

Ab

Revista de Abogacía

Revista Ab N° 8: El derecho y la justicia

Derechos Humanos de las personas mayores en Argentina
Reflexiones a partir de la pandemia

Memoria, verdad y justicia. Los desafíos pendientes a la luz de la ética judicial

Cuando la vida, el derecho y la justicia van en el mismo sentido.
El caso "L., A. Y. y D. J. O., P. B."

"Con barbijo, no callamos"

Migraciones de ayer a hoy

Mecanismos que propician la igualdad de género en el acceso a la
magistratura

La ilegitimidad de la privación de libertad de las personas menores de
edad no punibles

Con visión congénita o visión de género. Un paseo inmoral por Tribunales

La impugnación de los actos de la Administración en el marco de la
relación contractual

Objetivismo y subjetivismo moral en la trinchera de la enseñanza del derecho

Una familia que lucha por sus derechos y la Práctica Profesional Territorial
de UNPAZ. A propósito del caso "L., A. Y. y D. J. O., P. B."

Conversaciones con Marcela y Valeria

"Ser futbolista y estudiar una carrera universitaria
no son incompatibles, para nada"

Conversaciones con Andrés Paton Urich

Ab-Revista de Abogacía

Año V | N° 8 | mayo de 2021

© 2021, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2021 EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN: 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

Arte y diseño de colección: **Jorge Otermin**

Maquetación integral: **Mariana Aurora Zárate**

Corrección de estilo: **María Laura Romero y Nora Ricaud**

staff

Director y editor responsable: **Martín Cormick**

Coordinador editorial: **Gonzalo Gastón Semeria**

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz

Ab

Índice

PRESENTACIÓN

El derecho y la justicia

Martin Cormick

5

ARTÍCULOS

Derechos Humanos de las personas mayores en Argentina.

Reflexiones a partir de la pandemia

Mariana Cataldi

7

Memoria, verdad y justicia. Los desafíos pendientes a la luz de la ética judicial

Marisol Carasa

11

Cuando la vida, el derecho y la justicia van en el mismo sentido. El caso “L., A. Y. y D. J. O., P. B.”: análisis iusfilosófico de la respuesta jurisdiccional frente a un supuesto de filiación por TRHA “caseras”

Julián Díaz Bardelli

17

“Con barbijo, no callamos”

Rosana Foresti

31

Migraciones de ayer a hoy

Laura Fiore

41

Mecanismos que propician la igualdad de género en el acceso a la magistratura

Marisol Fretes

47

La ilegitimidad de la privación de libertad de las personas menores de edad no punibles. Un enfoque desde el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia nacional

Pablo Glanc

63

Ab

Con visión congénita o visión de género. Un paseo inhumano por Tribunales

Fabiana Lorena Passini

77

La impugnación de los actos de la Administración en el marco de la relación contractual

Tomás Rodríguez Espósito

83

Objetivismo y subjetivismo moral en la trinchera de la enseñanza del derecho

Martín Zuleta

93

ENTREVISTAS

Una familia que lucha por sus derechos y la Práctica Profesional Territorial de UNPAZ. A propósito del caso “L., A. Y. y D. J. O., P. B.”

Conversaciones con Marcela y Valeria

Gonzalo Gastón Semeria

97

“Ser futbolista y estudiar una carrera universitaria no son incompatibles, para nada”

Conversaciones con Andrés Paton Urich

Martín Cormick

103



El derecho y la justicia



Martin Cormick

En un tema reiterado desde que iniciamos este hermoso proyecto, vemos que una cosa es el derecho y otra, muy distinta, el efectivo acceso al mismo. A veces hay que batallar –y mucho– para que ese derecho reconocido en los textos legales sea efectivo. Y esa batalla se suele dar en el Poder Judicial. Mucho de lo escrito en ese número de *Ab* va por ahí.

Les recomendamos leer en conjunto el artículo del profesor Díaz Bardelli y la entrevista a Marcela y Valeria para conocer una historia en la que el derecho, la multiplicidad de biografías, la lucha por la igualdad y la universidad felizmente se entrelazan. Les acercamos un relato sobre la paradojalidad del derecho, en el que estudiantes de la práctica profesional territorial de nuestra carrera acompañan a un niño y sus dos mamás en la defensa de su derecho a ser reconocidos como una familia por los registros públicos. En el artículo de Díaz Bardelli se recopilan algunas reflexiones iusfilosóficas en torno a la respuesta judicial, que son enriquecidas y contextualizadas por Marcela y Valeria.

Siguiendo con los aportes al derecho desde el enfoque de género, en los artículos de las profesoras Foresti y Passini se abordan diferentes experiencias y dimensiones de la lucha de las mujeres, las travestis y personas trans en el acceso a la justicia.

El artículo de Carasa nos invita a reflexionar, partiendo de la ética judicial y los principios del Código Iberoamericano, sobre la conducta del Poder Judicial ante la responsabilidad por crímenes de lesa

humanidad cometidos por civiles y miembros de los Servicios de Inteligencia en la última dictadura cívico-militar.

Glanc, desde el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia nacional, se propone analizar la ilegitimidad de la privación de la libertad de las personas menores de edad no punibles que en la actualidad algunos tribunales aplican.

Cataldi aborda la temática de los derechos las personas mayores –enfocado en pandemia, pero trascendiendo la misma–. Grupo vulnerable y siempre con una distancia importante entre la declaración y el real ejercicio de derechos.

Fiore vuelve a poner en la mesa el tema de migraciones, presente en nuestra revista en sus distintos momentos, ahora con el oportunamente Decreto N° 70/17 derogado.

Fretes pone la lupa sobre el acceso a la magistratura y la des-igualdad de género, que busca revertirse.

Por último, quizás fuera del contexto general de este número, se suman el artículo de Rodríguez Espósito, que transita el sinuoso camino de los actos dentro del contrato administrativo, y las reflexiones de Zuleta en torno al objetivismo y subjetivismo moral en la enseñanza del derecho.

En la sección de entrevista, además de la valiosa charla con Marcela y Valeria, Andrés Paton Urich nos cuenta su atractivo recorrido profesional que lo llevó en la actualidad a ser el abogado de la AFA.

En suma, un nuevo número donde buscamos, desde este humilde lugar, mostrar que la letra del derecho y su efectivo goce distan de ser un espejo. Pero que, aun así, vale la pena reclamar por ellos.

Derechos humanos de las personas mayores en Argentina

Reflexiones a partir de la pandemia



Mariana Cataldi (UNPAZ/UBA)

Introducción

Argentina es un país pionero en materia de derechos en el envejecimiento. Hace más de 70 años y por iniciativa de Eva Perón, se incluyen los “Derechos de la Ancianidad” en la Constitución de 1949. En ese momento, se enuncian los derechos a la asistencia, vivienda, alimentación, vestido, cuidado de la salud física y moral, esparcimiento, trabajo, tranquilidad y respeto. Por primera vez, se asigna rango constitucional en el país a los derechos de la ancianidad, aunque su reconocimiento tuvo corta vida institucional (Lagar, 2020). Tienen vigencia hasta 1956, cuando el gobierno de facto la deroga.

A nivel internacional, de manera progresiva se enuncian derechos de diversos grupos en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, las niñas y niños o las personas con discapacidad,¹ mediante el lineamiento de pactos, tratados y convenciones. Estos documentos son relevantes, dado que marcan paradigmas y al trascender generaciones, constituyen un legado. Surgen a partir de situaciones consideradas injustas, que generan la exclusión por género, edad u otras condiciones e intentan proteger colectivos particulares que se encuentran expuestos a riesgos y desigualdades. La enunciación de los derechos de las personas mayores se formaliza en 2015, cuando se aprueba la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante la Convención).

¹ Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

El presente artículo analiza el marco de protección de derechos humanos de las personas mayores en nuestro país y aporta a la discusión sobre las nuevas configuraciones a partir de la pandemia mundial por coronavirus COVID-19.

Los derechos de las personas mayores

La aprobación de la Convención representa un gran logro para la región y es resultante de un largo proceso de trabajo. Argentina fue uno de los primeros países que expresaron su compromiso y formalizan su ratificación, lo que da cuenta de un modelo o proyecto nacional basado en una concepción de Estado como garante de derechos. Hasta el momento, también expresaron su adhesión Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Uruguay, Ecuador y El Salvador.

Los aportes de la Convención son múltiples. Este documento incorpora una conceptualización común, define persona mayor, maltrato, cuidados paliativos y entiende al envejecimiento como proceso. Distingue tres tipos de definiciones en cuanto a la discriminación: discriminación, discriminación múltiple y discriminación por edad, por lo que abarca una amplia gama de situaciones referidas a la distinción, exclusión o restricción que afecten el ejercicio de la igualdad.

Enuncia nuevos derechos relacionados con la vida pública, como la participación e integración comunitaria, la educación, la cultura, la recreación, el deporte o la movilidad personal. También especifica el derecho a la participación en la vida política y a formar sus propias agrupaciones. En su contenido subyace una concepción de persona mayor como sujeto de derecho, abandonando el antiguo paradigma que las consideraba como objeto de cuidados. Los derechos se enuncian en el mismo nivel de jerarquía, no hay uno más importante que otro ni corresponden a generaciones distintas, tampoco pueden pensarse de manera separada. El derecho a la salud, afectado en el contexto de la pandemia mundial, implica la valoración de otros derechos, como el de la vivienda, ya que para poder cumplir el aislamiento es necesario contar con un hogar adecuado, seguro, saludable y accesible.

Los derechos en el contexto de la pandemia

La pandemia es un fenómeno mundial que irrumpe en Argentina y genera una nueva realidad. La Convención indica que, en situaciones de riesgo y emergencia, los Estados deben tomar las medidas necesarias para garantizar la integridad de las personas mayores.

Este acontecimiento hecha luz sobre los derechos de las personas mayores y refuerza su carácter interdependiente e indivisible. Contribuye a visibilizar su vulneración histórica, y altera su jerarquía, genera que entren en contradicción derechos individuales y derechos colectivos. En este contexto, las personas mayores fueron consideradas grupo de riesgo en base a un criterio cronológico y a la experiencia de los países donde primero se manifiesta la crisis y que registran un número elevado de víctimas que superan los 70 años. Esta calificación pone en tensión sus derechos individuales enunciados en la

Convención, como la libertad personal, a tomar decisiones y a la autonomía, y a no ser discriminados por razones de edad. El derecho a la vida, enunciado en la Convención, debe garantizarse más allá de las características de las personas y para evitar exponer a las mayores a la muerte anticipada. Como señala Huenchuan (2020), “Dividir a la sociedad entre frágiles y fuertes sería un desafortunado camino para una humanidad que hoy más que nunca pone en evidencia su interdependencia”.

La imposición de cumplir el aislamiento en sus hogares afectó varios derechos de manera indirecta. El confinamiento se profundizó aún más en las personas mayores institucionalizadas. Las residencias geriátricas, por sus características edilicias y por tratarse de una vivienda colectiva, presentaron dificultades para cumplir adecuadamente el aislamiento que aumentó la exposición a contagios masivos, con el ingreso y egreso periódico del personal. En los establecimientos de este tipo se interrumpen las visitas familiares como medida preventiva, afectando múltiples derechos (Cataldi, 2020). Según la Convención, los Estados deben comprometerse a promover la interacción familiar de las personas que reciben cuidados a largo plazo para que puedan mantener sus relaciones afectivas.

La Convención incorpora el derecho al cuidado y procura la provisión de servicios adecuados para las personas con dependencia moderada y severa en instituciones públicas, privadas y mixtas. Respecto de las que viven en su domicilio, convoca a promover que las que decidan permanecer en su hogar cuenten con los apoyos necesarios.

La pandemia visibiliza las desigualdades en el acceso a la salud y a los cuidados, tarea considerada esencial. El cuidado apropiado de las personas mayores en este período especial, frente a la falta de políticas públicas que lo garanticen, se ajusta a la posibilidad de cada familia de proveerlo. Desde la perspectiva de género, sostenemos que estas tareas han sido soportadas principalmente por las mujeres de la familia en momentos de ausencia o retracción del Estado (Lehner y Cataldi, 2020). Las condiciones económicas son otro factor determinante, si la familia no puede afrontar los cuidados cotidianos y tiene que recurrir a servicios contratados de manera privada.

Con la intención de protección, se refuerzan estereotipos que asocian la vejez a la enfermedad, fragilidad y deterioro, y se basan en generalizaciones infundadas vulnerando el derecho a no ser discriminadas. La definición de grupo de riesgo basada en un criterio puramente cronológico puede ser entendida como una acción de discriminación por edad y da lugar a desigualdades. Los medios de comunicación han reforzado estas representaciones, siendo evidente la ausencia de la mirada gerontológica al momento de informar.

Conclusiones

La nueva realidad generada por la pandemia nos impone grandes desafíos al momento de garantizar los derechos de las personas mayores. Con las medidas implementadas desde el Estado para afrontar el problema sanitario, social y económico, se ponen en tensión derechos y esto nos enfrenta a dilemas de compleja resolución.

La pandemia hizo emerger nuevos interrogantes que nos convocan a repensar las estrategias llevadas a cabo en hasta el momento: ¿cómo se vincula la enunciación de derechos con su efectiva materialización en momentos de emergencia sanitaria? ¿Cómo se resuelve la tensión entre la prolongación indefinida del confinamiento y la vulneración de los derechos de autonomía de las personas mayores? ¿En qué medida se pueden tomar decisiones individuales que afecten derechos colectivos? ¿Las decisiones del Estado sobre el aislamiento vulneran derechos individuales priorizando derechos del conjunto de la población? ¿De qué manera es posible trascender las falsas dicotomías salud-economía, cuarentena-anticuarentena? ¿Cómo realizar un análisis de coyuntura multidimensional, alejado de las miradas dualistas, que contemple posiciones intermedias? ¿La edad cronológica es un criterio válido para considerar a un grupo como de riesgo, o son las patologías precedentes?

Profundizar la discusión sobre los derechos y su vulneración, concientizar sobre los contenidos de la Convención y desnaturalizar representaciones negativas sobre la vejez son algunas alternativas concretas que apuntan a la gran meta: proteger a las personas mayores en esta coyuntura excepcional, de emergencia sanitaria y social, sin afectar sus derechos.

Bibliografía

- Argentina. Ley N° 27360. Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Boletín Oficial República Argentina. Buenos Aires, 31 de mayo de 2017.
- Cataldi, M. (junio de 2020). El aislamiento social en las personas mayores institucionalizadas en el marco de la Pandemia de coronavirus COVID-19. *Revista Margen*, 97. Recuperado de <https://www.margen.org/suscri/margen97/Cataldi-97.pdf>
- Huenchuan, S. (2020). *El derecho a la vida y la salud de las personas mayores en el marco de la pandemia por COVID-19*. Ciudad de México: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45493/1/S2000301_es.pdf
- Lagar, R. (mayo de 2020). Los derechos de la ancianidad en la Reforma Constitucional de 1949 y después. *Ab-Revista de Abogacía*, 6. Recuperado de https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/ab/issue/view/41/Ab_6
- Lehner, P. y Cataldi, M. (2020). Las personas adultas mayores frente a la pandemia. En N. Goren y G. Ferrón (comps.), *Desigualdades en el marco de la pandemia. Reflexiones y desafíos* (75-82). José C. Paz: EDUNPAZ. Recuperado de <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/OMP/index.php/edunpaz/catalog/view/53/64/204-2>

Memoria, verdad y justicia

Los desafíos pendientes a la luz de la ética judicial



Marisol Carasa

Hoy, 45 años después del golpe cívico-militar nos encontramos con algunos interrogantes. ¿Cuáles son los desafíos actuales de los juicios de lesa humanidad? Y ¿cuál es el rol que cumplen los jueces en esta etapa? Si analizamos el código de ética iberoamericano, muchos de ellos han cumplido la mayor parte de los principios en sus condenas a las fuerzas militares. Pero ¿qué sucede en los procesos de responsabilidad civil?, ¿y la responsabilidad de los organismos de inteligencia? ¿Puede el poder judicial superar el test del código en esos casos?

Como sabemos, de los crímenes perpetrados en la última dictadura, ya se cuenta con alrededor de 1025¹ condenas. Esto muestra el gran avance que hubo en los últimos 18 años (con la interrupción del gobierno neoliberal presidido por Mauricio Macri) pero, aún hoy, todavía falta conocer la verdad sobre todas las personas desaparecidas y los/as niños/as apropiados/as (hoy adultos/as), así como acelerar los procesos y avanzar en el análisis tanto de la responsabilidad civil en las violaciones de derechos humanos como de las estructuras de inteligencia que sostuvieron al terrorismo de Estado.

Como sociedad, nos encontramos frente a una encrucijada; por un lado, tenemos a jueces que han dictado sentencias ejemplares en cuanto al rol de las fuerzas militares en la dictadura. Ellos han podido

¹ Si bien aproximadamente solo una tercera parte fue condenada, en total son 626 las causas abiertas por delitos de lesa humanidad que se encuentran en la actualidad. Una gran parte (278) aún se están instruyendo y 254 ya cuentan con sentencia. Pero, así y todo, son decenas las causas que no están firmes, ya sea por demoras en la Cámara de Casación Federal o de la Corte Suprema. Se aclara que desde que se reabrieron los procesos por delitos de lesa humanidad, alrededor de 3500 personas han estado bajo investigación.

articular con agencias del Estado para llevar adelante los procesos y han tenido en cuenta factores tales como las condiciones en que se encontraban la sociedad en ese entonces y la perspectiva de género a la hora de evaluar la responsabilidad de cada uno de los condenados. Si nos propusiéramos realizar una especie de “auditoria” sobre cómo ha sido el desempeño de los magistrados (en términos generales), podríamos ver que cumplen y pasan el test de los principios de la ética judicial iberoamericana. Allí han logrado hacer prevalecer la independencia, imparcialidad, motivación, justicia y equidad, transparencia, prudencia y, en algunos casos, diligencia.

La responsabilidad civil

La primera condena llegó en el 2016 a un empresario, Marcos Levín (dueño de La Veloz del Norte), que fue dejada sin efecto por Casación Federal en 2017. Hoy, se encuentra a la espera de la pronunciamiento de la Corte Suprema, que también demora –hace más de cinco años– la resolución sobre la situación de Carlos Blaquier, dueño de la empresa Ledesma.

Otro caso trata sobre la responsabilidad empresarial que fue condenada en el caso de Ford. La misma se encuentra para ser revisada en Casación. También la causa Chavanne-Industrias Siderúrgicas Grassi, donde el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°5 de la Ciudad de Buenos Aires decidió fijar como primera fecha octubre de 2018 y se encuentra en su 8ª postergación, que promueve la responsabilidad de Juan Etchebarne, extitular de la Comisión Nacional de Valores.

En la actualidad, están siendo investigados aproximadamente 19 empresarios, de los cuales solo dos se encuentran condenados (los hermanos Emilio y Julio Méndez, condenados en la causa “Moreno”, en la que se investigó el asesinato del abogado laboralista Carlos Moreno). Los procesados suman 11, mientras que respecto de 5 se resolvió la falta de mérito o sobreseimiento.

Respecto de los funcionarios judiciales, alrededor de 50 son los que están siendo actualmente investigados, de los cuales más de la mitad fueron jueces durante la última dictadura. De esos imputados mencionados, solo fueron condenados Víctor Brusa y el ex juez Manlio Martínez. Más de la mitad de los imputados se encuentran actualmente procesados (54%), mientras que un número significativo (34%) se encuentra bajo las primeras medidas de investigación.

Así vemos como la categoría “civil” se vuelve amplia y compleja. La baja cantidad de imputados sumada a las resoluciones que cuestionan la responsabilidad en casos donde existen grandes cúmulos de prueba son elementos que dificultan el avance del juzgamiento de estos imputados, lo cual implica que se diseñen nuevas estrategias para ello.

El papel de los organismos de inteligencia

Como hemos visto, juzgar la responsabilidad civil configura una gran complejidad para el poder judicial. Pero otro tema pendiente, y menos visibilizado, es el relacionado con la investigación de la

estructura de inteligencia del Ejército, que habilitó los mecanismos para la consolidación del terrorismo de Estado.

El juez federal Daniel Rafecas, en el 2012, investigó la Jefatura II² y procesó a su máximo responsable entre 1976 y 1977, Carlos Alberto Martínez, aunque murió antes de llegar al juicio. Por otro lado, en algunas otras causas se ha condenado a integrantes de la estructura de inteligencia, pero aún falta un análisis completo de lo que fue la estructura del Ejército y el juzgamiento hacia abajo de las cabezas responsables. Un ejemplo fue el juicio de la Contraofensiva, a cargo del TOF N°4, con fecha de sentencia entre mayo y junio, pero solo analiza lo sucedido entre 1979 y 1980.

Otra cuestión fundamental que sigue pendiente es la apertura de los archivos de inteligencia, lo que permitiría avanzar en la investigación y sanción de los responsables en todos sus ámbitos.

Todas estas complejidades nos llevan a preguntarnos: *¿Y la ética judicial en estos casos?*³

La cuestión central, teniendo como eje los principios, es la responsabilidad institucional de los jueces. El Código Iberoamericano de Ética Judicial⁴ establece en sus artículos 41 y 42 que “el buen funcionamiento del conjunto de las instituciones judiciales es condición necesaria para que cada juez pueda desempeñar adecuadamente su función”, y que “El juez institucionalmente responsable es el que, además de cumplir con sus obligaciones específicas de carácter individual, asume un compromiso activo en el buen funcionamiento de todo el sistema judicial”. Esto es fundamental porque pone en cabeza del juez el deber de promover en la sociedad una actitud, racionalmente fundada, de respeto y confianza hacia la administración de justicia.

Vemos cómo choca este principio rector frente la dificultad que reside en procesar y encontrar factible la acusación a dichos responsables desde el poder judicial; a su vez, aun superando esas barreras y con los pocos responsables que hemos logrado sentar en el banquillo, le siguen las dilataciones con las que se encuentran las víctimas y sus familiares para las etapas de juicio oral y los dictados de sentencia.

En algunos casos, hay conflicto de intereses en los jueces que deben decidir sobre el futuro de dichos responsables, fruto de que esos mismos civiles siguen siendo en la actualidad dueños o ceos de empresas, parte del poder judicial o cuentan con el poder suficiente para lograr que no se investigue sobre los hechos ocurridos en la dictadura en los que estuvieron implicados. Es importante destacar que el artículo 1 del Código pone como razón de ser de las instituciones destinadas a garantizar la independencia judicial, no situar al juez en una situación de privilegio, sino garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales. Por eso es que nos preguntamos cómo se puede garantizar la independencia cuando esos grupos económicos han sido –y son– tan

2 La Jefatura II del Ejército fue el máximo órgano de inteligencia del Batallón de Inteligencia 601, reconocido por su papel fundamental para propagar el terrorismo de Estado.

3 Duquelsky Gómez, D. (2020) *Curso de ética judicial*. Buenos Aires: Jusbaire.

4 Código Iberoamericano de Ética Judicial. Disponible al 7/5/2021 en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/codigo-iberoamericano-etica-judicial.5.pdf>

influyentes en el poder judicial y cómo también lo son los medios de comunicación como forma de garantizar la impunidad. Entonces, vemos que no hay independencia judicial, por lo tanto, no hay juez independiente que desde el derecho tome decisiones justas, sin dejarse influir por factores ajenos al derecho mismo. Nos encontramos aquí con que es muy difícil escapar de estos obstáculos, ya que aun cuando el juez tenga la determinación de conocer y resolver sobre estos casos, otros miembros del poder judicial o el temor a una represalia en los medios de comunicación hace que tampoco se garantice la independencia en este doble juego, frente a otros poderes y frente a sus otros colegas.

La coyuntura actual ha dado cuenta de que el juez, quien nunca debería poner de manifiesto que recibe influencias –directas o indirectas– de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial, termina siendo un empleado más de estos poderes.

Sin responsabilidad institucional ni independencia, la cuestión de la imparcialidad se vuelve casi utópica. El artículo 10 del Código, que define al juez imparcial como

aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio,

queda como un ideal imposible de alcanzar frente al funcionamiento del poder judicial. Así, el fin último de la actividad judicial, y específicamente del juez, queda desdibujado, y pasa de la realización de la justicia por medio del derecho a lograr seguir siendo magistrado sin ofuscar a sus colegas o al periodismo hegemónico.

No debemos dejar de nombrar otros principios que complementan a los más centrales. Uno es la cuestión de la transparencia, que resulta necesario para lograr el principio de motivación y el de responsabilidad institucional, basado en el ofrecimiento de información que sea útil, pertinente y fiable. Creo que es necesario destacar que, a su vez, la transparencia promueve que no haya acumulación de poder en la actividad judicial; bien sabemos que cuanto menos se conoce de una institución, más poderosa resulta siendo. Luego tenemos la prudencia, que está basada en ayudar al juez para que este tienda a actuar y decidir racionalmente y con un juicio justificado, siempre habiendo valorado las argumentaciones de ambas partes en los litigios. La cuestión de la diligencia, enfocada sobre la función de evitar y sancionar las conductas dilatorias para procurar que los actos se “celebren con la máxima puntualidad”, queda relegada a la cuestión de la independencia y la imparcialidad anteriormente mencionada. Las garantías de las y los justiciables quedan sacrificadas en el camino a cambio de un poco de poder. Por último, nos encontramos con la honestidad profesional, la cual aparece necesaria para fortalecer la confianza de la ciudadanía en la justicia y contribuir al prestigio de la misma.

En lo que hace a la vida personal de los jueces, el Código Iberoamericano tiene guías sobre lo que se espera de ellos en su vida privada. Aquí entramos en una cuestión compleja, porque corremos el

riesgo de violar la intimidad. Por eso, el código en el artículo 55 acentúa que el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no son las mismas que para el resto de la ciudadanía. Su fundamento radica en los principios de honestidad, justicia, equidad y responsabilidad institucional, los cuales buscan la “reconciliación” de la sociedad para con el poder judicial. Así es que el artículo 80 les prohíbe a los magistrados recibir beneficios al margen de los que por derecho le correspondan y utilizar abusivamente o apropiarse de los medios que se le confíen para el cumplimiento de su función.

Lo relatado hasta aquí nos lleva a reflexionar sobre las contradicciones y complejidades que rodean y estructuran al poder judicial. Luego de más de 40 años de impunidad para ciertos sectores no podemos seguir “esperando” que las agencias judiciales tomen cartas en el asunto, por lo que se abre un buen momento para incorporar el código de ética en toda esta maquinaria estatal. Claro está que un lugar fundamental debe ser en el poder judicial: la discusión interna sobre qué modelos y tipos de jueces queremos y nos merecemos como sociedad es necesaria, pero también el debate profundo debe estar dado en las agencias del Estado, fortaleciendo las dependencias que articulan y trabajan sobre el desarrollo de los derechos humanos; en el poder legislativo, empezando por poner en funcionamiento la Comisión Bicameral de Identificación de las Complicidades Económicas y Financieras; y muy centralmente en la ciudadanía.

Muchos años han pasado donde los grandes poderes (influenciados por potencias extranjeras) nos dijeron cómo deben ser los jueces, qué modelos de justicia debemos tener y cuándo se puede dictar sentencia o no, según la conveniencia de cada uno. De cara a la reforma judicial, es momento de que, como ciudadanía y específicamente como operadores del derecho, reflexionemos sobre el modelo de jueces que queremos y que nos merecemos. Al interrogante sobre cómo juega la ética judicial en estos casos podríamos decir que lo hace de una forma compleja. Pensar que el Poder Judicial podrá pasar por todos los principios esbozados en el Código de Ética Iberoamericano sin encontrarse con contradicciones es una mirada ingenua y simplista. Creo que un buen punto de partida para comenzar a delinear respuestas es generar las instancias necesarias para debatir sobre los jueces que queremos, y por qué no, que un fruto de ese debate profundo sea legislar nuestro código nacional de ética judicial que contenga y comprenda nuestra historia. Nuestra experiencia federal nos muestra que algunas provincias lo comenzaron a hacer y nos dejan experiencias interesantes para avanzar.

Cuando la vida, el derecho y la justicia van en el mismo sentido

El caso “L., A. Y. y D. J. O., P. B.”: análisis iusfilosófico de la respuesta jurisdiccional frente a un supuesto de filiación por TRHA “caseras”



Julián Díaz Bardelli

Introducción

El día 30 de agosto de 2019, en los autos caratulados “L., A. Y. y D. J. O., P. B. s/ reconocimiento de hijo” (Expte. N° 14849), que tramitaron ante el Juzgado de Familia N° 1 con sede en San Miguel, del Departamento Judicial de General San Martín, Provincia de Buenos Aires, la magistrada de grado dictó sentencia haciendo lugar a la medida autosatisfactiva peticionada por las actoras. En consecuencia, ordenó

la inscripción del niño T. nacido en 16 de agosto del 2018, consignando como sus madres a L. A. Y. y a D. J. O. P. B., debiendo el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires expedir el certificado de nacimiento correspondiente conforme lo dispone el art. 559 del CCC.

Asimismo, ordenó al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires “la protocolización de los datos identificatorios y médicos del donante de material genético en el libro de actas de nacimiento del niño referido supra, ello en el marco de lo establecido en el art. 563 y 564 del CCyC”.

El fallo se encuentra firme y sienta un importante precedente en materia de filiación comaternal por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) “caseras”, es decir, sin intervención

médica.¹ Las TRHA “caseras” representan una realidad que no fue contemplada en la legislación argentina. El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) se refiere solamente a la filiación por TRHA con intervención de un centro de salud (cfr. art. 560).

El propósito de este trabajo es analizar el fallo que antecede desde el plano de la filosofía del derecho. En esa línea, intentaré demostrar que en él se observa la influencia de la corriente iusfilosófica denominada “(neo)constitucionalismo”.

El caso

Las actoras, que conformaban una pareja del mismo sexo, habían contraído matrimonio el día 15 de marzo de 2012.

Anhelaban formar una familia y, siguiendo ese deseo, se sometieron a un tratamiento de fertilización asistida en un centro de fertilidad ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, sin resultado positivo.

Como les resultó imposible encarar un nuevo tratamiento debido a su alto costo económico, decidieron realizar la inseminación por fuera del sistema de salud. Así, acordaron con un joven conocido de ambas que este aportara –como donante– el material genético.

Producto de esa inseminación “casera”, la actora A. L. quedó embarazada, y el 16 de agosto de 2018, en una clínica de la localidad de San Miguel, nació T.

A los pocos días (22 de agosto) concurrieron a la Delegación San Miguel del Registro Provincial de las Personas para inscribir a T. como hijo de ambas, pero tal inscripción fue rechazada con el argumento de que no cumplía con los requisitos legales para ese fin. A cambio, el organismo registral les propuso inscribir al niño solamente como hijo de la madre gestante, a lo que ellas se negaron.

Frente a ello presentaron un reclamo administrativo ante el organismo registral, pero también fue rechazado.

En la presentación judicial, las actoras identificaron al donante del material genético y acompañaron una manifestación de este indicando que efectivamente había intervenido como donante, sin voluntad de ser padre.

Previo a resolver, la magistrada citó a una audiencia al donante, quien ratificó lo dicho.

Para decidir del modo en que lo hizo, en cuanto al fondo del asunto, la jueza sostuvo:

¹ Las actoras contaron con el patrocinio letrado del Consultorio Jurídico Gratuito de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ). La asistencia jurídica fue proporcionada por los estudiantes del curso de Práctica Profesional de la citada carrera, con la supervisión del cuerpo docente, al que pertenece el suscripto. La sentencia se hizo eco de la mayoría de las razones invocadas en la demanda.

Producido el nacimiento del niño T., es preciso destacar que las coactoras no han logrado obtener la inscripción registral del nacimiento del hijo nacido dentro del matrimonio; por lo que se puede inferir en este contexto que para la determinación de la maternidad de la mujer casada con la madre gestante se le ha negado a través de la autoridad registral la inscripción del hijo de ambas por su condición sexual, sin tomar en cuenta el juego de las presunciones legales de la normativa vigente, el que se da en forma automática [...] Anticipo que se ha forjado una clara discriminación hacia las peticionantes en cuanto a su condición sexual se refiere.

También sostuvo:

la normativa vigente no otorga efectos jurídicos a las técnicas de inseminación denominadas “caseras” como la utilizada por las coactoras en el caso del *sublite* [...] no estamos frente a un caso de THRA sino de técnicas que no se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento legal pero con el componente de la voluntad procreacional de las coactoras; por lo que corresponde en tanto aplicar el principio de legalidad estatuido en el art. 19 de la Constitución Nacional. Así se ha entendido también respecto a la gestación por sustitución tampoco regulada en la legislación argentina. En las jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca (2015) en la Comisión 6 de Familia sobre identidad y filiación, cuando se trató la cuestión de la gestación por sustitución, se concluyó por unanimidad que aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida.

Además, afirmó:

El criterio que aplica la normativa vigente es respetar la voluntad procreacional que tiene como objetivo un proyecto parental para la constitución de familias y sobre la base de la igualdad sin tomar en cuenta condición sexual y estado civil, lo que viene a considerar a todos los modelos de familias que se forman y existen, conforme así lo ha establecido el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce la familia como elemento fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del estado y la sociedad [...] En este entendimiento de respeto a los derechos igualitarios para la formación de los distintos tipos de familias que utilizan métodos de fertilización asistida, viene a interpelar el interrogante con relación a que si solamente la voluntad procreacional expresada mediante el consentimiento libre, informado y previo que debe constar certificado y protocolizado es el único válido para crear un vínculo filial. Entiendo que el concepto de voluntad procreacional lo es en un sentido más amplio que define el deseo de tener hijos proyectando el cuidado y protección de los mismos con el objetivo de la constitución de la familia, respetando la diversidad inherente a la condición humana.

En base a estas razones, concluyó que, en el caso:

se ha negado la identidad al hijo nacido durante el matrimonio conforme la presunción legal vigente, tampoco se ha tomado en cuenta la voluntad procreacional manifestada por las cónyuges; vulnerándose de este modo los derechos a la igualdad y a la identidad.

Agregó que:

Cuando un niño nacido no es inscripto, se lo excluye, se lo invisibiliza, se le niegan los derechos a la identidad, a ser reconocido por su nombre, y a su nacionalidad. Este derecho a la identidad es un verdadero derecho humano que se compone de la anotación del nacimiento, de obtener una documentación identificatoria como ciudadano, y de lo fundamental que identifica a una persona, el derecho al nombre (art. 7, 8, 9 cctes. de CDN y Observación N° 17 Comité Derechos Humanos). La ley 26061 establece en su art. 12 que los Estados deben garantizar la identificación del niño mediante procedimientos sencillos y ágiles en forma gratuita y obligatoria inmediatamente después de su nacimiento.

Surge en forma palmaria la clara violación al resguardo del principio rector del interés superior del niño consagrado internacionalmente por los arts. 3 y 4 de la CDN.

Analizando el fallo desde la filosofía del derecho se puede observar, a mi juicio, la influencia del (neo) constitucionalismo. Intentaré demostrar esta aseveración con los argumentos expuestos a continuación.

El enfoque (neo)constitucionalista

Llamo enfoque “constitucionalista” o “neoconstitucionalista” a la concepción iusfilosófica surgida en la segunda mitad del siglo pasado, con autores tales como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Neil MacCormick, Alfonso García Figuerola, Manuel Atienza o Luigi Ferrajoli, que hace hincapié en la transformación provocada en los ordenamientos jurídicos por la incorporación, en su cúspide, de constituciones rígidas y de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Dicho fenómeno, que suele ser descripto como el paso del “Estado *Legislativo* de Derecho” al “Estado *Constitucional* de Derecho”, en los países de Europa continental es relativamente reciente: tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo que pasó. Pues bien, para esta perspectiva, el fenómeno mencionado representa un cambio de tal magnitud que exige abandonar, por inapropiado, el enfoque “legalista” al que se opone.

Para contextualizar un poco más este enfoque, siguiendo a Riccardo Guastini,² puede hablarse de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, entendida como un proceso al cabo del cual el ordenamiento resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Ese proceso está caracterizado, además de por la ya mencionada incorporación de constituciones rígidas y de mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias, por la *fuera vinculante de la Constitución* (tanto de sus normas preceptivas como de las programáticas), la *aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces* (tanto de la justicia constitucional como de la ordinaria), la *sobreinterpretación* (o interpretación extensiva) *de la Constitución*, la *interpretación conforme* (con la Constitución) *de las leyes*, y la *influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. También podría agregarse como característica la *rematerialización constitucional*, señalada por Luis Prieto Sanchís.³

En contraposición con la concepción legalista, como afirma Susana Pozzolo,⁴ la posición “constitucionalista” o “neoconstitucionalista” puede resumirse en las siguientes fórmulas: 1) *principios versus reglas*, en el sentido de que el ordenamiento jurídico no se compone solo de reglas sino también de principios, y que los jueces deberían servirse en mayor medida de estos últimos en la interpretación y argumentación jurídica; 2) *ponderación versus subsunción*, es decir, a diferencia de las reglas que son interpretables/aplicables mediante el método de subsunción, los principios se interpretan/aplican por medio de la ponderación o balanceo; 3) *omnipresencia de la Constitución versus independencia del legislador*, esto es, la penetración general del texto constitucional dada por la “materialización” o “sustancialización” de la Constitución, según la cual esta no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales;⁵ 4) *jueces versus libertad del legislador*, lo que equivale a sostener

2 Guastini, R. (2001). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Estudios de teoría constitucional* (pp. 153 y ss.) (Jordi Ferrer, trad.). México: Fontamara-UNAM. Como dice Guastini, mientras que la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad son condiciones necesarias de la constitucionalización del derecho, las restantes solo son condiciones suficientes de distintos grados de constitucionalización, en la medida en que esta no es una cuestión de todo o nada. Cabe aclarar que Guastini, que pertenece también a la escuela genovesa de filosofía del derecho, es uno de los críticos más acerbados del enfoque bajo análisis. Cfr. Guastini, R. (julio de 2013). A propósito del neoconstitucionalismo (Renzo Cavani, Trad.). *Gaceta constitucional*, 67, 231: “Me da la impresión [...] que el neoconstitucionalismo consiste en un amontonado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión”.

3 Prieto Sanchís, L. (2010). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, Universidad de Granada, Granada, 464. Este autor menciona como rasgos singulares del Estado Constitucional de Derecho los siguientes aspectos: 1) el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución, 2) la rematerialización constitucional, 3) la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, y 4) la rigidez constitucional.

4 Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, II(21), Universidad de Alicante, 339-342.

5 En la concepción legalista de Hans Kelsen, la Constitución funcionaba como un mero marco, esencialmente formal, dentro del cual el legislador ordinario llevaba a cabo sus decisiones políticas. Cfr. Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional) (Rolando Tamayo y Salmorán, trad.). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15, Madrid, 276: “el legislador no está vinculado a la Constitución más que con relación al procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar”. En cambio, para el modelo constitucionalista, los contenidos constitucionales conforman la “esfera de lo indecible”, según la expresión de Luigi Ferrajoli, o el “coto vedado”, para utilizar la frase de Ernesto Garzón Valdés. Cfr. Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, 6(1). Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago, 337-343; Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del ‘coto vedado’. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, 06, 209-213.

una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia, por la que se le encarga al juez una continua adecuación de la legislación a las prescripciones constitucionales, con la consecuente interpretación del derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculizadas por el caso. No obstante, hay que aclarar que no todos los partidarios del constitucionalismo comparten estas fórmulas en su totalidad. Así, por ejemplo, Ferrajoli disiente de las dos primeras.

Ciertamente, debe decirse que las etiquetas “constitucionalismo” y “neo constitucionalismo” utilizadas para nombrar a este enfoque no están exentas de controversia. En el caso de “neoconstitucionalismo”, el nombre es más reciente y fue puesto por los críticos de esta corriente,⁶ mientras que algunos de sus partidarios⁷ lo han rechazado expresamente para calificar a sus propias teorías, aceptando en cambio el nombre de “constitucionalismo”.

También cabe destacar la existencia de importantes diferencias entre los partidarios de este enfoque; sobre todo, entre Ferrajoli, por un lado, y el resto de los autores mencionados más arriba, por el otro. Siguiendo al propio Ferrajoli,⁸ puede hablarse de un “constitucionalismo *garantista*”, como él califica a su propia teoría, y de un “constitucionalismo *principialista*”, que agruparía a las teorías de todos los demás. Pero más allá de los títulos, es preciso señalar que Ferrajoli cuestiona varias tesis nodulares de los así llamados “principialistas”, en especial: a) la conexión conceptual del derecho y la moral, b) la configuración de los derechos constitucionales como principios en lugar de como reglas, c) la ponderación como método de aplicación de los principios.⁹

La filiación iusfilosófica de este enfoque es marcadamente heterogénea.¹⁰

De la variante “garantista” del constitucionalismo podría decirse que posee una doble raigambre. Por un lado, el garantismo tiene su origen en las teorías jurídicas “críticas” o “alternativas”, surgidas en la década de los setenta del siglo pasado;¹¹ más específicamente en la corriente denominada “uso alterna-

6 Me refiero a los iusfilósofos de la llamada “escuela genovesa”; en particular, a Susana Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci. Cfr. Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 11(21), Universidad de Alicante, 339: “He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo”; Comanducci, P. (2009). Constitucionalización y neoconstitucionalismo. En P. Comanducci; Ma. A. Ahumada y D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 87, nota al pie 2: “‘Neoconstitucionalismo’ es una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí”.

7 Así lo han hecho, por ejemplo, Ferrajoli y Atienza. Cfr. Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante, 18-19; Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante, Alicante, p. 315 y ss.; Atienza, M. (s/f). Dos versiones del constitucionalismo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante, Alicante, pp. 74-75; Atienza, M. (s/f). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. Recuperado de <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>, p. 1.

8 Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante 15-53.

9 *Ibid.*

10 Cfr. Comanducci, P. (abril de 2012). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico (Miguel Carbonell, trad.). *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, 16, ITAM, México, 98 y ss.

11 Sobre las teorías jurídicas críticas o alternativas, cfr., entre otros, Cárcova, C. M. (1996). Teorías Jurídicas Alternativas. En C. M. Cárcova, *Derecho, política y magistratura* (pp. 18-34). Buenos Aires: Biblos; Cárcova,

tivo del derecho”, a la que originariamente pertenecieron tanto Ferrajoli como Senese. Nacida en Italia e integrada tanto por juristas académicos como por jueces y abogados (asociados a la agrupación Magistratura Democrática), esta corriente postuló la necesidad de llevar a cabo una práctica jurídica que, partiendo de una interpretación alternativa del derecho positivo, aprovechando sus indeterminaciones tanto lingüísticas como lógicas (lagunas y antinomias), haga prevalecer los intereses de los grupos socialmente dominados o desaventajados. Más tarde, el “uso alternativo del derecho” evolucionó hacia el “garantismo”, nombre con que el propio Ferrajoli califica a su actual teoría del derecho. Las razones de esa evolución no son fáciles de identificar, dada la diferente matriz ideológica de ambas corrientes: el marxismo (o neomarxismo) en el caso del alternativismo, y el liberalismo en el caso del garantismo. De allí que se ha hablado de una evolución “paradójica” de una corriente a la otra.¹²

Por otro lado, según el propio Ferrajoli, el garantismo es expresión del positivismo jurídico, porque sostiene tanto la tesis de las fuentes sociales del derecho como la de la separación conceptual del derecho y la moral. Ciertamente, no representa la versión más tradicional u ortodoxa de esta doctrina, a la que el iusfilósofo italiano denomina “positivismo dogmático” o “paleopositivismo” —representada paradigmáticamente por Kelsen—, sino una variante marcadamente alternativa o heterodoxa, llamada por él mismo “positivismo crítico”.¹³ Ferrajoli también ha sostenido que su garantismo representa un perfeccionamiento del positivismo jurídico.

En el caso del constitucionalismo principialista, sus autores se reivindican como *no positivistas*¹⁴ o *post-positivistas*¹⁵ y defienden la tesis *iusnaturalista de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, aunque en una versión ciertamente más moderada que la del iusnaturalismo tradicional. Fundan esa conexión en la unidad del razonamiento práctico (jurídico y moral) y en que los derechos constitucionales, caracterizados como principios, remiten a valores morales objetivos. Así, por ejemplo, Dworkin ha sostenido que una teoría general del derecho —como la defendida por él— debe ser “a la vez conceptual y normativa”, y que la parte normativa remite a una “filosofía moral y política más general, que a su vez puede depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad”;*¹⁶ señalando

C. M. (2001). Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. En C. Courtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho* (pp. 19-38). Buenos Aires: Eudeba; Duquelsky Gómez, D. J. (2019). *Entre la ley y el derecho. Una aproximación a las prácticas jurídicas alternativas* (pp. 65 y ss.). Buenos Aires: Estudio; Pérez Liedó, J. A. (2000[1996]). Teorías Críticas del Derecho. En E. Garzón Valdés y F. J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia* (pp. 87-102). Madrid: Trotta - Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

12 Cfr. Sousa, M. de L. (1998). Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica. *Anuario de Filosofía del derecho, Año 1998*, Ministerio de Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 233-256.

13 Ferrajoli, L. (2000). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (pp. 871-872) (P. A. Ibáñez y A. Greppi, trads.). Madrid: Trotta; Ferrajoli, L. (2002), *Juspositivismo crítico y democracia constitucional* (L. Córdova y P. Salazar, trads.). *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, ITAM, México, 16, 10-12; Ferrajoli, L. (2011). El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, Universidad de Alicante, 314-315.

14 Alexy defiende un “no positivismo incluyente”, distinto tanto de los positivismos incluyente y excluyente como de los no positivismos excluyente y superincluyente. Cfr., Alexy, R. (2013). El no positivismo incluyente. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, Universidad de Alicante, 15-23.

15 Esta es la expresión utilizada, por ejemplo, por Atienza. Cfr. Atienza, M. (s/f). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista, <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCache=1415618881091>.

16 Dworkin, R. (2002[1984]). *Los derechos en serio* (original: “Taking rights seriously”, 1977) (M. Guastavino, trad.) (pp. 32-33). Barcelona: Ariel. A su vez, Dworkin toma distancia de la “teoría del derecho natural ortodoxo”. Cfr. el apéndice “Replica a los críticos”, *ibíd.*, p. 464.

también que el positivismo jurídico “falla porque rechaza la idea de que los individuos pueden tener derechos contra el Estado que sean previos a los derechos creados por la legislación positiva”.¹⁷ Alexy afirma que el derecho es un sistema de normas que formula una *pretensión de corrección* y que las normas *extremadamente injustas* no forman parte de dicho sistema,¹⁸ retomando así la conocida fórmula de Radbruch que dice que “la injusticia extrema no es derecho”.¹⁹ Atienza considera que la relación entre el derecho y la moral “es una cuestión compleja, también desde la perspectiva conceptual”, puesto que, aunque desde ciertas perspectivas o contextos (el de un historiador, sociólogo u observador externo) es posible separar el derecho y la moral, desde otros (v. gr., el de un juez) “no puede hacerse”;²⁰ y que lo dicho presupone “el objetivismo moral, aunque sea un objetivismo mínimo”.²¹

La influencia (neo)constitucionalista en el fallo

Varios son los aspectos del fallo analizado en los que se puede observar la influencia del (neo)constitucionalismo, considerando las fórmulas en que puede resumirse esta corriente iusfilosófica, según Susana Pozzolo. Veámoslo en detalle.

Principios vs. reglas

En primer lugar, la juzgadora resolvió el caso aplicando no solamente reglas sino también, y sobre todo, principios. En efecto, se valió del *principio de igualdad* cuando afirmó que, dado que las actoras estaban casadas y que el niño había nacido después de la celebración del matrimonio, la denegación de la inscripción de aquel como hijo de ambas sin tener en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 566 del CCyCN constituía “una clara discriminación hacia las peticionantes en cuanto a su condición sexual se refiere”.

17 *Ibíd.*, p. 36.

18 Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho* (J. M. Seña, trad.) (p. 123). Barcelona: Gedisa.

19 Radbruch, G. (1962). *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (original: “Gesetzliches umrecht und übergesetzliches recht”, 1946) (M. I. Azareto de Vásquez, trad.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 37: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia. Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”. Como es sabido, Radbruch se refería al régimen “nacionalsocialista” que imperó en Alemania de 1933 a 1945. La asunción de la fórmula de Radbruch por parte de Alexy es explícita. Cfr. Alexy, R. (1994), *op. cit.*, pp. 45 y 67.

20 Atienza, M. (s/f). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. Recuperado de <https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?no-Cache=1415618881091>, p. 16.

21 *Ibíd.*, p. 17.

También aplicó el *principio de legalidad* (art. 19 de la Constitución Nacional, en adelante CN), al señalar que, al igual que la gestación por sustitución, las TRHA “caseras” no estaban previstas en la ley, por lo que, “aún sin ley, al no estar prohibida[s] [se las debe reputar] permitida[s]”.

Asimismo, consideró aplicable el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que integra el bloque de constitucionalidad, en cuanto reconoce el *derecho a fundar una familia*, interpretándolo como que abarca a “todos los modelos de familias que se forman y existen”.

Además, consideró que se había violado el *derecho a la identidad* del niño T., contemplado en los artículos 7, 8, 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que también forma parte del bloque constitucional.

Finalmente, señaló que la conducta del organismo registral era contraria al “principio rector” del *interés superior del niño*, consagrado en los artículos 3 y 4 de la CDN.

Omnipresencia de la Constitución vs. independencia del legislador

En segundo lugar, la reiterada apelación a principios constitucionales que se efectuó en el fallo bajo análisis pone de manifiesto la omnipresencia de la Constitución en el sistema jurídico, sobre todo en una rama del derecho que, como señala Miguel Ángel Ciuro Caldani, ha sido tradicionalmente reacia a la penetración del texto constitucional²².

Ese “efecto de irradiación” –como lo llama la doctrina alemana– de nuestra Carta Magna en las relaciones civiles y comerciales fue puesto de manifiesto tanto en el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional que acompañó al proyecto de ley de aprobación del nuevo CCyCN como en los fundamentos del anteproyecto elaborado por la comisión creada a tal fin: en ambos documentos se hizo referencia a la “constitucionalización del derecho privado”,²³ y en el primero de ellos se afirma que la recepción de las reglas y principios constitucionales en la normativa civil y comercial, junto con la adecuación del derecho privado a la realidad social de los tiempos presentes, son “los dos pilares fundamentales que sustentan el proyecto”.²⁴

La impregnación constitucional se observa también en el título preliminar del CCyCN. En tal sentido, se mantiene a las leyes ordinarias como fuente del derecho, pero “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” (art. 1°). En materia de interpretación, “los principios y los valores jurídicos”, al igual que “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”, son presentados como un recurso principal, no subsidiario, junto a las palabras de la ley, su finalidad y las leyes análogas (art. 2°).

22 Cfr. Ciuro Caldani, M. Á. disertación del 26-03-2015 en el Curso Nuevo Código Civil y Comercial organizado por el Colegio de Abogados de Rosario. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=3-YV8cKqcrY> (consultado 27-02-2020).

23 Ministerio de Justicia de Derechos Humanos (2012). *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 3 y 523). Buenos Aires: Infojus. Recuperado de http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf (consultado 15-02-2020).

24 *Ibíd.*, p. 7.

Otro tanto puede decirse con respecto a diversas materias específicas. Así, por ejemplo, en materia de capacidad jurídica, el CCyCN receptó lo dispuesto en la CDN y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ambos tratados de jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico (cfr. art. 75 inc. 22 de la CN y art. 1º de la Ley N° 27044). Con relación al derecho de propiedad, se incorporó la propiedad comunitaria indígena por influencia de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 17 de la CN.

En cuanto a la filiación, el CCyCN recibió el impacto de varios principios de rango constitucional, a saber: 1) el principio del interés superior del niño (art. 3, CDN); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales (art. 17.5, CADH); 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8, CDN); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación (art. 15.1.b, PIDESC) y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella (art. 17, CADH).²⁵

Algunos de esos principios, según se desprende del fallo analizado, se tornarían vinculantes para determinar no solamente la filiación por TRHA, sino también, en particular, la que tiene lugar mediante técnicas “caseras”.

Cabe señalar, sin embargo, que el aludido efecto de irradiación podría haber tenido un alcance mayor, de modo tal que en el CCyCN se contemplara la filiación por TRHA “caseras”.²⁶

Jueces vs. libertad del legislador

En tercer lugar, se puede advertir que la juzgadora adoptó una posición activa en el conflicto, realizando una interpretación creativa de las disposiciones del CCyCN a partir de los preceptos constitucionales.

Podría haber rechazado la demanda invocando que la filiación por TRHA “caseras” no estaba prevista en el CCyCN. Sin embargo, optó por cubrir el vacío legal invocando el principio constitucional de legalidad y afirmando que, en tanto las TRHA “caseras” no estaban prohibidas, se las debía considerar permitidas.

Asimismo, interpretó la presunción establecida en el artículo 566 a la luz del principio constitucional de igualdad, aduciendo que dicha presunción bastaba para inscribir al niño como hijo de ambas actoras y que la negativa del organismo registral importaba una conducta discriminatoria por la condición sexual de estas. Ello, a pesar de que en el segundo párrafo de ese artículo se establece que la presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en los artículos 560 y 561 del CCyCN,

²⁵ *Ibíd.*, p. 586.

²⁶ Otra figura no contemplada en el CCyCN es la “triple filiación”, que sin embargo fue determinada en varios pronunciamientos judiciales.

es decir, recabado por el centro de salud (art. 560) e instrumentado –según lo establecido en las disposiciones especiales– para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción (art. 561).

Es que, además, la magistrada superó este obstáculo legal arguyendo que, a la luz del derecho a fundar una familia consagrado en el artículo 17 de la CADH, podía entenderse que el consentimiento previo, libre e informado, tal como se requiere en el CCyCN, no es el único medio válido para generar el vínculo filial en las TRHA, debiendo primar la voluntad procreacional por encima de las formas con las que se expresa el consentimiento.

Puede verse en la sentencia una *sobreinterpretación* o *interpretación extensiva* de la Constitución, según los términos que, como hemos visto, utiliza Guastini.²⁷ En efecto, la solución dada por la jueza difícilmente pueda extraerse de una interpretación restrictiva o literal de la ley fundamental y de las normas internacionales de igual rango. Veamos.

Del texto del artículo 17 de la CADH

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención [...] La ley debe reconocer iguales derechos a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

puede inferirse que el deber de protección de la familia y el derecho a fundarla son concebidos en términos amplios, de modo de abarcar diversos tipos de familias, pero ese texto nada dice sobre la filiación por TRHA ni, por ende, sobre qué requisitos son exigibles en tal supuesto.

Una interpretación restrictiva –y *a contrario sensu*– del artículo 19 de la CN (“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley”) establecería que, dado que la ley manda que para determinar la filiación por TRHA debe recabarse el consentimiento previo, informado y libre en un centro de salud, si las actoras pretendían el emplazamiento filial debían cumplir con tal procedimiento.

El artículo 3 de la CDN dice que “en todas las medidas concernientes a los niños [...] una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (inciso 1). En este enunciado –y en los restantes de la citada Convención– no se establece el alcance de la expresión “interés superior del niño” de modo tal que se pueda colegir de su texto que la inscripción del niño T. como hijo de ambas actoras representa una consideración primordial de su “interés superior”.

El artículo 7 de la CDN dispone que “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a

²⁷ Guastini, R. (2001), *op. cit.*, pp. 158-160.

conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (inciso 1). No dice, sin embargo, cómo debe determinarse la filiación ni –por consiguiente– como hijo de quién o quiénes debe inscribirse al niño o niña.

Por su parte, el artículo 8 de la CDN prescribe que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Al igual que el citado artículo 7, esta disposición no menciona cómo debe determinarse el vínculo filial. Más aún, el derecho del niño o niña a preservar las relaciones familiares –como parte de su derecho a la identidad–, y el correlativo deber de respetarlo, deben guardar “conformidad con la ley”. En nuestro país, como ya vimos, la ley no contempla la filiación por TRHA sin intervención médica.

El artículo 9 de la CDH establece que “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos” (inciso 1), asumiendo así que la paternidad o maternidad ya ha sido determinada, sin cuestionar el modo en que se determinó.

El artículo 16 de la CN dice que “Todos los habitantes son iguales ante la ley”, y varias disposiciones de instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional prohíben expresamente la discriminación por motivos de “sexo” o “cualquier otra condición” (art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1.1 de la CADH, art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La amplitud de estos términos permite inferir que la orientación sexual se encuentra incluida entre los motivos prohibidos de discriminación, y así ha sido múltiplemente interpretado. No obstante, el CCyCN establece la exigencia del consentimiento previo, informado y libre, recabado –además– en un centro de salud, sin hacer distinciones por orientación sexual ni por ninguna otra condición. En cuanto a la distinción legal entre quienes se someten a TRHA en un centro de salud y quienes participan de técnicas “caseras”, una interpretación restrictiva de aquellas normas posiblemente diría que esta no es una discriminación prohibida.²⁸

También se puede apreciar que la sentencia bajo análisis es un supuesto de *aplicación directa de la Constitución*²⁹ a las relaciones civiles. Si bien en este caso la controversia fue trabada entre personas particulares (las actoras) y el Estado (Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires), la solución de la misma dependía sustancialmente de la determinación del vínculo filial, lo que exigía, a su vez, definir la

28 En cambio, una interpretación extensiva o amplia, como la que rige en el derecho internacional de los derechos humanos (v. gr. Obs. Gral. N° 20 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la O.N.U.) señalaría que aquellas normas prohíben también la llamada discriminación “indirecta”, que ocurre cuando una distinción legal aparentemente neutral produce un impacto desproporcionado en un grupo de personas históricamente desaventajado. A partir de ello, podría decirse que la distinción entre quienes se someten a TRHA en un centro de salud y quienes participan de técnicas “caseras” es precisamente tal supuesto, ya que afecta en mayor medida a las parejas del mismo sexo en cuanto, por razones biológicas, no pueden acceder a la filiación natural ni –en consecuencia– gozar de la presunción legal de la filiación matrimonial. Un razonamiento así pareciera estar detrás de la afirmación de magistrada de que la negativa a inscribir al niño como hijo de ambas actoras sin tener en cuenta la presunción establecida en el art. 566 del CCyCN es contraria al principio de igualdad. Cabe hacer notar que a la imposibilidad de las parejas del mismo sexo de acceder a la filiación natural se suma otra restricción: en la práctica, pese a que las normas no hagan distingo, estas parejas cuentan con menos posibilidades de acceder a la filiación por adopción.

29 *Ibíd.*, pp. 160-161.

relación entre el niño T, las actoras y el aportante del gameto; vale decir, una relación entre particulares. Aunque esta relación está –en principio– determinada por el CCyCN, la magistrada no se limitó a aplicar el Código, sino que se sirvió de diversas disposiciones de la CN y de tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía –arts. 16 y 19 de la CN, 17 de la CADH, 3, 7, 8 y 9 de la CDN–, las cuales jugaron un rol preponderante para establecer que T. era hijo de ambas actoras y no del aportante del gameto.

Por último, es posible observar que en el fallo analizado se efectuó una interpretación conforme³⁰ o adecuada del CCyCN. Así, por ejemplo, con el fin de armonizar lo dispuesto en los artículos 560 y 561 del Código con el derecho a fundar una familia previsto en el artículo 17 de la CADH, la magistrada entendió que la exigencia del consentimiento previo, informado y libre, recabado en un centro de salud e instrumentado con las formas allí exigidas, no era el único medio válido para determinar la filiación por TRHA y que lo que debía primar era la voluntad procreacional.

Ponderación vs. subsunción

Cabe reconocer, sin embargo, que no se observa que se hubiera recurrido al mecanismo de ponderación o balanceo entre principios. Tampoco se advierte –y esto explica lo anterior– que la juzgadora hubiera identificado la existencia de principios en conflicto que resulten *prima facie* aplicables al caso, lo que exigiría decidir cuál de ellos prevalecería por su peso relativo. Todos los principios que la magistrada consideró aplicables –legalidad, igualdad, identidad, interés superior del niño, derecho a fundar una familia– respaldaban, a su criterio, la pretensión de las actoras.

Conclusión

Las razones que anteceden son, a mi criterio, prueba suficiente de la influencia del paradigma (neo) constitucionalista en el fallo analizado.

En efecto, en el caso se cumplieron tres de las cuatro fórmulas en las que puede resumirse ese paradigma según Susana Pozzolo: la primacía de los principios frente a las reglas, la omnipresen-

30 *Ibíd.*, pp. 161-162. Cfr. también Ferrajoli, L. (2004). El derecho como sistema de garantías. En L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta. “La sujeción del juez a la ley ya no es como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley cualquiera fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez, ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de su significado con la constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas. Esto y no otra cosa –dicho sea incidentalmente– es lo que entendíamos hace veinte años con la expresión ‘jurisprudencia alternativa’, recordada en este seminario por Perfecto Andrés Ibáñez y en torno a la que se han producido tantos equívocos: interpretación de la ley conforme a la Constitución y, cuando el contraste resulta insanable, deber del juez de cuestionar la validez constitucional; y, por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad” (Ferrajoli, 2004: 26).

cia de la Constitución en el sistema jurídico y el activismo judicial en defensa de los derechos/principios constitucionales.

Solamente no se llevó a cabo la ponderación entre principios contrapuestos, omisión que, como dije más arriba, obedeció a que todos los principios identificados por la magistrada daban apoyo a la pretensión de las actoras.

No obstante, no creo que la ausencia de este único elemento alcance para desvirtuar la tesis defendida en este trabajo. Es que, por un lado, cabría preguntarse si en todos los casos pueden hallarse principios constitucionales en conflicto entre sí, como para tornar inevitable la ponderación.³¹ En el caso analizado aquí, al menos a criterio de la magistrada, no se dio esta condición. Por otro lado, sería excesivo pretender que en la práctica se den todos los elementos establecidos en la teoría para que aquella encaje en esta. La pureza –si tal cosa es posible– pertenece a la teoría, no a la práctica.

31 Ferrajoli, por ejemplo, responde el interrogante en forma negativa: “En la mayor parte de los casos generalmente analizados –discriminaciones de las identidades personales con violación del principio de igualdad, medidas de policía introducidas en contraste con el principio de la libertad personal, limitaciones a la libertad de prensa en nombre de un supuesto principio de seguridad, y similares–, los principios se aplican a sus violaciones sin que necesariamente intervengan –más que en otros juicios– ponderaciones y opciones subjetivas de valor. En otros casos, efectivamente, hay conflictos o dilemas”. Cfr. Ferrajoli, L. (2011), *op. cit.*, p. 49.

“Con barbijo, no callamos”



Rosana Foresti

Este último 8 M, si bien pudimos recuperar el camino transitado con relación a nuestros derechos laborales, el movimiento de mujeres y feministas del país –como viene sucediendo en el mundo– necesitó reiterar los históricos reclamos vinculados a múltiples vulneraciones de derechos que nos afectan y que la pandemia dejó más en evidencia. En ese escenario, continúa siendo central el cuestionamiento al abordaje de las violencias desde las estructuras judiciales, y la coyuntura general que permite o es indiferente a la perpetración de dichas violencias machistas. Desde nuestra Universidad, las mujeres y disidencias autoconvocadas dijimos: “Con barbijo, no callamos”, y desde esa consigna también nos sumamos al reclamo de muchos de estos aspectos estructurales.

Si bien la multiplicidad de aristas que confluyen en esta problemática no podría ser abordada de manera exhaustiva en un breve artículo, haré el intento de retomar algunas de las que, entiendo, son más relevantes para continuar avanzando en la construcción, en definitiva, de un mundo un poco más impregnado de justicia social y equidad de género.

Por ello es importante comenzar destacando que la violencia contra las mujeres y disidencias es un problema grave en la Argentina, que ha estado en la agenda del movimiento de mujeres y feministas desde hace largos años. En 2009, con la aprobación de la Ley N° 26485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus

relaciones interpersonales, nuestro país se propuso abordarla de manera integral¹. Como sucedió en distintos Estados de América Latina, luego de una primera etapa en la que las respuestas estatales se focalizaron casi exclusivamente en la violencia doméstica (o intrafamiliar), en la última década se dio inicio a un movimiento que llevó a la sanción de normas de segunda generación, promoviendo una mirada integral que comprende la violencia que ocurre en la privacidad de las relaciones de pareja, como un reflejo de las violencias cotidianas que se producen en ámbitos públicos y comunitarios, que naturalizan las relaciones desiguales de poder entre los géneros y que luego encuentran su expresión en la vida de pareja y familiar. Dicha ley contempla diversas manifestaciones de la violencia que se producen en distintos ámbitos de la vida y que afectan la integridad, la dignidad, la libertad y la salud de las mujeres. Por un lado, define algunos tipos de violencia (física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, simbólica) y, por el otro, enumera ciertos ámbitos en los que estas se manifiestan: en las unidades domésticas, en las instituciones, espacios laborales, en los medios, en relación con los procesos y libertades reproductivas.

Uno de los aspectos más relevantes que esta ley trajo consigo fue el cambio de paradigma con relación a la mirada de esta problemática y su abordaje. Para comprender su enorme aporte, es dable enunciar brevemente el proceso que se vivió para su gestación. Hasta los años noventa, la violencia, incluso en las relaciones interpersonales, casi no era nombrada; los mentados titulares de muerte pasional inundaban portadas de periódicos y con esta denominación se enmascaraba lo que hoy sí podemos “nombrar” y definir como feminicidio. Sin embargo, por detrás de él, también quedaban invisibilizadas y naturalizadas multiplicidades de violencias cotidianas. Con el advenimiento de la década de 1990, comenzó a ponerse nombre a lo que vivenciaban miles de mujeres, aunque aún centrado en el plano de lo privado, como problema individual y en el mundo de lo intrafamiliar. Así surgen las primeras leyes de violencia familiar de carácter provinciales. Cuando con la reforma constitucional del año 1994 se le reconoce rango constitucional a las Convenciones de Belén Do Pará y Cedaw, el Estado argentino asumiría la responsabilidad de trabajar en pos de este cambio de paradigma que implicaba ya no colocar a la violencia contra las mujeres en el plano de lo privado, ni exclusivamente en el ámbito familiar. No obstante, tuvieron que pasar largos años, algunas presiones internacionales y su colocación en agenda por parte del movimiento de mujeres y feministas para lograr la sanción de esta ley nacional, donde se nombró por primera vez y expresamente a la violencia contra las mujeres como “violencia de género”, ubicándola en el ámbito de lo público, como problema social y definiéndola categóricamente como una relación desigual de poder.

A doce años de su reglamentación, algunas primeras apreciaciones parecen dejar en evidencia que, si bien Argentina sería pionera, al menos en América Latina, en avances legislativos con dictado de leyes de segunda generación, entre las que contamos también con las relacionadas a niñez y adolescencia o diversidad –por mencionar algunas–, dicho avance no se vería claramente reflejado en las estructuras institucionales que debieran aplicarlas, lo que amerita todo un análisis de sus posibles causas.

¹ La Ley N° 26485 fue reglamentada mediante el Decreto N° 1011/2010. Las provincias aprobaron normas locales de adhesión al texto de la norma.

Por otra parte, es necesario preguntarnos qué sucede en el mundo real, pero también en el aspecto simbólico, en cuanto a la convivencia de las leyes provinciales de violencia familiar –que implican todas las relaciones posibles que se dan en ese ámbito– y la Ley Nacional de Violencia de Género, que contempla entre una de sus variadas modalidades a la violencia doméstica. La práctica demostraría, incluso en ámbitos responsables de su aplicación, una deficiencia en la comprensión y diferenciación entre ambas. Sin omitir tampoco, la articulación de estas leyes, sus implicancias y su relación también con el mundo de las disidencias.

En este contexto es necesario resaltar que, desde un primer acercamiento a la realidad cotidiana de quienes venimos trabajando desde hace años en la temática, tanto desde las áreas de género como así también desde los espacios judiciales con los que se articula, observamos que, si bien se reconoce la violencia contra las mujeres como un fenómeno estructural, atravesada por dimensiones sociales, políticas, económicas y culturales que requiere un trabajo de prevención basado en un modelo integral guiado por los principios rectores de interdisciplinariedad, territorialidad e intersectorialidad, el diagnóstico que presentan está enfocado principalmente en la violencia doméstica. Las acciones que se han desarrollado bajo diferentes proyectos y/o programas se concentran principalmente en dicha modalidad, sin abordar en forma suficiente los restantes ámbitos en los que la violencia se produce. Y si una de las respuestas posibles podría ser que la demanda de las mujeres y disidencias que se acercan a denunciar y/o consultar es en relación a esta modalidad de violencia, cabría preguntarnos, en primer lugar, si el resto de las modalidades aún no surgen porque están altamente naturalizadas, invisibilizadas y/o entremezcladas sin especificación en el relato de quienes las padecen, no obstante, también en quienes escuchan, o también porque las personas que la padecen no reciben respuesta en relación a dónde dirigirse para ello?

Por todo esto, surge claramente la necesidad de poder incorporar a este sucinto análisis, algunas variables que han de jugar decididamente en dichas implicancias.

Corolario de un escenario que propicia desigualdades

Las mujeres no somos víctimas, tampoco somos buenas necesariamente. Lo que está en cuestión no es el comportamiento individual, sino un comportamiento colectivo y sistemático contra ellas, es decir, nosotras. Recuperando las palabras de Virginia Vargas (2020), es preciso mencionar que necesitamos de nuevos marcos interpretativos que superen la perspectiva de victimización y coloquen a las mujeres como sujetas de derecho, y a la violencia hacia las mujeres como una dimensión antidemocrática de impacto en toda la vida social, y no solo en las mujeres. Necesitamos miradas que recuperen lo personal y subjetivo como dimensión fundamental del cambio democrático. Porque en los procesos que desencadenan la exclusión, la desigualdad, la violencia, coexisten brechas materiales, fácticas, estructurales, junto a sensibilidades, subjetividades, formas de verse en el mundo, y percibir y tratar a los demás.

Estas dimensiones materiales y subjetivas de la exclusión se alimentan mutuamente. Ese es el contenido político de lo privado que han aportado los feminismos. Las emociones, sentimientos de la vida

cotidiana, al no tener espacio de expresión, al no tener nombre, no permiten reflexionar y no generan base subjetiva sobre la cual construir la cohesión social. Una política que no se haga cargo de las aspiraciones, miedos, subjetividades en la vida cotidiana, se vuelve una política insignificante. Considerar a las mujeres víctimas y no sujetas entrampadas en relaciones subjetivas empobrecedoras y peligrosas es volver el hecho político de la violencia hacia las mujeres un hecho político insignificante y es, en definitiva, de alguna manera no reconocerlo como un tema de derechos humanos.

En este sentido es trascendental el desarrollo de la ciudadanía subjetiva, es absolutamente fundamental para la transformación de la visión de la persona y de la sociedad. La modificación de la ciudadanía subjetiva en cuanto a los derechos va más allá de la lucha por un derecho específico, para ahondar en el desarrollo de una conciencia de “derecho a tener derechos”, lo que transforma la subjetividad y la forma en que las mujeres se ubican y se responsabilizan frente a sus derechos ciudadanos. Para la construcción de esta nueva subjetividad es fundamental otra concepción de hacer y pensar la política y la recuperación de muchos más espacios de expansión democrática, que amplíen en las mujeres su conciencia de sujetas y actoras sociales. Y eso significa cosas muy concretas, por ejemplo: no asumir el rol de estar al servicio de la familia y de los hijos en exclusividad, sino asumir que eso es también responsabilidad y derecho de los varones. No tratar a las mujeres como menores de edad que tienen que pedir permiso para salir, permiso para entrar, permiso real e imaginario a ellas mismas para hacer las cosas que quieren hacer. No ubicarlas como dependientes del marido ni del Estado ni de la Iglesia. Reconocer su aporte económico y social a partir de reconocer su trabajo reproductivo, reconocer que tiene derechos reproductivos y derechos sexuales, y reconocer que tiene capacidad autónoma sobre su vida y su cuerpo. Y estos son procesos profundamente individuales y también profundamente colectivos. Son procesos también donde los Estados, con sus instituciones y sus políticas públicas, tienen clara responsabilidad. Este acercamiento trae otra mirada a la política, no solo incorporando justamente la dimensión subjetiva que ha estado generalmente ausente, sino extendiéndose también hacia otros cambios y espacios democráticos.

Lo que vengo sosteniendo con relación al problema de la violencia exige, además, que llamemos por su nombre a las características, normas culturales y el papel de la socialización de género en la conducta sobre el tipo de hechos que estamos analizando. La violencia funciona como un mecanismo de control social de las mujeres; es ya innegable que los mandatos culturales, y a menudo también los legales, sobre los derechos y privilegios de los roles masculinos los han legitimado históricamente promoviendo incluso la independencia económica, la garantía del uso monopólico de la violencia y de las amenazas para controlar las relaciones afectivas y familiares. Han hecho que identifiquemos la perpetuación de la situación de dominación como el eje sobre el que gira la violencia machista.

El sexismo, que está presente en todos los aspectos de la vida, desde la guardería hasta la universidad, desde los cuentos en la infancia hasta los libros de texto, en la música, en las películas, los programas de televisión, la religión y en la propia familia, sigue enseñando a niños, niñas y niños, a perpetuar los roles machistas. Son esas mismas normas sociales las que minimizan el daño producido y justifican las acciones violentas por medio de la patologización de las conductas, atribuyéndolas a trastornos

psicológicos del violento o incluso de su víctima. Argumento que se cae fácilmente al constatar que por mucho que existan problemas de estrés, de abuso de sustancias o de personalidad, curiosamente la violencia solo se ejerce sobre las mujeres, o sobre una mujer en particular. En cambio, no existen análogos con relación al propio género: un amigo, un conocido o un jefe.

La conducta violenta se produce y reproduce como patrones de comportamientos aprendidos y transmitidos de generación en generación, y su transmisión se hace fundamentalmente en los ambientes habituales de relación persona a persona, pero no únicamente. Por eso, ahora que el aislamiento obligatorio ha hecho que aumente la visibilidad de la violencia de género, necesitamos interpelar fuertemente a otros espacios, como los educativos, los medios de comunicación e incluso los estatales, que desde sus prácticas institucionales refuerzan modelos estereotipados y sexistas, que pueden incluir estrategias tan sutiles como el lenguaje.

El sistema universitario no escapa a la situación que estamos analizando. Por esa razón, desde UNPAZ hace años trabajamos incansablemente creando espacios y áreas de género como ORVIG, el Programa de Género y Políticas Públicas del IESCODE, protocolos para garantizar vidas y universidades libres de violencias, entre otras acciones.

¿Qué justicia necesitamos?

En este proceso, se hace imprescindible hacernos esta pregunta. Necesitamos una justicia que recupere el derecho a la redistribución y el derecho al reconocimiento (Fraser, 1997). Porque la combinación de ambas dimensiones también arrastra tras sí un conjunto de otros cambios democráticos. La justicia como redistribución frente a las injusticias socioeconómicas que existen y que marginan a mujeres y dan mayores oportunidades a los varones en razón del género, y más aún cuando está cruzando con la raza, etnia, ciclo vital, zona geográfica, etc. Pero también la justicia al reconocimiento como necesidad humana frente a formas invisibilizadas de opresión, a un menosprecio que inhabilita, a una invisibilidad que niega no solo actores y personas, sino que también niega derechos.

Si la injusticia socioeconómica está arraigada en la estructura política y económica en la sociedad, la injusticia del no reconocimiento está arraigada en lo simbólico, en lo cultural y, por lo tanto, para confrontarla tenemos que confrontar ideas y lograr revoluciones simbólicas culturales, y no solamente un cambio de leyes. La perspectiva de género es también una perspectiva contracultural. Estas dos formas de justicia, profundamente relacionadas, se han entendido separadas. La justicia como respuesta a necesidades extremas, sin reconocimiento de derechos, ha sido generalmente una justicia que ha reforzado la idea de ciudadanía subordinadas, de segunda categoría, de dependencia, unas ciudadanía que se alimentan de caridades y no de derechos, una ciudadanía cercana a la carencia y la victimización. Es una mirada de justicia mucho más compleja que solamente dar un poco más de redistribución o reconocer algunos derechos. Es un reconocimiento de que solo la articulación de ambas dimensiones puede producir cambios de más largo aliento. No hacer esta ligazón es alimentar la política insignificante (Vargas, 2018).

Por otra parte, es necesario reflexionar en relación al poder judicial en cuanto tal, en ese sentido mi visión al respecto es un poco pesimista. El sistema judicial y los recursos que deben acompañarlo para una real accesibilidad a la “justicia”, tal como está estructurado hoy y en relación al tema que nos ocupa, se esgrime casi como una carrera de obstáculos para quien necesita transitarlo, sin mencionar la compleja relación entre los diferentes fueros, especialmente el Penal, Civil y de Familia. Aun así, asumo que hasta que podamos construir otras propuestas, es necesario seguir insistiendo y procurando andar caminos alternativos dentro de este laberinto judicial en el que enmarañamos a almas sumamente vulneradas y vulnerables.

Ahora bien, en este sentido, podemos decir que existen algunas que otras buenas noticias que debemos considerar para pensar en su impulso, fortalecimiento y extensión en cuanto prácticas que pueden variar la situación hasta aquí descrita. Quizás una posible salida integral, desde el plano judicial y con específico miramiento concreto de la real aplicación de la Ley N° 26485, es la posibilidad de pensar juzgados integrales de género; o implementar más oficinas integrales de Violencia Género descentralizadas, por ejemplo. En igual sentido, el intento de proyectos de patrocinios legales integrales y gratuitos en el acompañamiento de las personas atravesadas por todas estas modalidades de violencias.

Concluyendo...

Recuperando las palabras de Labozzetta y Rodríguez (2019),

no puede perderse de vista que el esfuerzo de pensamiento tiene que ser creativo: deben pensarse nuevas formas de gestión de la conflictividad que abandonen la estructura aristocrática y excluyente de una justicia pensada para otros tiempos, a la que le vamos insertando parches para que se adapte al siglo XXI. En el mientras tanto, sin embargo, no podemos abandonar el esfuerzo y la militancia por perforar esa aristocracia judicial. Ampliar el ámbito de discusión y no conformarnos con pequeños guetos progresistas en un océano de conservadurismo es, a mi entender, el gran desafío para pensar una justicia menos machista.

En este sentido, reflexiones que ya van circulando, desde las colegas del INECIP,² por ejemplo, están aportando trabajos, convencidas de que la convocatoria a diseñar una agenda feminista para la justicia es absolutamente pertinente y oportuna, y expresan:

porque estamos hoy frente a un sistema de administración de justicia en crisis y, en particular respecto de la violencia de género, ha demostrado no poder dar una respuesta acorde a su gravedad y dimensión. Y eso por muchas razones, pero dos de ellas con más contundencia. La primera se vincula con el modo en el que el sistema responde a la violencia de género, esto es dándole la espalda e incluso reproduciéndola,

² Instituto de estudios penales y sociales.

perpetuándola, consolidándola. La segunda es que la propia estructura de la administración de justicia se asienta en un paradigma patriarcal que se rige por relaciones de poder que lo justifican. Frente a este diagnóstico se hace necesario pensar cómo se reformula. Pensar esta agenda en la justicia requiere también, en principio una reflexión crítica sobre los modos de hacer justicia hasta el momento. Requiere a la vez, una revisión conceptual y teórica sobre el tradicional enfoque de género, buscando perspectivas más amplias e inclusivas que abracen la diversidad de identidades, corporalidades y sexualidades. Implica, crear nuestros propios modos, nuestras propias formas de justicia (Red de Mujeres y Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal, 2019).

Por otra parte, sin lugar a dudas, estamos ante un momento histórico por varios motivos, no obstante, en el escenario actual contamos con la ventaja inédita de la creación de dos ministerios de Mujeres, Políticas de Género y Diversidades, tanto en nación como en provincia de Buenos Aires. Eso se debe a la lucha de las mujeres organizadas, de las independientes, de los movimientos sociales y populares, de las mujeres sindicalistas. En dichos proyectos, acompañamos expectantes la concreción de batalladas propuestas que apunten a la transversalidad e interseccionalidad necesaria para el abordaje de estas problemáticas, y su fuerte y decidida incidencia en políticas públicas integrales, que comprometan también al resto de las áreas de Gobierno y, por ende, tengan impacto en la vida de todxs.

Asimismo, desde las universidades –como la nuestra– ancladas en el conurbano más profundo, tenemos la obligación y el compromiso que se nos presenta también histórico, de producir conocimiento y formación de futurxs profesionales con perspectivas de género y mirada inclusiva.

Quienes acompañamos estas problemáticas estamos convencidas de que se hace imprescindible continuar el abordaje de las situaciones cada vez más graves y complejas que viven muchas mujeres, travestis y trans; sin embargo, es fundamental a la par realizar un trabajo coyuntural, transversal e interseccional que contemple las causas estructurales que generan las desigualdades de género. En este sentido, en el recorte que intenté contemplar en este artículo, la accesibilidad a la justicia, el cambio cultural de quienes habitan esos espacios y la adaptabilidad de las viejas estructuras a estas nuevas y urgentes necesidades es de vital prioridad; sabemos que la Ley Micaela abre una pequeña hendidura, pero sabemos también que no es suficiente.

Mientras tanto, como lo dijimos en el 8M, y aun con barbijo colocado, no es menor terminar este libelo tomando las palabras de Rosa Luxemburgo: “Por momentos lo más revolucionario que una persona puede hacer, es decir en voz alta lo que realmente está ocurriendo”.

Bibliografía

- Ahmed, S. (2015). *La política cultural de las emociones*. México: PUEG.
- Arduino, I. (2018). Entre la victimización opresiva y la justicia emancipatoria: articulaciones entre feminismo y Justicia Penal. En M. Nijensohn (comp.), *Los feminismos ante el neoliberalismo*. Buenos Aires: Latfem.

- (comp.) (2019). *Interpelaciones feministas para profundizar una justicia garantista. Feminismo y política Criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP.
- Argentina, Ley N° 26485. Decreto N° 1011/2010.
- Basso, L. (2020). Pararon el mundo, pero no podemos callar. *Revista Riberas*, Universidad Nacional de Entre Ríos. Recuperado de <https://riberas.uner.edu.ar/pararon-el-mundo-pero-no-podemos-callar/>
- Bernstein, E. (2014). ¿Las políticas carcelarias representan la justicia de género? La trata de personas y los circuitos neoliberales del crimen, el sexo y los derechos. *Debate Feminista*, 50.
- Birgin, H. (comp.) (2000). *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Biblos.
- Coppa, L. I. (comp.) (2019). *Feminismos, política criminal y justicia penal. Notas a partir de una experiencia situada Feminismo y política Criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP.
- Costa, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Didot.
- Esposito, R. (2011). *Bíos. Biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Fraser, N. (1997). ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una era “postsocialista”. En *Iustitia Interrupta*.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Madrid: Siglo XXI.
- Gherardi, N. (2011). Prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres: más que un mandato legal. *Revista Pensar en Derecho*, 9, Facultad de Derecho-UBA.
- Guereño, I. (2019). *Atrapadas por el derecho. Feminismo y política Criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP.
- Haraway, D. (1991). *Ciencia, ciborgs y mujeres*. Valencia: Cátedra.
- Juliano, D. (julio-diciembre, 2005). El trabajo sexual en la mira. Polémicas y estereotipos. *Cadernos pagu* 25, 79-106.
- Lorenzo, L. (2019). *Desafíos para una administración de justicia menos machista Feminismo y política Criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP.
- Labozzetta, M. y Rodríguez A. (2019) *Contribuciones para una agenda feminista en la justicia. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP.
- Massey, D. (junio 1991). Un sentido global del lugar. *Marxism Today*, pp. 24-29. Mohanty, C. (2008). Bajo los ojos de Occidente. Academia feminista y discurso colonial. En L. Navaz y A. Hernández (eds.), *Descolonizando el Feminismo: Teorías y Prácticas desde los Márgenes*. Madrid: Cátedra.
- Nijensohn, M. (comp.) (2018). *Los feminismos ante el neoliberalismo*. Adrogué: La Cebra.
- Núñez Rebolledo, L. (2019). ¿Es la criminalización un instrumento de libertad femenina? *Feminismo y política Criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP.
- Pieroni, F. (2019). *Violencia institucional y aborto no punible en Córdoba. Feminismo y política Criminal. Una agenda feminista para la justicia*. Buenos Aires: INECIP.

- Pitch, T. (2003). *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Red de Mujeres y Grupo de Trabajo Feminismos y Justicia Penal (2018). *No en nuestro nombre: la instrumentalización de la lucha feminista con fines represivos*. Buenos Aires: Latfem. Recuperado de <http://latfem.org/no-en-nuestro-nombre-la-instrumentalizacion-dela-lucha-feminista-con-fines-represivos>
- Sheley, E. (2018). A broken windows theory of sexual assault enforcement. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 8.
- Varela, C. (2013). ¿Cuáles son las mujeres de esos derechos humanos? Reflexiones a propósito de las perspectivas trafiquistas sobre el mercado del sexo. *Sociales en Debate*, 4, 43-53.
- Vargas, V. (2020). *Violencias contra las mujeres y estrategias democráticas en América Latina*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán. Recuperado de <http://www.flora.org.pe/ensayos1.htm>

Migraciones de ayer a hoy



Laura Fiore

Introducción

No es novedad que Argentina, desde siempre, fue un país con clara estimulación a la inmigración. De hecho, los diferentes gobiernos han sancionado distintas normas tendientes a cumplir con tal objetivo.

En nuestra Constitución Nacional, tanto en el Preámbulo y en el artículo 20 como en las leyes desde la primera de las normas, que fue la ley Avellaneda, hasta la actual N° 25871,¹ sancionada en el año 2004, se han promulgado diferentes normas, todas con un mismo objetivo, fomentar la inmigración.

El artículo 20 de nuestra Constitución Nacional establece que los extranjeros gozan en el territorio de la nación de todos los derechos civiles del ciudadano y pueden ejercer su industria, comercio y profesión, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes. Que con la finalidad de hacer operativos tales derechos constitucionales el Estado nacional ha dictado sucesivas normas tendientes a regular el sistema migratorio argentino.

En el presente trabajo abordaré las normas migratorias, como así también los Decretos de Necesidad y Urgencia 70/2017 y el 138/2021 que lo deroga.

¹ B.O. 21-01-2004.

Ley N° 25871 y su Decreto reglamentario N° 616/10

Esta norma nace luego de la derogación de la Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración N° 22438.² En aquella había un control por parte de la Dirección Nacional de Migraciones de permanencia de los inmigrantes, la que fue aplicada desde el año 1981 hasta el 2004 cuando es sancionada la actual junto con su reglamentación.

La misma comienza expresando qué entiende por “inmigrante”, y dice que es todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país de conformidad a la legislación vigente (art. 2).

Uno de los aspectos relevantes de la normativa en análisis es que establece “el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad” consagrando de esta manera el derecho a la migración como un derecho humano.

La ley le abre paso a la reunificación familiar precisando que el vínculo protegido por este derecho alcanza a padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes (arts. 3, inc. d, y 10), y el Decreto en su artículo 10 dispone que el Ministerio del Interior –a través de la DNM– tome todas las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho de reunificación familiar de conformidad con lo expuesto en la ley y en la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, aprobada por la Ley N° 26202.

Reconoce los derechos a la salud impidiendo que le sean negados o restringidos el derecho a la salud, acción social o atención sanitaria a todos los extranjeros sin importar su situación migratoria (art. 8) y educación asegurando el acceso irrestricto (art. 23).

En la actualidad, la norma que sienta las bases de política migratoria le otorga al mencionado organismo la potestad de aplicar la ley, como así también conocer en la admisión, otorgamiento de residencias y extensión de la permanencia en el suelo argentino y establecer los criterios y parámetros para la admisión, permanencia y expulsión de quienes ingresan al país en calidad de migrantes –ya sea por medios terrestres, fluviales, marítimos o aéreos– en calidad de migrantes.

Además, establece los derechos y obligaciones de los extranjeros y en qué casos es cancelado su establecimiento.

Al respecto, el inciso c del artículo 29 dispone que las causales de prohibición de entrada o expulsión de un migrante debe estar relacionada con determinados delitos –tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas–, o con cualquier otro delito que para nuestra legislación tenga una pena privativa de libertad de tres años o más.

² B.O. 27-03-1981.

Esta ley siguió sumando más potestades a los extranjeros, les garantiza el debido proceso en caso de detención y expulsión, tema que abordaremos más adelante.

Decreto N° 70/17

Estando vigente la Ley N° 25871, fue sancionado el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17,³ que vino a modificar algunas cuestiones de la citada ley.

El entonces decreto estaba dirigido a impedir el ingreso y permanencia o acelerar los trámites de expulsión de migrantes que contaban con antecedentes penales. Su objetivo era reducir los tiempos para definir la expulsión o no de un extranjero con antecedentes penales; además, establecía requisitos más rigurosos para la aprobación del ingreso y permanencia de extranjeros en suelo argentino.

De hecho, sustituye al artículo 29 y amplía el impedimento de ingreso y permanencia de extranjeros en nuestro territorio, dado que el primer apartado mencionado establece que quien ha sido condenado en Argentina será impedido de continuar permaneciendo en nuestro suelo, mientras que el segundo expandía a todos los extranjeros que, en Argentina o en el exterior, habían sido condenados o estaban cumpliendo condena o con condena no firme o simplemente tenían antecedentes penales por delitos que las leyes imponen penas privativas de libertad o delitos como de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas.

Respecto de este precepto –ya anulado–, hubo diferentes detractores fundando su rechazo en que con su sanción se vulneraron derechos y garantías: las reglas del debido proceso, el derecho a la vida en familia, a desarrollar sus proyectos de vida, al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, a la libertad ambulatoria, mientras que otros defendieron tal disposición legal alegando que mientras subsista la misma estaba garantizado el ingreso regular de los extranjeros.

Declaración de inconstitucionalidad del Decreto N° 70/17

Este decreto fue declarado inconstitucional por la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal. Deducido el recurso extraordinario, la Corte nunca se expidió, aunque ahora manifestar algo deviene insustancial.

La demanda había sido iniciada ante el Juzgado N° 1 del fuero, y su entonces titular había convalidado tal precepto, pero, apelada la resolución, la Sala V de la Cámara revocó lo resuelto y declaró la invalidez constitucional del Decreto N° 70/2017.

3 B.O. 30-01-2017.

La causa fue iniciada por el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Comisión Argentina para Refugiados y Migrantes y el Colectivo por la Diversidad (COPADI).⁴

Al momento de decidir respecto de la impugnación del decreto, dijo que:

establece una serie de restricciones al derecho al debido proceso que no se compadecen con los fines que declara perseguir la norma. Además de los defectos en la fundamentación del estado de necesidad para su dictado (y que por sí solos determinan su invalidez), se advierte que las medidas que constituyen el objeto del acto no guardan proporcionalidad ni razonabilidad con los fines que se pretende alcanzar, pues, a partir de la vinculación que se arguye entre criminalidad y migrantes, se establece un mecanismo sumarísimo de expulsión aplicable a cualquier extranjero, sin consideración a sus circunstancias personales, tenga o no antecedentes penales.

Apelada dicha decisión, a través del Recurso Extraordinario Federal, la Corte Suprema aún no se ha expedido. Quien sí lo ha hecho fue la Procuradora General de la Nación dictaminando que, la Dirección Nacional de Migraciones en su recurso ha hecho una mera repetición de afirmaciones que no logran desvirtuar los argumentos esgrimidos por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.⁵

La derogación

El 5 de marzo próximo pasado el Poder Ejecutivo, utilizando la misma vía normativa, por conducto del Decreto N° 138/2021, derogó el Decreto N° 70/2017 y ordenó “Restitúyese la vigencia de las normas modificadas, sustituidas o derogadas por el Decreto N° 70 del 27 de enero de 2017, en su redacción previa al momento del dictado de la norma que por el presente se deroga” (art. 2).⁶

En los considerandos del decreto surgen los fundamentos que se tuvieron en cuenta para invalidar al mismo.

Uno de ellos, entre muchos otros, se basó en

la violación al principio del debido proceso, al derecho a contar con asistencia y defensa legal, la restricción a un control amplio y suficiente del poder judicial sobre los actos de la autoridad administrativa, la amplitud con la que se prevé la retención preventiva del y de la migrante sin definir las causas que la

4 “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros C/ EN-DNM s/ Amparo Ley 16.986” 22/03/2018. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/03/fallo-camara-migrantes.pdf>

5 CAF 3061/2017/CS1-CA1. CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES Y OTROS C/ EN - DNM s/ amparo Ley 16.986. Recuperado de https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2020/LMonti/noviembre/CELS_%20CAF_3061_2017_CS1CA1.pdf

6 DNU 138/2021 B.O. 5/3/2021.

habilitan y la restricción a los derechos de reunificación familiar y dispensa por razones humanitarias. Todo ello, sin evidenciar mejoras ponderables en otros aspectos (cons. 3°).

Conclusiones

El análisis del DNU 138/2021 que dispone la derogación del DNU 70/2017 ha traído debate, pero en realidad mucha razón de ser no hay, estamos frente a un DNU derogado que ya había sido declarado inconstitucional por la Justicia, en una causa iniciada por la organización sin fines de lucro orientada a la promoción y defensa de los derechos humanos, razón por la cual no habría que asombrarse de la decisión tomada por el Poder Ejecutivo con el acuerdo de los ministros y su jefe de Gabinete.

De tal invalidación ya se han manifestado algunas entidades; los detractores dicen que esta inhabilitación va a volver más lento el proceso de expulsión de un extranjero, mientras que quienes defienden la abolición sostienen que la decisión gubernamental es fundamental para garantizar los derechos de los extranjeros que vienen a nuestro país.

El tiempo dirá si la decisión presidencial tomada ha sido correcta o no. A primeras luces parece que sí, porque de esta manera seguiremos fomentando el ingreso y permanencia de extranjeros a nuestro país y demostrando que en nuestra región están garantizados los derechos humanos.

Mecanismos que propician la igualdad de género en el acceso a la magistratura



Marisol Fretes

Introducción

El presente trabajo hará un repaso de las modificaciones normativas que propician la diversidad e igualdad de género en el acceso a la magistratura a nivel federal y nacional, así como la capacitación obligatoria en materia de género para los y las postulantes a la magistratura.¹

En general, la introducción de estos mecanismos son fruto de un largo proceso de demandas feministas que desde antaño denunciaron la existencia de barreras en el acceso a los ámbitos de decisión, así como la falta de perspectiva de género para tratar problemáticas específicas vinculadas con la materia.

Estas barreras u obstáculos –que la literatura feminista denominó “techos de cristal”²– se traducen en restricciones materiales al ejercicio de ciertos derechos constitucionales, entre los cuales se encuentra el derecho de acceso a los cargos públicos en igualdad de condiciones.

Para la filosofía política, el concepto de *democracia paritaria* asume un lugar central en la conformación de los espacios de decisión, entre los que cabe incluir al Poder Judicial. Según Valcárcel, la pari-

1 Cabe aclarar que los elementos normativos, doctrinales y jurisprudenciales disponibles para el análisis del tema propuesto utilizan una perspectiva binaria de género (mujeres-varones) al no incorporar otras identidades de género.

2 Según Valcárcel (2018: 137), por techos de cristal se entendió “una serie de mecanismos y sistemas de selección y cooptación que daban como resultado que, a formación homóloga, las mujeres nunca obtuvieran las metas que se corresponderían con sus disposiciones”.

dad viene a exigir la integración igualitaria de todo el sistema de autoridad de forma tal de evitar que alguno de los géneros se vea infrarrepresentado en los procesos de toma de decisiones. Para la autora, la cuestión se torna relevante en la medida en que la paridad, o mejor dicho su falta, exhibe la situación minorizada, subestimada y discriminada de las mujeres (Valcárcel, 2018: 168).

En el ámbito del derecho, Salazar apela a las bases del Estado constitucional y sus elementos legitimantes, pues

La idea de paridad tiene que ver con el mismo fundamento del Estado constitucional, con la legitimidad de un modelo de organización política en el que mujeres y hombres deberíamos ser tratados como equivalentes, lo cual implica reconocer y garantizar nuestra equipotencia y la igualdad plena en el disfrute de los derechos (y de las responsabilidades) (Salazar Benitez, 2019: 5).

Las medidas pensadas para equilibrar la conformación de los espacios de decisión, encuentran sustento en el principio de igualdad en su dimensión material. Ello es así pues la dimensión material del principio de igualdad permite la incorporación de diferenciaciones normativas capaces de revertir condiciones de desigualdad real, así como atender objetivos de justicia material, propios de un Estado de derecho (Balaguer Callejón, 2010: 25-35).

Tradicionalmente, la democracia paritaria ha sido asociada a las acciones positivas o medidas de discriminación inversa y, más precisamente, a la aplicación de estas al ámbito electoral. Tanto los Estados como los partidos políticos han diseñado diversas soluciones para atender la baja participación de las mujeres: acciones positivas vinculantes o promocionales, medidas de discriminación inversa como el establecimiento de cupos reservados a mujeres, normas que establecen límites de participación de uno u otro género, entre otras. Con sus múltiples variantes en función del orden constitucional en el cual se aprueben, las acciones positivas han sido el mecanismo más utilizado, con resultados, en principio, positivos, por cuanto en los últimos años la participación de las mujeres en los cargos representativos fue incrementándose. Si bien las acciones positivas o de discriminación inversa³ fueron —y siguen siendo— un medio eficaz para alcanzar una mayor participación de mujeres en los ámbitos parlamentarios, su aplicación no se limita al ámbito representativo en la medida en que exista una situación de desigualdad material que atender.

El concepto de paridad como principio específico aparece en muy pocas constituciones. Sin embargo, se destacan algunas experiencias novedosas en América Latina que cabe mencionar. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 65 establece que “el Estado promoverá la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en instancias de dirección y decisión y en los partidos y movimientos políticos”. Por su parte, si bien no incorpora expresamente el principio de paridad, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia contiene

3 En algunos textos normativos los términos aparecen asimilados, pero la doctrina encuentra algunos matices entre ambas. Al respecto, ver Balaguer Callejón (2000: 387-388).

numerosos artículos relativos a la materia.⁴ Asimismo, en virtud de la temática elegida para el presente trabajo, es dable destacar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incorporó la obligación de observar el principio de paridad de género no solo para cargos representativos y ejecutivos, sino también en los concursos abiertos para la integración de los órganos jurisdiccionales.⁵

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 facultó al Congreso de la Nación a establecer acciones positivas a favor de las mujeres en materia electoral y de partidos políticos, incorporando el concepto de “igualdad real de oportunidades” (art. 37 CN). En virtud de ello, el Congreso de la Nación dictó la Ley N° 27412 por la cual se exige paridad en la integración de las listas electorales para los cargos representativos a nivel nacional. Así entonces, la paridad de la Ley N° 27412 resulta aplicable solo para la conformación del Poder Legislativo nacional y del órgano parlamentario del Mercosur. Los alcances del principio de paridad reconocido en la ley fueron definidos por su norma reglamentaria, el Decreto N° 171/2019, que en su artículo 1° dispone:

El principio de paridad de género consagrado por la Ley N° 27.412 se entiende como la conformación de listas integradas por candidatas y candidatos de manera intercalada, en forma alterna y consecutiva, desde la primera o el primer titular hasta la última o último suplente, de modo tal que no haya DOS (2) personas continuas del mismo género en una misma lista.

Asimismo, la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos o ratificados por la República Argentina (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), entre los cuales cabe mencionar a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La Convención, aprobada en Argentina mediante Ley N° 23179, dispone que los Estados parte

tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales (cfr. art. 7°, inc. b. y c de la Convención).

4 Entre los que cabe destacar el artículo 26 “La participación política será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres”, el artículo 146 “La elección de Asambleístas se garantizará la igual participación de hombres y mujeres”, y el artículo 278.2 que en materia de autonomía departamental dispone que “la ley determinará los criterios para la elección de asambleístas departamentales tomando en cuenta, entre otros criterios, la paridad y alternancia de género”.

5 Cfr. art. 94 de la CPEUM “La ley establecerá la forma y procedimiento mediante concursos abiertos para la integración de los órganos jurisdiccionales, observando el principio de paridad de género”.

En cuanto a las medidas de acción positiva, en su artículo 4º, inciso 1º, estipula que “La adopción por los Estados Parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención”, aclarando posteriormente que dichas normas deberán tener carácter transitorio.

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), aprobada por la Ley N° 24632, establece que las mujeres tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, lo que comprende “el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones” (cfr. art. 4º, inc. j, de la Convención). La Convención tiene –a la fecha– jerarquía suprallegal en función de lo establecido en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, primera parte.

Ahora bien, cabe decir que si bien se advierten significativos avances en la integración de los cargos representativos, el mapa de género en los órganos jurisdiccionales federales y nacionales es desalentador. Según la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los datos de la justicia nacional y federal correspondientes al año 2020 son los siguientes: a) de un total de 220 camaristas, la conformación es 247 varones y solo 83 mujeres; y b) de un total de 781 de magistrados/as de primera instancia, 529 son varones y solo 232 mujeres. El máximo tribunal está conformado actualmente por un total de 5 jueces/zas y 4 de ellos/as son varones.⁶

Al respecto, la citada Oficina destacó que

la proporción de mujeres camaristas en 2020 alcanzaba sólo un 25%, esto es, que por cada mujer camarista, hubo tres varones camaristas. A su vez, el porcentaje de magistradas fue de 30%. Sin embargo, en el año 2020 la mayoría del total del personal de la Justicia Federal y Nacional eran mujeres con el 54%, del funcionariado con el 57% y del plantel administrativo con el 58%. Nuevamente a modo de ejercicio, se observa que los funcionarios varones tuvieron 3 veces más chances relativas de ser magistrados y 4 veces más de ser camaristas que sus pares mujeres en la Justicia Federal y Nacional en el año 2020, aunque cabe recordar que no es requisito ser funcionario/a del poder judicial para ser designado/a como tal.⁷

En cuanto a la capacitación de las y los magistrados para el acceso a la magistratura, cabe decir que en virtud de diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional según lo dispuesto en artículo 75, inciso 22, de la CN, así como lo estipulado en la Convención de Belém Do Pará, el Estado argentino se encuentra obligado a garantizar el ejercicio del derecho al acceso a la jurisdicción sin discriminación por razones de género, asegurando procedimientos legales justos y eficaces.⁸ En

⁶ Cfr. CSJN, Oficina de la Mujer, Informe “Mapa de género de la Justicia Argentina. Edición 2020”.

⁷ Ib. Resumen edición 2020.

⁸ Cfr. art. 2 DUDH, art. 1 y 8 CADH, art. 2 y 14 del PIDCYP, entre otros.

ese sentido, la capacitación de los magistrados y magistradas en materia de género aparece como la herramienta más eficaz para cumplir con estos compromisos.

A ello cabe agregar que la Ley N° 27499 (Ley Micaela) establece expresamente la obligación de capacitar a los funcionarios/as del sector público nacional en materia de género y violencia contra las mujeres. Más precisamente, dispone que la capacitación será obligatoria “para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación”. Es dable destacar que, según lo estipulado en el artículo 8 de la ley, las personas que se nieguen sin justa causa a realizar estas capacitaciones serán intimadas por la autoridad competente. El incumplimiento de esa intimación será considerado una falta grave en términos disciplinarios y habilitará a la autoridad de aplicación de la ley a publicar la negativa en su página de Internet.

Con este marco general, en los próximos apartados se analizarán las normas reglamentarias que propician el equilibrio de género en la integración de los órganos jurisdiccionales, así como la capacitación obligatoria en materia de género como requisito de acceso a la magistratura en el ámbito del Poder Judicial de la Nación. Para finalizar, se realizarán algunas conclusiones a modo de cierre.

La cuestión de género en la elección de jueces y juezas de la nación

La Constitución Nacional establece un procedimiento complejo para la elección de magistrados y magistradas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otro para la de selección de jueces y juezas inferiores de la Nación, disponiendo para estos últimos, a partir de la reforma constitucional de 1994, la intervención del Consejo de la Magistratura de la Nación en la etapa de selección y confección de las ternas vinculantes. En ambos casos, se verifican algunas disposiciones normativas que propician la igualdad de género en el acceso a la magistratura.

En la elección de jueces y juezas de la Corte Suprema

El procedimiento complejo para la elección de quienes integran la Corte Suprema, máximo tribunal federal argentino, está previsto en el artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional. De acuerdo con la disposición citada, el Poder Ejecutivo Nacional propone a los jueces y juezas aspirantes a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y lo remite al Senado de la Nación para requerir el correspondiente acuerdo, el que deberá ser aprobado por dos tercios de los miembros presentes de la Cámara, en sesión pública convocada al efecto.

Así pues, para el nombramiento de jueces y juezas del máximo tribunal se requiere un acto político institucional entre el Poder Ejecutivo Nacional y el Senado de la Nación.

En cuanto a la intervención del Senado de la Nación, merece especial atención la exigencia de la mayoría calificada para otorgar el acuerdo, así como la necesidad de que el mismo se realice en sesión

pública. En relación con la primera, en el caso “*Aparicio*”,⁹ la Corte Suprema señaló que la exigencia de una mayoría calificada busca limitar la discrecionalidad del Poder Ejecutivo Nacional, preservando la independencia del Poder Judicial y el equilibrio político que debe primar en la designación de los jueces y juezas de la Corte (*Fallos* 338:284).

Sobre la propuesta del Poder Ejecutivo Nacional, María Angélica Gelli sostuvo que

la atribución es decididamente política y el presidente puede ejercerla bajo parámetros discrecionales en la apreciación de las calidades jurídicas y la cosmovisión que el candidato sustenta acerca de las políticas globales –y no partidarias– requeridas para el cumplimiento cabal de la Constitución Nacional (Gelli, 2015: 386).

Ahora bien, en el año 2003 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto Autónomo N° 222/2003 a través del cual se establecieron pautas para la propuesta de candidatos y candidatas al máximo tribunal. Por el amplio margen de discrecionalidad característico de este tipo de actos, al instrumento se lo consideró como una “autolimitación” presidencial al establecer un procedimiento de control público que implicó un verdadero avance a favor de la transparencia y la democratización de tan importante acto.

Además de incorporar el procedimiento de control público de los antecedentes de las y los candidatos al tribunal, se establecieron los parámetros que deberán considerarse a la hora de efectuar las respectivas propuestas, entre los cuales se incorporó la obligación de tener presente, “*en la medida de lo posible*”, las diversidades de género en la conformación del tribunal. A tal fin, al momento de realizar las propuestas el Poder Ejecutivo Nacional debe observar la composición general de la Corte Suprema y, en función de ello, posibilitar la inclusión de nuevos miembros que respeten la diversidad de género, así como la especialidad y la procedencia regional para la representación de un país federal (art. 3, Decreto N° 222/2003).

Esta autolimitación del PEN logró, por primera vez en la historia democrática de la Corte, el ingreso de dos juezas mediante el procedimiento constitucional complejo previsto en el artículo 99, inciso 4, de la Constitución Nacional.¹⁰ Fueron las juezas Carmen María Argibay (actualmente fallecida) y Elena Inés Highton de Nolasco, cuyas propuestas obtuvieron acuerdo del Senado de la Nación en 2004. Cabe señalar, asimismo, que a instancias de la ministra Carmen M. Argibay se creó la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de la Nación, órgano encargado de elaborar las estadísticas sobre el mapa de género en todo el sistema de justicia, así como coordinar las diferentes capacitaciones y el material de apoyo para llevar a cabo dicha tarea.

9 CSJN “Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN -CSJN- Consejo de la Magistratura -art. 110 s/empleo público”, sentencia del 25/04/2015.

10 Ciertamente, la primera mujer en ocupar ese cargo fue Margarita Argúas, pero se trató de una designación durante un gobierno de facto en 1970.

Es decir que desde 1863 hasta 2004 la Corte Suprema estuvo conformada exclusivamente por magistrados varones y solo a partir de una autolimitación expresa del poder político fue posible el ingreso de al menos dos ministras. Esto evidencia los obstáculos materiales que existen en el acceso a las altas magistraturas y cómo lo que —en apariencia— pareciera ser neutro en materia de género (el procedimiento constitucional complejo previsto en el art. 99, inc. 4 CN), en los hechos no lo es.

Pese al avance institucional que significó el Decreto N° 222/2003, la experiencia concreta demuestra retrocesos en la implementación de la medida. Así pues, en la propuesta del Poder Ejecutivo Nacional del año 2016, por la cual se sometió a consideración del Senado de la Nación los pliegos de los actuales jueces de la Corte Suprema Carlos Rozenkrantz y Carlos Rosatti, no se observó el parámetro establecido en el Decreto N° 222/2003 en relación con la obligación de tener presente la diversidad de género, considerando que para esa fecha el tribunal contaba con una única magistrada por el fallecimiento de la jueza Carmen M. Argibay en mayo de 2014. De modo que se le ha otorgado a la disposición el carácter de una norma de “mayores esfuerzos” y, en esa lógica, su acatamiento dependió de la voluntad política de la persona titular del PEN.

Más allá del reproche ético o político, desde el punto de vista estrictamente legal, ello pudo darse porque el artículo 3° del Decreto N° 222/2003 incluye la fórmula “en la medida de lo posible”. Sin embargo, entiendo que la disposición reglamentaria debe interpretarse junto con el resto de las normas constitucionales y convencionales que obligan al Estado argentino a propiciar una mayor participación de mujeres en los espacios de decisión.¹¹ Así pues, en virtud de las referidas disposiciones, observar la diversidad de género debe ser el parámetro “regla” al momento de proponer las o los candidatas a integrar el máximo tribunal. En todo caso, si el PEN considerara “no posible” el cumplimiento de ese requisito, corresponderá motivar el acto de nombramiento justificando los motivos por los cuales se aparta del criterio regla. Ciertamente, parece poco probable que el PEN pueda justificar que “no fue posible” cumplir con el criterio previsto en el artículo 3° del Decreto N° 222/2003 sin caer en actos discriminatorios prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, no se advierten normas específicas que exijan a las y los candidatas al máximo tribunal formación en materia de género para acceder a la más alta magistratura. De todos modos, una vez efectuado el nombramiento, los jueces y juezas de la Corte Suprema se encuentran alcanzados por las disposiciones de la Ley N° 27499, por lo que su capacitación resulta igualmente obligatoria.

11 Cfr. art. 7° de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer y art. 4°, inc. j, de la Convención de Belém do Pará.

En la selección de jueces y juezas inferiores de la Nación¹²

De acuerdo con lo establecido en los artículos 99, inciso 4, y los incisos 1 y 2 del artículo 114 de la Constitución Nacional, el Consejo de la Magistratura tiene a su cargo la selección de los y las postulantes a la magistratura mediante concursos públicos de oposición y antecedentes con el fin de confeccionar una terna vinculante que remitirá al Poder Ejecutivo Nacional. Este último debe elegir a una o uno de los candidatos de la terna y remitirlo en carácter de propuesta al Senado de la Nación con el objeto de requerir su acuerdo.

Para María Angélica Gelli, esto se justifica por el carácter vinculante de la terna, por la cual el Poder Ejecutivo Nacional no puede elegir una persona ajena a esa terna, ni tampoco desechar a todos los o las postulantes de la terna. De allí que, para la autora, la confección de la terna resulta un acto preparatorio de la voluntad administrativa que el Poder Ejecutivo no puede eludir. El Senado, en cambio, no está obligado a prestar acuerdo a las o los candidatos propuestos, en tanto ello no surge expresamente del texto constitucional (Gelli, 2015).

Las competencias del Plenario del Consejo de la Magistratura relativas a la selección de magistrados y magistradas inferiores se encuentran reguladas en el artículo 7° de la Ley N° 24937, norma reglamentaria de los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional. A nivel interno, la encargada de sustanciar las cuestiones relativas a la selección de magistrados y magistradas es la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura.¹³

El procedimiento para la selección de los y las postulantes se rige por lo establecido en Reglamento de Concursos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación (Resolución CM 7/2014 y modificatorias), de acuerdo con las pautas establecidas en el artículo 13 de la Ley N° 24937. Determinada la vacante, la Comisión estará habilitada a llamar a concurso público para cubrir dicho cargo. En forma previa, deberá establecer los criterios y mecanismos de calificación de los exámenes, debiendo garantizar los principios señalados en el artículo 7°, inciso 2, de la ley. La Comisión publica la convocatoria con la información pertinente, incluyendo quiénes integrarán el jurado. Los exámenes son evaluados por el jurado sorteado especialmente para ese concurso, quienes deberán elevar las notas a la Comisión. Posteriormente, la Comisión debe notificar las evaluaciones a los y las postulantes del concurso, que podrán impugnar las calificaciones dentro de los cinco (5) días. La Comisión, por su parte, tiene un plazo de veinte (20) días para expedirse sobre las impugnaciones presentadas. Vencido el plazo para presentar las impugnaciones, la Comisión confeccionará la terna con el respectivo orden de prelación, lo que será remitido al pleno del Cuerpo.

12 El apartado II.2 incorpora parte de un trabajo preliminar de mi autoría, relativo al ejercicio de las competencias del Consejo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco del proyecto de investigación “Avances y retrocesos de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los (nuevos) órganos constitucionales” de la Universidad Blas Pascal.

13 Sus competencias están establecidas en el artículo 13 de la Ley N° 24937, el Reglamento General del Consejo de la Magistratura (Resolución CM 97/2007 y modificatorias), el Reglamento de Funcionamiento de la Comisión de Selección de Magistrados (Resolución CM 5/99) y en el Reglamento de Concursos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados del Poder Judicial de la Nación (Resolución CM 7/2014 y modificatorias).

Una vez elevadas las actuaciones al Plenario, este puede de oficio revisar las calificaciones, antecedentes, impugnaciones y dictámenes. Sobre el punto, el artículo 13 de la ley dispone que “toda modificación a las decisiones de la Comisión deberá ser suficientemente fundada”. En efecto, la reglamentación estableció la obligación de motivar de manera suficiente el acto por el cual se apruebe la terna con las modificaciones de oficio.

La aprobación de la terna por parte del Plenario requiere de la mayoría absoluta y, a tenor de la literalidad de la ley, la decisión es irrecurrible. La Corte Suprema se ha expedido al respecto en el caso “*Carranza Latrubesse*”.¹⁴ A través de los votos en disidencia de los ex jueces Carlos S. Fayt y E. Raúl Zaffaroni, la Corte sostuvo que el control judicial ha de respetar ese “definido y connatural núcleo de libertad” del Consejo en la valoración de las condiciones de los postulantes, limitándose al control de los elementos reglados a fin de detectar si se han cometido “transgresiones nítidas y graves” a la normativa de aplicación, como, por ejemplo, la exigencia de requisitos no previstos en la norma ni en las bases del concurso, o, peor aún, la aplicación de distinciones prohibidas por el ordenamiento jurídico.

El Reglamento de Concursos y Oposición de Antecedentes para la Designación de Magistrados de la Nación, aprobado por la Resolución CM 7/14, fue modificado con miras a propiciar la igualdad de género en el acceso a la magistratura en ese ámbito

En el año 2018 la ex consejera de la Nación por el estamento de los jueces, Gabriela Vázquez, presentó un proyecto de modificación del Reglamento de Concursos y Oposición de Antecedentes para la Designación de Magistrados de la Nación (en adelante, Reglamento de Concursos), de forma tal de incluir la perspectiva de género en el procedimiento para seleccionar a los y las postulantes a la magistratura.¹⁵ El texto proponía: a) la utilización de un lenguaje no sexista en todo el articulado del Reglamento de Concursos; b) la integración paritaria del jurado que evalúa los exámenes escritos del concurso; c) la incorporación de la temática de género en las evaluaciones escritas; d) la asignación de hasta cinco (5) puntos a las postulantes por tareas de cuidado o género. En ningún caso la suma total por antecedentes académicos debía superar los treinta (30) puntos; e) que las terna respeten la paridad de género. En ese sentido, disponía que la terna debía garantizar la representación femenina en forma proporcional a la cantidad de personas concursantes (ejemplo: si un 30% de los concursantes eran mujeres, la terna debía estar conformada por al menos una (1) mujer, en un concurso de un (1) solo cargo, o por dos (2) mujeres si fuese un concurso para dos (2) cargos) y, además, que la terna conformada debía garantizar la representación femenina en los cargos concursados.

La propuesta fue discutida en la Comisión de Reglamentación, aunque no prosperó. Sin embargo, el proyecto fue precursor en lo que a género refiere y logró instalar la temática en el ámbito interno del Consejo de la Magistratura. Fue recién en el año 2019 que el Consejo de la Magistratura incorporó formalmente modificaciones al Reglamento de Concursos a partir de la presentación de nuevos proyectos de modificación en este sentido.

14 CSJN “Carranza Latrubesse, Gustavo s/ acción de amparo”, sentencia de 23/05/2006. Fallos 329:1723.

15 Expte. AAD 35/2018, caratulado “Solicitud Vázquez Gabriela (consejera) s/ Proyecto de Modificación, del Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes”.

La capacitación en materia de género como requisito para acceder a la magistratura y como elemento para la evaluación de los y las aspirantes

Así, por la Resolución CM 269/2019, el Plenario del Consejo de la Magistratura aprobó la incorporación del requisito de capacitación en materia de género como condición previa y excluyente para la inscripción en los concursos. En esa misma línea, posteriormente dictó la Resolución CM 289/2019, por la cual aprobó la incorporación de la perspectiva de género en la evaluación de los antecedentes de las y los postulantes a la magistratura inferior

De tal manera, por el artículo 1° de la Resolución CM 269/2019, se modificó el artículo 7° del Reglamento de Concursos en relación con los requisitos que habrán de cumplir los postulantes al momento de su inscripción. En ese sentido, el artículo 7° modificado del Reglamento de Concursos estipula que

como paso previo y con carácter excluyente, deberá ingresar constancia de capacitación en materia de perspectiva de género, dictada por universidades y/o, la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia, y/o por la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. La referida formación no deberá tener una antigüedad de culminación mayor a dos (2) años contados desde el último día publicado como fecha de inscripción en el concurso.

Por su parte, la Resolución CM 289/2019 modificó el artículo 35 del Reglamento de Concursos, relativo a la calificación de los antecedentes de las y los postulantes. El artículo 35 modificado dispone que “se valorará especialmente la capacitación obtenida en el marco de la ley 27.499 (Ley Micaela) y los cursos vinculados con la temática de género, asignándose hasta dos (2) puntos por su acreditación”. Asimismo, estableció que la temática de género será una consulta obligatoria en la entrevista personal de los y las postulantes. En efecto, el artículo 41 del Reglamento de Concursos vigente dispone –en lo que aquí interesa– que “El postulante deberá ser entrevistado acerca de la temática y la aplicación de perspectiva de género vinculadas con el ejercicio del cargo al cual aspira”.

Finalmente, por la Resolución CM 186/2020 fue modificado el artículo 31 del Reglamento de Concursos con relación a la prueba de oposición, disponiendo el nuevo texto que “Tanto el temario como los casos deberán incluir cuestiones que permitan evaluar la perspectiva de género de los postulantes”. Como puede verse, la capacitación en materia de género constituye un requisito previo y excluyente para acceder a la magistratura y, además, es considerado especialmente en la evaluación de los antecedentes, en la entrevista personal y en la prueba de oposición.

Cabe recordar que la capacitación de las y los postulantes a la magistratura aparece como un requisito fundamental para garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción sin discriminación por razones de género. De ello se deriva la obligación de juzgar con perspectiva de género de modo tal de evitar reproducir categorías estereotipadas discriminatorias.

Al respecto se ha sostenido que

La aplicación de la perspectiva de género como instrumento o método jurídico de análisis requiere constatar la existencia de una relación desequilibrada de poder, se ha de identificar a la persona que se encuentra en situación de desigualdad por razón de género y valorar la posible adopción de medidas especiales de protección [...] Bajo este contexto constatado de desigualdad, el juzgador o la juzgadora debe interpretar los hechos de una manera neutral y sin estereotipos discriminatorios. A partir de aquí, deberá deconstruir la norma jurídica y cuestionar su pretendida neutralidad, argumentando en la sentencia las desigualdades detectadas de tal manera que se pueda generar un precedente que abra el camino a otros casos similares que se presenten en un futuro (Áviles, 2017).

También que

Juzgar con perspectiva feminista supone asumir que la aplicación de disposiciones normativas no es neutral a un dato como el sexo de las personas, e implica inscribir a quien ostenta el poder judicial en una lógica en la que no es un mero aplicador de la norma a partir de su sentido propio e inmanente, sino un sujeto creativo, al que se exige una cierta capacidad de análisis para atribuir a la norma un sentido que viene dado, también, desde el contexto que rodea a su aplicación y condicionado por los efectos que produce la misma en sus destinatarios. Si el intérprete comprende que esos efectos suponen refuerzo de desigualdades estructurales por razón de sexo, y asume que otra interpretación de los preceptos legales puede cambiar ese efecto, optando por esa exégesis alternativa, entonces está formulando jurisprudencia con perspectiva de género (Gómez Fernández, 2021).

Por su parte, la Corte Suprema ha dejado sin efecto sentencias por no cumplir con la obligación de juzgar con perspectiva de género. Así, por ejemplo, en el caso “Sisnero”¹⁶ sostuvo que no se aplicó el estándar probatorio aplicable a esas situaciones, considerando que se trataba de un hecho de discriminación por razones de género. Así, señaló que

para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

16 CSJN, “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/amparo”, sentencia del 20/04/2014.

En ese sentido, entendió: “las dogmáticas explicaciones esbozadas por las empresas resultan inadmisibles para destruir la presunción de que las demandadas han incurrido en conductas y prácticas discriminatorias contra las mujeres en general y contra Sisnero en particular”.¹⁷

Acciones positivas en la selección de los y las postulantes a la magistratura

Asimismo, el Plenario del Consejo de la Magistratura incorporó mecanismos para favorecer la paridad de género en el acceso a la magistratura inferior. Así, por la Resolución CM 266/2019 se modificaron los artículos 40, 44 y 47 del Reglamento de Concursos, con el objeto de asegurar la presencia de mujeres en las últimas instancias del procedimiento de selección.

En primer lugar, el artículo 40 del Reglamento de Concursos, por el cual se regula la convocatoria a la entrevista personal, en su versión ACTUAL dispone

Una vez que la Comisión se haya expedido sobre las impugnaciones, deberá convocar para la realización de la entrevista personal, como mínimo, a los postulantes que hubieren obtenido los primeros seis (6) puntajes en el orden de mérito. *Para el supuesto que entre los primeros seis (6) lugares no hubiera una mujer, se convocará además a la entrevista a las dos (2) postulantes mujeres que sigan en el orden de mérito, siempre que hayan obtenido los puntajes reglamentarios mínimos* (la cursiva no pertenece al original).

El artículo 44 del mismo texto reglamentario, relativo al dictamen y la terna que debe proponer la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial al Plenario del Consejo, establece –en lo pertinente– que “Deberá incorporarse *al menos una mujer en la terna*, siempre que la entrevista realizada haya sido satisfactoria” (la cursiva no pertenece al original).

El artículo 47, por su parte, regula los concursos múltiples. Allí se estableció que

En el caso de concursos destinados a cubrir más de un cargo, el número de postulantes que participarán en la entrevista personal con la Comisión, según lo establecido en el artículo 40, se ampliará en, al menos, tres (3) candidatos por cada vacante adicional a cubrir. Para el supuesto que entre los tres (3) candidatos referidos no hubiera una postulante mujer, se convocará además a la entrevista a las dos (2) postulantes mujeres que sigan en orden de mérito, siempre que hayan obtenido los puntajes reglamentarios mínimos.

¹⁷ Ver también CSJN “Pérez Jéscica Vanesa s/ homicidio simple”, sentencia del 10/12/2020, entre otros.

Asimismo, la Resolución CM 210/20 modificó el artículo 2° del Reglamento de Concursos, en relación con la conformación de los jurados que evaluarán a los y las postulantes. En efecto, el artículo 2 modificado dispone –en lo que aquí interesa– que

El jurado quedará conformado con dos (2) docentes de la especialidad de la vacante –al menos– uno de los cuales deberá, además, ser juez federal, nacional o provincial, un (1) docente de la especialidad Derecho Constitucional y una (1) docente mujer de las áreas generales de la formación jurídica.

De tal manera, la norma reglamentaria establece un cupo a favor de las mujeres en la convocatoria a la entrevista personal y en la conformación de las ternas, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el Reglamento de Concursos. También que los jurados deberán estar conformados con al menos una docente mujer, lo que demuestra el objetivo de avanzar hacia un procedimiento de selección más diverso en términos de género.

De la lectura de los artículos modificados se desprende que verificar la capacitación en materia de género y cumplir con el cupo de mujeres en las entrevistas y la terna constituyen requisitos de procedimiento esenciales para el Consejo de la Magistratura de la Nación. Su incumplimiento constituirá una violación de los elementos reglados del acto por el cual se aprueba la terna en cuestión. En esas condiciones, el acto será de nulidad absoluta por tratarse de un vicio en sus elementos esenciales en los términos de los artículos 14, inciso b, y 17 de la Ley N° 19549.

Cabe decir que las modificaciones introducidas se encuadran en el concepto de “acciones positivas” en tanto constituyen medidas de desigualdad compensatoria tendientes a favorecer condiciones de igualdad real o material. Como vimos, las acciones positivas fueron receptadas expresamente en el artículo 37 de la Constitución Nacional al incorporar el concepto de “igualdad real de oportunidades”. Por otra parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga a los Estados parte a garantizar la participación de las mujeres en los espacios de decisión (art. 7). El artículo 4°, inciso 1, de la Convención recepta expresamente las acciones positivas o las medidas de desigualdad compensatoria, estableciendo que no deberán considerarse discriminatorias a los efectos del tratado, siempre que tengan por objeto lograr una “igualdad de facto” y tengan carácter transitorio. A su vez, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobada en 1995 bajo los auspicios de Naciones Unidas, contiene una proclamación de objetivos y acciones concretas a realizar por la organización internacional, por los Estados signatarios y por la sociedad civil a favor de los derechos de las mujeres, recomendando en todos los casos *la adopción de medidas de acción positiva*.

Por su parte, en el caso “*Partido Nuevo Triunfo*”,¹⁸ la Corte Suprema recordó su inveterada doctrina en el sentido que la igualdad establecida en la Constitución Nacional no debe entenderse como limi-

18 CSJN “Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento- Distrito Capital Federal”, sentencia del 17/03/2009.

tativa de ciertas diferenciaciones legítimas, pues lo que prohíbe en realidad es el establecimiento de excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.

Ello así, considero que este tipo de medidas constituyen un mecanismo eficaz para lograr avanzar hacia una magistratura más igualitaria en términos de género. Vale recordar, en palabras de Bergallo, que

el Poder Judicial puede ser un actor central en el proceso de democratización de la sociedad y el Estado argentino y puede desempeñar un rol clave en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por otra parte, una Magistratura diversificada e igualitaria en términos de género es un prerrequisito fundamental para reconstruir la legitimidad democrática del Estado y tornar su organización más receptiva y sensible a la protección de los derechos de las mujeres y a la representación de los intereses, visiones y experiencias femeninas (Bergallo, 2005: 152).

Conclusiones

Normas constitucionales y convencionales obligan al Estado argentino a garantizar la participación de las mujeres en los ámbitos de toma de decisiones, así como avanzar hacia una conformación más igualitaria de dichos espacios, y garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción sin discriminación por razones de género.

En lo que al Poder Judicial de la Nación refiere, el Decreto N° 222/2003 prevé que el Poder Ejecutivo Nacional deberá tener presente, “en la medida de lo posible”, la diversidad de géneros al momento de proponer postulantes para el máximo tribunal. Una interpretación armoniosa del decreto y de las normas constitucionales y convencionales en juego nos lleva a concluir que, más allá de la literalidad del artículo, la obligación de observar la diversidad de género al momento de proponer las candidaturas debe ser el parámetro regla. En esa inteligencia, entendemos que su no acatamiento exigirá al PEN justificar las razones por las cuales se aparta del criterio establecido en el artículo 3° del Decreto N° 222/2003. Ciertamente, parece poco probable que el PEN pueda justificar que “no fue posible” buscar un equilibrio en materia de género sin caer en distinciones discriminatorias prohibidas por el ordenamiento jurídico. De todas maneras, una nueva regulación de esa etapa del procedimiento permitiría despojar las dudas sobre la obligatoriedad del requisito.

Por otra parte, si bien el decreto no incluye la obligación de tener formación en materia de género, una vez nombrados, los jueces y juezas de la Corte Suprema se encuentran alcanzados por las disposiciones de la Ley N° 27.499 (Ley Micaela) que exige la capacitación de todos los funcionarios/as de todos los poderes en los distintos órdenes de gobierno.

En lo que respecta a la selección de jueces y juezas inferiores de la Nación, el Reglamento de Concursos y Oposición de Antecedentes para la Designación de Magistrados de la Nación (Res. CM 7/2014 y modificatorias) establece requisitos de procedimiento vinculados con la obligación de verificar que los

y las postulantes tengan capacitación en materia de género, ya sea como condición para la inscripción o como elemento a evaluar en los antecedentes, durante los exámenes de oposición y las entrevistas.

Asimismo, incorpora cupos a favor de las mujeres en las últimas etapas del procedimiento de selección, siempre que las postulantes cumplan con los requisitos establecidos en el citado reglamento.

A tenor de los artículos introducidos en la norma reglamentaria, no cabe dudas de que estos requisitos de procedimiento resultan obligatorios para la autoridad de aplicación y, por lo tanto, su incumplimiento determinará un vicio en las formas esenciales del acto por el cual apruebe la terna en cuestión. Siendo ello así, el acto resultará nulo de nulidad absoluta en los términos de los artículos 14, inciso b, y 17 de la Ley N° 19459.

Con todo, estas medidas constituyen un avance hacia un poder judicial nacional más diverso e igualitario en materia de género. Claro que, en vista a los datos que arrojan las estadísticas de la Corte Suprema, alcanzar la paridad en los estratos más alto del Poder Judicial será un trabajo más que arduo. Al tal fin, es necesario profundizar los estudios por fuero y jurisdicción, de forma tal de regular medidas de acción positiva que se ajusten a la situación de desigualdad material concreta verificada en cada caso. Es decir, el objetivo requerirá de medidas focalizadas según las necesidades y diagnósticos en particular.

Bajo esta perspectiva, teniendo en cuenta los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, así como las estadísticas que dan cuenta de la situación de desigualdad material en el acceso a la magistratura, considero que nada obsta al Congreso de la Nación a dictar una ley que recepte el principio de paridad para el Poder Judicial de la Nación, con las particularidades propias de la función.

Finalmente, la capacitación en materia de género no debería ser solo un requisito de acceso a la magistratura, sino también una obligación de formación constante, anual o semestral, para toda la judicatura, hasta tanto se verifique el cumplimiento de los estándares internacionales fijados en esta materia.

Bibliografía

- Avilés, L. (2017). Juzgar con perspectiva de género. Por qué y para qué. *Asociación de Mujeres Juezas de España*. Recuperado de <http://www.mujeresjuezas.es/2017/08/29/juzgar-con-perspectiva-de-genero-por-que-y-para-que/>
- Balaguer Callejón, M. L. (2000). Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico español. Situaciones comparadas. En C. Flores (dir.), *Mujer y constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2010). *Igualdad y constitución española*. Madrid: Tecnos.
- Benente, M. (dir.) (2018). *Administración del Poder Judicial: Programa de Estudios sobre el Poder Judicial (2)*. José C. Paz: EDUNPAZ.

- (2019) *Administración del Poder Judicial: Programa de Estudios sobre el Poder Judicial (3)*. José C. Paz: EDUNPAZ.
- Bergallo, P. (2005). ¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? Selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires. En L. Cabal y C. Motta (comps.), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes.
- Burdeo, F. (2019). Hacia la igualdad de género en el acceso a la magistratura nacional. Recientes reformas al Reglamento de Concursos Públicos de Oposición y Antecedentes para la Designación de Magistrados. *La Ley*. AR/DOC/3714/2019.
- Dalla Vía, A. R. (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Elorza, J. F. (2015). El Consejo de la Magistratura en la reforma constitucional de 1994. Antecedentes y actuación del órgano en la selección de magistrados. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral*, 49-63.
- Gelli, M. A. (2015). Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada. 4ta Edición ampliada y actualizada. Tomo II. Buenos Aires: *La Ley*.
- Gómez Fernández, I. (2021). De la litigación estratégica a la jurisprudencia con perspectiva feminista. *IberI-CONnect*. Recuperado de <https://www.ibericonnect.blog/?s=itziar>.
- Hernández Oliver, B. (2018). Mujer y Constitución: igualdad formal vs. igualdad real. En B. Pendás (dir.), *España constitucional (1978-2018) Trayectorias y perspectivas*. Tomo III (pp. 2581-2600). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Medina, G. (2018). Juzgar con perspectiva de género: ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género? *Pensamiento Civil*. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3804-juzgar-perspectiva-genero-porque-juzgar-perspectiva-genero-y-como>.
- Mill, J. S. (2005). *El sometimiento de las mujeres*. Madrid: Edaf S.A.
- Salazar Benítez, O. (2019). *La paridad como principio constitucional. Cambiando las reglas del juego*. Madrid: Seminario García Pelayo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Trejo, R. E. (2014). El Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de la Nación. *Revista Pensar Derecho*, 4, 17-34.
- Valcárcel, A. (2012). *La política de las mujeres*. Valencia: Cátedra.
- Valcárcel, A. (2018). *Feminismo en el mundo global*. Valencia: Cátedra.

La ilegitimidad de la privación de libertad de las personas menores de edad no punibles

Un enfoque desde el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia nacional



Pablo Glanc

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad demostrar que los regímenes jurídico y criminológico vigentes no permiten legitimar la privación de libertad de personas menores de 16 años en conflicto con la ley penal.

En la actualidad, aún hay sendos tribunales que sostienen la posibilidad de privar de su libertad a un/a niño, niña o adolescente (NNA) menor de 16 años tras la presunta comisión de un ilícito; para ello, suelen basarse en que –tras haber tenido la oportunidad de hacerlo– la inconstitucionalidad de la Ley N° 22278 no fue declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el artículo 19 de la Ley N° 26061 permite la privación de libertad de NNA –de conformidad con la normativa vigente– y que la legislación actual permite la adopción de medidas tutelares sobre las personas menores de edad, siendo una de ellas su privación de libertad.

En virtud de lo antedicho, propongo dos ejes diferenciados y complementarios para abordar la problemática: la privación de libertad no puede sostenerse ni como medida cautelar en el marco de una investigación penal, como así tampoco en virtud de una supuesta medida tuitiva que pretenda ser en favor del/ de la joven en cuestión. Las diferentes argumentaciones son complementarias, y su orden en este trabajo no representa prevalencia de una sobre la otra, sino mera enunciación.

La ley penal. Inimputabilidad (o no punibilidad)

En este apartado hemos de analizar si la legislación actual permite sostener una privación de libertad cautelar en el marco de una investigación penal; para ello, se ha de tener en cuenta la legislación internacional y nacional, doctrina y jurisprudencia. Pero empezaremos por lo básico, esto es, el Decreto Ley que sancionó Videla en 1980, y que específicamente modificara Bignone en 1983 que sigue rigiendo el fondo de la materia. Así, el artículo 1º de la Ley N° 22278 establece que

Artículo 1º.- No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación. Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

La norma en cuestión es clara: no puede ejercerse la ley penal hacia una persona menor de 16 años. Así, la legislación fija *iure et de iure* un límite infranqueable a la persecución penal, y toda investigación criminal que tenga como sujeto activo a un NNA menor de 16 años culminará, indefectiblemente, en su sobreseimiento. Esto es así pues la ley prevé que, de no haber alcanzado los 16 años, los jóvenes carecen de susceptibilidad de ser reprochados penalmente por un hecho ilícito, lo que implica que tampoco puedan ser alcanzados por medidas cautelares que tenderían a dar cumplimiento a una posible condena al finalizar el proceso. Esta conclusión se colige de los distintos pronunciamientos internacionales y nacionales.

En el punto máximo de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece la obligación del Estado de garantizar

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños *sin recurrir a procedimientos judiciales* (1989; el resaltado es propio).

La legislación actual, como decíamos, fija esa edad en los 16 años.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva 17/02, sostuvo que

la inimputabilidad, desde la perspectiva penal [...] es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si este carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable [...] Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica que *no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal* (2002: 105, el resaltado es propio).

Los estándares internacionales de Derechos Humanos indican que todo NNA no punible debe ser excluido de la justicia penal. Este es el criterio que se desprende del precedente de nuestro máximo tribunal “García Méndez”, ocasión en la que resolvió “excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles [...], en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las ‘diversas medidas’ ajenas a los procedimientos judiciales” (CSJN, fallo García Méndez: 2008). Este punto ha sido profundizado recientemente por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, que el 6 de febrero de 2020 afirmó que

una exégesis correcta de lo dispuesto en el art. 1 de la ley 22.278 determinar que, acreditada la edad del niño, niña o adolescente al momento del hecho, debe procederse a su desvinculación en los términos del art. 336, inc. 5, CPPN, al cese del trámite tutelar y a dar intervención a las autoridades establecidas por la ley 26.061 y a la justicia civil de ser necesario (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I; 2020).

En idéntico sentido se expresó la Sala III del mismo cuerpo colegiado, estableciendo que

parece claro que la competencia de los jueces penales de menores subsiste con fundamento legal solo en aquellos supuestos en los cuales se haya imputado un comportamiento susceptible de ser caracterizado como un ilícito a alguien respecto del cual resta verificar si se trata o no de un inimputable, esto es, en el caso de menores, si se encuentra dentro del límite de edad que el legislador establece para considerarlo absolutamente inimputable. Allí el artículo 1º de la mencionada ley (22.278) contempla lo que podría llamarse una tutela provisoria, o provisional, hasta tanto se verifique uno de los extremos que determinen que efectivamente se está frente a un menor inimputable (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III; 2018).

Por lo expuesto, la consecuencia lógica de la inimputabilidad de todo/a joven menor de 16 años tiene que ser su desvinculación de un proceso penal y no, en sus antípodas, su privación de libertad. Lo

contrario redundaría en un expansionismo punitivo que contraría el régimen de excepción a la privación de libertad, principio rector del régimen especial minoril, tal como ha quedado de manifiesto en las citas precedentes. Es que, si deviene jurídicamente imposible la imposición de toda condena, toda decisión –cualquiera fuera su fundamento– que prive de la libertad a un NNA inimputable en razón de su edad, contrariaría el principio de proporcionalidad que debe tener el derecho penal y se convertiría en una pena encubierta. Se daría la contradicción en la cual resultaría siempre e indefectiblemente más gravosa una decisión cautelar que aquella que finalice el proceso.

En el mismo sentido, pero desde diferente análisis, el artículo 37 de la CDN establece que

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. *La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda* (CDN, 1989, el resaltado es propio).

De esta manera, la Convención permite la privación de libertad de un joven, pero nos obliga, al mismo tiempo, a considerarla como medida excepcional, razón por la cual *su procedencia debe tener una interpretación totalmente restrictiva*. Siguiendo estos lineamientos, el artículo 19 de la Ley N° 26061 también prevé que “[l]a privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente”.

La única interpretación posible de las normas señaladas es aquella que emana del Comité Internacional de Derechos del Niño –organismo encargado de velar por las condiciones de vigencia de la Convención–¹, el cual en la Observación General 24 ha establecido que

Los niños difieren de los adultos en su desarrollo físico y psicológico. Dichas diferencias constituyen la base de una menor culpabilidad y de un sistema separado con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que la exposición al sistema de justicia penal causa daño a los niños, lo que limita sus posibilidades de convertirse en adultos responsables (Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 24, 2019).

¹ Las condiciones de la vigencia de un tratado hacen referencia “a la situación existente al momento de la ratificación [y a] la interpretación que realiza cada uno de los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales en su ámbito específico de competencia (informes particulares y generales, sentencias, opiniones consultivas, observaciones particulares y generales” (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2010: 27). En igual sentido, Bidart Campos (2001).

En base a ello,

El Comité recomienda que ningún niño sea privado de libertad, a menos que existan problemas genuinos de seguridad pública o salud pública, y alienta a los Estados partes a fijar un límite de edad por debajo del cual los niños no pueden ser privados legalmente de su libertad, como los 16 años de edad (Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 24, 2019, el resaltado es propio).

De la misma manera se ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas, en la cual afirmó que

La Comisión estima que los Estados deben respetar y garantizar que los niños, niñas y adolescentes que no hayan cumplido la edad prevista para infringir las leyes penales no sean procesados por su conducta y mucho menos privados de su libertad (CIDH, 2011).

Así las cosas, no solo la Convención nos obliga a interpretar la privación de libertad de una manera restrictiva, sino que todos los organismos encomendados a su interpretación y control nos definen los alcances de dicha disposición: la privación de libertad nunca puede alcanzar a los jóvenes no punibles, pues ello sería una interpretación extensiva, y la privación de libertad quedará únicamente reservada para aquellos/as NNA punibles, en cuestiones que representen “genuinos problemas de seguridad pública”.

El andamiaje jurídico se complementa con lo establecido por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing²), que en su Regla 17.1 establece que

La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) *Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada* (1989, el resaltado es propio).

² Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Entonces, para adecuarse a los criterios esgrimidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Argentina no debe privar de su libertad a una persona menor de edad si no ha sido condenado, razón por la cual en ninguna circunstancia podrá legitimarse una medida de esa naturaleza sobre NNyA que nunca podrán serlo.

No se ignora aquí que la mayoría de los casos donde se resuelve la privación de libertad de un/a joven no punible se trata de investigaciones que versan sobre hechos graves, en particular, homicidios dolosos de diferente índole. Sin embargo, no debe dejar de recordarse que nunca esos hechos podrían configurar delito alguno, pues justamente la legislación vigente y la teoría del delito nos pondrán un límite a la pretensión punitiva: no escapa al análisis de cualquier abogado que para que se configure un delito debe haber una acción típica, antijurídica y culpable; en el caso que analizamos, la ausencia de culpabilidad que acarrea la desvinculación de todo NNA menor de 16 años conlleva la carencia de reproche penal, por lo que toda medida en el ejercicio del poder punitivo deviene excesiva y, como aseveraba en la jurisprudencia precitada y en la normativa internacional reseñada, por fuera del marco legal vigente. Pero aún en delitos graves, como principio que rige la especialidad del fuero penal juvenil, la libertad de los NNA debe prevalecer.

Este es el criterio que ha sostenido la CNCCC, al resolver la exención de prisión de la imputada mayor de edad por hechos cometidos cuando era menor de edad, pero punible, aun cuando había sido declarada responsable del delito previsto y reprimido en el artículo 165 del CPN (homicidio en ocasión de robo) y había sido declarada rebelde. Al momento de otorgar la exención de prisión la CNCCC afirmó que

se trata de un proceso en que la persona ha cometido el hecho [...] cuando era menor de dieciocho años de edad y [...] lo único que resta decidir en este caso es si hay que aplicar una pena o no a la Señora A.A.D., pues ha sido declarada responsable de aquel hecho cometido cuando era niña y según la legislación interna vigente, no es imperativa la aplicación de una pena sino que esto tiene que ser estimado por el tribunal, lo cual lleva un examen de principios de proporcionalidad en el sentido de si, en estas condiciones especiales [...] se justifica una decisión que impondría su encarcelamiento [...] y corresponde conceder la exención (CNCCC, Sala de feria, 2008).

La Cámara de Casación entendió que, pese al hecho, no podía aseverarse que se imponga pena a la imputada (punible), razón por la cual la privación de libertad cautelar carecía de legitimidad y excedía la proporción que debe haber tanto en la pena con el hecho atribuido, como así también en aquellas medidas restrictivas que se impongan durante el proceso. Esta resolución es acorde a los lineamientos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos que marcan las condiciones de la vigencia de los tratados internacionales signados por nuestro país; en este contexto, y teniendo presente el precedente jurisprudencial dictado hacia una persona menor de edad punible, la aplicación de dicha medida sobre un joven no punible sería perjudicar a las NNA por su minoridad.

En similar sentido, la gravedad del hecho atribuido nunca podría ser fundamento de una medida cautelar privativa de la libertad, en tanto y en cuanto nuestro máximo tribunal ya tiene dicho, aún en el caso de personas mayores de edad, que

en tales condiciones, la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser– como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad (CSJN, *Fallos* 303:267: 1998).

Finalmente, cabe hacer una aclaración. No escapa al suscripto que, en muchas ocasiones, la edad límite de 15 años, sumado a la comisión de un hecho grave, hacen que los magistrados sientan la necesidad de adoptar medidas restrictivas para poder, de alguna manera, llevar un mínimo de reproche penal. Esta situación no hace más que ir en contra de lo que la ley taxativamente dispone: el límite de 16 años para efectuar el reproche penal. Recordemos que, en su texto original, el Decreto Ley que signaran Videla y su Ministro de Justicia, Rodríguez Varela, ponía la edad de punibilidad en los 14 años; sin embargo, el dictador Bignone debió haber considerado que dicha franja etaria era muy represiva, por lo que la elevó en 2 años. En diversas ocasiones se ha evaluado en el Congreso Nacional, marco democrático por excelencia, bajar esa valla hasta los 14 años; hasta la fecha, no ha habido consenso político y social para ello, por lo que se impone la barrera de los 16 años para el funcionamiento del sistema penal. Lo contrario sería derogar la modificación realizada al Decreto Ley durante el régimen dictatorial y retomar aquel originario signado por el primer dictador que tomó de facto la presidencia del país.

La privación de libertad como medida “en favor” de las personas menores de 16 años

En otra línea argumental, la privación de libertad de las personas menores de 16 años suele encontrar fundamento en el marco de los legajos tutelares, como medidas abordadas “en favor” del/ de la joven bajo disposición; así, no se las nomina como medidas cautelares o prisión preventiva, sino que encuentran la denominación de “internación en lugares de puertas cerradas”. Corresponde, a esta altura del análisis, examinar dicha fundamentación y mentada denominación.

La internación. En primer lugar, es dable destacar que toda resolución judicial que implique la restricción a su libertad ambulatoria y ordene a una persona que no puede retirarse de una determinada institución, está privándola de su libertad, más allá de la nominación que intente ponerle, pues por

más que se asevere que se adopta dicha medida “en su favor”, lo cierto es que la restricción a la libertad ambulatoria resuelta por un juzgado penal como consecuencia directa de su intervención por la investigación de un ilícito no es otra cosa que una privación de libertad, así sea en una institución con esa finalidad específica, o incluso en su propia vivienda. La única modificación se encuentra en la nominación, lo que no hace más que enmascarar la privación de libertad con otro nombre para intentar darle un marco normativo inexistente. Ya el máximo tribunal ha establecido que

otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “*internados*” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos (CSJN, “Maldonado”, 2005 el resaltado es propio).

Este criterio ha sido confirmado por el Comité de Derechos del Niño que, en su Observación General 24/2019, estableció que se

define la privación de libertad como “cualquier forma de detención o encarcelamiento o la colocación de una persona en un entorno de custodia pública o privada, de la cual no se le permita salir a voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (CDN, OG. 24, 2019).

Bajo esta concepción, tendríamos que preguntarnos cómo es posible concebir el encierro de una persona menor de 16 años como una medida “en su favor”. Esta línea de pensamiento solamente puede encontrar asidero en la “doctrina de la situación irregular”, que actualmente no se encuentra vigente y que no puede ser utilizada para privarlo de su libertad. Más aún, se trata de un paternalismo estatal que deja de lado los más elementales derechos constitucionales, tanto a la autonomía personal, la privacidad, y la defensa en juicio (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional). Tal como mencionara en otra oportunidad,

con sustento en esta doctrina, aún en el fuero penal, a los efectos de decidir sobre la vida y la libertad ambulatoria de los niños, niñas y adolescentes, dejaba de tener trascendencia el hecho imputado en sí y la posibilidad de reprochar penalmente una conducta, para dar lugar a las características personales del joven, causal que otorgaba –y otorga, como en el caso en estudio- fundamento a las decisiones judiciales restrictivas. Pónese a los jóvenes imputados bajo un supuesto ‘estado de peligrosidad’, que puede en cualquier momento dañar a terceros o a sí mismo (Glanc, 2020).

De esta manera, se impuso en Argentina –al igual que en la comunidad latinoamericana toda–³ la doctrina de la “situación irregular”, a través de la cual

se otorgaron plenos poderes a los jueces como para disponer de los niños y jóvenes sometidos a su jurisdicción, y se hizo depender de sus condiciones personales, las de su familia y su entorno la decisión de otorgarles la libertad luego de cometer un delito, o de imponerles penas de prisión (Cesaroni, 2010: 46).

Así, se complementaba la entonces vigente Ley N° 10903 y se configuraba un derecho penal de autor donde los jueces y juezas de menores podían decidir sobre la vida de los NNA por su personalidad y no por sus actos. El derecho penal moderno dejaba su lugar, en estos casos, para dar paso a un paternalismo estatal que obviaba los derechos y garantías de los/as jóvenes. En palabras de nuestro Máximo Tribunal,

el régimen previsto en la ley 22.278 contiene un régimen penal de la minoridad que consagra un derecho penal de autor, en tanto prevé consecuencias jurídicas similares para menores que requieren tutela por encontrarse en ‘situación irregular’ como para quienes han realizado comportamientos ilícitos (CSJN, “GJL”, 2010).

De esta manera, aun con las mejores intenciones, se otorga la potestad a jueces y juezas de apartarse de las normas y garantías del procedimiento penal, para otorgar “libertad” al momento de abordar la problemática de los y las jóvenes en conflicto con la ley penal. Sin embargo, esa “libertad” del juez o la jueza se torna directamente proporcional con la imposibilidad de NNA de ejercer su derecho de defensa en juicio. Como decía Guemureman en su compilación, “la justicia de menores sería visualizada por sus usuarios más como una instancia apropiada para regular la conflictividad social, familiar e interpersonal, que como una instancia represiva” (2005: 120). Pero es justamente el carácter difuso de las medidas adoptadas lo que permite continuar discutiendo, aún en el año 2020, si una medida que obligue a un/a adolescente a ser privado/a de libertad puede ser adoptada “a favor” de una persona. Entiendo contundente el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, que a fin de dar por tierra con la “función manifiesta”⁴ del fuero penal juvenil, aseveró que

con el pretexto de proteger los derechos del joven L.A.G. se lo sujeta a la justicia criminal sin una norma que lo habilite [...] la continuación del trámite tutelar luego de la decisión impugnada es ilustrativa de lo insatisfactorio e ineficaz de la intervención de la jurisdicción penal (CNCCC, Sala I, “G., L.A.”, 2020).

³ Conf. CSJN “Maldonado”, Recurso de hecho, c/n 1174.

⁴ “En Sociología, es clásica la distinción que la teoría funcionalista establece entre función manifiesta y función latente. La primera incluye los objetivos que se buscan de manera explícita y declarada. La segunda implica los efectos no buscados o no deseados de una acción o actividad social” (Guasch, 2000: 77).

Con la reforma constitucional de 1994, se incorporó a la Carta Magna la Convención sobre los Derechos del Niño y, con ella, se impuso un cambio de paradigma: la protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Posteriormente, y como señala la CSJN, “recientemente nuestros legisladores, en el mismo sentido de las recomendaciones de las Naciones Unidas, derogaron la ley 10.903 ‘Agote’, y la reemplazaron por la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (CSJN, “Maldonado”, 2005). De esta manera, los niños, niñas y adolescentes dejaron de ser considerados objetos de tutela, para ser sujetos plenos de derecho. El modelo de la protección integral de derechos parte de un principio básico, que no está de más expresar: las niñas, niños y adolescentes no solamente *tienen todos los derechos de las personas adultas, sino que, a su vez, tienen un plus de derechos que emergen de la situación particular de la vida en la que se encuentran, que los ponen en una situación de vulnerabilidad.*⁵ De esta manera, la especialidad del fuero de responsabilidad penal juvenil debe cesar en su poder discrecional para la toma de decisiones, y debe fundarse en las normas penales y procesales del debido proceso, a lo que debe agregarse todos los derechos y garantías propios de los niños, niñas y adolescentes en virtud del estado de vulnerabilidad que su edad, de por sí, los coloca. Lo contrario sería continuar con una doctrina que tiene como base la discreción y la anulación de las reglas del debido proceso.

Por otro lado, tomando en cuenta el momento vital en el que se encuentran, los conflictos de los NNA con la ley penal deben ser abordados, en la mayor medida posible y tal como se aseverara previamente, por fuera de la jurisdicción criminal; allí donde no se pudiere, la especialidad del fuero debe tender hacia la reparación y las medidas alternativas para resolver estos conflictos que eviten la privación de libertad. Es que las

medidas impuestas a adolescentes y a niños, cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes de las instituciones totales considerablemente agravados porque el deterioro institucional es mucho mayor en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto. La prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000: 178).

En este contexto, la privación de libertad ordenada judicialmente no podría ser considerada una medida a favor de una persona, puesto que se enmarcaría en un paternalismo que evade la participación de los NNA en las decisiones sobre su vida. Y si evaluamos la forma de vida que está llevando el joven, no hacemos más que ingresar en la doctrina de la situación irregular, largamente criticada.

⁵ Esta ha sido la jurisprudencia de la Corte IDH en “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” Excepción preliminar, fondo reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, N° 205, en “Masacre de las dos R vs. Guatemala”, del 24 de noviembre de 2009, serie C, N 211, párr. 189, y en la OC 17/02, p. 54.

Por otro lado, al momento de su sanción, la Ley N° 26061 –la última legislación específica que se ha sancionado respecto de los derechos de niñas, niños y adolescentes– determinó una división de funciones: mientras que el fuero penal tendrá a su cargo la investigación de delitos criminales, será el Poder Ejecutivo local quien tenga a su cargo la política y ejecución (valga la redundancia) de aquellas medidas que tengan como finalidad la restitución de derechos vulnerados. Ha dicho ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación que

el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes ‘debe ser implementado mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios [...] en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos [...] c) recursos económicos [...] c) medidas de protección de derecho (arts. 32 y 33)’ [...] la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática (CSJN, “García Méndez”, 2008).

En algunos casos, dichas medidas, por representar también una restricción de derechos, deben ser controladas por la justicia civil. Sin embargo, en relación a las medidas a favor de este grupo en situación de vulnerabilidad, la normativa fija un claro estándar: “En ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad” (art. 36). Las medidas a las que hace mención el artículo 33 son aquellas de protección y restitución de derechos, es decir, *a favor* de los niños, niñas y adolescentes.

Una errada lectura de la normativa en cuestión nos haría dirigir únicamente este principio rector a la Administración. Esto no sería más que un absurdo, o más bien, presumir que los/as legisladores/as han sancionado una obviedad, pues nunca la Administración puede privar de su libertad a un NNA. La única y armónica interpretación posible es que la Ley ha dejado en claro que la privación de libertad de NNA no puede utilizarse como pretexto para la restitución de sus derechos.

Conclusiones

A lo largo del presente se ha tratado de demostrar que el andamiaje jurídico actual prohíbe la privación de libertad de personas menores de edad no punibles. El derecho internacional de los derechos humanos forma una barrera contundente e implica la obligación del Estado argentino de abordar toda problemática de una persona menor de 16 años por fuera del sistema penal, con intervención, en su caso, del sistema de protección de derechos. Si bien una rápida lectura del Decreto Ley N° 22278 nos haría pensar que la adopción dicha medida es posible, lo cierto es que una interpretación armónica de toda la legislación nacional e internacional vigente obtura la posibilidad de que ello ocurra.

Para ello, ha de tomarse siempre en cuenta que la privación de libertad de un/a NNA no punible nunca podrá ser una medida cautelar a fin de garantizar el objeto de la investigación, pues la edad de la persona en cuestión sella su suerte, corta la teoría del delito y obliga a la desvinculación del/ la joven. Así, una medida cautelar privativa de la libertad de un/a joven no punible siempre resultaría una pena encubierta e ilegítima, pues sería más gravosa que el mismo objeto del proceso que se buscaría garantizar.

Por otro lado, la adopción de una medida de protección que tenga como fin la privación de libertad de una persona menor de edad no punible se enmarcaría en un paternalismo estatal propio de la política criminal diseñada por la última dictadura, que ignora no solamente las recomendaciones internacionales de los organismos específicos, sino también la obligación de la Administración local de reparar toda forma de vulneración de los derechos del colectivo en cuestión. Las medidas de protección deben ser desarrolladas por los Poderes Ejecutivos locales, que son aquellos que contarán con conocimiento del territorio, presupuesto y personal para llevar a cabo las políticas de niñez y adolescencia en general, y de los/as jóvenes con derechos conculcados en particular. Lo contrario sería una intromisión judicial en la democrática división de funciones, que terminaría cercenando derechos bajo el pretexto de defenderlos. La discrepancia de criterios, e incluso la posible inacción del Poder Ejecutivo no podría nunca dar lugar a la peligrosísima noción de actuación supletoria de la justicia penal juvenil.

Bibliografía

- Anitua, G. I. (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bidart Campos, G. J. (2001). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Cesaroni, C. (2010). *La vida como castigo. Los casos de adolescentes condenados a prisión perpetua en la Argentina*. Buenos Aires: Norma.
- Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2010). *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Glanc, P. (2020). Las disposiciones tutelares de jóvenes inimputables. De la situación irregular al paradigma de Protección Integral de Derechos. En Análisis del Derecho Penal y Procesal Penal. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 4.
- Guasch, O. (2000). *La crisis de la heterosexualidad*. Barcelona: Laertes.
- Guemureman, S. (2005). *Érase una vez... un tribunal de menores. Observatorio de demandas y respuestas judiciales en los tribunales de menores de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Vianna, A. (2007). *El mal que se adivina. Policía y minoridad en Río de Janeiro (1910- 1920)*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Zaffaroni, E. R; Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2007). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

Normativa y jurisprudencia internacional

Asamblea General de las Naciones Unidas (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas.

Comité Internacional de los Derechos del Niño (2019). Observación General 24/19.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”. Excepción preliminar, fondo reparaciones y cosas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, N° 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Masacre de las dos R vs. Guatemala”, del 24 de noviembre de 2009, serie C, N 211, par. 189.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva 17/02.

Normativa y jurisprudencia nacional

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, 2020, “G., L.A. s/ incidente de medidas tutelares”, nro. 38818/19/1.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III, 2018, “O., J. s/ incidente de medidas tutelares”, registro 1479/18, expediente número 48516/16/1.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala de Feria, 2018, “A.A.D s/exención de prisión” (c/n 500000071/2008/TO1/2/CNC/) resuelta el 24/7/2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “GJL”. G. 53. XLIV. Resuelta el 15/6/2010.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2008, “García Méndez” (*Fallos* 331: 2691).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2005, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” causa N° 1174.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1998 “Nápoli” (*Fallos* 303: 267).

Decreto Ley N° 22278.

Ley N° 26061.

Con visión congénita o visión de género

Un paseo inmoral por Tribunales



Fabiana Lorena Passini

En todo problema filosófico serio, la incertidumbre se extiende hasta las raíces mismas del problema. Se debe estar preparado para aprender algo totalmente nuevo

Claudio Martyniuk (1999: 51)

Intro - pianissimo

Para comenzar a elaborar algún tipo de análisis que refiera a la “patología” judicial a la que intentaré aludir, es necesario comprender que el término *congénito* es llevado, en este sentido, al aspecto de deformación intrínseca que nace desde tiempos anteriores a que los actores jurídicos se inserten en el propio poder judicial; desde su origen completamente patriarcal y desde sus intentos de deconstrucción, apenas penetrados por los discursos feministas pero mucho menos por la praxis de dichos movimientos. Vale recordar la definición de lo congénito para lograr entender aspectos que se encuentran subyacentes en la organización de magistraturas; entonces dice la Real Academia Española que:

Congénito es un adjetivo que se refiere a todos aquellos rasgos que son *connaturales en un individuo*, que han nacido con él, *que no han sido aprendidos*. La palabra, como tal, proviene del latín *congenitus*, y se forma con *cum*, que significa ‘con’, y *genitus*, ‘engendrado’; es decir, ‘engendrado con’. *En Biología, como congénito se designa cualquier rasgo o identidad que ha estado presente en un individuo desde su nacimiento*, que ha sido adquirido durante el *periodo de gestación* en el útero materno, o que se ha producido en el propio nacimiento.¹

Es probable, entonces, que como primera hipótesis entendamos que el poder judicial –y el administrativo (¿por qué no?)– ha nacido viciado congénitamente por sus ideas patriarcales y lo ha asumido como rasgo natural desde su creación; la tarea será en todo caso intentar desde una nueva visión filosófica pero reflejada en la práctica, de una vez por todas en forma más generalizada, aplacando la incertidumbre que puede acarrear un verdadero cambio significativo, lograr obtener alguna respuesta que se esfuerce de manera real para concretar nuevas formas de brindar una justicia con esta lógicas de género.

Por lo pronto, entonces, el planteo al que haré referencia implica entender que no se puede despatologizar un poder judicial hetero-normado pero por sobre todas las cosas, clasista y poco feminista; sin analizar los motivos por los cuales las nuevas normas adquiridas, elaboradas, instauradas y amalgamadas a los diferentes convenios internacionales y la Constitución Nacional como guía matriz para conformar un bloque de constitucionalidad que sea lo más representativo posible de la diversidad y lo más protectorio posible respecto de los sujetos en “contextos de vulnerabilidad” [Dra. Elsa Rosa Herrera *dixit*].

En la escena del hastío - piano

Hubo un momento en el que pude comenzar a visualizar la génesis de la problemática y la naturalización de la misma, en aquella puesta en escena llamada *audiencia conciliatoria de etapa previa*, la que es representada en el ámbito de la jurisdicción de familia de la provincia de Buenos Aires. Hubo un momento en esa audiencia en que los motivos por los cuales *la justicia* se diluye y dijeron presente con entonación fuerte los aspectos de la patología congénita. Hubo un momento en aquella parafernalia que intentaba ponerle coto a un conflicto intrafamiliar y me resultó insuficiente; me resultó ineficiente; me resultó casi patética. Una transita juzgados tras juzgados con la idea de resolver conflictos desde un poder judicial que se olvida los nuevos parámetros de definición de familia. Hubo un momento en que una familia en conflicto, específicamente la mujer de esta familia en representación de sus hijos, necesitó que el poder judicial visualizara su existencia y petición dentro de un contexto temporal y real; y no lo hizo.

En el mundo de lo juzgable, e incluso antes de este pasmoso estadio al que se somete (revictimizando y revictimizando) a las mujeres que han transitado por una experiencia de violencia sobre su género, se ha interpelado a quienes llevan adelante cualquier actividad en ese sentido a que actúen con lo que se

¹ “Congénito”. En *Significados.com*. Recuperado de <https://www.significados.com/congenito/> Consultado: 07 de marzo de 2021.

denomina “sensibilidad”; sensibilidad para ¿comprender?; sensibilidad para ¿decidir?; sensibilidad para ¿evaluar? Desde resoluciones administrativas hasta majestuosas conformaciones legislativas organizadas y elaboradas en el ámbito del Congreso o de organismos administrativos que ya no evitan ni se olvidan desde el aspecto lingüístico, al menos, a mencionar estos aspectos. Realmente pareciera que las buenas intenciones de redacción son una reacción que roza la hipocresía. O ¿por qué no? un momento que asimila un discurso inexorable por el contexto, pero sin fuerza. Sé que parezco cruel, pero la escena que decanta en estas líneas fue una escena repetida a diario para les abogades “de la calle”.

Desde las leyes que intentan ser lo más ampliamente protectoras hasta ínfimas resoluciones del orden de lo público, todas ellas destacan que ha llegado la hora y el momento de ajironarse. Ahora bien, la pregunta entonces que inmediatamente deberíamos hacernos es esto lo que necesitamos para lograr que los entramados de lo público otorguen respuestas en los escenarios donde las mujeres deberán sí o sí estar si les ha tocado encontrarse en el círculo de violencia, de haber sido parte de una acción violenta intrafamiliar. Esto es perfectamente factible también ampliarlo a los niños, niñas y adolescentes que suelen ser los violentados como mínimo pasivamente en este tipo de situaciones que se atraviesan en el interior de una familia.

En aquella escena de audiencia todo lo mencionado por la normativa, todo lo discutido desde paneles de congresos, desde encuentros de juristas, desde exposiciones televisivas; en aquella escena a la que me retrotraigo en este preciso momento, todo eso no fue tenido en cuenta; todo eso no tuvo peso específico alguno, no fue registrado.

El encuentro fue en el marco de una petición de alimentos; previamente se advirtió que esto comenzó con una medida precautoria por violencia familiar denunciada oportunamente, el origen de la petición fue en el marco de una violencia de género intrafamiliar; los sujetos interpelados son un hombre y una mujer (la heterosexualidad - el patriarcado), obviamente el escenario es único por las circunstancias y repetido en otros espacios de similares características; la consejera (¿sí, una mujer!) olvida su rol o nunca lo recordó; tal vez incluso no sabe cuál es su rol, con las merecidas disculpas si la difamo; el sistema también es cómplice en las designaciones de cargos judiciales y avala con su acción que estos sean ocupados con las personas inidóneas para ello. El principio de la especialización, bien gracias.

El demandado (¿sí, un hombre!) que tiene un plus, detenta fuerza de seguridad en su haber y su movimiento laboral; es representado por otra mujer, una colega (vale decir, que más allá del escenario, muy bien representado por la colega). Por último, mi representada y quien suscribe, que me salgo de esa escena; que no comprendo ¿cuándo ni dónde los conceptos del discurso registrado legislativamente y esgrimidos en algún momento previo en una orden judicial, fueron olvidados? Y vuelvo a preguntarme: ¿fueron olvidados?; para ello alguna vez debieron ser recordados. Probablemente nunca hayan sido tenidos en cuenta. El revuelo de peticiones, de contenidos de cuota alimentaria traducidos en números que especifican dinero, de solicitudes indiscutiblemente reales y necesarias; mientras que veo que en esa ficción mal representada mi representada comienza a hacerse pequeña, chiquita, se esconde, se convierte una vez más: en víctima. La orden judicial que prohibía el acercamiento de ese señor a mi representada está “vencida”; cumplida; pero, necesariamente, ese señor ¿tomó conciencia de que fue

violento?; ¿resolvió ese conflicto propio? Por supuesto que no, la justicia en este aspecto DEBE SER preventiva, ni sancionatoria, excepto delito, ni reparadora. ¡Preventiva! ¿Preventiva?

Pero nada es diferente al comienzo. El hombre le grita, Ella se “intro-vierte”; se hace cada vez más pequeña. La consejera no advierte, no mira y su rostro es hostil, diría otra vez, sin que esto sea una falta de respeto, que incluso le molesta nuestra presencia allí en su actividad laboral, en su responsabilidad judicial, en su representación estatal. La colega que lo representa no recuerda. Esa única pero reiterada escena en diferentes juzgados. Nadie recordó que la medida cautelar fue preventiva de una violencia que se signó a aquellas tipologías que, legisladas en la Ley Nacional N° 26485: psicológica y económica, es minimizada. Jamás hubo una medida ni reparadora, ni “curativa”, si hubiere algo que curar. Dado el tono de voz y el nivel del lenguaje que el señor comienza a propinar en un tono amenazante, advierto a la consejera de Familia: “Doctora, estamos ante una escena de violencia nuevamente; recuerde que este expediente se encuentra íntimamente relacionado con el de violencia; así nace, allí nace; justamente cuando hemos pedido también y en ese contexto alimentos provisorios [sic]”. La respuesta a mi modo de ver es, como mínimo, escalofriante: “¡De qué violencia me habla, Doctora! - [sic]”.

El momento evitable - forte

En cada una de estas escenas que seguramente les suenen repetidas, existe un algo que es olvidado; el rol de la justicia de familia. ¿Qué es una familia? Según los nuevos conceptos que amplían el contenido, podemos hablar de familia de la siguiente manera:

un grupo de personas unidas por el principio de solidaridad e igualdad con el objetivo de procurarse cuidado, amor, protección, alimentación, entre otras cuestiones, que no necesariamente deben tener lazos de sangre, basta en todo caso con relacionarse afectivamente y que pueden o no convivir bajo el mismo techo;

esta definición fue una de las tantas definiciones que dicho pilar social detenta. Esta definición, que es de elaboración propia pero compartida en el ámbito de una mesa de trabajo en el VII Congreso Internacional de Derecho de la Universidad de San Gil, Colombia, es una definición lo suficientemente amplia para comprender que en circunstancias donde la violencia es parte de ella corrompe necesariamente el principio de igualdad y el de solidaridad y en absoluto respeta o se liga a la referencia afectiva que es el vector de unión entre sus integrantes. La familia es lo que el Poder Judicial especializado en esta área juró proteger, pero ¿bajo qué parámetros y circunstancias?, ¿bajo qué reglas de juego?, ¿bajo cuánto esfuerzo?, ¿bajo qué paradigma filosófico?

A menudo incluso el Poder Legislativo y, en consecuencia, el Judicial, por desidia, naturalización o ¿por qué no? imposibilidad de aplicar sanciones o de que dichas sanciones no resulten eficaces a la

hora de limitar el accionar del sujeto violento omiten aceptar violencias como las denunciadas en el caso del que vengo hablando, en la recepción de las denuncias y los procesos. El confort judicial de hacer a sabiendas que se resguarda como núcleo de poder, pero en efectivo no resguarda al vulnerable que fue en busca de acceso real a la justicia. Peor aún incluso habiéndolo resguardado como en este caso, olvida haberlo hecho y atribuye dicha falta a una división de tareas interna que atenta claro contra el principio de la conexidad procesal. ¿Qué ingenuidad hablar de principios?

La pregunta revuela en mi cabeza mientras sigo suspendida en la escena del relato y tiene que ver con qué tipo de acciones efectivas deberá llevar adelante el Poder Judicial para conectar norma con realidad y con la tan mentada sensibilidad.

Tal vez la explicación esté íntimamente ligada a la formación de los profesionales, a darle el valor social real que nuestra profesión requiere, a entender que no es solo el Poder Judicial que está congénitamente obnubilado e impregnado con un sentir patriarcal, sino que los profesionales, que hemos sido engendrados desde ese sistema, adolecemos de esa insensibilidad. Somos abogados, los abogados no se involucran, el Poder Judicial menos.

Inevitablemente resulta necesario siempre recordar para ello algunas palabras de Foucault:

En suma se trata de desplazar el eje de la historia del conocimiento hacia el análisis de saberes, las prácticas discursivas que organizan y constituyen el elemento matriarcal de esos saberes, y estudiar dichas prácticas como formas reguladas de veridicción. Del conocimiento al saber. Del saber a las prácticas discursivas y las reglas de veridicción (Foucault, 2009: 73).

No resulta suficiente con la resolución legislativa, es necesario la praxis del saber desde el momento mismo de nuestra formación, dejar esa manifestación congénitamente arraigada que no nos forma desde la amplitud que estos tiempos requieren; en algunas universidades se lamentan de la aparición del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que, aunque clasista, intentó legislativamente sortear estos “defectos” de los que venimos hablando. Por ello es que no resulta suficiente, lo que debe cambiar es la MATRIX.

Conclusiones - mezzoforte

Existe la idea generalizada de que el Estado no puede, ni debe. Pues bien, debe y puede. Si esta escena que relato desde el comienzo les resulta conocida es porque el Poder Judicial de Familia está congénitamente infectado del confort que le deja el patriarcado. Pero que esto no suene una mera crítica soberbia sino una crítica de aporte, ya que esta dolencia del poder judicial es completamente reversible. Tanto o cuanto desde la formación de nuevos profesionales en este sentido como desde la observación y la mención constante que los ya formados podemos hacerle. Existe una conciencia social y una con-

ciencia del derecho, tal vez llegó la hora de que ambas paralelas se toquen. Para ello es necesario ver con nuevos ojos, con ojos donde la cuestión del género no nos parezca irrelevante, sino una forma de observar e indefectiblemente de actuar, necesariamente obligatoria hasta convertirse en la naturalización misma de la mirada con perspectivas. Una visión que nos permita pasar de meras enunciaciones judiciales a tratamientos judiciales completos, desde el inicio de las causas utilizando la conexidad con el objetivo para el que fue puesto, teniendo en cuenta el conflicto familiar de manera global y asumir que en la actualidad es completamente necesario un equipo interdisciplinario de seguimiento. ¡Sí, colegas! Nosotres no lo podemos todo, ni lo sabemos todo:

En sí mismo, el ámbito público formal (el que está protegido por la ley) es un espacio de “aparición potencial”, pero solo potencial. En su carácter institucionalizado no hay nada que lo garantice como sitio de acción política o de práctica de libertad (Zerilli, 2008: 151).

Bibliografía

- Foucault, M. (2009). *El gobierno de sí y de los otros: Curso en el Collège de France (1982-1983)*. Buenos Aires: FCE.
- Martyniuk, C. (1999). *Wittgensteinianas. Filosofía, Arte y Política*. Buenos Aires: Biblos.
- Zerilli, L. M. G. (2008). *El feminismo y el abismo de la libertad*. Madrid: FCE.

La impugnación de los actos de la Administración en el marco de la relación contractual



Tomás Rodríguez Espósito

Introducción

El derecho administrativo en general se caracteriza por una especial profusión normativa en lo que respecta a sus lineamientos, tanto generales como particulares. Esto es así, en cierto punto, derivado del hecho de que la configuración del mismo como instituto ha sido posterior a la aparición histórica del derecho privado.

En este marco de análisis, la codificación del derecho administrativo es una utopía, al menos en el ámbito federal de nuestro Estado; ello deriva en una dispersión de las normas que lo regulan, lo cual genera, en la mayoría de las situaciones que la interpretación de las mismas sea confusa, problemática y compleja.

A tales efectos, es menester recurrir constantemente a técnicas de interpretación, como la analogía o la subsidiariedad, puesto que las ambigüedades, vaguedades o contradicciones de las normas en el nivel federal de análisis presenta situaciones en las que podrían existir dos respuestas diferentes a un mismo problema jurídico, en cuyo caso deberá intentarse compatibilizarse la solución con estas, o también puede no existir una solución particular, lo cual constituiría un vacío normativo.

La Teoría General del Contrato Administrativo, y por extensión los instrumentos normativos con los que esta interactúa, no escapan a las generales de la dispersión normativa. Para comenzar, el Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional, constituido como normativa básica y

fundamental para la regulación de los contratos que celebra la Administración, se posiciona como un Decreto Delegado (Decreto N° 1023/2001), dictado en el marco de una dudosa, y también cuestionable según la doctrina general de la delegación de facultades legislativas,¹ base de delegación; lo que le otorga una naturaleza híbrida entre las facultades delegadas del Poder Legislativo de dictar las leyes, y las propias del Poder Ejecutivo al hacer uso de esa delegación, la cual, por supuesto, tiene sus marcados límites, ajustados a la ley mediante la cual se delega la facultad de dictar el reglamento, debiendo la Administración integrar la normativa en base a ella.²

Este Decreto Delegado, como tantas otras normativas que rigen la materia, genera algunas polémicas en sus puntos que podrían ser considerados inherentes a la regulación de los contratos administrativos.³ Además de tener en cuenta que solo su dictado por parte de la misma Administración, que luego deberá respetarlo y aplicarlo resulta de plano cuestionable (teniendo en cuenta que no surge de la ley de delegación una autorización expresa para dictar un Reglamento de Contrataciones, sino que se dictó en el marco de una interpretación amplia del texto de la ley), encontramos en su articulado uno de sus temas medulares, que se configura como una necesidad de interpretación por parte de los administrados: el régimen de impugnación que debe aplicarse a los actos administrativos que se dictan en el marco de un contrato administrativo.

En particular, resulta de especial interés el análisis de esta situación debido a que, puesto que las relaciones contractuales se rigen por lo dispuesto en el contrato que las produce, el contrato debería establecer la forma en la que deberían impugnarse los actos administrativos que son producto de ese contrato. Sin embargo, y tal como surge en la mayoría de los casos, los contratos administrativos generalmente no prevén la forma de impugnación de los actos que surgen en el marco de la relación contractual derivado de tales contratos.

Al no preverse específicamente esta situación en el contrato, deviene necesario recurrir a las normas generales sobre la materia, a fin de determinar la modalidad de impugnación cuando el propio instrumento guarda silencio al respecto. Y es allí en donde recae el dilema que inspira este trabajo.

La doctrina y la jurisprudencia, históricamente, consideró este tópico materia absolutamente controvertida, por cuanto sujeta a debate la aplicación del régimen general de impugnación de los actos administrativos de la Administración, previsto en el artículo 25 de la Ley de Procedimientos Administrativos (19549), computando los plazos de la forma en la que dicho artículo lo prevé.

1 Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*: Tomo 8: Teoría general del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, p. 151.

2 Al respecto, varios autores (entre ellos Gordillo y Comadira) dejaron dicho que la histórica denominación de los reglamentos delegados debería mutar a la categoría de “reglamentos de integración”, a fin de dar cuenta las implicancias restringidas de este instrumento.

3 Podría referirse, en este orden de ideas, a la forma en la que se plantean las excepciones a la licitación o concursos públicos, la imposibilidad fáctica de aplicar el instituto de la subasta pública, o bien el deficiente régimen de penalidades y sanciones que este reglamento prevé; todas cuestiones que escaparían al eje temático del presente trabajo.

Explicar, entonces, la forma en la que se vinculan las relaciones que se producen dentro de un contrato administrativo con ese mismo contrato, deviniendo luego en actos que emanan de la Administración pública implica analizar la forma en la que se considera el propio contrato administrativo.

Al respecto, la jurisprudencia y consiguientemente la doctrina consideraron a estos actos como pronunciamientos dispersos y separados de la relación contractual en la que se producen. Empero, también fueron vistos por los estrados judiciales como actos incorporados al contrato administrativo, que deben ser analizados en un contexto de unidad. Finalmente, también se introdujo un concepto intermedio, en el que se aborda una necesaria relación entre los actos administrativos, entre sí y respecto del contrato que los produce.

Estas concepciones, que más adelante analizaremos como teorías, tienen sus correlatos en los pronunciamientos de los tribunales que fueron analizando los casos y, a su vez, la doctrina fue mutando la manera en la que la letra de la ley se interpreta (cuando esta última también se modificó en algunos aspectos).

En el presente trabajo realizaremos un recorrido por las distintas concepciones de la forma en la que el acto administrativo que se genera en el marco de un contrato administrativo debería ser impugnado, siguiendo las líneas interpretativas que nos proponen los *leading cases* que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Tribunales Inferiores analizaron, a fin de generar un recorrido histórico que nos permita determinar la adecuación de las concepciones que en la actualidad se tienen respecto de la temática.

La distinción entre acto administrativo y pronunciamiento

Previo a todo análisis que pudiéramos realizar en este trabajo, corresponde dedicar algunas líneas a la determinación del objeto de estudio. En este orden de ideas, mencionábamos en la introducción que existen determinados actos que se producen en el marco de una relación contractual, los cuales generan un dilema jurídico al momento de plantear su impugnación judicial.

Al respecto, cabe dar cuenta de cuáles son aquellos actos susceptibles de impugnación en el marco de la relación contractual. Deberíamos preguntarnos, entonces, si todos los actos que emanan de la Administración son impugnables.

Así, corresponde distinguir entre los actos administrativos propiamente configurados, desde un sentido técnico, y aquellos meros pronunciamientos que dicta la Administración en el marco de un contrato administrativo. Estas dos expresiones de la Administración pública derivan, necesariamente, en consecuencias diversas, por lo que corresponde diferenciarlas y dejar en claro respecto de cuáles nos ocuparemos en el presente trabajo.

Al respecto, menciona Urrutigoity que

el acto presupone –y además pone en ejercicio– esa potestad típica, conferida o habilitada, específica y positivamente, por el ordenamiento jurídico (el poder en un Estado de Derecho y, de suyo, todas las potestades o competencias que le son específicas no son más que un producto o hechura del derecho). Sin ejercicio efectivo de esa concreta y típica potestad –previamente otorgada por el ordenamiento (aunque sea puesta en acto en exceso o con desviación de competencia)– podrá existir declaración administrativa, pero la misma será impotente (jurídicamente inapta) para producir efectos; para crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas individuales. Sin el ejercicio de esa potestad configurada y asignada en forma previa al órgano emisor de la declaración podrá haber declaración o pronunciamiento administrativo, pero faltará un elemento tipificante del acto administrativo.⁴

En tanto, los meros pronunciamientos administrativos, son aquellos en los que la Administración no genera efectos sustancialmente jurídicos, y no repercuten directamente respecto de los interesados alterando derechos subjetivos, no se consienten al no ser impugnados judicialmente, lo cual no genera la controversia que sí se produce con los actos administrativos que, como es sabido, cuentan entre sus caracteres con la presunción de legitimidad por ser expresiones de la Administración.

Además, debemos dar por sentado que tampoco lo constituyen las medidas que podrían ser consideradas como preparatorias para el ulterior dictado de un acto administrativo, como es el caso de los dictámenes jurídicos administrativos, o aquellos previstos en el artículo 80 del Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Luego, a los efectos del presente trabajo, nos ocuparemos únicamente de aquellos actos administrativos (y no decisiones administrativas), dado que producen efectos directos en la relación contractual. Para el resto de los pronunciamientos que no son actos administrativos debería seguirse, en definitiva, la vía reclamatoria prevista en el artículo 30 de la Ley N° 19549 para el agotamiento de la vía, a fin de configurar por parte de la Administración un acto que admita o rechace el planteo incoado.

Distintas concepciones teóricas y su correlato jurisprudencial

En el análisis de la forma en la que deberían impugnarse los actos administrativos que se producen en el marco de un contrato encontramos, en principio, tres interpretaciones distintas. Estas posturas doctrinarias tuvieron, a su turno, su recepción en la jurisprudencia: la teoría de la indivisibilidad (con su correlato en el fallo “Mevopal”); la teoría de la separación (con su recepción jurisprudencial en el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal “Petracca”); y, por último, la teoría de los actos coligados (tomada por los tribunales en el fallo “Serra”).

4 Urrutigoity, J. (2010). Acto administrativo y carga impugnatoria. JA, 2010-IV, suplemento del fascículo nº 9, p. 13 y ss.

En la actualidad, como veremos en el apartado siguiente, las distintas teorías y doctrinas poseen una recepción jurisprudencial variada, por cuanto en el fallo “Gypobras” la Corte retoma algunos criterios del fallo “Petracca” sin dejar de lado lo dispuesto en otros precedentes.

La doctrina de la indivisibilidad. El caso “Mevopal”

La teoría del acto indivisible, o la doctrina de la indivisibilidad, de la misma forma que sucede en algunos otros institutos de nuestro derecho administrativo argentino resulta un instituto importado del derecho administrativo francés.

Esta teoría implica concebir al contrato administrativo y a los actos que se dictan dentro de este como un todo indivisible, considerando “inseparables los actos administrativos dictados en el procedimiento de gestación o ejecución del contrato, lo que impedía su impugnación autónoma una vez celebrado el contrato”.⁵

Así las cosas, quien contratase con la Administración pública deberían interponer los recursos administrativos necesarios contra los actos que esta dictara, sin perjuicio de que luego contaría con un plazo mucho más amplio (el previsto por el artículo 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo) para impugnarlo judicialmente, a partir de la finalización del contrato.⁶

El fundamento ulterior de la teoría de la indivisibilidad radica en la necesidad de sostener la relación contractual en términos óptimos, lo cual posteriormente fue descalificado como argumento por los tribunales argentinos. Al respecto, lo que se intentaba justificar con la no exigencia de impugnar cada uno de los actos administrativos que se dictaran dentro de un contrato giraba en torno a la idea de que, al plantear impugnaciones a cada uno de esos actos administrativos, la relación contractual comenzaría a debilitarse, dañando el “espíritu de colaboración” en el marco del contrato entre las partes, y se derivaría en un necesario distracto.

En suma, al argumento que podríamos calificar como de índole social, el argumento principal de la teoría de la indivisibilidad para sugerir la impugnación de los actos administrativos que se dictaren en un contrato al final del mismo con un plazo común radicaba en la necesidad de evitar el dispendio jurisdiccional que podría traer aparejado iniciar un proceso por cada uno de esos actos, contradiciendo contados principios de celeridad, economía, sencillez, eficacia, entre otros.

5 Casarini, L. (2012). *En torno a la Impugnación de los Actos Administrativos Dictados en la Etapa de Ejecución del Contrato Administrativo*. Recuperado de www.gordillo.com

6 Cabe destacar que nos referimos al plazo límite para iniciar la demanda. En estos términos y bajo la teoría de la indivisibilidad contratista, podría interponer la misma en cualquier momento desde que se considere agotada la vía administrativa (recurriendo conforme lo prevé la vía impugnatoria al acto que revista calidad de definitivo –artículos 23 y 24 LNPA–) hasta los 90 días hábiles judiciales contados desde la finalización del contrato.

Estos principales argumentos luego serían reemplazados, entendiendo que no necesariamente la relación contractual debería debilitarse por el hecho de impugnar judicialmente un acto administrativo previo a la finalización del contrato.

La doctrina de la indivisibilidad fue receptada en nuestra jurisprudencia en el fallo “Mevopal C/ Banco Hipotecario Nacional”. Allí la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomó los lineamientos principales de esta doctrina y dejó dicho que los actos administrativos se rigen por las mismas pautas por las que se rige el contrato, por ende, las impugnaciones deberían realizarse conforme lo dispuesto en los artículos 23, 24 y 25 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Más tarde, la Corte tomaría el mismo criterio en el caso “OKS”.

La teoría del acto separable. De “Mevopal” al plenario “Petracca”

De la misma forma que mencionábamos –a su turno– que la teoría de la indivisibilidad tenía su correlato en el sistema Contencioso Administrativo francés, también encontramos la esencia de esta doctrina en dicho sistema. La teoría del acto separable surge como una reacción del Consejo de Estado francés en oposición a lo dispuesto por la doctrina de la indivisibilidad.

En resumidas cuentas, la teoría del acto separable propugnaba que cada uno de los actos que surgieran en el marco de un contrato administrativo eran, como el nombre de la teoría pregonaba, separables y autónomos entre sí, por lo cual se encontraban sujetos al régimen de impugnación particular de los actos administrativos, dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y, en particular, contaban con un plazo específico de 90 días hábiles judiciales desde agotada la vía para cada uno de esos actos.

Así, la teoría del acto separable dejaba de lado el plazo único contado a partir de la finalización del contrato administrativo que preveía la doctrina de la indivisibilidad. La doctrina afirmaba, para desestimar la idea de la indivisibilidad, que no necesariamente la impugnación de cada uno de los actos administrativos por cuerdas separadas implicaría la debilitación de la relación contractual, dado que el espíritu de colaboración es inherente a toda relación contractual, y nada tendría que ver con el respeto de un decisorio judicial.

En nuestra jurisprudencia, la teoría fue receptada en el fallo plenario “Petracca” de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, donde el tribunal dio cuenta de la necesidad de tomar la idea de la teoría de la separación de cada uno de los actos administrativos respecto del contrato del cual estos se desprenden.

Para así decidir, en su mayoría los magistrados opinaron que “el acto dictado durante la ejecución de un contrato administrativo responde a reglas propias de validez, tiene sus propias causas o funciona-

lidad específicas y, fundamentalmente, pueden ser anulados independientemente del contrato, sin afectar la validez de este”.⁷

De este modo, y con un fallo plenario, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal daría por tierra con los principales argumentos que había expresado la Corte en “Mevopal”, instituyendo una doctrina totalmente antagónica en lo que respecta al procedimiento de impugnación, fundada en que cada uno de estos actos podrían producir un agravio diferenciado de otros al contratista, por lo que este podría impugnarlos judicialmente luego de su notificación.

El acto coligado. “Serra” y una ¿tercera posición?

Tras haber delineado los presupuestos de la teoría de la indivisibilidad, y su posterior y contraria teoría del acto separable, la doctrina de las contrataciones administrativas introdujo la idea de una interpretación de los actos que surgen dentro de un contrato como una cadena de decisiones administrativas. Así surgió la doctrina del acto coligado.

Intentando ser una teoría superadora de las dos anteriores, la visión de la doctrina del acto coligado pretende integrar la visión de los actos que surgen en el marco de un contrato administrativo y el contrato del que emanan.

La doctrina del acto coligado plantea, sustancialmente, que, si bien cada uno de los actos administrativos que surgen del contrato son autónomos y poseen todos los caracteres y elementos que la teoría general del acto administrativo y la ley de procedimientos administrativos prevé, podría existir la posibilidad de que estos actos se encontraran vinculados entre sí mediante las causas y consecuencias que estos producen.

Así, los actos y el contrato son una unidad en lo que respecta a la temática, y se mantienen coligados entre sí por intermedio de los antecedentes y las consecuencias que los distintos actos administrativos abordan: en otras palabras, la razón de ser de un acto administrativo en un contrato administrativo podría radicar en un acto administrativo previo dictado en el marco del mismo contrato.

Si bien estos actos determinan y motivan a sus anteriores y posteriores, no dejan de ser actos autónomos y enteramente separables, por cuanto al momento de impugnarlos debería adoptarse un tenor similar a lo previsto en el plenario “Petracca”.

Sin embargo, la Corte, con basamento en la doctrina de la materia, particularmente en los lineamientos delineados por Barra, al momento de dictar el precedente “Serra” menciona que al existir una concatenación jurídica de los actos administrativos del contrato, relacionándose entre sí mediante la consecuencia del precedente, el administrado podría impugnar el último acto de esa cadena de actos administrativos, siempre y cuando este justifique que existe una estrecha vinculación entre los mismos.

⁷ Cámara Contencioso Administrativo Federal (1986). “Petracca e Hijos SA c/Estado Nacional”.

En conclusión, la doctrina del acto coligado se plantea como una versión superadora de las dos anteriores, que pretende incorporar elementos de ambas, pudiendo resumirse de la siguiente forma, tal como lo idearía Barra:

en los casos de independencia o no traslación, es carga del afectado impugnarlos en plazo, para no ver perjudicados sus derechos patrimoniales por aplicarse la teoría del acto firme o consentido; en cambio, en los aspectos que estos actos transfieran sus efectos a otros, o al contrario, estos podrían ser motivo de impugnación por los vicios traspasados, en la medida en que el agravio que genera el acto antecedente haya sido la causa del agravio generado por el acto consecuente, pudiendo, en este caso, no impugnarse el antecedente, sino aguardar hasta que la repercusión traslade el agravio al consecuente, para impugnar recién a este, ya que en tales supuestos el plazo de caducidad de la acción judicial de impugnación empieza a correr desde que cause estado el acto consecuente.⁸

El panorama actual

Luego del dictado del precedente “Serra”, la Corte se volvió a expresar respecto de la impugnación de los actos administrativos en el marco de un contrato en el caso “Gypobras S.A.”. En dicho precedente, la Corte no adopta directamente la teoría de los actos coligados, sino que hace una remisión a la teoría de la separación. Sin embargo, según la doctrina, esto no implicaría que la doctrina de los actos coligados no sea aún receptada por nuestro máximo tribunal, puesto que ambas teorías resultan compatibles entre sí.

Sin embargo, no todo está dicho respecto de la inclinación doctrinaria de nuestro máximo tribunal, puesto que, en un precedente reciente, en los autos caratulados *Condesa del Mar S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclinó nuevamente por la teoría de los actos coligados.

En suma, a la reseña jurisprudencial y doctrinaria que realizamos hasta este punto del trabajo, el Decreto N° 1023/2001 modificó el artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, agregando, respecto de la finalidad (inciso F) que “los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el sector público nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del presente título, en cuanto fuere pertinente”.

De esta modificación se derivan algunas conclusiones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que, de no existir alguna normativa específica que prevea la forma en la que deben regirse los contratos, los actos que se dicten en el marco de los mismos deberán cumplir, como todo acto administrativo, con lo dispuesto en el título tercero de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, puesto que la misma se aplica de forma directa en cuanto fuere pertinente.

8 Barra, R. C. (1989). *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*. Buenos Aires: Ábaco.

Respecto del tema que nos convoca, entendemos, junto con la mayor parte de la doctrina, que la aplicación del procedimiento impugnatorio del título cuarto de dicha ley se reputaría de manera supletoria, es decir, en caso de no existir una regulación específica (incluyendo en este punto los pliegos de bases y condiciones) que prevea la forma en la que estos actos deben ser impugnados.

Conclusiones

Hasta este punto del trabajo hemos analizado cada una de las teorías, con sus respectivas recepciones jurisprudenciales, que en el transcurso de los años fueron recayendo sobre la interpretación que debería darse al procedimiento de impugnación de los actos administrativos dictados en el marco de los contratos que celebra la Administración.

Empero, resulta menester, para cerrar este trabajo, realizar algunas conclusiones, a modo de valoración o ponderación de la temática.

En primer lugar, es notable que la conteste doctrina sobre la materia continúa dividida respecto de la aceptación doctrinaria de la teoría de la separación o la teoría de los actos coligados. Holgadamente los doctrinarios argumentan que resultan ampliamente incompatibles ambas soluciones teóricas, por cuanto sería necesario adoptar una postura.

Habida cuenta que el derecho no resulta de una operación matemática, sería aceptable que la solución frente a un conflicto jurídico no sea unívoca, y mucho menos que esta sea aceptada por la totalidad de la doctrina.

Resulta entendible, y hasta cierto punto deseable, que en ciertos contratos administrativos en los que existe una marcada correlación entre los actos que dentro de este se dicten se recepte una solución doctrinaria similar a la propuesta por la teoría de los actos coligados, teniendo en cuenta que resulta una solución que, además de garantizar el acceso a la justicia y la recurribilidad de cada una de las decisiones administrativas (de la misma forma que lo garantiza la doctrina de los actos separables), adquiere una relevancia particular en cuanto permite avanzar en cuanto a la celeridad, economía y eficacia de los procesos, incoando un único proceso jurisdiccional para cuestionar una serie de acciones administrativas en los que, si bien no poseen identidad de objeto única, se constituyen con antecedentes y consecuentes similares.

De este modo, y con una jurisprudencia variable de nuestro máximo tribunal, todo indicaría que nos encontramos iniciando una etapa en la cual la regla general continuaría siendo la teoría de los actos separables, por razones técnicas de análisis de los propios elementos de cada uno de los actos administrativos, los cuales resultan ser autónomos; sin embargo, y solo en ciertos supuestos en los que se encuentre ampliamente probada la correlación de antecedentes y consecuentes, podría avanzarse en torno a una idea de impugnación por actos coligados.

Sin embargo, y ante la inexistencia de una normativa unívoca en la materia, continuaremos hasta tanto se codifique activamente el derecho administrativo federal realizando interpretaciones jurisprudenciales, e intentando delinear, con apego a estas, criterios de hermenéutica que suplan los vacíos normativos que poseen tanto el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional como la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, además de sus sendos Decretos Reglamentarios.

Objetivismo y subjetivismo moral en la trinchera de la enseñanza del derecho



Martín Zuleta (UBA/UNDAV)

A partir de la distinción clásica entre contenidos conceptuales, procedimentales y actitudinales en la enseñanza en general, y en la enseñanza en el campo de una teoría general acerca de una práctica social (me refiero a la Teoría General del Derecho) en particular, en este trabajo me propongo reflexionar acerca de la idea de justicia que atraviesa nuestra práctica docente al abordar contenidos de ética normativa y de ética analítica.

Partiendo del compromiso con los derechos fundamentales y el rol de transformador social del derecho que proponemos como horizonte, en tanto contenidos actitudinales, por una parte, y los contenidos conceptuales referidos a las diversas posturas metaéticas y su viabilidad teórica, por la otra, centraré el análisis en la distinción de siete posturas éticas posibles que propone James Fishkin (entre el absolutismo y el amoralismo), y la propuesta post-positivista de Manuel Atienza como andamiaje sobre el cual sostener el estatus de los derechos fundamentales. Finalmente, propondré una alternativa que tome en cuenta a las “convicciones políticas” como categoría teórica que excede el marco de las simples preferencias y ocupa un rol compatible con el de los enunciados morales correctos que propone el objetivismo moral mínimo.

Como este trabajo fue producido para un encuentro de profesores de filosofía del derecho, me pareció pertinente proponer esta reflexión partiendo de nuestros objetivos en tanto docentes universitarios públicamente declarados.

En la página web de la carrera de abogacía de la Universidad Nacional de Avellaneda, en la que me desempeño al frente de aulas, y estoy seguro de que en otras carreras de derecho ocurre otro tanto, se declaran los siguientes objetivos de la carrera:

-Fomentar la vocación por el servicio público en los futuros abogados y abogadas.

-Abogar por la construcción de valores democráticos, la construcción de ciudadanía y el desarrollo de la comunidad local.

-Promover por medio de programas académicos innovadores la capacitación de abogados y abogadas con una sólida formación en derecho público, gestión pública y administración de justicia.

-Incentivar en los profesionales del Derecho un fuerte sentido de compromiso con la defensa del interés público y el Estado.

-Articular funciones y tareas de enseñanza, investigación y extensión universitaria.¹

Como se ve, de los cinco objetivos declarados, tres implican el compromiso con algún tipo de valor ético que tenemos como misión transmitir a los estudiantes para que lo hagan propio. Si lo planteamos desde la tradicional distinción entre “saberes conceptuales, procedimentales y actitudinales”, parece que los saberes actitudinales ocupan, o deberían ocupar, un espacio muy significativo en nuestro currículo.

Sin embargo, desde el punto de vista teórico, y siguiendo la calificación de diversas posiciones metaéticas que propone James Fishkin (1984)² entre absolutismo moral en un extremo y amoralismo en el opuesto, me atrevería a decir que tanto los que vienen de una tradición analítica-positivista como quienes se identifican con una posición netamente crítica, todos nos encontramos más cercanos a posiciones entre relativistas y subjetivistas, pero difícilmente nos ubiquemos en posiciones cercanas a alguna clase de realismo moral.

En otras palabras, posiblemente tengamos diferencias respecto de la pretensión (que Fishkin atribuye a los subjetivistas pero no a los relativistas) de que los propios juicios se apliquen universalmente, coherentemente a todos, de forma que casos relevantemente similares se tratan de similar forma; pero estemos de acuerdo en la falsedad de la posición objetivista que pretende, adicionalmente, que esos juicios son *objetivamente válidos*, que su aplicación coherente a todos se apoya en consideraciones que todos deberían aceptar si contemplaran el problema desde la perspectiva moral apropiada.

1 UNDAV (s/f), *Abogacía*. Recuperado de <https://undav.edu.ar/general/recursos/adjuntos/13711.pdf>

2 Las siete posturas metaéticas que propone Fishkin son el absolutismo moral (los propios juicios son absolutos), el rigorismo (los propios juicios son inviolables y sería incorrecto permitir excepciones a los mismos), el objetivismo moral mínimo (los propios juicios son objetivamente válidos), el universalismo subjetivo (los propios juicios se aplican universalmente, coherentemente a todos), el relativismo (los propios juicios se aplican tanto a los otros como a uno mismo), el personalismo (los propios juicios solo se aplican a uno mismo) y el amoralismo. Cada una de las posturas sostiene una tesis más débil que la anterior respecto de la universalidad de la validez de los juicios morales.

Ahora bien, ¿cómo hacemos funcionar, honestamente, esta aparente contradicción entre defender posturas que rechazan el objetivismo moral y nuestro incuestionado compromiso con la transmisión de un compromiso con los derechos fundamentales y la defensa de los intereses de nuestro pueblo?

Una postura objetivista moral “mínima”, como la que sostiene Manuel Atienza (2017) puede resultar interesante como punto de partida para la discusión. Esa clase de objetivismo moral se diferencia de las diversas versiones del realismo y se asemeja a la postura de Habermas respecto de que el concepto de “verdad” implica una referencia al mundo que el concepto de “corrección” no conlleva; la “corrección” se limitaría a una “aceptabilidad idealmente justificada”.

Esta postura no pretende que sus juicios morales “correctos” son absolutos, racionalmente incuestionables; ni pretende que es objetivamente erróneo violarlos en cualquier caso; sino que los juicios son *objetivamente válidos* en tanto su aplicación constante a cada uno está basada en consideraciones que cada uno debería aceptar si contemplara el problema desde la *perspectiva apropiada*. El objetivismo sería entonces una posición “falibilista”, es decir que si bien los juicios morales tienen la pretensión de ser correctos, no existe una garantía metafísica de que no tengan que ser revisados.

Atienza dice que esta reivindicación del objetivismo tiene relevancia porque quien reivindica un derecho no lo hace simplemente porque él o el grupo del que él forma parte tenga esa clase de preferencia, sino porque considera que eso es lo correcto. No cree que se trate de una simple elección, injustificable, sino de alguna otra clase de pretensión de mayor fuerza. Una pretensión que implica que cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo con ella, y si no lo estuviera se estaría equivocando.

Mi propuesta es que existe un tipo de preferencia que, sin dejar de serlo, cumple sin embargo con los criterios que Atienza atribuye a los juicios morales objetivos. Se trata de preferencias de las cuales pretendemos corrección, y de las cuales pretendemos que cualquier persona razonable tendría que estar de acuerdo, tendría que “querer lo mismo”. En ese tipo de preferencias se basan las reivindicaciones de los derechos y las llamo, a falta de mejor término, “convicciones políticas”.

Estas “convicciones” son juicios justificados acerca de cómo debe ser el mundo, que tienen pretensión de validez y que *merecen ser aceptadas por todos los participantes*.

Respecto de la falibilidad, la idea de que las creencias morales son juicios en los que estaríamos todos de acuerdo si todos viéramos las cosas desde la misma perspectiva (la “apropiada”), y cuya corrección no está garantizada sino que, por el contrario, podemos ser persuadidos de ver el problema desde otra perspectiva –y renunciar a la que era “apropiada” hasta entonces– y, por lo tanto, descubrir la nueva verdad moral parece compatible, de todo punto, con la idea de las convicciones como preferencias fuertes, pero no infalibles, y que pueden cambiar luego de un diálogo racional en que nos demuestren de un modo aceptable para nosotros que nuestra perspectiva no era la mejor posible.

Es por esto que considero que, para poder defender posturas morales como correctas, no es necesario postular la existencia de unas proposiciones que no tienen correlato en el mundo físico ni en el mundo metafísico, y cuya verdad o corrección no es absoluta, pero tampoco es relativa. Creo que tratar a las

convicciones morales y políticas como juicios acerca de cómo debe ser el mundo que pretendemos, correctos y universales para todas las personas razonables, válidos hasta tanto alguien nos convenza de que estábamos equivocados, cumple una función equivalente y resulta un concepto menos teñido de connotaciones ontológicas y, por lo tanto, más claro.

A partir de esta idea, creo que debemos ensayar una defensa teórica de las convicciones políticas como valores cuyo contenido puede y debe ser racionalmente debatido. De este modo, podemos superar el reduccionismo normativista de la tradición iusfilosófica y cumplir con el mandato que nos hemos impuesto de transmitir como correctos contenidos actitudinales y valores específicos a nuestros estudiantes, sin renunciar, para ello, a nuestras posturas teóricas.

Referencias bibliográficas

Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2009). Dejemos atrás el positivismo jurídico, en *Para una teoría postpositivista del Derecho*. Lima/Bogotá: Palestra/Themis.

Bulygin, E. (1987). Sobre el status ontológico de los Derechos Humanos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4.

Fishkin, J. S. (1984). *Beyond Subjective Morality. Ethical Reasoning and Political Philosophy*. New Haven: Yale UP.

Habermas, J. (2002). *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*. Madrid: Trotta.

Una familia que lucha por sus derechos y la Práctica Profesional Territorial de UNPAZ. A propósito del caso “L., A. Y. y D. J. O., P. B.”

Conversaciones con Marcela y Valeria



Gonzalo Gastón Semeria

Desde *Ab-Revista de abogacía* queremos compartir con ustedes algunos fragmentos del diálogo que mantuvimos con Marcela y Valeria, dos graduadas de la carrera de Abogacía de UNPAZ que han formado parte del grupo de estudiantes de la Práctica Profesional Territorial,¹ que trabajó arduamente durante 2019 para que el niño T y sus madres gocen plenamente de su derecho a la identidad y a formar una familia. Una historia en cuyas tramas pueden rastrearse la intersección de múltiples situaciones de vulnerabilidad, la resistencia a la opresión y la paradojalidad del derecho. Al leer este relato no pueden obviarse las referencias al momento político, la situación socioeconómica de las mamás consultantes y el recrudescimiento de las lógicas excluyentes del neoliberalismo, que potencian las experiencias poco hospitalarias de encuentros entre las biografías no hegemónicas y los representantes del *statu quo*.

En el artículo del profesor Díaz Bardelli, que recomendamos leer previamente, se nos presenta un pormenorizado abordaje iusfilosófico del caso. En esta oportunidad, les ofrecemos una síntesis de las experiencias que Marcela y Valeria nos acercaron, de sus impresiones y reflexiones. Creemos que en sus palabras puede rastrearse, en toda su complejidad, lo que sucede cuando una necesidad, que lucha por ser derecho, en-

¹ Desde *Ab-Revista de abogacía* contactamos a los/as estudiantes de la Práctica Profesional Territorial que participaron del caso, a través de su docente Ñaki Regueiro De Giacomi. Marcela y Valeria nos manifestaron su interés por participar en esta entrevista, que aconteció en la tarde del miércoles 21 de abril de 2021. Agregan que la estudiante Daniela Ali, que formaba parte del grupo, no pudo sumarse al encuentro, pero que según las palabras de Marcela “es la otra pata de este triángulo poderoso”. Asimismo, han reconocido el trabajo de otros integrantes del curso que han trabajado el caso: Gabriela Schamne, Patricio Sandrini y Sebastián Moyano.

cuentra una universidad, estudiantes, docentes y un proyecto, unidos en la construcción de una sociedad más igualitaria.

Brevemente, y como complemento del artículo arriba mencionado, señalaremos que la historia de este expediente partió, como la de tantos otros, de una negativa; un acto de exclusión que nos señala por dónde pasan las relaciones de poder en un momento dado. En este caso, la delegación local del Registro de las Personas se negó a expedir el DNI e inscribir al niño T como hijo del matrimonio de dos mujeres, que decidieron ser madres por medio de técnicas de reproducción humana asistida sin intervención médica. Ambas acudieron al Consultorio Jurídico Gratuito de la UNPAZ, que recibió su historia y acompañó en el proceso por el reconocimiento de sus derechos como madres y del niño T como hijo. En su historia podemos advertir la fuerza y la violencia del carácter performativo del derecho señalado por las corrientes críticas. Pues, cuando este te nombra como madre, padre, trabajadora, empresario, jueza, socio, comerciante o cualquier otra cosa, está produciendo el efecto/convirtiéndonos en eso que dice que somos.²

Pensar la abogacía como una actividad que se desentiende de lo que sucede fuera de los códigos, que ignora las biografías y calla los dolores no parece ser la forma en la que se posicionan Marcela y Valeria; y nos lo hicieron saber a pocos segundos de comenzar nuestra charla virtual, en la tarde del pasado 21 de abril. Las dos compañeras junto con Iñaki, su entonces profesor, que también nos acompaña desde su pantalla, guardan en sus miradas la complicidad de quienes compartieron mucho más que una cursada, un trabajo práctico o un espacio común. No es casual, entonces, que la palabra *empatía* sea de las más mencionadas en todo nuestro encuentro.

Las historias de los/as estudiantes de UNPAZ son muy diversas, pero en algunos puntos se conectan con esa frase pintada sobre una de las paredes centrales del edificio central: “la Universidad está cerca”. Una cercanía que, como dijo Valeria, hacen de la UNPAZ una universidad que entendió como ninguna otra la lógica del conurbano, abrazando, incluyendo y transformando las realidades. Marcela Correia d’Albuquerque tiene 57 años; durante muchos años se dedicó a la docencia y militancia sindical. Hoy como graduada sigue siendo estudiante de UNPAZ; junto con Andrea Valeria Ochoa se encuentran cursando la maestría en Políticas Públicas y Feminismos de nuestra Escuela de Posgrados. Valeria, quien también es licenciada en enfermería, tiene 37 años y nunca se imaginó estudiar abogacía; pero su recorrido le mostró que salud y derecho son dos claves en la defensa de los sectores en situación de vulnerabilidad.

El primer eje de nuestra charla se propuso encontrar una frase o palabra que pudiera transmitir el nudo de esta historia devenida en caso judicial. Marcela y Valeria coincidieron en que la palabra injusticia moviliza esta trama. Agudamente, Marcela sentenció: “es un escándalo jurídico que un montón de personas de los sectores en situación de vulnerabilidad tenga que recurrir a la justicia para ejercer sus derechos”. Señala lo indignante que resulta que para muchos el ejercicio de los derechos devenga en un privilegio. Valeria, interrumpió y agregó que: “estas situaciones muestran las inconsistencias entre la igualdad formal y material,

2 Para profundizar estos temas recomendamos los siguientes artículos: Ruiz, A. E. C. (2008). Cuestiones acerca de derecho y mujeres en Revista Aportes 25. Recuperado de <https://www.asociacionag.org.ar/pdf/aportes/25/08.pdf> y Ruiz, A. E. C. (2008). Asumir la vulnerabilidad. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29256.pdf>

y lo necesario que resulta trabajar para que los grupos vulnerables y las disidencias tengan que terminar reclamando en la justicia para tener materialmente los derechos que gozan quienes se consideran normales en la sociedad, como la persona blanca y heterosexual”.

La cadencia en sus voces nos condujo directamente a la pregunta por las sensaciones, por la movilización de los afectos, en un plano personal y grupal, que emergen al tratar con historias como la relatada por las consultantes. Inmediatamente, Marcela destaca que la maternidad fue el primer punto de contacto emocional con la historia: “todas somos madres y nos conmovió el grado de desamparo de esas mamás, de esa familia”. También mencionó que un varón del grupo que trabajó el año anterior en el caso, con quien además cursaron otras materias, conectó con la misma empatía, mostrando que más allá de la situación de maternidad que ellas compartían, en el curso de la Práctica Profesional Territorial se percibía que la historia de las chicas y el niño T simbolizaba el retrato de una injusticia muy potente en nuestro tiempo: la discriminación que sufren los sectores populares y las personas que se posicionan por fuera de la heteronormatividad.

Valeria afirmó con vehemencia, aunque luego relativizó un poco, que los recorridos y militancias previas de las integrantes del grupo fueron centrales para el desenlace de la historia. Sin querer caer en un análisis contrafáctico de lo que hubiera ocurrido, resumió

a nosotras nos dio mucha bronca y empatía. Nos juntamos mucho con las chicas y el bebé para hablar, no lo podíamos creer, que por no tener el DNI no tenía todos los otros derechos. Yo que vengo de salud, me daba muchísima bronca, porque uno sabe la importancia de todos los chequeos y estudios necesarios en el primer año de vida y ese pibe no puede acceder.

Mostrando su involucramiento con la historia, agregó que

El compromiso no se agotaba con un escrito, sino que conseguíamos turnos médicos. Hablé con compañeros del Hospital Garrahan, un montón de cosas, mucho más que el trabajo de un expediente. Ojalá que nunca perdamos eso. En salud te dicen que el primer paciente que se te muere te duele y después te deja de doler, yo no estoy tan de acuerdo. Espero que en esta vida de abogada no me suceda esto de la no-empatía.

Luego, Marcela insistió en señalar que

todos en el grupo entendíamos que esto era una injusticia, no había una controversia al interior del curso. Lo que encontramos era funcionarios que no estaban cumpliendo con su rol y una familia sufriendo y todos los derechos del niño vulnerados. Nos conectamos desde la emoción, empalmamos lo racional con lo emocional. Viste que te dicen que tenés que ser frío. Bueno, no, es mentira. No tenés que ser frío, tenés que empalmar la emocionalidad con la racionalidad y buscar lo mejor. Y lo mejor en un caso que es injusto es buscar justicia.

Como en muchas otras historias marcadas por la exclusión y discriminación, se tejen múltiples redes de solidaridad que abrazan, acompañan y ayudan a sostener a esos cuerpos, a esas biografías que nuestra sociedad descarta, anula y expulsa. Lo paradójico de todo esto, y aquí el entrevistador se permite una reflexión, se funda en el carácter discursivo del derecho como discurso del poder que elude y alude, habilita y cancela, pero no cierra por completo las rejas de una jaula de hierro. Hay espacios de resistencia, de reformulación, de disputa de sentido. Es el Estado, desde un Registro, obstaculizando el acceso a los derechos y desde una universidad pública, reclamando e impulsando su pleno reconocimiento. No queríamos dejar de hacer esta mención, que sabemos no agota la complejidad de la porosidad del Estado y de las relaciones de poder que construyen nuestra sociedad; pero entendemos que de no señalarlo estaríamos presentando una fotografía trucada.

Las familias y la reproducción humana no han sido ajenas al Código; desde el tratamiento en singular y las ficciones aritméticas del viejo, hasta el reconocimiento normativo de la diversidad y de las técnicas de reproducción asistidas del nuevo, el derecho civil se ha ocupado de regular este aspecto tan íntimo de los derechos humanos. Sin embargo, Marcela y Valeria detectaron que el abordaje actual resulta insuficiente al no contemplar las técnicas humanas de reproducción asistida no institucionalizadas por el sistema sanitario. Incluso ponen en manifiesto que la bibliografía y doctrina más especializada y comprometida tampoco ofrece una respuesta contundente ante estas formas de reproducción y construcción de familias.

Este caso, coinciden ambas, pone en tensión la letra del nuevo Código e impulsa su propia deconstrucción a través de su lectura desde los derechos humanos. Así es que Marcela, como un grito plebeyo, afirmó

Hay algo que te da la calle, la militancia, yo soy peronista, es mi posición frente a la vida. Entonces cada vez que alguna persona sufre una injusticia, mi posición es tratar de ver de qué manera mis compañeros y yo podemos resolverlo. Una carrera universitaria te da herramientas, pero lo que a mí me orienta en la vida es mi mirada de mundo. Entonces la abogacía, el profesorado, ser madre, todo lo que hice está orientado en ese sentido. Creo que, por ejemplo, en discusiones técnicas cuando no sabes, pero estas empatizando con el sufrimiento del otro, buscas el tecnicismo solo como herramienta para resolver ese sufrimiento, porque si no el tecnicismo por el tecnicismo no sirve.

Y así, desde su empatía y desazón ante las “fallas” del derecho, se propusieron avanzar en lograr que esa necesidad sea materializada efectivamente en un derecho.

En su relato Marcela nos muestra la perplejidad que le produce la resistencia de los operadores del derecho a leer desde una lente no heteronormativa la propia norma jurídica; exaltada nos dice “el niño había nacido dentro del matrimonio, en el Código no hay otra opción, es una presunción que se aplica a todas las filiaciones de este tipo”; o ¿acaso –agregamos nosotros para secundar su argumento– se realizan estudios de ADN para comprobar la filiación de los/as hijos/as nacidos/as en matrimonios heterosexuales?. Bien sabemos que la persona gestante en esas familias podría inseminarse por una persona distinta a su “marido”. Sin embargo, esa situación pareciera no preocuparle mucho al derecho, atento a que con esa ficción se evita

mostrar las grietas del patriarcado. Que dos mujeres desafíen su lógica de regulación enciende las alarmas y pone en marcha sus dispositivos de control. Es así que Marcela recordó la resistencia que enfrentaron en las distintas reparticiones públicas por las que tramitó el caso. Incluso recuerda que un funcionario les dijo a las madres, ya agobiadas, que “si ellas querían podían irse ahora con el DNI del niño T con una madre, y que luego las ayudarían para el trámite de filiación de la otra mamá”. Iñaki y Marcela, que acompañaron en esa oportunidad a las madres, nos insisten en remarcar el tono sarcástico con el que interpretaron ese ofrecimiento de ayuda, al que definieron como un “chantaje” al implicar una violación al derecho del niño y de la madre no gestante. Con todas sus fuerzas las madres se negaron, considerando que ello implicaba un tal atropello a su derecho como familia, no teniendo otra alternativa que iniciar el trámite judicial.

Valeria y Marcela destacan que en todo este recorrido “hasta salir del Registro de San Miguel con el DNI del niño T primó un abordaje colectivo”, señalando que en la cursada de la práctica se discutieron y pensaron las estrategias junto con los distintos grupos. En esas instancias de debate descubrían que muchas veces la realidad de los/as consultantes supera lo aprendido en el manual de las materias codificadas. Además, insisten en lo necesario que resulta lograr que cada vez más docentes y estudiantes se comprometan a complejizar los abordajes e incorporar el enfoque de género a las distintas cursadas.

La noticia de la sentencia favorable fue uno de los momentos más álgidos de esta experiencia formativa. Valeria recordó que fue un martes en el que no se la esperaban, “fuimos todos a lo de Pipi y llamamos a la mamá gestante, le leí la parte resolutive, todos lloramos”. Agregó Marcela que también aprendieron, luego de la electricidad de la emoción, que después del fallo no terminaba la historia,

todavía faltaba que vuelva a La Plata, el capítulo final fue salir de la delegación de San Miguel con el número de DNI. Entre el 30 de agosto (de 2019) que fue la sentencia y eso ya había pasado otro mes largo. Pero bueno, por una vez, ganó la justicia. Saber eso te alimenta para los desafíos que quedan por venir.

Con humildad, Marcela y Valeria no reparan con la contundencia que merece el reconocimiento a su esfuerzo y labor, no jactándose de las citas y referencias textuales a sus escritos en los considerandos de la sentencia. Quizás porque lo que las mueve no es el bronce de los “leading cases”, sino la empatía y el compromiso con las biografías que, como las de ellas y como las nuestras, sortean las injusticias gracias a compañeros y compañeras que solidariamente acompañan, sostienen y luchan por transformar las injusticias en justicia.

Desde *Ab-Revista de abogacía* celebramos que los/as estudiantes de nuestra Universidad tenga ese compromiso con los/as otros/as, se movilicen por las causas populares, se enojen cuando se vulneren derechos y trabajen por la inclusión de todos y todas en una sociedad cada vez más justa.

“Ser futbolista y estudiar una carrera universitaria no son incompatibles, para nada”

Conversaciones con Andrés Paton Urich



Martín Cormick

Andrés Paton Urich es, actualmente, el asesor legal de AFA desde 2017. Como muchos otros chicos de nuestro país, Andrés soñaba con ser jugador de fútbol, y así fue que se inició en Platense –club del que es hincha–, pero logró debutar en 1994 en Colegiales, en donde, en paralelo, se pone a estudiar derecho, retirándose, y al año se recibe. Reconoce que en aquella época eran muy pocos los que se animaban a estudiar mientras jugaban –y hoy por suerte son muchos y muchas más–, y que, de hecho, llegó a Derecho luego de descartar Periodismo. Si bien el padre es abogado, “para lo único que me sirvió estudiar periodismo fue para darme cuenta que quería estudiar derecho, porque fue la única materia que me gustó de periodismo”. “Decidí estudiar en la UBA, y no en una privada, y, si bien con altibajos lógicos por la carrera como futbolista, logro recibirme”.

Mirando en el espejo retrovisor, reconoce como muy valioso “haber hecho el esfuerzo, e incluso –piensa– pude jugar algunos años más, no eran incompatibles para nada. Hoy les aconsejo a los chicos del ascenso eso, son absolutamente complementarios”. La carrera como abogado lo llevó a un mundo de lo más variopinto. Pasó por un estudio jurídico de bancos, pasó por el Gobierno de la Ciudad en un proyecto que no salió del todo bien, de ahí a manejar concursos y quiebras en un fideicomiso de la Provincia de Buenos Aires y, casi en su debut, entró en el Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación, en 2009. Pero, en paralelo, “en 2003 mi club, Platense, andaba con muchos problemas, cerca de quebrar, y me acerqué –con la experiencia en el tema de quiebras–, di una mano, y a partir de ahí, casi sin pestañar, se resolvió favorablemente el concurso y no quebramos, se presentó gente afín en las elecciones del club y ganó, me ofrecieron ser el abogado, lugar en donde estuve 12 años”. Y de alguna

manera nuevamente los caminos del fútbol y la profesión se juntaron. “Nada más lindo que colaborar profesionalmente en el club del que sos socio e hincha”. Su conocimiento lo llevó a terminar asesorando una veintena de clubes; por lo tanto, lo que empezó siendo una tarea *ad honorem* se transformó en una veta profesional más que interesante. En esa etapa conoce a Tapia, quien le ofrece al asumir como presidente asumir el cargo actual. Y en este contexto, tuvo el honor de defender legalmente a Messi. “Obvio que es un orgullo ser el asesor legal de AFA, y encima defender al mejor jugador del mundo. Lo hicimos dos veces, y nos fue muy bien, por suerte. Asumimos y poco tiempo antes lo habían suspendido por la pelea con el línea en el partido con Chile, le habían dado 4 fechas, apelamos en Zurich y le sacaron la sanción. Imaginate el espaldarazo para mi gestión” –reflexiona–. Y después, “la de la Copa América, y sus declaraciones, que terminaron en una sanción menor”. Concluye Paton que “para alguien que ama el fútbol y el derecho como yo, defender a Messi en un tema legal y que te vaya bien es impagable”. Seguramente lo es.