24: (1) "Advance decision" means a decision made by a person ("P"), after he has reached 18 and when he has capacity to do so, that if - (a) at a later time and in such circumstances as he may specify, a specified treatment is proposed to be carried out or continued by a person providing health care for him, and (b) at that time he lacks capacity to consent to the carrying out or continuation of the treatment, the specified treatment is not to be carried out or continued. (2) For the purposes of subsection (1)(a), a decision may be regarded as specifying a treatment or circumstances even though expressed in layman's terms. (3) P may withdraw or alter an advance decision at any time when he has capacity to do so. (4) A withdrawal (including a partial withdrawal) need not be in writing. (5) An alteration of an advance decision need not be in writing (unless section 25(5) applies in relation to the decision resulting from the alteration).

del declarante o dudas acerca de la capacidad al momento de la suscripción de las directivas¹⁸.

En tanto en Latinoamérica, el ordenamiento jurídico peruano legisló sobre el derecho de autodeterminación terapéutica (por vía de una directiva anticipada), regulado en el art. 4º de la Ley General de Salud núm. 26.842:

Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo.

El Código Civil de Bolivia trata en su artículo 14 el derecho a “negativa de examen o tratamiento médico”:

La persona puede rehusar someterse a un examen o tratamiento médico quirúrgico, a menos que se halle obligada por disposición de la ley o reglamento administrativo.

En tanto que, en Costa Rica, el Código Civil lo prevé en el artículo 28, primer párrafo:

Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el art. 98 del Cód. de Familia.

Por su parte en Brasil, durante la vigencia del Código de Ética Médica que databa de 1998, el profesional de salud tenía el deber de beneficencia, estableciendo la prohibición de utilización de medios destinados a abreviar la vida del paciente, aunque sea a pedido de éste o bajo su responsable legal.

Ese Código de Ética Médica fue actualizado y reemplazado por el Consejo Federal de Medicina, mediante la Resolución CFM 1931/2009, previendo la responsabilidad profesional, el consentimiento del paciente, la relación del médico con

¹⁸ PROVOLO, Débora, "Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica", en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà y Paolo Zatti, *Il Governo del corpo*, Tº II, Giuffrè, Milano, p. 1987.

los pacientes y familiares, de médicos entre sí, sobre donaciones y trasplantes de órganos y las prohibiciones. En la misma línea, fue consagrada, en julio de 2013, la Ley 12.842 que regula el ejercicio de la medicina y que recepta el contenido de la resolución referenciada precedentemente.

Las diversas soluciones propuestas en el derecho comparado fluyen, con matices, decidida y mayoritariamente hacia reconocer valor jurídico a las directivas anticipadas, como garantía del derecho a vivir dignamente hasta el final. En igual línea se enrola nuestro régimen legal, el que veremos en el acápite siguiente.

IV.- Régimen Legal Nacional

Como anticipamos, en el apartado II del presente trabajo, las directivas anticipadas se fundan en el plexo constitucional. El derecho a la vida, la salud, la libertad, la dignidad humana, fluyen en el derecho a vivir dignamente hasta el final.

La Ley de Ejercicio de la Medicina, Ley 17.132, en su artículo 19 regula la obligación del médico de respetar la negativa del paciente a recibir un tratamiento. Desde entonces, 1967, en nuestro país se legisló sobre el derecho de los pacientes a participar en la toma de decisiones sanitarias.

Aunque el primer reconocimiento al valor de las directivas anticipadas fue puesto por escrito en la Resolución del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, vigente desde el 1 de enero de 2005, que creó el registro de actos de autoprotección.

A ello le siguieron las legislaciones provinciales, pioneras en la materia, aunque de cuestionable constitucionalidad¹⁹. En Río Negro se sancionaron las leyes 4263, de Declaración de Voluntad Anticipada, y 4264, de Muerte Digna, mientras que en Neuquén se regularon en el marco de la ley 2611 de Derechos del Paciente.

Finalmente, en el año 2009 se sancionó la Ley 26.529 que vino a regular los Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud, luego modificada por las leyes 26.742 y 26.812, y reglamentada por decreto 1089/2012 y la resolución 561/2014 del Ministerio de Salud de la Nación que establece el modelo de consentimiento informado bilateral. Río Negro adhirió a la citada ley mediante la sanción de la Ley 4692.

¹⁹ CONSTITUCIÓN NACIONAL, Art. 126.- "Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación...".

La citada Ley 26.529, en su art. 11 establece:

Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deben ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Esta norma fue modificada en 2012 con la que se conoció como la Ley de Muerte Digna, la 26.742, que le introdujo al artículo 11 un segundo párrafo, en el que se estableció la formalidad de que las directivas sean expresadas ante escribano público o jueces de primera instancia, con la presencia de dos testigos. El formalismo, por un lado, vino a entorpecer la relación médico-paciente, pues las formulaciones de tales directivas ahora se tomaban fuera del ámbito sanitario y con el consiguiente riesgo de burocratizar las mismas, y, por otro lado, venía a eximir de responsabilidad al profesional de la salud que había actuado observado las directivas anticipadas que cumplían la norma modificada y reglamentada²⁰.

Asimismo, dicha norma modificó el inciso e del art. 2 de la Ley 26.529, el que quedó redactado de la siguiente forma:

e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la

²⁰ Ley 26742, art. 7: Incorporárase como artículo 11 bis de la Ley 26.529 —Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud— el siguiente texto: Artículo 11 bis: Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma

perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

El código Civil y Comercial que comenzó a regir en 2015 en nuestro país, ha provocado un cambio en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que no ha derogado la normativa específica. El citado cuerpo normativo, regula las conductas autorreferentes respecto de los actos de disposición del propio cuerpo -art. 56-, el consentimiento informado -art. 59- y las directivas anticipadas -art. 60.

El art. 60 del CCyCN, que tiene como fuente el citado art. 11 de la Ley 26.529, dice textual:

Art. 60. Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

El mencionado artículo agrega, a las disposiciones que contenía la normativa vigente, la posibilidad de dar directivas anticipadas anticipando su propia incapacidad, algo que hasta la entrada en vigencia del CCyCN no estaba contemplado en nuestro cuadro legislativo.

La norma, que contiene nuestro código de fondo, abandona el formalismo impuesto por la 26.742, en tanto no exige la intervención ni de escribano ni de juzgado de primera instancia. Aunque desde una mirada práctica es relevante que las mismas se instrumenten mediante un documento fehaciente (escritura pública), no solo en resguardo del paciente, para que sus decisiones no sean cuestionadas cuando ya no esté en condiciones de impartirlas, sino que también para el médico, que de esa forma puede salvar su responsabilidad profesional si actuó conforme las directivas anticipadas que le fueron puestas en su conocimiento.

Si las directivas dadas no encuadran en prácticas eutanásicas, el profesional de la salud tiene la obligación de respetar la autonomía del paciente, so pena de responder civilmente por causar un daño no justificado.

El art. 59 del CCyCN²¹, prevé en su inc. g, regula siguiendo la línea del art. 5 de la 26.529, lo que en doctrina se conoce como el testamento vital o “*living Will*” en su génesis anglosajona que hemos desarrollado en el acápite correspondiente. Consistente en el derecho del paciente a rechazar prácticas sanitarias que impliquen un “encarnizamiento terapéutico”, en el supuesto de que se encuentre ante un cuadro de enfermedad irreversible, incurable o terminal, configurando lo que conocemos como la “muerte digna”.

La recepción de las directivas anticipadas en el CCyCN viene a completar e integrar la regulación del consentimiento informado y la posibilidad de disponer anticipadamente la renuncia al encarnizamiento terapéutico.

Las directivas anticipadas en la actualidad se encuentran legisladas en la ley 26.529, sus modificatorias y reglamentaciones, y en lo normado por nuestro código de fondo. Ello, sin perjuicio de su raigambre convencional y constitucional, la que hemos desarrollado oportunamente.

V. Jurisprudencia

El deber de curar del médico entraba en franca colisión con el derecho de los pacientes a la autodeterminación y su derecho a vivir dignamente hasta el final.

Así, con el florecimiento de los derechos humanos y la bioética, irrumpieron en el mundo del derecho sentencias que sentaron las bases de lo que hoy conocemos como las directivas anticipadas.

En Estados Unidos, la Corte de New Jersey en el caso “Quinlan” permitió retirar el respirador a una paciente que estuvo siete años en estado vegetativo.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1990, se pronunció en el caso “Cruzan vs. Director Missouri Dept. of Public Health”, resolviendo que las Cortes

²¹ CCyCN, art. 59, inc g: en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.

inferiores no habían violado la Constitución requiriendo prueba de los deseos de la paciente en un nivel de “*clear and convincing evidence*” antes de que le fuera removida la nutrición e hidratación artificial.

En el Reino Unido el *leading case* es el caso "Bland", resuelto por la Cámara de los Lores en los inicios de la década del '90 del siglo pasado. La *House of Lords* autorizó a los médicos, con la conformidad de los parientes, a interrumpir la ventilación, hidratación y ventilación artificial a Anthony Bland, quien se encontraba en estado vegetativo permanente. Años después (2002) la *High Court* inglesa reconoció el derecho de una persona tetrapléjica a interrumpir la respiración artificial pese a la persistente negativa de los médicos ("Ms. B. v. NHS Hospital Trust"), a quienes ordenó cumplir los deseos de la paciente o a transferirla a otra entidad que cumpliera sus deseos.

En nuestro derrotero nacional, el caso faro es “Bahamondez”²². Marcelo Bahamondez fue internado en el Hospital Regional de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva. En esas circunstancias se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello era contrario a sus creencias religiosas, profesaba el culto de “Testigos de Jehová”. Agotada la vía ordinaria, Marcelo Bahamondez llegó a la CSJN vía recurso extraordinario.

Si bien la CSJN sentenció que el recurso extraordinario había devenido inoficioso, por falta de un interés o agravio concreto y actual del apelante (para entonces ya se encontraba de alta médica), la doctrina del caso señero surge de los votos de los miembros de aquella Corte. Así, los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano, invocaron la libertad religiosa²³. Al tiempo que los Dres. Barra y Fayt, fundado en lo dispuesto por el art. 9 de la Ley 17.132 (Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración), que le impone al médico la obligación de respetar la voluntad del paciente, sostuvieron que les estaba vedado a ellos, como magistrados, analizar acciones privadas en el marco de lo dispuesto por el ya citado art. 19

²² CSJN, 6-4-93, “Bahamondez, Marcelo”, L.L. 93-D-125.

²³ CSJN, 6-4-93, “Bahamondez, Marcelo”, L.L. 93-D-125, voto de Dres. Cavagna Martínez y Boggiano: “incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común”.



de la CN²⁴. Mientras que del voto de los Dres. Beluschio y Petrachi podemos extraer otra de las líneas que sirvieron de guía a la Jurisprudencia:

La posibilidad de que los adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de autonomía individual, fundamento sobre el que reposa la democracia constitucional.

Por último, citaré un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional Civil la que, con el voto de los Dres. Sebastián Piccaso y Hugo Molteni, resolvió un caso entrada ya en vigencia la Ley 26.529, reconociendo la validez de las directivas anticipadas²⁵. El pronunciamiento fue confirmado por la CSJN, emplazando el caso en la doctrina de “Bahamondez”.

El máximo tribunal nacional sostuvo que

En el caso, se trata del señorío de su cuerpo, y, en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el artículo 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida de acciones a través de las cuales expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman una infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional²⁶.

Nuestra jurisprudencia, mayoritariamente, se enrola en la doctrina “Bahamondez”, haciendo primar el principio de reserva contenido en el art. 19 de la CN.

²⁴ CSJN, 6-4-93, “Bahamondez, Marcelo”, L.L. 93-D-125, voto Dres. Barra y Fayt: “El art. 19 de la Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán -entre otras obligaciones- respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse (...) ello con total independencia de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones.”

²⁵ Cám. Nac. Civ, sala A, 17-5-2012, “A.N.J.W. s/Medidas precautorias”, elDial.com – AA7662.

²⁶ CSJN, 1-6-2012, “A.N.J.W. s/Medidas precautorias”, MJJ72476A



VI.- Conclusiones

Estamos de acuerdo que en el derecho a vivir dignamente confluyen en armonía el derecho a la vida, la libertad, la salud y la dignidad; ese vivir dignamente tiene raíz convencional y constitucional, de la que prende la herramienta de las directivas anticipadas.

Las directivas anticipadas están íntimamente relacionadas con el derecho a vivir dignamente y la autonomía individual.

Como correlato de estos derechos, los profesionales y los efectores de salud, tienen vedado impedir el ejercicio de la plena autonomía y autodeterminación de sus pacientes, so pena de causar un daño no justificado.

Zanjada la cuestión sobre la convencionalidad, constitucionalidad y legalidad de las directivas anticipadas, debemos poner especial énfasis en el modo en que debemos instrumentar las mismas, sobre todo a la hora de justificar su existencia, identidad y capacidad del emisor, alcances, y demás cuestiones que atañen a la claridad con la que fueron expresadas y el soporte en el que constan.

Será necesario que, ante determinadas decisiones que versen sobre aceptar o rechazar determinada práctica, exista información previa y asequible para el paciente, que le permita tomar una decisión con conocimiento suficiente y adecuado. Lo cual impactará en forma directa sobre la claridad de las directivas y sus alcances.

Pero, además, sería de buena práctica documentarla en la historia clínica, con firma de las personas interesadas, y/o en un instrumento público (escritura), y/o en registros especiales, etc. Es de sumo valor probatorio no solo la claridad y alcances de las directivas, para reducir el plano de las interpretaciones, sino que sobre manera poder contar con un instrumento que certifique que las directivas fueron plasmadas por el paciente que tenemos enfrente (certificando identidad), en una fecha cierta y que por entonces esa persona contaba con la capacidad suficiente para indicar las directivas.

Ello pues no debemos soslayar que las directivas anticipadas tienen, desde el punto de vista práctico, la finalidad de, por un lado, garantizar un derecho fundamental de la persona humana y, por otro, poner al profesional médico y a los efectores de salud al resguardo de eventuales acciones de responsabilidad civil y/o penal,

en las cuales podría quedar inmerso en la discrecionalidad que aplique frente a situaciones difusas.

El marco jurídico vigente nos impone que en la relación médico-paciente se debe establecer un diálogo llano, respetuoso y plural, que permita que las preferencias de los pacientes tengan un rol protagónico en la toma de decisiones. Ese respeto al ámbito de libertad del paciente es el que le permitirá a este “vivir dignamente hasta el final”.

VII. Bibliografía

- Figuroa Garcia, Huidobro, Rodolfo (2013) El Derecho a la Salud, en Estudios Constitucionales, vol. 11, N° 2, Santiago de Chile.
- Fournier-Trarieux, “*Le directives anticipées en France, Medicine e Droit*” (2005) p. 147, citado por PROVOLO, Debora, "Le direttive anticipate: profili penali prospettiva comparatistica", en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà y Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, T° II, "Il Governo del corpo
- Jauregui, José R. (2022) “PROCAM, Programa de Actualización en Cuidados de Adultos Mayores, Organizado por la Sociedad Argentina de Gerontología y Geriátría” Editorial Médica Panamericana – Primer Ciclo Módulo 1
- Provolo, Débora (2014) "Le direttive anticipate: profili penali e prospettiva comparatistica", en *Trattato di Biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà y Paolo Zatti, *Il Governo del corpo*, T° II, Giuffrè, Milano.

JURISPRUDENCIA



Créditos, consumo y sobreendeudamiento: ¿Crónica de un espiral sin salida?

Por *Diego Exequiel VALENZUELA**

Comentario al fallo "CABELLO GABRIEL BAUTISTA S/QUIEBRA" (Expte: JCUCI1 N° 88.138, Año 2.021, Sentencia 14/06/2021) dictado por la Sala N° 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial.

Voces: Derecho al Consumidor - Sobreendeudamiento - Quiebra

Sumario: La Cámara Provincial de Apelaciones del Interior confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado el pedido de quiebra efectuada por una persona humana con motivo de la imposibilidad de pago de los créditos solicitados en carácter de consumidor.

I. Introducción

Abogado (UNLP). Escribano (UNLP). Magister en Derecho Procesal (UNLP), tesis en proceso. Asesor legal de la presidencia del Concejo Deliberante de la Ciudad de Plaza Huinul. Asesor en la Cámara de Comercio, Industria, Servicios, Producción y Turismo de Cutral Cò y Plaza Huinul. Docente del CPE. diegoexequiel_03@hotmail.com - <https://unlp.academia.edu/Diego-ExequielValenzuela>

Que en la sentencia en comentario se trata el pedido de quiebra que efectuara el Sr. CABELLO en carácter de consumidor, como consecuencia de encontrarse en una situación de cesación de pagos dado los créditos que había asumido y que al no poder cancelarlos le genero un perjuicio individual y a su grupo familiar.

El decisorio bajo análisis presenta principalmente en materia de defensa al consumidor y sobreendeudamiento, matices que a la luz de los factores económicos que

atraviesa el país y la incidencia de los créditos, constituyen una interesante temática que anhelo sea de interés al lector y propicie debates fructíferos en pos de una mejoría del servicio de justicia y efectividad de los derechos de los consumidores.

II. Iter procesal

Ab initio la causa tuvo su origen en el Juzgado N° 1 de la II Circunscripción del Poder Judicial del Neuquén, a cargo de la Jueza Dra. Cordi Vanina Paola, donde el accionante solicitó, además del pedido de quiebra, se suspendan de manera inmediata los descuentos de su recibo de haberes que su empleadora (Gendarmería Nacional) le practicaba mes a mes, dado que con el objeto de cubrir necesidades básicas de su núcleo familiar y de su hogar debió adquirir créditos de consumo con entidades bancarias y financieras, que al no poder cancelarlos en debida forma, los acreedores le iniciaron distintos juicios para el cobro.

En cuanto a estos últimos, denunció que en su mayoría al obtener los créditos no se le había provisto la documentación necesaria y afectaba su derecho de defensa en el proceso citado, que varias de ellas no se encontraban registradas como tal, que jamás hicieron una correcta evaluación crediticia con el objeto de determinar las limitaciones para contraer créditos de consumo y que asimismo se lo ha privado de su derecho de información garantizado por el Art. 36 de la Ley Nacional 24.240.

Que a los fines de regularizar la situación, el Sr. Cabello -según sus dichos- persuadido por las entidades financieras solicitó nuevos créditos a los fines de cancelar los anteriores, lo que le implicó ingresar en un círculo imposible de salir debido a los excesivos intereses que le aplicaban, los aumentos de bienes necesarios para subsistir, el bajo ingreso y la creciente inflación.

Asimismo, en cuanto a la gravedad de su situación particular manifiesta tener un juicio por deudas de alquileres en la Provincia de San Juan al cual no se ha presentado a ejercer su derecho de defensa, que es sostén de una numerosa familia, que abona un alquiler mensual y por no poder pagarlo debió solicitar crédito y además, alega falta de ligereza y de experiencia, falta de conocimiento y de educación financiera.

Frente a este marco de situación, la Jueza de grado dictó la sentencia de primera instancia con fecha el 06/04/2021, resolviendo rechazar el pedido de quiebra petitionado por considerar que:

- a) Sin perjuicio que el Sr. Cabello, se encuentra comprendido entre los sujetos que pueden solicitar su quiebra conforme el art. 2 de la Ley 24.522 (en adelante, LCQ), el actor no logro acreditar el estado de cesación de pagos conforme los documentos acompañados.
- b) Que la referencia del pretense fallido acerca de su falta de ligereza y experiencia no tiene lugar, si se considera que una persona de inteligencia media bien puede comprender que con los haberes que percibía, los descuentos que le efectuaba su empleadora, los gastos fijos que poseía y el grupo familiar que tiene no podría hacer frente a las obligaciones contraídas, ello más allá del comportamiento que pudieron haber tenido las entidades financieras que según refería el peticionante no verificaron su situación patrimonial, tema que consideró debía ser materia de estudio en otro proceso.
- c) En relación a la vía procesal considero que más allá del desorden económico del peticionante "la quiebra" es un proceso excepcional, y que de aceptarlo conduciría a convalidar un ejercicio abusivo de un derecho pues la situación en la que se encuentra inmerso el deudor es consecuencia de sus propios actos ya que contrajo diferentes obligaciones a sabiendas de que no las podría pagar.
- d) Por último, no tuvo por acreditado en autos los supuestos embargos y retenciones que denunció el Sr. Cabello sobre sus ingresos, dada la ausencia de las respectivas constancias. Asimismo, en virtud del carácter excepcional del proceso de quiebra considero que el deudor debió agotar todas las instancias que estaban a su alcance antes de solicitar su propia quiebra (v.g.: Concurso preventivo, reducciones de embargos sobre sus haberes, cese temporario de retenciones, etc). En efecto, de ello derivó en la conclusión que no puede utilizarse esta clase de procesos para burlar los derechos de los acreedores y justificar una administración desordenada.

Interpuesto el recurso de apelación por parte del Sr. Cabello, contra la sentencia reseñada *ut supra*, la Sala 1° de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada por los vocales Dr. Furlotti Pablo G., y la Dra. Calaccio Gabriela B, fueron los encargados de avocarse al conocimiento y resolución de los agravios esgrimidos por el peticionante.

Efectuado el orden de los votos por sorteo, siendo primero el Dr. Furlotti y además, quien encabezaría el voto mayoritario en el caso de marras, su posición al

respecto se cimento -luego de analizar los agravios- en el rechazo del recurso de apelación incoado y consecuentemente, la confirmación de la resolución de primera instancia sin costas de Alzada (art. 68 y ss. del CPCC).

Para resolver de esta manera, coincidió con la a quo que no surgía de los obrados que se haya llegado al estado de cesación de pago, requisito insoslayable en todo pedido de quiebra citando doctrina que respalda su fundamento. Que conforme surge de los dichos del peticionante, el mismo ha solicitado diversos créditos, y surge que aquellos tomados a plazo están siendo abonados mediante cuotas descontadas de sus haberes con su autorización. No pudiendo ser tomado ello como un hecho revelador del estado de cesación de pagos y en consecuencia, no quedo demostrado un real desequilibrio económico.

También considero el magistrado de cámara con relación a la conducta de los acreedores que le habían otorgado al Sr. Cabello, los diversos préstamos de consumo sin evaluar en forma responsable su capacidad de pago, que su análisis excedía el marco de los obrados, debiendo recurrir -de considerarlo pertinente-, a las vías ordinarias referidas en el resolutorio en crisis.

Finalmente, destacó que el peticionante no logro acreditar que haya adoptado alguna conducta para evitar llegar a la situación de impotencia, con lo cual demostró una conducta desaprensiva para con el manejo de su patrimonio. Y en este punto, coincidió con la Jueza de grado que no puede pretender fundamentar la apertura de su quiebra, que se ordene la suspensión de los posibles juicios y la suspensión de los descuentos de sus haberes, alegando no ser especialista en la materia ni poseer conocimientos básicos.

En oportunidad de votar la Dra. Calaccio, decidió adherir en igual sentido por compartir los argumentos esgrimidos y solución propiciada por su colega de la Sala.

III. Un cuadro de complejo

Que del análisis del fallo comentado, surge prístinamente la imperiosa necesidad de efectuar una serie de distinciones sobre los asuntos en juego y en efecto, la toma de posición que en estas líneas tratare de plasmar de forma concreta y elocuente.

En primer lugar, deviene de una manera un tanto reiterativa -pero no por ello inocua- que por efecto de la compleja realidad social que se ha venido sosteniendo

en el tiempo en nuestro país, su impacto sobre las economías de las personas individuales (no comerciantes) ha tenido implicancias significativas, cercando las posibilidades de subsistencia a nivel personal y familiar sin tener que acudir al sistema financiero y de créditos. Lo que nos lleva a la construcción del espiral que titula este trabajo, y en el que cada día muchos consumidores logran ingresar con facilidad, pero no salir de igual manera, al verse impotentes de poder cancelar las obligaciones contraídas y sumirse en un declive de difícil retorno.

Sin perjuicio de ello, a veces de forma deliberada y/o por la presencia de una especie de escotoma que afecta el campo de visión, la situación de los consumidores carece de ser adecuadamente atendida, cuando en búsqueda de soluciones acuden al servicio de administración de justicia pero se encuentran con concepciones muy restrictivas como la del abuso del derecho, en la que se pretendería incurrir en pos de su restablecimiento económico utilizando la justicia como escudo que evite el recupero de los créditos por parte de los acreedores.

Estas concepciones son la que se vieron cristalizadas en las distintas instancias del fallo bajo comentario, al no dar mayor tratamiento a los argumentos sobre la falta de experiencia, conocimiento y educación financiera; la responsabilidad de la entidades crediticias en las situaciones de sobreendeudamiento pasivo de consumidores mayormente con características de vulnerabilidad¹, lo que implica cierto apartamiento del marco constitucional y legal en protección de los consumidores (art. 42 y 75 inc. 22 CN, art. 55 CP; Ley Nacional 24.240, Ley Provincial 2268, etc).

Debe tenerse en cuenta que esas crisis derivadas del endeudamiento no siempre se deben a la falta de previsión o irresponsabilidad del consumidor. Aún aquel consumidor que se endeuda de buena fe y hace previsiones consistentes con su nivel de ingresos o el de su familia puede caer en situaciones de imposibilidad de pago por circunstancias ajenas a su voluntad como lo son la pérdida de empleo, una enfermedad grave sobreviniente o la ruptura del vínculo conyugal, por ejemplo. Estas situaciones pueden generar en ese consumidor y en esa familia dificultades para el pago de sus deudas actuales y las por vencer, y en tal contexto es necesario poder contar con herramientas para ayudar a ese consumidor endeudado o sobreendeudado a hacer frente a su futuro y honrar sus deudas (Gonzalez, 2019, p. 13).

¹ Cada vez más se considera que el sobreendeudamiento del deudor no abarca sólo a la deudora sino también al acreedor que ligeramente lo otorga, sin hacer las investigaciones del caso Abasto. Héctor Domingo s/ solicitud de propia quiebra. Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario, Sala IV, 15/04/2019. Citado por Domínguez Micaela (2019, p. 2).

En este sentido, la doctrina ha dicho que lo que justifica el abordaje de este tema es justamente la necesidad de dotar a los consumidores sobreendeudados, en su carácter de sujetos vulnerables, de mecanismos o herramientas que resulten idóneos -a la luz del art. 25 CADH en tanto reconoce el derecho a un recurso efectivo- para enfrentar su problemática de severo endeudamiento con un enfoque claro de acceso a la justicia (gratuitos, sin necesidad de representación letrada, en efectiva igualdad negocial, que garanticen el derecho patrimonial del acreedor sin poner en peligro el mínimo existencial de vida, etc.). (Kalafatich, 2019, p.307)

En otro aspecto, es menester referirnos a la ineficaz aplicación de las normas del proceso de concursos y quiebras a las personas en situación de sobreendeudamiento, lo que como piso de marcha obstruye la correcta aplicación por parte de los operadores de la justicia encargados de resolver estos asuntos, y del otro lado de la moneda, los consumidores como destinatarios que procuran una solución rápida y efectiva que le permita sanear sus cuentas personales sin afectar su dignidad y la de su grupo familiar.

En este marco se ha señalado que en la República Argentina es necesaria una ley que prevea y regule una “quiebra” especial para los consumidores, toda vez que de aplicárseles la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, sus efectos particulares afectarían gravemente los derechos humanos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en los diversos Tratados Internacionales con jerarquía constitucional en virtud del artículo 75 inciso 22 de la Ley Fundamental (Reichman, 2010, p.1).

Dado este cuadro de situación planteado, es dable mencionar que actualmente se encuentran presentados un conjunto de proyectos en el Congreso de la Nación Argentina, proveniente de distintos sectores políticos y con estados parlamentarios variados, pero que pretenden regular la situación del sobreendeudamiento en la esfera social, siendo algunos de ellos: “Sobreendeudamiento pasivo familiar” (expte. s-13-21); “Régimen de sobreendeudamiento para pequeños deudores” (Expte. 2877-S-2015); “Procedimiento concursal para consumidores sobreendeudados. regimen (personas humanas que no realizan actividad económica organizada)”. (Expte. 7210-D-2018); “Proyecto de ley sobre código de protección de las y los consumidores y usuarios de la nación (CPCUN)” (Expte. 3357/22).

Conclusión

Es notable el crecimiento del consumo en las sociedades que nos tocan vivir, sumado a estos tiempos líquidos -en términos de Zygmunt Bauman-, que potenciadas por las faltas de legislaciones especiales, de educación financiera y la ausencia de sanciones para las empresas de créditos, constituyen un imperativo indispensable de resolución.

En este orden de ideas, celebro la reciente disposición 11/2023 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo que pone el eje sobre este asunto y establece determinadas líneas de acción enmarcadas en una política pública transversal acerca del fenómeno y de alcance nacional.

Bibliografía

- Dominguez, Micaela (2019) Lineamientos para la declaración de quiebra de los consumidores. Diario DPI - Derecho Privado - Comercial, Económico y Empresarial Cita: IJ-DCCLXIII-435
- Gonzalez, Gladys E. (2019) “Proyecto de ley S-2936/19. Recuperado de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/426560/downloadPdf>
- Kalafatich, Caren (2019) Atribuciones judiciales en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, en Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor Edición: (2019)
- Reichman, Matías (2010) Quiebra de los consumidores: exigencia constitucional de su regulación, El Derecho, Buenos Aires.

Comunidad aborigen y otras c/ Jujuy, provincia de y otros s/amparo ambiental; e impacto en la provincia de Río Negro

*Por Ivana GASPAR**

Resumen de hechos

En el año 2011 la Comunidad Aborigen “Santuario de Tres Pozos” y otras comunidades originarias -que, en este trabajo individualizaré como actoras- deducen acción de amparo contra las Provincias de Jujuy y Salta y el Estado Nacional solicitando se arbitren las medidas necesarias para hacer efectivos sus derechos de participación y consulta con el fin de expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de exploración y explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios, v.gr. litio y borato.

Las partes demandantes argumentan que viven desde tiempos inmemoriales en la zona, y que las salinas constituyen un ecosistema único que se encuentra dentro de sus propios territorios; estos les proveen recursos naturales de uso común que son necesarios para su subsistencia, como el agua y la sal que les permite la vida, el trabajo y la producción. En este sentido, según se puede observar en la sentencia¹, su pretensión se ampara en el convenio 169 de

* Estudiante de grado de carrera Abogacía - FADECS UNComa.

¹ CSJ 2637/2019 ORIGINARIO Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental, sentencia del 28 de marzo de 2023

la OIT, así como la ley general del ambiente, y artículos 16, 41, 43 y 75 inc. 17, 18 y 22 de la Constitución Nacional.

Por un lado, las provincias fueron demandadas en virtud de su titularidad de jurisdicción y del otorgamiento de permisos sin una adecuada evaluación de los impactos ambientales. Por el otro lado, el Estado Nacional fue demandado por no haber garantizado el derecho de los pueblos originarios en el marco de la implementación del Plan Nacional del Agua.

Dicho en otras palabras, la omisión de consulta previa, información y participación en que habrían incurrido las autoridades locales en los expedientes administrativos en trámite –en los que se habrían otorgado los permisos–, exigen de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante CSJN– el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de éstos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional.

Resumen de la decisión judicial

En marzo de 2023, el fallo de la CSJN con mayoría absoluta, reconoce que de acuerdo a lo planteado por la actora, se halla en cuestión un recurso natural interjurisdiccional, ya que la Cuenca Salinas Grandes se extiende desde el sur de San Antonio de los Cobres (Provincia de Salta) hasta el Norte de Abra Pampa (Provincia de Jujuy) y esto significa que ambas provincias comparten la Cuenca hídrica Salinas Grandes- Guayatayoc, que da origen al salar donde se encuentra el litio.

En el *holding* o *ratio decidendi* de dicho fallo se observa que la CSJN optó por el principio *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua* y consideró que debe resolverse e interpretarse la normativa del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos.

En la parte resolutive del fallo, con fundamento en el artículo 32 de la Ley N° 25.675 (Ley General del Ambiente) que establece que el juez podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso a fin de proteger efectivamente el interés general, la CSJN solicitó lo siguiente: a) en primer lugar, requirió al Estado Nacional -a través de la Secretaría de Minería de la Nación- que informe y acompañe copia en 30 días de todas las actua-

ciones vinculadas a la exploración y/o explotación de litio y borato en las provincias de Jujuy y Salta y las empresas y/o consorcios vinculados a las mismas y las proyecciones económicas de tal actividad; b) en segundo lugar, a las provincias de Salta y Jujuy, que presenten en 30 días copia de todas las autorizaciones de permisos de exploración y explotaciones mineras otorgadas por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable y/o el Juzgado Administrativo de Minas o a la autoridad administrativa que haya intervenido; de las actas de audiencias públicas convocadas y celebradas a tal fin, de los recursos, impugnaciones, denuncias recibidas contra dichas autorizaciones y/o frente a las situaciones de permisos mineros; que informe detalladamente y acompañe todas las actuaciones relativas a los aspectos ambientales relevados en cada uno de esos supuestos.

Comentario:

Pero; ¿Qué es el litio y cómo se obtiene?

El litio (Li) es un elemento químico de la tabla periódica que no se encuentra como un elemento libre en la naturaleza. Se trata de uno de los metales más ligeros y se utiliza en el tratamiento de aire, baterías, cerámica, vidrio, metalurgia, productos farmacéuticos, y polímeros. Las baterías recargables de iones de litio son particularmente relevantes en los intentos por reducir el calentamiento global ya que hacen posible la recarga de autos y camiones a partir de fuentes renovables de energía, ya sea de manera hidroeléctrica, solar o eólica.²

Una de las fuentes principales para la obtención de los minerales son las salmueras, aunque también se puede realizar a través de la extracción de roca dura, o sea de minerales graníticos de pegmatita. En cuanto a las formas secundarias, estas incluyen arcillas, salmueras geotermales, salmueras de campos petrolíferos y zeolitas.³

² Bradley, D.C., Stillings, L.L., Jaskula, B.W., Munk, LeeAnn, and McCauley, A.D., 2017, Lithium, chap. K of Schulz, K.J., DeYoung, J.H., Jr., Seal, R.R., II, and Bradley, D.C., eds., Critical mineral resources of the United States—Economic and environmental geology and prospects for future supply: U.S. Geological Survey Professional Paper 1802, p. K1–K21, <https://doi.org/10.3133/pp1802K>.

³ Secretaría de Minería de La Nación: Informe Litio 2021; González y Méndez.

¿Cuál es el proceso productivo del litio?

Hoy en día hay dos tipos de depósitos que son la fuente de la explotación de litio: pegmatitas (minerales) y salares.

Si bien cada tipo de proceso posee sus particularidades, en ambos casos, la fase minera empieza con una etapa de prospección, continúa con la de exploración, y en caso de resultar favorables las anteriores, se procede a las etapas de evaluación económica preliminar, (también conocida como PEA), prefactibilidad y factibilidad, antes de decidir la explotación.

En resumen, aquellas son las etapas necesarias para encontrar la cantidad de recursos en un área así como los métodos de extracción y beneficios que hagan económicamente factible su aprovechamiento.

Luego, si tal fase junto con el resto de las condiciones ambientales, sociales y coyunturales, resultan positivas para la ejecución de un proyecto, se da lugar a las tareas de acceso al mineral, en función del sistema de explotación diseñado y a la construcción de una planta de procesamiento para la obtención del producto final.⁴

¿Hay litio en la Provincia de Río Negro?

Este año la minera canadiense Green Shift Commodities anunció⁵ haber cerrado la adquisición de áreas en Río Negro, Neuquén (dentro de la Formación Vaca Muerta, en 40.000 hectáreas ubicadas cerca de Piedra del Águila) y Chubut para explorar litio en depósitos de roca dura. Se trata de las acciones que obtuvo de otra minera canadiense llamada LFP Resources, que posee 300.000 hectáreas con potencial en las tres provincias.

El “Proyecto Río Negro” podría desbloquear litio de roca dura, cuyo indicios datan de la década de 1.960 en Argentina. La compañía Green Shift diseñó un plan de exploración para la prospección, muestreo de roca y excavación. En este sentido, los trabajos se concentrarán en las áreas que rodean el municipio de Comallo.

⁴ Secretaría de Minería de La Nación: Informe Litio 2021; González y Méndez.

⁵ *Diario Río Negro*, “Litio: una firma extranjera adquirió áreas para explorar en Río Negro y Neuquén” – 23 de marzo de 2023.

Los métodos exploratorios pueden variar entre superficiales, a través de trincheras o zanjas; perforaciones a profundidad o también un método indirecto de exploración, como puede ser el de exploración geoelectrica. Las tareas comenzarán con un programa de exploración Fase 1 que durará tres meses. El plan de trabajo consiste en prospección, muestreo de roca por esquirola y excavación de zanjas en las áreas de mayor prioridad.

¿Qué significa esto?

Una vez terminada la cuestión administrativa y aprobada la solicitud, se emite una resolución de concesión que se libra en tanto y en cuanto también esté aprobado el informe de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) para esa exploración.

En Río Negro, la secretaría de Energía informó⁶ que las empresas que operan en representación de Green Shift son Formentera SA y Electric Metals SA; y están haciendo las solicitudes de los derechos mineros. En la actualidad, la presentación de documentación está siendo evaluada por la secretaría de Minería.

En caso de efectuarse el trámite sin ningún tipo de inconvenientes, lo que implica el cumplimiento para con las obligaciones ambientales mediante la presentación de un Informe de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), en un período que inició en abril, mayo, se supone que entre 80 y 90 días estaría resuelta la solicitud. No obstante, en el caso puntual de la Provincia de Río Negro, sería irresponsable afirmar tal fecha, ya que suele pasar que este período de tiempo se extiende porque al existir la probabilidad de haber varios titulares de derecho real de dominio involucrados, es necesario enviar las comunicaciones correspondientes de que en su tierra, en su fracción, en sus lotes, se está generando y gestionando un pedido de cateo.

Entonces; ¿cuál sería el impacto de este fallo en la Provincia de Río Negro?

La minería no goza en Argentina de una alta reputación social, en gran medida por la percepción sobre su desempeño ambiental, y su falta de integra-

⁶ *Diario Río Negro*, "Litio en Vaca Muerta: solicitaron estudiar 40.000 hectáreas" – 5 de abril de 2023.

ción propositiva en relación con las comunidades locales.⁷ Esto último significa articular de manera eficiente y eficaz el sector privado con el Estado, la cosa pública que nos involucra a todos en calidad de ciudadanos.

Es así que, Argentina tiene un gran potencial como productor de litio, aunque hay que considerar que su desarrollo aún es incipiente en comparación con las experiencias de otros países. Tal situación, sólo tiene un aspecto positivo. Este consiste en que como sociedad aún estamos a tiempo para proponer, apoyar e instar a las autoridades competentes a proponer la generación de políticas públicas, análisis de mercado y geopolítica, y en particular una planificación regional de la actividad que mediante la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) incorpore la variable ambiental de la que se esperan resultados como ordenamiento territorial con identificación de zonas prioritarias, oportunidades de desarrollo de proyectos integrados, necesidades de desarrollo de infraestructura, oportunidades para la creación de áreas de protección y áreas de sacrificio, validación social de la actividad, impactos sociales y laborales (como la creación de puestos de trabajo, capacitación y mejorar la calidad de vida de los trabajadores y sus familias), durante la explotación y al momento de su cierre.

Dicho de forma más simple, la EAE es una herramienta de gestión ambiental que permite el análisis de PPP (Planes, Políticas, y Programas) con el fin de incorporar la variable ambiental así como la sustentabilidad y sostenibilidad de manera transversal en todo tipo de políticas públicas y en sus diferentes niveles.⁸

¿Cuáles son los principios que rigen la EAE (Evaluación Ambiental Estratégica)?

- Principio de orientación a la sustentabilidad

La EAE está orientada al desarrollo sustentable y debe facilitar la identificación de las mejores opciones para conseguir tal objetivo. Esto quiere decir que la EAE debe estar integrada a los aspectos sociales y económicos, pero también a las prioridades ambientales con el resto de las dimensiones del desarrollo.

⁷ y ⁸ “Economía del Litio”, H. Bibiloni y G. Piovano en Revista “El litio en Argentina, visiones y aportes multidisciplinares desde la UNLP” – Noviembre de 2020.

- Principio de integración

La EAE tiene la capacidad de acompañar, de modo facilitador, a los ciclos de preparación, implementación y seguimiento que caracterizan los procesos de planeación y programación.

- Principio de transparencia

La EAE aspira a ser una herramienta que aporte transparencia y accesibilidad de la ciudadanía al proceso de toma de decisión de las políticas públicas. Esto implica que debería ser fácil de entender y ser documentada, además de participativa e integrar a los diversos actores, buscando informar y armonizar diversos puntos de vista.

- Principio de análisis estratégico

La EAE debe ser realista y de aplicación gradual, debiéndose ajustar al marco político institucional en el que se pretende aplicar. También debe ser relevante y focalizada, y proporcionar información suficiente y útil a la toma de decisión, concentrándose en los aspectos más importantes y prioritarios.

¿Cuáles son los aspectos superadores de la EAE respecto de la EIA?⁹

Integración del paradigma de la sustentabilidad en las políticas públicas.

La EAE amplía su enfoque, dado que integra un análisis de sustentabilidad (es decir, no sólo aspectos ambientales o ecológicos) en los estadios más tempranos de la planificación. El paradigma de la sustentabilidad centra su atención en los problemas tanto de orden natural como de orden social en forma articulada y en propuestas de desarrollo basadas en la sostenibilidad de los recursos naturales, la diversidad en sus distintas dimensiones, la equidad social, la integralidad, la democracia participativa y la autonomía comunitaria.

Carácter estratégico de los impactos considerados.

Al momento de la planificación en que se estima llevar adelante, la EAE permite valorar impactos acumulativos, sinérgicos, indirectos y multitemporales.

⁹ “Economía del Litio”, H. Bibiloni y G. Piovano en Revista “El litio en Argentina, visiones y aportes multidisciplinares desde la UNLP” – Noviembre de 2020.

Visión de integración, (interrelación en las soluciones, teoría de los sistemas).

La EAE ofrece una visión integral que permite analizar los impactos ambientales estratégicos de un PPP, que no pueden ser considerados ni entendidos de forma aislada, sino de manera conjunta con los efectos económicos y sociales de tal manera que la EAE pone de manifiesto la importancia de la coordinación e integración de todas las evaluaciones. Esto implicaría la interacción de distintas áreas de gobierno involucradas en el PPP lo que representa un gran desafío pero también una oportunidad para el trabajo coordinado del Estado.

Enfoque participativo.

Inclusión de la ciudadanía en el debate y difusión de iniciativas públicas en instancias de PPP que generen mayor legitimidad.

¿Cuál es la situación legal de la minería en Argentina?

La Constitución Nacional estipula que la regulación de la minería es una competencia nacional a través del dictado del Código de Minería. A esto hay que sumar que luego de la reforma constitucional de 1.994, el dominio originario de los recursos naturales es de las provincias, conforme el artículo 124.

¿En qué beneficiaría el derecho al desarrollo a un habitante de a pie?

Expuesto todo lo anterior, la EAE debería ser parte y acompañar la formulación de una política nacional del litio que sin ignorar la competencia central de las provincias sobre la regulación minera, otorgue una visión estratégica de largo plazo sobre este mineral.

Nuestra Constitución Nacional lo ha expresado en el derecho positivo en el artículo 75 inc. 19 al establecer como finalidad del contenido de las leyes que debe dictar el Congreso lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Asimismo proveer al creci-

miento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; y promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones.

También existe regulación positiva sobre el derecho al desarrollo en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y especialmente en el artículo 1, y artículo 6 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, ambos de jerarquía constitucional según lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22 de la CN.

Bibliografía

CSJ 2637/2019 ORIGINARIO Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental, sentencia del 28 de marzo de 2023.

Bradley, D.C., Stillings, L.L., Jaskula, B.W., Munk, LeeAnn, and McCauley, A.D. (2017) Lithium, chap. K of Schulz, K.J., DeYoung, J.H., Jr., Seal, R.R., II, and Bradley, D.C., eds., *Critical mineral resources of the United States—Economic and environmental geology and prospects for future supply*: U.S. Geological Survey Professional Paper 1802, p. K1–K21, <https://doi.org/10.3133/pp1802K>.

Secretaría de Minería de La Nación: Informe Litio (2021) González y Méndez.

Diario Río Negro, “Litio: una firma extranjera adquirió áreas para explorar en Río Negro y Neuquén” – 23 de marzo de 2023.

Diario Río Negro, “Litio en Vaca Muerta: solicitaron estudiar 40.000 hectáreas” – 5 de abril de 2023.

H. Bibiloni y G. Piovano (2020) “Economía del Litio” en Revista “El litio en Argentina, visiones y aportes multidisciplinares desde la UNLP”



2023

