

CIDIJLIP

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

RODRIGO ADRIÁN VILLA. El principio de amplitud probatoria frente a la garantía de presunción de inocencia en los casos de abuso sexual.

ANDRÉS ANÍBAL OLIÉ. Régimen legal de la prisión preventiva en la provincia de La Pampa. Su compatibilidad con los estándares del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

JOSEFINA ERRAZQUIN. El doble trabajo de la mujer y su recepción en la Ley de Contrato de Trabajo.

ELIANA MARIEL FERRERO. La compensación económica ante el cese de la unión convivencial y la obligada perspectiva de género.

MARÍA GABRIELA BRIZZI. El derecho de niños y niñas a la educación en el marco constitucional argentino. El uso del litigio estratégico como herramienta para su exigibilidad

YANINA MARIANA VILCA. El caso de Flavia S. Mala víctima, buena victimaria.

LIGIA INGRID MELCHIOR. Más allá de la cultura, mi derecho.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2023

Presidente

DR. FABRICIO I. LUIS LOSI

Ministros

DRA. MARÍA VERÓNICA CAMPO

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DR. JOSÉ ROBERTO SAPPA

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

ANAVELIA ÁLVAREZ

TOMÁS AGUSTÍN GÓMEZ

ROMINA MARASCHIO

VALERIA RALLI

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

AVDA. URUGUAY 1097, PISO 3º.

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gob.ar

LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES
Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN
NI DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato Word hasta el **9 de julio de 2024** a la dirección jurisprudencia@juslapampa.gob.ar, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra "Times New Roman" tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección "publicaciones" de la web www.ccjlapampa.blogspot.com

ÍNDICE

Rodrigo Adrián Villa

El principio de amplitud probatoria frente a la garantía de presunción de inocencia en los casos de abuso sexual. 9

Andrés Anibal Olié

Régimen legal de la prisión preventiva en la provincia de La Pampa. Su compatibilidad con los estándares del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. 19

Josefina Errazquin

El doble trabajo de la mujer y su recepción en la Ley de Contrato de Trabajo. 91

Eliana Mariel Ferrero

La compensación económica ante el cese de la unión convivencial y la obligada perspectiva de género. 116

María Gabriela Brizzi

El derecho de niños y niñas a la educación en el marco constitucional argentino. El uso del litigio estratégico como herramienta para su exigibilidad 133

Yanina Mariana Vilca

El caso de Flavia S. Mala víctima, buena victimaria 160

Ligia Ingrid Melchior

Mas allá de la cultura, mi derecho. 181



**Las ediciones anteriores de esta publicación se
encuentran disponibles para su consulta y descarga
en el sitio web del Poder Judicial
de La Provincia de La Pampa**

justicia.lapampa.gob.ar

EL PRINCIPIO DE AMPLITUD PROBATORIA FRENTE A LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LOS CASOS DE ABUSO SEXUAL.

Rodrigo Adrián Villa *

1. Introducción.

La protección de los derechos fundamentales y las garantías procesales son elementos esenciales para asegurar un sistema de justicia justo. Uno de los pilares fundamentales de éste es la presunción de inocencia, principio consagrado a nivel mundial, que establece que toda persona debe ser considerada inocente hasta que se pruebe su culpabilidad, más allá de toda duda razonable.

Sin embargo, en los casos de abuso sexual nos encontramos ante un problema especialmente complejo. Éste es un delito que causa graves daños a las víctimas, quienes a menudo enfrentan barreras emocionales y sociales para denunciarlo. A ello se le adiciona la complejidad que implica el hecho de que la gran mayoría de abusos se producen en situaciones donde no existen testigos, complejizando la dinámica probatoria; es habitual que ocurran en ámbitos de intimidad o en momentos donde se asegura su consumación fuera de la vista y auxilio de terceros.

Esto transforma en algo esencial al testimonio de la persona denunciante y al principio de amplitud probatoria. En este contexto, se genera el debate en torno a la tensión existente entre dicho principio y la garantía de presunción de inocencia en estos casos.

El principio de amplitud probatoria, consagrado en los artículos 159 del Código Procesal Penal de La Pampa (Ley 3192) y 16 inciso i) de la Ley 26.485, busca facilitar la investigación y persecución de los delitos sexuales, flexibilizando las reglas de la prueba para

* Abogado especializado en Derechos Humanos. Maestrando en Derecho Penal y Procesal Penal. Docente interino en el 'Taller de Litigación Penal' en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam). Ejerce la profesión liberal en el campo del derecho penal y se desempeña como Gerente Jurídico Previsional en la Caja Forense de La Pampa. El trabajo publicado fue presentado en la materia "Derecho Penal II. Parte especial" de la "Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal" (UNLPam).

acomodarlas a las características específicas de este tipo de delitos. Por otro lado, la garantía de presunción de inocencia (art. 18 CN y 8.2 CADH) protege los derechos de los imputados y exige al Estado cumplir con una rigurosa carga de la prueba para declarar su culpabilidad.

Esto plantea el interrogante de cómo lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de proteger a las víctimas de abuso sexual y el respeto irrestricto al principio de presunción de inocencia. Se espera que este trabajo contribuya a la discusión y reflexión sobre ello.

2. La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Antes era difícil derrumbar el principio de inocencia en casos donde la única prueba directa era el testimonio de la propia víctima. Pero esto fue advertido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y fue la Corte Interamericana la que fijó estándares claros para superar aquel obstáculo y permitió, de esa forma, avanzar con investigaciones penales en casos de violencia sexual. Luego, dichas pautas fueron recogidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El primer antecedente a resaltar de la Corte Interamericana respecto al punto es el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* donde, a pesar de que la Comisión había considerado que la víctima sufrió durante su detención una violación, el tribunal sostuvo que “después de analizar el expediente y, dada la naturaleza del hecho, no está en condiciones de darlo por probado”. No obstante, luego vino el precedente del *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, donde la Corte IDH valoró especialmente el testimonio de las víctimas para acreditar las agresiones sexuales, considerándola prueba necesaria y suficiente, otorgándole un protagonismo que hasta ese momento no tenía dicho medio probatorio.¹

¹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Fondo, sentencia de 17 de septiembre de 1997. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Posteriormente la Corte profundizó el estándar en los casos *Inés Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú vs. México*, reconociendo los problemas de carácter probatorio que se generan alrededor de este tipo de delitos, principalmente por la falta de evidencias, y aclaró, una vez más, que la declaración de la víctima “constituye una prueba fundamental sobre el hecho”(párr. 89).²

Así, se advierte que el sistema regional de Derechos Humanos marcó el estándar que debían adoptar los Estados en materia de valoración de la prueba en este tipo de procesos, incluso destacando que “las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género” (Corte IDH, *Veliz Franco vs. Guatemala*, 2014, Párr. 209).³

Por último, se destaca el precedente *Espinoza Gonzáles vs. Perú* (2014, párrafo 150), donde la Corte IDH aclaró que “las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, la Corte ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad”.⁴

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La CSJN receptó los estándares fijados a nivel internacional sobre la valoración de la prueba en casos de abuso sexual. Por ejemplo

² Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010. Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010.

³ Corte IDH, Caso *Veliz Franco vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de mayo de 2014.

⁴ Corte IDH, Caso *Espinoza Gonzáles vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2014.

se encuentra el “caso G., J.C. s/ p.s.a. abuso sexual agravado” donde la Corte, aludiendo al dictamen del Procurador General de la Nación, sostuvo que el testimonio de la víctima es crucial para fundamentar la acusación.⁵

De igual manera y siempre siguiendo a la Procuración, lo entendió en el caso “Rodríguez, Marcelo Alejo y otros s/ querella”, donde del dictamen se puede concluir que “en situaciones como la presente, el testimonio de la víctima es típicamente la principal evidencia incriminatoria. Dadas las dificultades inherentes a la prueba en casos de esta naturaleza, especialmente cuando involucran a menores y ocurren en contextos familiares, la veracidad del relato del niño en la Cámara Gesell resulta esencial para esclarecer el caso”.⁶

Además, en el caso “S., J. M. s/ abuso sexual”, la Procuración General de la Nación, a la cual siguió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictaminó que en los casos de violencia sexual, el testimonio de las víctimas representa una prueba fundamental respecto a los hechos, tomando como referencia los casos mencionados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que como lo hizo luego también en el caso Rivero, Alberto y otro s/ abuso sexual, donde agregó que resulta incompatible con el sistema interamericano de Derechos Humanos cualquier argumentación relacionada con la conducta previa de las víctimas.

Pero resulta muy importante considerar lo resuelto por la CSJN en “Rivero, Alberto y otro s/ abuso sexual – art. 119 3° párrafo y violación según párrafo 4to. art. 119 inc. e” (Fallos: 345:140), donde hizo suyo el dictamen del Procurador General, quien sostuvo:

“...si bien la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos: 332:2659), pienso que en el sub lite corresponde hacer excepción a esa regla, conforme lo ha admitido la Corte con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos: 327:5456 y sus citas) ya que con ésta se procura asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una

⁵ C.S.J.N., “G., J. C. s/ p.s.a. abuso sexual agravado -causa n° 25/2013”, 22/12/2015.

⁶ CSJN, “Rodríguez, Marcelo Alejo y otros s/ querella”, 19/09/2017, Fallos 340:1283.

derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 315:2969; 321:1909; 326:8; 327:5456; 334:725, considerando 4° y sus citas).

(...) el estado de duda -invocado por el tribunal oral y el a quo- no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto (Fallos: 311:512 y 2547; 312:2507; 314:346 y 833; 321:2990 y 3423). La mera invocación de cualquier incertidumbre acerca de los hechos no impide, per se, obtener razonablemente, a través de un análisis detenido de toda la prueba en conjunto, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena.

(...) los defectos hasta aquí expuestos adquieren especial significación teniendo en cuenta ... el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo 7°, primer párrafo) tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. "Caso González y otras [Campo Algodonero] vs. México", del 16 de noviembre de 2009)".⁷

Así es como llegamos a la necesidad de ver cómo se relaciona lo expuesto con la garantía de la presunción de inocencia.

4. Hacia un equilibrio en la protección a las víctimas y el respeto a la presunción de inocencia.

Para valorar de forma correcta la prueba en casos de abuso sexual debemos, en primer lugar, tener presente la clara tendencia que ha marcado la jurisprudencia en cuanto a la amplitud probatoria que

⁷ CSJN, *Rivero, Alberto y otro s/ abuso sexual*, 03/03/2022, Fallos 345:140,

debe regir estos procesos, en los cuales debe construirse la investigación a partir de la declaración del relato de la víctima. Pero también tenemos que considerar que debemos valorarla en forma conjunta e integral con el resto de elementos de prueba que se vayan incorporando a la investigación, siendo válido también tomar elementos indiciarios, así como elementos de contexto.

La normativa y jurisprudencia exigen que la valoración de la prueba sea cuidadosa y no se descarte la declaración de la víctima en caso de que sea el testimonio único de la teoría del caso fiscal. No obstante, es necesario analizar cómo se acredita la veracidad de un testimonio. Aquí aparece la importancia de la psicología del testimonio como una disciplina que aporta conocimientos científicos sobre el funcionamiento de la memoria.

A veces los testimonios pueden ser falsos contra la propia voluntad del declarante. Es decir cuando la persona no recuerda todo lo que ocurrió o lo hace con distorsiones, omisiones o agregados pero cree que lo que relata se corresponde con el hecho por el que se le pregunta. Así, pudo haber llenado las lagunas de su memoria con recuerdos falsos o haber cometido errores en el relato como consecuencia de la información que recibió luego del hecho.

La memoria no funciona de manera reproductiva, sino que es un proceso cognitivo activo, reconstructivo, y en permanente reelaboración, siendo la información que se recuerda un producto de los datos percibidos a través de los sentidos y también del significado que se le atribuye a ellos, de su interpretación, de las experiencias previas y de los conocimientos generales que se tiene de las cosas, entre otros factores. Esto implica que el contenido de la memoria, necesariamente, se modifica y el recuerdo muchas veces dista de ser una copia fiel del suceso original (Mazzoni, 2010, p. 44).⁸

La memoria que interviene en los testimonios es la llamada episódica, aquella que se refiere al recuerdo de sucesos pasados, y puede verse alterada en sus tres fases, en el período de adquisición de la información, en el de retención, que sería el tiempo que transcurre

⁸ Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria* (J. M. Revuelta). Madrid: Trotta. (Traducido de *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, por Mazzoni, G., 2003, Bologna, Il Mulino)

entre la ocurrencia y su posterior recuerdo, y en el de recuperación, cuando se recuerda lo que sucedió.

En casos de abuso sexual, tenemos que tener presente que “la violencia de un suceso puede dificultar la capacidad del testigo para percibirlo y posteriormente recordarlo, ya que cada uno tenemos un nivel óptimo de activación en el que nuestro rendimiento de memoria también es el mejor posible, pero los niveles de activación por debajo o por encima de ese punto óptimo dan lugar a un rendimiento de memoria más pobre” (Diges y Pérez-Mata, 2009, p. 4)⁹. Esta relación de U invertida entre el nivel de activación del estrés y el rendimiento cognitivo fue desarrollada en la Ley de Yerkes y Dodson. Bajo condiciones elevadas de estrés, el sujeto concentra su atención en unas pocas características del suceso, lo que genera que se detenga menos en otras. (Loftus, 1996).¹⁰

Además, en el intervalo de tiempo entre la ocurrencia del hecho y su recuerdo puede suceder que el testigo esté expuesto a nueva información que puede modificar su memoria y favorecer la comisión de errores, por ejemplo a través de preguntas en los interrogatorios; “las preguntas son una fuente de inexactitudes, comparadas con el recuerdo libre, y pueden tener grados diversos de sugestionabilidad (o de capacidad para inducir errores)” (Diges y Pérez-Mata, 2009, p. 22). Y, “si esta nueva información es falsa, entonces es posible que dé lugar a errores en el informe de memoria del testigo. Este fenómeno es el que se conoce en la actualidad como efecto de información engañosa” (Diges, 1997, p. 43).¹¹

Es necesario que los interrogatorios eviten la revictimización, que puedan ser prestados sin la presencia del imputado y que la intervención no esté edificada sobre bases heteronormativas. Además, siguiendo a la Corte Interamericana en el citado caso *Espinoza González vs. Perú* (2014, Par. 249), quien a su vez siguió a la Organización Mundial de la Salud, deben obtenerse, con el consentimiento de la persona declarante, los siguientes datos: 1) la

⁹ Diges, M. y Pérez-Mata, N. (2009). *La toma de declaración: sugestión y recuerdo*. Cuadernos Digitales de Formación, 29. Consejo General del Poder Judicial.

¹⁰ Loftus, E. (1996). *Eyewitness Testimony: With a New Preface*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

¹¹ Diges, M., (1997). *Los falsos recuerdos: Sugestión y memoria*. Barcelona: Paidós.

fecha, hora y lugar del acto de violencia sexual perpetrado, incluyendo la descripción del lugar donde ocurrió el acto; 2) el nombre, identidad y número de agresores; 3) la naturaleza de los contactos físicos de los que habría sido víctima; 4) si existió uso de armas o retenedores; 5) el uso de medicación, drogas, alcohol u otras sustancias; 6) la forma en la que la ropa fue removida, de ser el caso; 7) los detalles sobre las actividades sexuales perpetradas o intentadas en contra de la presunta víctima; 8) si existió el uso de preservativos o lubricantes; 9) si existieron otras conductas que podrían alterar la evidencia, y 10) detalles sobre los síntomas que padece desde ese momento.¹²

Obtenido el testimonio habrá que, a partir del principio de la amplitud probatoria, corroborar aquellos dichos considerando una valoración integral de las pruebas y estructurar el razonamiento a partir de los dichos de la presunta víctima. Para verificar la estructura racional de la valoración de la declaración ésta, el Tribunal Supremo Español (STS 566/2018) estableció ciertos parámetros consisten en el análisis desde la perspectiva de subjetiva, objetiva y de la persistencia en la incriminación como constituyentes de la garantía de la presunción de inocencia. La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración y puede compensarse con un reforzamiento en otro.¹³

El primero de estos parámetros se refiere a la credibilidad, a la ausencia de algún motivo que debilite la veracidad del testimonio, a la ausencia de razones para que la denunciante distorsione los hechos a su favor. El segundo es la credibilidad objetiva, es decir la coherencia interna y externa; analizando primero la logicidad de la declaración, el relato en sí y su consistencia interna, considerando que no existen comportamientos uniformes ni esperables frente a una victimización sexual, y luego el análisis de si los dichos pueden ser corroborados con datos objetivos, aunque sean periféricos o de contexto. Corroborar es reforzar el valor probatorio del testimonio relativo al hecho principal de la causa a través del aporte de datos de distinto origen y no referidos al hecho principal sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo

¹² Organización Mundial de la Salud, *Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*, Ginebra, 2003, págs. 36 y 37.

¹³ STS 566/2018, sentencia del 22 de febrero de 2018.

declarado (Andrés Ibañez, 2009, p. 124).¹⁴ Por último, el tercer parámetro es la persistencia en los dichos, es decir la ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la misma persona pero considerando la interpretación de la CSJN en el citado precedente Fallos: 345:140, respecto a la valoración de la prueba testimonial en base a los criterios internacionales en relación con posibles inconsistencias en el relato.

En lo relativo al estándar de prueba que impone la doctrina del control de convencionalidad, “...la Corte resalta que el principio de presunción de inocencia es un eje rector en el juicio y un estándar fundamental en la apreciación probatoria que establece límites a la subjetividad y discrecionalidad de la actividad judicial. Así, en un sistema democrático la apreciación de la prueba debe ser racional, objetiva e imparcial para desvirtuar la presunción de inocencia y generar certeza de la responsabilidad penal.” (Caso Zegarra Marín vs. Perú, párr. 125).¹⁵

5. Reflexiones finales.

Existe una relación estrecha entre los estándares de valoración probatoria en casos de violencia de género y el derecho penal de la parte especial del Código Penal ya que los casos de violencia de género presentan desafíos especiales debido a la naturaleza particular de estos delitos y las dinámicas de poder que subyacen en ellos.

Los estándares de valoración probatoria en estos casos deben ser más sensibles a las circunstancias de género y a los factores sociales y culturales que rodean la violencia de género; deben considerar la naturaleza y las características específicas de estos delitos. De allí la amplitud probatoria que rige a los mismos.

La perspectiva de género se ha vuelto cada vez más relevante en el derecho penal y es necesario considerar los desequilibrios de

¹⁴ Andrés Ibañez, P. (2009). La supuesta facilidad de la testifical, en *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires: Argentina.

¹⁵ Caso *Zegarra Marín vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 15 de febrero de 2017.

poder y las dinámicas sociales y culturales que contribuyen a la violencia contra las mujeres.

La valoración de la prueba en los casos de violencia sexual no es sencilla. Lo primero a considerar es el testimonio de la víctima y que el mismo se recepte evitando la revictimización; pero, a su vez, de manera tal que permita obtener los datos necesarios para la investigación.

Luego, a partir de esa declaración, será relevante la evidencia que se obtenga para validar esos dichos ya que la palabra de la víctima no debe valorarse de manera aislada, sino de modo integral y en conjunto con el resto de los elementos probatorios incorporados a la investigación.

Sin dudas será dicho testimonio aquello a partir de lo cual se comenzarán a reconstruir los hechos denunciados. Ningún testimonio vale más que otro por sí mismo y la apreciación de la prueba debe respetar la presunción de inocencia, garantía que permanece inalterable en nuestro sistema constitucional y convencional. Será fundamental evitar interpretaciones fragmentadas de las evidencias, debiéndose ponderar de manera íntegra toda la prueba que se incorpore a la investigación.

Los estándares jurisprudenciales fijados por el tribunal regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyen que será tarea del decisor ofrecer las razones que le permitan afirmar, sobre la base del estándar probatorio aplicable, la correspondencia entre lo alegado y lo sucedido, y para ello existen las herramientas abordadas en este trabajo que pueden y deben ser utilizadas.

La importancia de este estudio es doble: por un lado garantizar que se protejan los derechos de las víctimas de abuso sexual; y por el otro, garantizar que no se socave la presunción de inocencia, logrando una cuidadosa consideración de ambos.

RÉGIMEN LEGAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA PROVINCIA DE LA PAMPA. SU COMPATIBILIDAD CON LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Andrés Aníbal Olié *

1. Introducción.

1.1. Sobre la prisión preventiva.

La prisión preventiva constituye, por definición, un instituto de enorme capacidad lesiva de los Derechos Humanos, en tanto significa el encierro de una persona acusada de un delito, pero a cuyo respecto no se ha dictado una sentencia definitiva; motivo por el cual ha sido siempre objeto permanente de cuestionamientos acerca de sus límites y legitimidad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión o Comisión Interamericana) aprobó en 2013 un informe sobre el uso de la prisión preventiva, elaborado por la relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad, en el cual describió la problemática como crónica y uno de los principales desafíos que enfrentan la absoluta mayoría de los Estados de la región, generadora de otros problemas como el hacinamiento carcelario.

El uso no excepcional de la prisión preventiva es uno de los problemas más graves y extendidos que enfrentan los Estados miembros de la OEA en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de libertad. El uso excesivo o abusivo de esta medida es uno de los signos más evidentes del fracaso del sistema de

* Abogado Magister en Ciencias Penales (UNLPam), Juez de Audiencia de la Iª Circunscripción del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa.

El trabajo fue presentado por el autor como entrega final de la Especialización en Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam.

administración de justicia, y es una situación inadmisibles en una sociedad democrática, en la que se respete el derecho de todo ciudadano a la presunción de inocencia. (Comisión IDH, 2013, párr. 317)

Estimó que más del 40% de la población carcelaria de la región se encontraba en detención preventiva, indicando los factores que inciden en el uso no excepcional de la prisión preventiva.

[P]olíticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana, y que han conllevado una serie de reformas legales que han generado una mayor aplicación de la detención preventiva, tomándose como ejemplos la situación en algunos países; y en las amenazas a la independencia de aquellas autoridades judiciales encargadas de aplicar la detención preventiva, las cuales, como se explica, provienen fundamentalmente de altos funcionarios de otros órganos del Estado, de las cúpulas de los propios poderes judiciales, y de los medios de comunicación y la opinión pública. Asimismo, en este capítulo se realizan algunas consideraciones acerca de los altos costos financieros que el uso de la prisión preventiva representa para el Estado, el detenido y sus familiares, y la sociedad en su conjunto. (Comisión IDH, 2013, párr. 24)

Sostuvo también que en su visita a la provincia de Buenos Aires, la relatoría encargada de la redacción del informe observó que “los jueces optan por la medida cautelar más gravosa para la vigencia del derecho a la libertad durante el proceso con el objeto de mostrar eficiencia y evitar los reclamos de la sociedad, los medios de comunicación y del mismo poder político” (Comisión IDH, 2013, párr. 109).

En 2017, la Comisión aprobó un nuevo informe sobre *medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, efectuado a modo de seguimiento sobre las recomendaciones efectuadas a los Estados en aquel primer informe del año 2013.

Sostuvo nuevamente la existencia de un promedio de 36,3% de la población carcelaria sin condena, indicando que la Comisión recibió información que indica que a partir del año 2014, se ha presentado un incremento de esta población en varios países, entre ellos, Argentina. Entre sus conclusiones indica que:

[L]os Estados de la región deben adoptar las medidas judiciales, legislativas, administrativas y de otra índole, que se requieran a fin de corregir la excesiva aplicación de la prisión preventiva; destacando entre estas medidas, la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva. En este sentido, los Estados tienen la obligación de garantizar que la prisión preventiva sea de carácter excepcional y se encuentre limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad. Además, en el diseño de las políticas respectivas [...] recomienda a los Estados involucrar a la sociedad civil, y a las mismas personas destinatarias de dichas políticas estatales, a fin de asegurar que su implementación resulte integral, participativa, e inclusiva. (Comisión IDH, 2017, párr. 230)

1.2. Situación carcelaria en nuestro país y en La Pampa.

La situación en nuestro país es realmente muy preocupante, tanto en lo concerniente a la proporción de presos sin condena como a la sobrepoblación carcelaria. De ello dan cuenta múltiples fallos, especialmente de la Corte bonaerense (jurisdicción donde el fenómeno es especialmente dramático) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal como sucedió en oportunidad de dictar sentencia en la causa Verbitsky en mayo de 2005.¹

Aunque el pronunciamiento excede la problemática propia de la prisión preventiva, las referencias que allí hizo el Tribunal - evaluando la situación carcelaria en la provincia de Buenos Aires-, sirven para obtener una fotografía de la situación en la principal jurisdicción de nuestro país. Allí afirmó, por una parte, la sobrepoblación de detenidos, tanto en las instalaciones del servicio penitenciario, como en las dependencias policiales de la provincia de Buenos Aires. También reconoce que, por lo menos, el 75% de la población privada de su libertad son procesados con prisión preventiva que todavía no han sido condenados, y por lo tanto gozan de la presunción de inocencia. Finalmente, enfatiza que:

¹ Fallos 328:1146.

[S]i bien la cantidad de detenidos en la provincia ha aumentado año a año desde 1990, en los últimos seis años ha alcanzado un incremento exponencial que no guarda relación de proporcionalidad alguna ni con el aumento demográfico de la población ni con el aumento de los índices delictivos en la provincia. (Corte Suprema de Justicia, Verbitsky, 2005, considerando 24)

La situación actual es aún peor. Así lo confirman la Resolución n° 3341/2019, dictada por la Suprema Corte Bonaerense, la que da cuenta del delicado estado de situación de las cárceles bonaerenses y la emergencia penitenciaria dictada en marzo de 2019 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dictó la Resolución n° 184/2019.

Si bien la resolución de emergencia penitenciaria yerra -en mi criterio- la visión del asunto, ya que atribuye la sobrepoblación carcelaria a las políticas exitosas seguridad pública y, consecuentemente, de persecución del delito para combatir la inseguridad ciudadana y el crimen organizado implementadas por el Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019); la decisión de la Corte bonaerense acierta al poner el acento en las prácticas judiciales que son generadoras del aumento constante de detenidos y resaltar el rol de los jueces ante la crisis. Señaló a los magistrados que deben mantener la prohibición de alojamiento en comisarías de jóvenes, enfermos y mujeres embarazadas, y priorizar el vaciamiento de las dependencias policiales clausuradas. Además, reiteró la importancia del uso racional de la prisión preventiva, en base a los estándares dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Verbitsky y el uso de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Conforme los datos oficiales que surgen del Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena, publicados por la Dirección Nacional de Política Criminal dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (SNEEP), la tasa de población carcelaria ha crecido significativamente desde el retorno de la democracia. En 1996 (primer registro histórico de la serie) había 71 personas presas por cada 100.000 habitantes, mientras que para el año 2018 se registran 213 presos por cada 100.000 habitantes (SNEEP, Argentina, 2018 p.2), registrando un notable incremento particularmente en los dos últimos años: mientras que entre 2008 a 2016 el crecimiento promedio interanual fue del 3%, en los últimos dos años ese valor se elevó muy

significativamente al 10% anual. Lamentablemente, el informe recientemente publicado correspondiente al año 2019, no posee este dato informado, de modo que no puede efectuarse una comparación al respecto.

Tal como lo advierte Zaffaroni, estas altas tasas de prisionización no varían en virtud de las penas previstas en el código penal sino que lo hacen en función de la habilitación o limitación que los códigos procesales establecen para la utilización de la prisión preventiva (2011, p. 532).

Como era de esperar, este crecimiento fue acompañado por un fuerte proceso de sobrepoblación carcelaria, cuyos datos oficiales en el país crecieron del 12% en 2016 (SNEEP, Argentina, 2016 p. 34) al 22% en 2018 (SNEEP, Argentina, 2018 p. 38). Tampoco en este caso, el informe correspondiente al año 2019 muestra este dato, limitándose a informar exclusivamente la sobrepoblación existente en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal, el que ascendió al 13,5% (SNEEP, Argentina, 2019, p. 64).

Pero además, en lo que aquí nos ocupa especialmente, del total de la población carcelaria, apenas un poco más de la mitad son personas privadas de la libertad con condena firme: el 51% en 2016 (SNEEP, Argentina, 2016 p. 10); 54% en 2017 (SNEEP, Argentina, 2017 p. 13); 53% en 2018 (SNEEP, Argentina, 2018 p. 13) y 55% en 2019 (SNEEP, Argentina, 2019, p. 50); guarismos muy preocupantes que evidencian la *normalización* de la excepción, convirtiendo la prisión preventiva en un anticipo de pena, lo cual constituye una seria violación al principio de inocencia.

La excesiva utilización del recurso a la prisión preventiva, se ha constituido en una estrategia de política criminal que promete hacer frente a la crisis de inseguridad ciudadana. Así lo muestran los datos relevados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre ejecución de la pena: aproximadamente el 40% de los detenidos corresponde a robos, hurtos y otros delitos contra la propiedad, seguido por el 13% de delitos previstos en la ley de narcotráfico, que habitualmente encarcela a consumidores y pequeños comerciantes minoristas, detenidos como resultado de procedimientos y acciones policiales de flagrancia y no producto de una labor de inteligencia criminal que permitiría llegar hacia los máximos responsables.

La realidad de la provincia de La Pampa no escapa a la problemática general existente en el país y la región, mostrando datos preocupantes: en 2017, el 66% de la población carcelaria tenía condena firme, mientras que en 2018 ese valor bajó muy significativamente y sólo el 56% de las personas privadas de la libertad poseen condena (SNEEP, La Pampa, 2018 p. 67). Ello implicó -además- que la sobrepoblación carcelaria provincial pasará de 12% en 2017 (SNEEP, La Pampa, 2017 p. 35), al 33% en 2018 (SNEEP, La Pampa, 2018 p. 35).

Los datos recientemente publicados, correspondientes al año 2019, afortunadamente muestran una modificación de esta tendencia, aunque se trata de guarismos igualmente inquietantes, tanto en lo concerniente a la proporción de presos sin condena, que ahora representa el 38% del total de la población carcelaria (SNEEP, La Pampa, 2019, p. 45), como a la sobrepoblación que se redujo apenas al 31,6% (SNEEP, La Pampa, 2019, p. 59).

2. Marco teórico. Estado Convencional de Derecho.

Si el objeto de este trabajo es el análisis crítico de la legislación pampeana en materia de prisión preventiva y el examen de su compatibilidad con los estándares fijados por el Sistema Interamericano, se colige rápidamente que tal cometido no se hará desde una perspectiva abolicionista, la que cuenta con importantes manifestaciones en nuestro país²; sino desde un modelo de límites al poder punitivo.

La idea de un derecho penal mínimo, de límites o de garantías no tiene muchos adeptos en nuestro país por estos tiempos, dominados por un discurso de emergencia permanente, que se concreta especialmente en la práctica legislativa, empeñada en una obstinada carrera hacia el incremento de las penas, la amplificación del catálogo punitivo y la anticipación de la pena de prisión, mediante

² Una descripción de esta posición se puede encontrar en Gustavo L. Vitale. Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena), publicado en la obra colectiva: *Abolicionismo de la prisión sin condena. Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Gustavo L. Vitale y Gerardo Nicolás García - Compiladores- Ed. Del Puerto, 2011.

el abuso de la prisión preventiva, como únicas respuestas al fenómeno delictivo.

La política criminal ya no es materia de expertos profesionales; ha sido expropiada por el discurso político, sumido en la permanente competencia electoral, de modo que las decisiones se adoptan a la luz de las encuestas y la publicidad de los grandes medios de comunicación que dominan la escena pública nacional.

[S]e trata de una corriente que surge desde algún sector de la sociedad con pretensión de imponer cierta política criminal, ya sea a través de un reclamo concreto sobre ciertos delitos, así como también de una mayor demanda de “seguridad”. De esta forma, y casi a continuación de un hecho delictivo grave y propagandizado por los medios masivos de comunicación, se toman en consideración las manifestaciones de las víctimas y se generan numerosas encuestas de opinión que tienen una sola pregunta ofrecida -en general- pasible de una respuesta afirmativa o negativa, del tipo “¿está de acuerdo con la libertad condicional?”. De esta forma, un cierto “descontento general” que se manifiesta en estos reclamantes, rápidamente es amplificado por los medios de comunicación y capitalizado por políticos pensando en futuras campañas electorales. (Beade, 2010, p. 56)

Afirma Ferrajoli que “[e]stamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis profunda y creciente del derecho [debido -entre otras razones- a una] inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del Estado Social” (2003, p. 15-16).

Esta crisis se manifiesta en nuestras latitudes en varios sentidos pero, en lo que aquí nos interesa poner de resalto, un dato característico de nuestro tiempo es el incremento o inflación legislativa en materia penal, realizado de un modo absolutamente desordenado y anárquico, que dan cuenta de una legislación siempre en emergencia y poniendo en mira ocasionales *enemigos*. Este modo de legislar ha hecho perder cualquier rasgo de sistematicidad y

organización de la materia penal, diseminada en múltiples leyes especiales que esconden normas penales en las más diversas materias³.

Sostiene Ferrajoli que:

La agravación de las penas presentada o anunciada no tiene, como bien sabemos, ningún efecto disuasivo [...] El efecto disuasivo de las penas y de su agravación es directamente proporcional al grado de exigibilidad de observancia de las normas violadas, máxime para delitos como el homicidio, la violencia hacia las personas, la corrupción y los delitos de poder; mientras que es nulo para la mayor parte de los delitos contra el patrimonio, sobre todo si están ligados a la tóxicodependencia o a la marginación. En tanto es una delincuencia originada por la pobreza, la inseguridad de las condiciones de vida o peor aún por la necesidad de la droga, la delincuencia en las calles no es seriamente prevenible con las penas, que aún cuando sean severas, tienen un valor poco más que simbólico [...] Ciertamente es más fácil emitir leyes represivas que echar mano a las políticas sociales o al menos abstenerse [...] de las políticas antisociales. (2006, pp. 60-61)

Al carácter selectivo, desigual y expansivo del derecho penal de fondo, le sigue el otro fenómeno paralelo y de igual sentido en el ámbito del proceso penal, cuya manifestación más evidente es el crecimiento desproporcionado de la prisión preventiva, que ha dejado de ser un instituto de naturaleza excepcional, para convertirse en la respuesta inmediata que se le reclama al sistema penal, mucho antes de que haya proceso y, eventualmente, una sentencia condenatoria. Así, el encarcelamiento cautelar pasa a cumplir cualquiera de las finalidades preventivas que pueda pensarse para la pena privativa de la libertad, y no con un sentido cautelar y excepcional.

Hemos mostrado los alarmantes datos de prisionización preventiva en la región, nuestro país y también en la provincia de La Pampa, al plantear el problema de investigación. Al respecto afirma Zaffaroni que:

Aproximadamente tres cuartas partes de los presos latinoamericanos están sometidos a medidas de contención por

³ Describe este fenómeno el Anteproyecto de Código Penal de la República Argentina (Infojus, 2014, p. 45).

sospechosos (prisión o detención preventiva). De ellos casi un tercio serán absueltos. Esto significa que en una cuarta parte de los casos, los infractores son condenados formalmente y se les hace cumplir sólo un resto de pena; en la mitad del total de casos, se verifica que el sujeto es infractor pero se considera que tiene cumplida la pena que se ha ejecutado con el tiempo de la prisión preventiva o medida de mera contención; en la cuarta parte restante de casos, no se puede verificar la infracción y, por ende, al sujeto se le libera sin imponerle ninguna pena formal. Cabe precisar que existe una notoria resistencia de los tribunales a absolver a personas que han permanecido en prisión preventiva, de modo que en la cuarta parte de los casos en que esto sucede, es palmaria e incontrastable la arbitrariedad, pues se decide la absolución apenas cuando no existió para el tribunal posibilidad alguna de condena. (2006, p. 58)

Que puede hacer el derecho penal ante esta situación, o bajo qué modelo teórico es posible construir una plataforma conceptual tendiente a contener la enorme expansión de la prisión preventiva es la pregunta que intentamos contestar en este capítulo.

Al respecto sostiene Zaffaroni que el derecho penal es un discurso que se ofrece a los juristas “para regular el ejercicio de su poder jurídico, o sea, un proyecto técnico-político de funcionamiento del semáforo judicial de contención del tránsito del poder punitivo” (2016, p. 28), lo cual implica la “necesidad de perfeccionar al máximo la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales consagratoria de los Derechos Humanos” (2016, p. 72).

En sentido similar, Ferrajoli indica que el reto actual es configurar y construir el derecho como “un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales” (1999, p.19), concepto con el cual alude a un modelo normativo de derecho que posea herramientas o técnicas de tutela capaces de dotar de efectividad a los Derechos Humanos y a una mirada crítica del derecho, cuya misión consiste en reducir al máximo posible la brecha entre el *ser* y el *deber ser* del sistema.

[E]l derecho penal asume como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo

y la segunda el límite máximo de las penas. (Ferrajoli, 2011, p.334)

Sin embargo, el profesor italiano reconoce en esta segunda finalidad o función de prevención su mayor idoneidad, al afirmar que “[l]a ley penal se justifica en tanto que ley del más débil, orientada a la tutela de los derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte” (2011, p.335).

Es urgente desarraigar el temor reverencial a la ley que está por debajo de la Constitución y del derecho internacional, para invertir racionalmente los términos: la ley intocable debe ser invariablemente la suprema (nacional e internacional). Sólo eliminando las últimas consecuencias de este obstáculo se logrará una profunda constitucionalización e internacionalización del derecho en general y, en particular, del derecho penal. El derecho penal humano surgirá necesariamente de esta reversión racional conforme a la pirámide jurídica (Zaffaroni, 2016 p. 74).

Afirma Cafferata Nores, para referirse al nuevo sistema constitucional conformado luego de la última reforma constitucional, que:

[P]uede hablarse de un nuevo sistema constitucional integrado (sincronizado) por disposiciones de igual jerarquía que abrevia en dos fuentes: la nacional y la internacional. Aquellas no se anulan entre sí ni se neutralizan entre sí, sino que se retroalimentan, formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía, al que tendrá que subordinarse toda la legislación sustancial o procesal secundaria que deberá ser dictada en su consecuencia [...] cualquier Estado parte en un tratado y en especial la Argentina por el nivel constitucional de recepción de la normativa supranacional, tiene la obligación de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y garantías establecidos por aquel plexo axiológico jurídico, entre las que ocupan un lugar principalísimo las sentencias y decisiones judiciales. (2011, p. 4-6)

Un derecho penal de límites o garantista, representa un derecho penal mínimo, al menos en dos sentidos: minimización de la capacidad del Estado para determinar qué conductas son delitos, y -la que aquí más nos interesa-, para establecer cuál debe ser la respuesta

procesal del Estado frente al fenómeno delictivo. Ambos aspectos tienen el prioritario propósito de disminuir la violencia autorizada que puede ejercer el Estado frente a las personas, en el marco del Estado constitucional y convencional de Derecho.

Esto requiere un nuevo rol de todos los órganos del Estado. La tarea de los jueces ya no se limitará -como en el paradigma positivista- a la sujeción de sus decisiones a la letra de la ley, sino que tendrá la responsabilidad esencial de decidir de modo compatible con el contenido de los Derechos Humanos. De la misma forma, el legislador y el ejecutivo, encontrarán su función materialmente limitada por el derecho internacional de los Derechos Humanos, que constituye una valla insuperable para la regla de mayorías, apartándose directamente del ámbito de lo decidible.

Como explica Ferrajoli, “en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución” (1999, p.26) y, podríamos respetuosamente agregar, que dicha congruencia se debe también poder predicar con el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Se descubre entonces, desde esta perspectiva de límites -formales, pero sobre todo también materiales- impuestos a la actividad del legislador, un discurso que propicia la minimización y racionalización del poder punitivo, con un claro arraigo en el plexo normativo constitucional y convencional, pensado y desarrollado con un sentido de resistencia al impulso penal, en todas sus manifestaciones.

3. Relevancia de los estándares del Sistema Interamericano para la legislación provincial. El margen de apreciación nacional/provincial.

En el desarrollo de las garantías, derechos y libertades reconocidas por la Convención Americana, a cuyo cumplimiento cada Estado se obligó al ratificarla, el legislador nacional tiene un rol sumamente relevante, especialmente en términos de eficacia y prevención, en tanto se trata de una actividad que permite anticipar su

violación, dictando leyes y normas locales que establezcan una clara consecuencia jurídica a un supuesto determinado, efectuando un primer control de convencionalidad. Se trata de cumplir la función legislativa en el marco de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos (Vázquez y Delaplace, 2011).

La doctrina del margen de apreciación nacional puede básicamente describirse como “la posibilidad de que los Estados puedan interpretar las normas convencionales de acuerdo a sus propias particularidades nacionales” (Martínez y Rosatti, 2019, p. 137), mecanismo que tiene a su favor el mejor conocimiento de las particularidades históricas, culturales, sociales, económicas y jurídicas de cada Estado, como asimismo, la legitimidad democrática local en la toma de decisiones en un proceso de discusión pública, entre otras razones (Marrama, 2016, p.10). Naturalmente, la organización federal de gobierno de nuestro país (artículos 1, 5, 75.12 -a contrario sensu-, 121, 123 y 126 C.N.), implica que este margen de apreciación ya no solo será nacional, sino también provincial, cuando precisamente se trate del ejercicio de aquellas competencias que las provincias se reservaron en la distribución constitucional.

Conforme esta doctrina, el legislador tendrá -siempre que no se trate de una sentencia dictada por la Corte Interamericana contra nuestro país, en cuyo caso no hay tal margen (Dolabjian, 2020, p. 115)- un relativo ámbito de apreciación para adoptar reglamentaciones razonables con miras a amoldar el derecho interno no solo a las disposiciones de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana, sino también -especialmente, en lo que aquí nos interesa- a las sentencias de la Corte Interamericana, sin importar si nuestro país fue parte del proceso, las opiniones consultivas y las recomendaciones de la Comisión Interamericana (Dolabjian, 2020, pp. 92 y 122).

Es claro que ese margen de apreciación nacional resultará amplio cuando la Corte Interamericana no haya sentado opinión sobre algún tema en particular, mientras que será mucho más pequeño cuando ya existan estándares establecidos por los órganos de aplicación del Sistema Interamericano, pues en tal caso, una interpretación contraria implicaría la violación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (Hitters, 2015).

Aquella misma organización federal aludida, obliga a considerar también la norma contenida en el artículo 28 de la

Convención Americana⁴. Aunque prudentemente el artículo 28.1 pone en cabeza del Estado parte la obligación de cumplir con las disposiciones de la Convención, *relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial*, ello “no logra el objetivo de liberar al Estado federal de su responsabilidad por cualquier violación que se cometa a la Convención por los estados federados” (Medina, 2003, p. 15), puesto que el punto 2 del mismo artículo los obliga a tomar medidas inmediatas para que las autoridades correspondientes adopten las disposiciones necesarias para que se cumpla con la Convención respecto de toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción del Estado respectivo.

A este respecto, la Corte sostuvo recientemente que “según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir con una obligación internacional” (Corte IDH, 2019, Gorigoitia, párr. 55).

De este modo, la norma que ordena adoptar medidas en el ámbito del derecho doméstico, compatible con los estándares del Sistema Interamericano, se extiende al ámbito provincial, atento la competencia local para dictar las normas procesales. Ejemplo de este proceder se presentó en la causa Verbitsky⁵, cuando la Corte Suprema falló acerca de la situación de las cárceles en la provincia de Buenos Aires. Allí sostuvo que:

[L]as provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo

⁴ Artículo 28: 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención. el resaltado

⁵ Fallos 328:1146.

dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue a juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respete un piso mínimo común para todo el territorio. Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional receptoría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forme parte de nuestro bloque constitucional federal. (Corte Suprema, 2005, considerando 57)

En su parte resolutive, el fallo dispuso:

Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. (Corte Suprema, 2005, punto 7) del resolutive)

4. Libertad Personal y Presunción de Inocencia. Normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La gran importancia asignada a la Convención Americana en el Sistema Interamericano, se fundamenta, según Salvioli en las siguientes razones:

[E]s el primer tratado genérico regional vinculante en materia de derechos humanos dentro de la OEA, ha creado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por último marca, junto a la Declaración, el “standard” mínimo que debe existir para la protección actual de los derechos humanos en el continente americano. (2007, p. 12)

Las normas contenidas en los artículos 7 y 8.2 de la Convención dan un marco normativo suficiente para fijar los derechos y garantías convencionales que entran en conflicto con el encarcelamiento preventivo, de modo que de allí mismo surgen los límites normativos del instituto. Al respecto sostuvo la Corte que:

La prisión preventiva está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal. (Corte IDH, 2006, López Álvarez, párr. 67)

El artículo 7 de la Convención regula el derecho a la libertad personal, estableciendo en su primer inciso la regla general que dispone el derecho a la libertad y a la seguridad personal. Mientras la libertad personal se define de un modo positivo, como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, constitutivo del derecho de toda persona de organizar su vida individual y socialmente conforme sus propias opiniones y convicciones personales; la seguridad, es la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad de un modo irrazonable.

La libertad es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, al que -además- la Corte le ha dado un efecto expansivo a los restantes derechos, al señalar que cuando la libertad personal es vulnerada “genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida” (Corte IDH, 2006, Servellón García y otros, párr. 87).

El artículo 7 de la Convención, luego de la primera disposición general que establece la consagración del derecho a la libertad y a la seguridad personal (7.1); describe las restantes garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (7.2); a no ser privado de la libertad arbitrariamente (7.3); a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (7.4); a ser llevado frente a un Juez (7.5); a impugnar la legalidad de la detención (7.6) y a no ser detenido por deudas (7.7).

Todas estas normas se encuentran vinculadas, de modo que:

[C]ualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarrearán necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de libertad implica, en suma, la falta de

protección del propio derecho a la libertad de esa persona. (Corte IDH, 2018, Amrhein y otros, párr. 352)

Es claro que el derecho a la libertad personal admitirá restricciones que usualmente son reguladas por el derecho interno de cada Estado, a las que alude la Convención Americana cuando refiere a “las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, de modo que será considerada ilegal si precisamente no se dan esos supuestos. En este sentido, debe entenderse que la libertad es siempre la regla y la limitación o restricción a tal libertad es siempre la excepción. Por ello, “la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad” (Corte IDH, 2007, Chaparro Álvarez, párr. 53).

Se pueden deducir de aquí varios requisitos. Por una parte el principio de reserva de ley, el cual implica que el origen de la restricción sólo podrá provenir de reglas constitucionales o de leyes dictadas en su consecuencia, entendiéndose por ley toda “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes” (Corte IDH, 1986, Opinión consultiva n° 6/86, párr. 38).

La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y de antemano, las causas y condiciones de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna y por ello, “[s]i la normativa interna no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2”. (Corte IDH, 2008, Bayarri, párr. 54).

Sostuvo en este sentido la Corte que:

[N]adie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los

Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana. (Corte IDH, 2011, Torres Millacura, párr. 74)

Esta obligación da lugar a dos aspectos en los que se puede manifestar la ilegalidad: a) material, cuando la detención se realiza por una causa no prevista legalmente; o b) formal, en referencia a exigencias procedimentales dispuestas por el derecho interno.

Ya desde el precedente Suárez Roseró, la Corte separó estos supuestos, afirmando que “nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)” (Corte IDH, 1997, Suárez Roseró, párr. 43).

Recientemente, la Corte ha ratificado este criterio sosteniendo que:

[L]a restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal) . Esto así, en mérito de que es la propia Convención la que remite al derecho interno del Estado en cuestión, motivo por el que tal remisión no supone que la Corte deje de fallar de acuerdo a la Convención, sino precisamente que debe hacerlo conforme a ella y no según el referido derecho interno. La Corte no realiza, en tal eventualidad, un control de constitucionalidad ni tampoco de legalidad, sino únicamente de convencionalidad. (Corte IDH, 2020, Fernández Prieto y Tumbeiro, párr. 66)

El artículo 7.3 de la Convención impone también la condición de que esa detención -amén de su legalidad-, no debe resultar arbitraria.

Si bien en ocasiones, tanto la Comisión como la Corte utilizan las expresiones *ilegal* y *arbitraria* de modo indistinto o genérico, se trata de supuestos claramente diferenciables. En *Gangaram Panday* sostuvo que:

Esta disposición [el artículo 7, CADH] contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. [...] En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. (Corte IDH, 1994, párr. 47)

En varios fallos dictados durante el año 2019, la Corte mantuvo y enfatizó la vigencia de esta distinción, al sostener que:

[N]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad. El Tribunal consideró que se requiere que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales expresos o tácitos correspondientes sean, en sí mismos, compatibles con la Convención. Así, no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad. (Corte IDH, 2019, Romero Feris, párr. 91; Hernández, 2019, párr. 102; Rosadio Villavicencio, 2019, párr. 203)

En otro caso contra nuestro país, en el que se verificó la violación de las normas contenidas en los artículos 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4 -entre otros- de la Convención Americana, la Corte mantuvo la distinción del análisis de estos dos supuestos. Por un lado el relativo a la ilegalidad de la detención y, por otro, su carácter arbitrario por discriminación, en el caso que falló (Corte IDH, 2020, Acosta Martínez, párrs. 71 y 91).

Finalmente, en Norín Catriman, la Corte determinó el alcance del concepto de arbitrariedad sosteniendo que:

De conformidad con lo indicado, no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes: a) *Finalidad compatible con la Convención*: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención [...]. La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. b) *Idoneidad*: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido. c) *Necesidad*: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito [...], la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales. d) *Proporcionalidad*: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. e) Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. De este modo,

para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. (Corte IDH, 2014, párr. 312)

El artículo 7.5 de la Convención Americana dispone dos reglas que son fundamentales en el tratamiento de la prisión preventiva, respecto de las cuales nos extenderemos en el capítulo siguiente, de modo que aquí solo se enunciarán.

Por una parte, en lo concerniente al plazo del encarcelamiento, el artículo alude a que “toda persona detenida o retenida [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio que continúe el proceso”, regla que reconoce especificidad con relación al artículo 8.1 de la Convención, que atañe al plazo razonable para la conclusión del proceso. Aun cuando se refieren a cuestiones diferentes, ambas normas se hallan informadas por un mismo designio: “limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona” (Corte IDH, 2009, Barreto Leiva, párr. 119).

La parte final del artículo que analizamos refiere que la libertad “[p]odrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio”, lo cual constituye una regla de esencial valor que permitirá luego, a partir de la profusa actividad de los órganos de protección del Sistema Interamericano, identificar las razones concretas que permitirá el encarcelamiento preventivo, a los que nos referiremos extensamente en el capítulo siguiente.

5. Principio de presunción de inocencia.

El artículo 8.2 de la Convención, dispone que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Esta norma ha sido interpretada de modo sumamente sencillo y terminante por la Corte al sostener, respecto de su alcance que “la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal” y, con relación a su extensión, que “acompaña

al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme” (Corte IDH, 2010, Cabrera García y Montiel Flores, párrs. 182 y 183).

El principio de presunción de inocencia y la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención se conecta íntimamente: imponen la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. En consecuencia, una prolongada detención preventiva equivaldría a anticipar la pena y, por tanto, puede violar el principio de presunción de inocencia⁶.

Al respecto ha sostenido la Comisión que:

La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que han sido condenados. (Comisión IDH, 1996, informe n° 12/96, párr. 80)

Entre nosotros Julio Maier considera que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente, hasta tanto no se dicte una sentencia penal firme en su contra, lo cual constituye un punto de partida político que debe asumir la ley procesal (1999, p. 491).

6. Estándares del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

Este capítulo está destinado a exponer los estándares que, en materia de encarcelamiento preventivo, han construido progresivamente los órganos de protección de los derechos humanos cuya competencia regula la Convención Americana, en base a la interpretación reiterada y sostenida de sus normas. Esta labor se cumplirá citando esquemática y ordenadamente los pronunciamientos

⁶ Doctrina que surge de Corte IDH Suárez Rosero, párr. 77; Barreto Leiva, párr. 121 y Acosta Calderón, párr. 111, entre otros.

de la Corte y la Comisión Interamericana que resulten de mayor interés para la posterior compulsión con la legislación local, de un modo cronológico a fin de mostrar los paulatinos cambios que se han operado. No se citan todos los precedentes sobre cada tópico puesto que sería una tarea inabarcable en este trabajo y, además, innecesario, ya que la Corte hace un uso extenso del precedente horizontal o autoprecedente, que vincula al tribunal con sus propias decisiones anteriores. Por ello se refieren los más recientes, lo cual permite exhibir el estado actual del tema del que se trate y, al mismo tiempo, su posterior consulta completa, permite -a quien posea interés en ampliar esta investigación-, acceder fácilmente a los pronunciamientos anteriores que aparecen citados por la Corte o la Comisión Interamericana.

En cada mención se hacen los recortes necesarios a fin de mostrar el holding del fallo o del informe de la Comisión, en lo relativo al asunto que se pretende abordar, pero manteniendo siempre inalterado el sentido del pronunciamiento.

Para su análisis, las citas se agrupan temáticamente, analizando los siguientes puntos de interés: mérito sustantivo; función cautelar; excepcionalidad; provisionalidad; proporcionalidad y plazo razonable de la prisión preventiva.

La Corte Interamericana, en el último fallo dictado en materia de encarcelamiento preventivo, realizó un repaso general por la mayor parte de los extremos que debe reunir el dictado de una medida de encarcelamiento cautelar, conforme las disposiciones de la Convención Americana. Allí sostuvo que:

Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Además, la decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que

la detención sea estrictamente necesaria [...]. (Corte IDH, 2020, Rosadio Villavicencio, párr. 200)

6.1. Mérito Sustantivo.

Como presupuesto inicial para la habilitación de la prisión preventiva, es necesario que se verifique la existencia de cierto nivel de mérito sustantivo, es decir, elementos de prueba serios que vinculen a la persona acusada con un hecho de naturaleza penal, caso contrario cualquier tipo de detención -no sólo la prisión preventiva- sería arbitraria y violaría lo dispuesto por el artículo 7.3 de la Convención.

El *fumus bonis iuris* del derecho romano se impone hasta nuestro tiempo como condición para el dictado de una medida cautelar, cualquiera sea ella, exigiendo esta *apariencia de buen derecho*, tal como suele caracterizarse.

Este criterio fue sostenido inicialmente por la Comisión en su informe n° 2/97, cuando afirmó que la “presunción de culpabilidad de una persona no sólo es un elemento importante, sino una condición *sine qua non* para continuar la medida restrictiva de la libertad” (Comisión IDH, 1997, párr. 26).

Posteriormente, en *Tibi*, la Corte refirió que:

El Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención. (Corte IDH, 2004, párr. 107)

Con idéntico sentido se pronunció en *Palamara Iribarne*, afirmando que el Estado podía ordenar la prisión preventiva, cuando se cumplan los requisitos necesarios para ello, indicando -entre otros- la existencia de “indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso” (Corte IDH, 2005, párr. 198).

La Comisión Interamericana también tuvo oportunidad de referirse a este requisito en el informe n° 86/09, cuando sostuvo que como presupuesto para disponer la privación de la libertad de una persona en un proceso penal:

[D]eben existir elementos de prueba serios que vinculen al imputado con el hecho investigado. Ello configura una exigencia ineludible a la hora de imponer cualquier medida cautelar, ya que esa sola circunstancia, la prueba que vincula a la persona al hecho, es lo que distingue al imputado -inocente- contra quien se dispone la medida, de las demás personas, contra quienes no se establece medida de coerción alguna -igualmente inocentes-. (Comisión IDH, 2009, párr. 77)

Recientemente, este criterio fue reiterado en 2019 por la Corte en *Romero Feris*, cuando afirmó que:

[P]ara restringir el derecho a la libertad personal a través de una medida cautelar como la prisión preventiva, deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en ese ilícito. (Corte IDH, 2019, pfo. 93)

Y enfatiza luego en el mismo fallo y también en *Hernández y Jenkins* del mismo año, cuando sostuvo que:

[E]ste presupuesto no constituye en sí mismo una finalidad legítima para aplicar una medida cautelar restrictiva a la libertad, ni tampoco es un elemento que sea susceptible de menoscabar el principio de presunción de inocencia contenido en el artículo 8.2 de la Convención. Por el contrario, tal como lo indica el derecho comparado de varios países de la región, y del Estado argentino, así como la práctica de Tribunales internacionales, se trata de un supuesto adicional a los otros requisitos relacionados con la finalidad legítima, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad, y opera como una garantía suplementaria a la hora de proceder a la aplicación de una medida cautelar restrictiva de la libertad. (Corte IDH *Romero Feris*, 2019, párr. 94; *Hernández*, 2019, párr. 104 y *Jenkins*, 2019, párr. 72)

Amén del reconocimiento de este extremo como condición básica para el dictado de la prisión preventiva, también la Corte Interamericana se manifestó acerca del modo en que este requisito debe ser acreditado en el proceso judicial, señalando que:

[L]a sospecha o los indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el ilícito que se investiga, deben estar fundados y expresados con base en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo ha considerado que el término “sospecha o indicio razonable” presupone la existencia de hechos o de información que un observador objetivo consideraría como suficiente indicativo de que la persona afectada puede haber cometido el delito. (Corte IDH, 2019, Romero Feris, párr. 96; Hernández, 2019, párr. 105)

6.2. Función cautelar.

Ya dijimos que el artículo 7.5 de la Convención dispone que la libertad de quien se encuentra sometido a un proceso penal, puede estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. De aquí se desprende claramente que la prisión preventiva es una medida cautelar, que solo podrá fundarse cuando se acredite el peligro de que el acusado eluda la acción de la justicia profugándose o bien, impida o afecte el desarrollo de la investigación penal.

El carácter cautelar que caracteriza la prisión preventiva, implica la necesidad de verificar -en el caso concreto- la existencia de riesgos o peligros procesales que evidencien la necesidad de asegurar el resultado del proceso penal. Ello constituye el segundo requisito propio de cualquier medida cautelar, consistente en el *peligro en la demora*.

Desde el fallo Suárez Rosero en adelante, en cada oportunidad que ha tenido, la Corte afirmó que la prisión preventiva debe cumplir una función procesal -no sancionatoria-, esto es, la medida cautelar no

puede utilizarse como sanción penal e intentar con su aplicación fines preventivos, cualquiera sea la significación que se le atribuya a la pena (prevención general, especial, positiva o negativa).

[E]n el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. (Corte IDH Suárez Roseró, 1997, párr. 77)

La Comisión Interamericana también sostuvo que:

[S]e deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por el principio enunciado sino, también, porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. Ésos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de toda medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola, así, el principio de inocencia. Este principio impide aplicar una consecuencia de carácter sancionador a personas que aún no han sido declaradas culpables en el marco de una investigación penal. (Comisión IDH, 2009, Informe n° 86/09, párr. 84)

La Corte Interamericana ha desarrollado una profusa jurisprudencia en la cual progresivamente ha delineado los límites de la prisión preventiva, proscribiendo de manera expresa su aplicación a partir de causas procesalmente irrelevantes o que respondan a finalidades atribuidas a la pena.

En la resolución del caso *Servellón García*, la Corte determina la exclusión de causales de estirpe punitiva, al referir que:

[P] ara que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, deben existir indicios

suficientes que permitan suponer razonablemente [...] que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención. (Corte IDH, 2006, párr. 90)

Este criterio fue reiterado en *Romero Feris* al criticar el mecanismo de la ley 24.390, usualmente denominada *ley del dos por uno*. Recordemos que este mecanismo (actualmente derogado) mandaba que, luego de dos años de encierro preventivo, se computara a favor del acusado a razón de dos días prisión (en el cómputo de condena) por cada día que transcurriera. Al respecto dijo que:

[S]i bien es una figura que favorece al procesado que finalmente resulta condenado, dado el principio de reserva legal y el principio de presunción de inocencia, no tiene la virtualidad de otorgar legalidad a una medida que ha incumplido los postulados establecidos en la normatividad interna. Adicionalmente, esta postura desconoce la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, al justificar que opere como una pena, con carácter sancionatorio, pese a tener una finalidad inicial relacionada íntimamente con el desarrollo del proceso, lo que resultaría, igualmente, contrario al principio de presunción de inocencia. (Corte IDH, 2019, párr. 82)

Pero, además, tan importante como determinar cuáles son las causas que permiten habilitar el encarcelamiento preventivo, es precisar el modo en que dichos extremos deben acreditarse en el proceso judicial. Tal como magistralmente lo resume Ferrajoli, “el principio de inocencia no es solo presunción de no culpabilidad, sino también presunción de no peligrosidad” (2011, p. 553), razón que impone la necesidad de que la existencia del riesgo procesal no puede presumirse, ni *iure et de iure*, ni tampoco *iuris tantum*, lo cual sería una franca y directa violación al principio de presunción de inocencia, por inversión de la carga de la prueba. Es claro que la carga de la prueba acerca de la existencia de circunstancias que pueda constituir un riesgo procesal incumbe, exclusivamente, a la parte acusadora.

Así lo indicó la Comisión al sostener que:

A su vez, el riesgo procesal de fuga o de frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello, las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva. Sin embargo, nada impide que el Estado imponga condiciones limitativas a la decisión de mantener la privación de libertad. (Comisión IDH, 2009, Informe n° 86/09, párr. 85)

La expresión “presunciones *iuris tantum*” en el informe aludido, ha sido empleada en un sentido laxo y equívoco, puesto que jamás podría implicar que deba el acusado demostrar aquellas circunstancias que le permitan liberarse de la presunción. El mismo informe -en varias oportunidades (Comisión IDH, Informe n° 86/09, párrs 86, 87 y 88)- sostiene que es el Estado quien debe cumplir con la obligación positiva de constatar la existencia de un peligro procesal fundado en circunstancias objetivas, verificadas en el caso concreto, criterio que de ningún modo permite aludir a una presunción, en términos estrictos o técnicos.

Muy claramente la Corte sostuvo en *Amrhein y otros* que “el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto” (Corte IDH, 2018, párr. 357). Más recientemente, afirmó que “el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado” (Corte IDH, Romero Feris, 2019, párr. 101.). Y en el mismo sentido afirmó que “la determinación de la finalidad de la prisión preventiva requiere un análisis independiente, mediante el cual el juez funde su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto” (Corte IDH, Hernández, 2019, párr. 116).

En términos generales, la Corte afirmó que:

[C]ualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente (artículo 8.1) que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, viola el artículo 7.3 de la Convención. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia (artículo 8.2) al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad, es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia. (Corte IDH, 2019, *Romero Feris*, párr. 110)

La Corte descartó aquellos casos en los cuales el fundamento es solo aparente. Así ocurre cuando el Juez recurre a la repetición de fórmulas dogmáticas vacías de contenido, sin explicar cuáles son -en el caso concreto- las circunstancias que permiten su adecuación a la regla. Sostuvo en *Romero Feris* que:

[L]a Corte considera que la prórroga de la privación de la libertad fue arbitraria, toda vez que los criterios con base en los cuales se fundamentó la finalidad legítima de “peligro de fuga” fueron abstractos y por ende contrarios a los artículos 7.3, 7.5 y 8.2 de la Convención Americana en perjuicio del señor Romero Feris. (Corte IDH, 2019, párr. 120)

También hizo referencia a este extremo en *Hernández*, al indicar que:

[L]a verificación de la existencia de indicios que permitan suponer la responsabilidad de la conducta cumple la función de prevenir que una persona sea detenida sobre la base de la mera sospecha o percepción personal respecto de su responsabilidad, y de esta forma se constituye como una garantía más de la persona a la hora de proceder a la aplicación de la prisión preventiva. [...] La determinación de la finalidad de la prisión preventiva requiere un análisis independiente, mediante el cual el juez funde su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado, quien además debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado. En el presente caso la

Corte considera que la prisión preventiva ordenada en contra del señor Hernández no tuvo un fin legítimo amparado por la Convención, pues el Juez de la causa en ningún momento hizo mención de la necesidad de dictar dicha medida con la finalidad de evitar la obstaculización del desarrollo del proceso o que se eludiera la acción de la justicia, y centro en cambio su argumentación en acreditar la existencia de elementos de prueba sobre la posible responsabilidad penal del señor Hernández. (Corte IDH, 2019, párr. 116)

En el mismo sentido, sostuvo en *Jenkins* que:

[L]a Corte concluye que la resolución de 29 de junio de 1994 que ordenó la prisión preventiva de señor Jenkins careció de una debida motivación en tanto que no expuso las razones por las cuales la medida perseguía un fin legítimo y era necesaria, idónea y proporcional a dicho fin. En consecuencia, el Estado es internacionalmente responsable por la violación de los artículos 7.1, 7.3 de la Convención, en relación con el artículo 8.2 y el artículo 1.1. del mismo instrumento. [...] son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar aunque sea de forma mínima las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe mantenerse. (Corte IDH, 2019, párr. 82 y 85)

7. Supuestos especiales vinculados a la función cautelar de la prisión preventiva.

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han evaluado diversos supuestos que resultan problemáticos o directamente

contrarios al estándar que exige que el instituto de la prisión preventiva cumpla una función cautelar. Alguno de ellos -que ameritan interés para la comparación con la legislación local en la materia-, se exponen en los párrafos siguientes.

7.1 Delitos Excluidos.

En el caso *Suárez Roseró*, la Corte invalidó el artículo 114 bis del código penal ecuatoriano por violar el artículo 7.5 de la Convención. La norma ecuatoriana, luego de establecer ciertas condiciones para obtener la libertad durante el proceso penal, excluía a quienes estuvieran procesados por delitos sancionados por la ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Al respecto dijo la Corte que “esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados” (Corte IDH, 1997, párr. 98).

No puede haber delitos o categorías excluidas del derecho a permanecer en libertad durante el proceso. Sostuvo la Comisión que:

[E]n ningún caso la ley podrá disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para el cese de prisión preventiva o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto respecto de los otros en materia de libertad durante el proceso, sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como "alarma social", "repercusión social", "peligrosidad" o algún otro. Esos juicios se fundamentan en criterios materiales, desvirtúan la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues el predicamento de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, la previa declaración de su culpabilidad. (Comisión IDH, 2009, Informe 86/09, párr. 141)

En *Jenkins*, la Corte se refirió a este supuesto, remitiéndose -casi de modo exclusivo- a la posición asumida por la propia Corte Suprema de la Nación, que ya varios años antes se pronunció por la

inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 24.390 en la causa *Véliz*⁷.
Sostuvo allí la Corte:

En este sentido, resulta pertinente remarcar que la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en su sentencia de 15 de junio de 2010 dictada en la causa n° 5640 declaró la inconstitucionalidad del referido artículo 10 de la Ley No. 24.390, debido a que: [...] [L]a asunción por parte de nuestro país de compromisos internacionales en materia de lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas no puede erigirse en fundamento suficiente a efectos de tornar inoperantes derechos de raigambre constitucional tales como la presunción de inocencia, la libertad personal y el plazo razonable de duración del proceso. [...] [L]a decisión del legislador ordinario de privar a determinada categoría de personas de los beneficios previstos en la ley 24.390 no sólo implica la afectación del derecho que ellas tienen a que se presuma su inocencia, sino que además, importa la afectación de la garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos también les confiere en su art. 7.5 [...] [R]esulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados [...] La Corte observa, no obstante, que el señor Jenkins fue excluido de manera automática del beneficio de la excarcelación únicamente sobre la base del delito específico que se le imputaba, sin que se brindara una explicación sobre la finalidad específica que buscaba la diferencia de trato, su idoneidad, necesidad, proporcionalidad y, además, sin tener en cuenta sus circunstancias personales. (Corte IDH, 2019, párrs. 92 y 93)

Acerca del trato desigual que esta ley generaba sostuvo que:

[L]os Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Asimismo, en caso de que el trato discriminatorio se refiera a

⁷ C.S.J.N., causa 210/2005 (41-V)/CS1 "Veliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640, sentencia del 15 de junio de 2010.

una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención. La Corte recuerda que una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido. (Corte IDH, 2019, *Jenkins*, párr. 91)

7.2. Gravedad del delito. Pronóstico de pena.

La gravedad de la pena es sólo un elemento más que puede ser analizado únicamente cuando se encuentren verificados los requisitos restantes y nunca será un criterio determinante por sí sólo. La Corte tuvo oportunidad de referirse a este supuesto en varios casos. En *López Álvarez* sostuvo, con relación a la legislación de Honduras, que:

[E]l artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio [se refiere a la excarcelación] en el supuesto de delitos que “no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. En razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo. (Corte IDH, 2006, párr. 81)

Más recientemente, en 2019, la Corte afirmó que “la gravedad del delito que se le imputa no es, por sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva” (Corte IDH Romero Feris, párr. 101). Sostuvo luego que:

[L]a posible pena de 25 años de prisión, o cualquier otra, es un criterio insuficiente para fundamentar el peligro de fuga. De [tal] modo, esta Corte así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que este criterio así como el de la gravedad del delito, no pueden justificar la imposición de una medida privativa de la libertad, pues de ser así se invertiría la carga de la prueba al procesado, quien tendría que demostrar que no pretende escapar de la justicia para poder ser enjuiciado en libertad. (Corte IDH, 2019, párr. 115)

Por su parte la Comisión Interamericana ya se había referido a esta causal, estimando el modo en que debía procederse al realizar el pronóstico de pena:

[C]omo derivación del principio de inocencia, corresponde la consideración "en abstracto" de la pena prevista para el delito imputado y la estimación, siempre, de la imposición del "mínimo" legal de la clase de pena más leve. Porque cualquier pronóstico de pena que se realice en una etapa anterior a la valoración de pruebas y sentencia y que supere ese mínimo, conculcaría el derecho de defensa en juicio y la garantía de juez imparcial. (Comisión IDH, 2009, Informe n° 86/09, párr. 111)

Vinculado con el pronóstico de pena, en lo relativo a su extensión, aparece también lo concerniente al modo de su cumplimiento. Es usual que los tribunales razonen su decisión haciendo un pronóstico sobre el modo de cumplimiento de la pena, utilizando como fundamento que precisamente, de ser condenado, la pena debería ser cumplida de modo efectivo, ya sea que en razón de sus antecedentes penales o por la escala penal del delito del que se trate, no pueda dejarse en suspenso el cumplimiento de la pena, conforme el artículo 26 del código penal.

Al respecto, la Comisión Interamericana ha referido que:

[L]a consideración de circunstancias particulares como la concurrencia de delitos o la aplicación de reglas que impidan que la eventual condena no sea de efectivo cumplimiento, podrán ser sopesadas en ese contexto [en alusión a la posibilidad de considerar el pronóstico de pena] y de acuerdo al fin procesal perseguido, lo cual es incompatible con su utilización como pautas absolutas y definitivas. Admiten ser

valoradas para concretar la estimación de la mínima respuesta punitiva que, eventualmente, se habrá de dar en el caso. (Comisión IDH, 2009, Informe 86/09, párr 91)

7.3 Riesgo de reincidencia. Peligrosidad.

La Comisión descartó esta causal que había sido alegada expresamente por el Estado argentino, en el sentido de denegar la excarcelación con motivo de la “historia criminal del señor Giménez”. Indicó además:

La decisión de mantener la prisión preventiva del señor Giménez como resultado de sus condenas previas vulnera claramente este principio establecido, así como el concepto de la rehabilitación en el derecho penal. Fundar en estas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles. (Comisión IDH, 1996, Informe n° 12/96, párr. 97)

Más recientemente, la Comisión refirió que:

[S]e deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro [...] porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva. (Comisión IDH, 2009, Informe n° 86/09, párr. 84)

Por su parte, en *Pacheco Teruel*, la Corte afirmó que:

[E]l Estado debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre

la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado o pandilla. (Corte IDH, 2012, párr. 106)

7.4. Proximidad del juicio.

Con relación al argumento de que el juicio se realizaría de un modo inminente, también lo descartó como fundamento para extender la prisión preventiva, indicando que “el desarrollo de las etapas procesales no puede ser en sí misma justificación de la privación a la libertad, pues de esta forma operaría como una consecuencia de todo proceso y no como una medida excepcional con carácter cautelar” (Corte IDH Romero Feris, 2019, párr. 116).

7.5 Necesidad de investigar.

Es claro que si una de las razones que -conceptualmente- habilitan el dictado de la prisión preventiva, es la necesidad de asegurar el normal desarrollo del proceso judicial, cuya etapa inicial es siempre de naturaleza investigativa, precisamente esta causal no parece quedar sujeta a mayor discusión.

La complejidad de un caso puede justificar la prisión preventiva. Especialmente, cuando se trata de un caso que requiere de interrogatorios difíciles de llevar a cabo, y donde el acusado ha impedido, demorado, o conspirado con otros que están siendo investigados en el curso normal del proceso judicial. (Comisión IDH, 1997, Informe n° 2/97, párr. 33)

No obstante, tal como ya hemos referido, este extremo debe fundarse con base en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, cuya acreditación está en cabeza de la acusación.

La Comisión considera que no es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado. (Comisión IDH, 1997, Informe n° 2/97, párr. 34)

Finalmente, la Comisión Interamericana ha fijado un límite, en cuanto a la extensión de la prisión preventiva dispuesta con base en esta causal. Señaló que “una vez que la investigación se ha efectuado, y que los interrogatorios han concluido, la necesidad de investigación por sí sola no puede justificar la continuación de la medida restrictiva de libertad”. (Comisión IDH, 1997, Informe n° 2/97, párr. 33).

7.6. Presión sobre los testigos.

En el mismo referido en el punto anterior, con relación a la necesidad de recabar prueba testimonial, la Comisión Interamericana indicó:

El riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado. (Comisión IDH, 1997, Informe n° 2/97, párr. 35)

7.7. Preservación del orden público y la seguridad.

Este supuesto ha sido analizado en algunas oportunidades y se pone en evidencia un desarrollo progresivo, en la dirección de negar virtualidad a este tipo de supuestos en orden a la habilitación de la prisión preventiva.

Inicialmente la Comisión refirió que:

[E]n circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar. Cabe enfatizar que para que

constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado [...] En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal. (Comisión IDH, 1997, Informe n° 2/97, párr. 36)

Sin embargo, con posterioridad tanto la Comisión como la Corte han limitado y relativizado la procedencia de esta causal.

En el informe 86/09, la Comisión refirió que “se deben desechar todos los demás esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados, por ejemplo, en [...] la repercusión social del hecho [...] porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva (Comisión IDH, 2009, párr.84).

En *Norín Catrimán*, la Corte tuvo oportunidad de examinar el artículo 140 c) del código procesal penal de Chile, que dispone el supuesto de *peligro para la seguridad de la sociedad* para habilitar el dictado de la prisión preventiva. Sostuvo al respecto, luego de considerar que el supuesto “tiene una redacción que admite varias interpretaciones en cuanto a la consecución tanto de fines legítimos como de fines no cautelares” (Corte IDH, 2014, párr. 361), para luego afirmar que:

[L]a Corte toma en cuenta lo explicado por el perito Duce en el sentido de que “los tribunales [chilenos] entienden habitualmente que el peligro para la seguridad de la sociedad se constituirá por la concurrencia objetiva de una o algunas de [esas] circunstancias”, lo cual resulta particularmente grave si se toma en cuenta que entre ellas están “la gravedad de la pena asignada al delito” y “el carácter de los [delitos imputados]”. La Corte reitera que ambos constituyen criterios que no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva y agrega que fundar la prisión preventiva únicamente en tales criterios conlleva una vulneración de la presunción de inocencia. Criterios de esa naturaleza deben ser valorados en el contexto de la evaluación de la necesidad de la medida en las circunstancias del caso concreto. (Corte IDH, 2014, *Norin Cantrimán*, párr. 362)

8. Necesidad. Carácter excepcional.

La principal consecuencia que se deriva de la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo consiste en restringir su aplicación a aquellos casos en los cuales no exista posibilidad alguna de garantizar los fines del proceso de otra manera. Este carácter excepcional surge directamente de la combinación del derecho general a la libertad ambulatoria y del principio de inocencia que determina la prohibición de aplicar una pena antes de una sentencia condenatoria firme (artículos 7 y 8.2 de la Convención Americana).

La Corte indicó expresamente que “la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal” (Corte IDH, 2019, Hernández, párr. 106), ya que este “goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada” (Corte IDH, 2019, Rosadio Villavicencio, párr. 202).

La Comisión estableció que la prisión preventiva solo procede cuando resulte indispensable para los objetivos propuestos y sea el único medio para asegurar los fines del proceso.

Las medidas cautelares se establecen en tanto sean indispensables para los objetivos propuestos. La prisión preventiva no es una excepción a esta regla. Como consecuencia del principio de excepcionalidad, sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan. (Comisión IDH, 2009, Informe n° 86/09, párr. 100)

Sostuvo la Corte Interamericana en *Romero Feris* que:

Respecto de la necesidad, la Corte encuentra que, al ser la privación de la libertad una medida que implica una restricción a la esfera de acción individual, corresponde exigir a la autoridad judicial que imponga dichas medidas, únicamente cuando encuentre que los demás mecanismos previstos en la ley, que impliquen un menor grado de injerencia en los

derechos individuales, no son suficientes para satisfacer el fin procesal. (Corte IDH, 2019, párr. 106)

[A] la luz de lo dispuesto en el artículo 7.3, 7.5 y 8.2 (principio de presunción de inocencia), la Corte considera que las autoridades internas deben propender por la imposición de medidas alternativas a la prisión preventiva so pena de que se desvirtúe el carácter excepcional de la misma. (Corte IDH Romero Feris, 2019, párr. 109)

Finalmente, afirmó en *Jenkins* que el concepto de necesidad implica “que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto” (Corte IDH, 2019, Jenkins párr. 76).

9. Medidas alternativas a la prisión preventiva.

Este carácter excepcional de la prisión preventiva, impone la noción de que -siempre que sea posible- debe ser suplantada por otras medidas que resulten en un menor grado de intensidad en la afectación del derecho a la libertad personal.

La Comisión acompañó su segundo informe sobre prisión preventiva con una *Guía Práctica de Medidas Dirigidas a Reducir la Prisión Preventiva* (Comisión IDH, 2017), dirigida a las autoridades encargadas de atender los desafíos inherentes la reducción del uso excesivo de la prisión preventiva.

Entre las medidas que impulsa la Comisión se encuentran las siguientes: a) la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e) la retención de documentos de viaje; f) el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado; g) la prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada; h)

la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; (i) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga, y j) procesos de justicia restaurativa en materia penal.

La propia Comisión Interamericana hizo aplicación directa de este criterio en el pronunciamiento sobre la medida cautelar a favor de Milagro Sala. Allí sostuvo que:

[C]on base en los anteriores estándares, la Comisión ha indicado que corresponde al estado agotar todos los medios para utilizar medidas menos lesivas antes de disponer o mantener la detención preventiva de una persona. Así, por ejemplo, es necesario explorar alternativas tales como la detención domiciliaria, o bien, que la persona imputada pueda enfrentar el proceso en libertad, utilizando, por ejemplo, dispositivos de ubicación satelital, durante el tiempo que sea necesario para cumplir los fines procesales que sustentan la medida. (Comisión IDH, 2017, Resolución 23/17, Medida cautelar 25/16, párr. 56)

10. Provisionalidad.

De acuerdo a este principio la prisión preventiva está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto, y requiere que todos sus presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento preventivo subsistan mientras dure la privación de la libertad, de modo tal que si desapareciere alguno de ellos, deberá cesar de modo inmediato. Sostienen Bigliani y Bovino que “el principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención sólo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad inicial de ordenar la privación de la libertad” (2008 p.45).

En el caso Instituto Reeducación del Menor, la Corte sostuvo que:

La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla.

No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios del derecho universalmente reconocidos. (Corte IDH, 2004, párr. 229)

En el mismo sentido:

[U]na detención o prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. En este orden de ideas, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe. (Corte IDH, 2014, Argüelles y otros, párr. 121)

En *Romero Feris*, la Corte afirmó que:

[L]a prisión preventiva debe estar sometida a revisión periódica, de tal forma que no se prolongue cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. Puntualmente afirmó que el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la privación a la libertad ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe (...) De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar (artículo 8.1), aunque sea en forma mínima las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe mantenerse. No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el período de la privación a la libertad no debe exceder el límite de lo razonable conforme el artículo 7.5 de la Convención. (Corte IDH, 2019, párr. 111)

Agregó en *Jenkins* que este criterio se viola cuando los tribunales revisores:

[S]e limitaron a rechazar la solicitud de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Jenkins sin reevaluar su situación una vez transcurridos varios años desde su ingreso en prisión y, sobre todo, sin verificar si persistía el fin legítimo para mantener dicha prisión preventiva. (Corte IDH, 2019, párr. 96)

11. Proporcionalidad.

Se ha señalado que este extremo se constituye en el principal criterio limitativo que permite sostener “la necesidad de que el encarcelamiento preventivo sea proporcional a la pena que se espera, en el sentido de que no la pueda superar en gravedad” (Maier, 1996 p.528), razón por la cual se suele denominar este criterio como *prohibición de exceso*.

Esta posición ha sido criticada por Bovino por cuanto liga el encierro procesal a la magnitud de la pena, lo cual revela el carácter material de la prisión cautelar, operando como una pena anticipada; justificando -y no limitando- la prisión preventiva. Sostiene que “la equivalencia temporal de la detención del procesado y del condenado jamás puede resultar proporcional, debido a la diferente situación jurídica en la que se halla la persona inocente” (Bovino, 1999, p. 680), lo contrario significaría que el Estado estaría facultado a tratar al inocente del mismo modo que al culpable.

De este modo, la óptica tradicional de este extremo ha sido paulatinamente reformulada como *inequivalencia o prohibición de equivalencia*, criterio según el cual, “el encarcelamiento preventivo en el Estado de derecho *nunca* puede equivaler a la duración de la pena, ni a su calidad” (Sergi, 2005, p. 480).

Respecto de este límite, refirió la Comisión que:

Otro de los principios limitadores de la prisión preventiva se refiere a la proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada ni se le debe deparar un trato igual a ésta. La medida cautelar no debe igualar a la pena, en cantidad ni en

calidad (artículo 5(4) y 6 de la Convención Americana). La proporcionalidad se refiere justamente a eso: se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. No se trata de una equivalencia. No se debe confundir la equiparación que se establece entre la prisión preventiva y la pena a los fines de computar los plazos de detención, con la equiparación de su naturaleza. (Comisión IDH, 2009, Informe 86/09, 2009, párr. 109)

Amplió luego sosteniendo:

La relación entre la restricción del derecho y fin precautorio de la medida no debe igualar a la pena. Esa relación debe ser lo suficientemente desequilibrada como para que no se convierta en una pena anticipada, en violación al principio de inocencia (artículo 8(2), primera parte). En este caso, se ha superado ampliamente el límite razonable porque, a pesar de que los imputados han permanecido en detención un plazo que supera ampliamente las dos terceras partes de las penas mínimas previstas para los delitos por los que habían sido procesados o acusados formalmente, esa situación ha sido sostenida más allá de ese término sin una debida justificación. (Comisión IDH, 2009, Informe 86/09, 2009, párr. 176)

En el precedente *Barreto Leiva*, la Corte tuvo oportunidad de expedirse al respecto, ya que fue sometido a prisión preventiva por un período más extenso del que fue luego condenado. La Corte Interamericana sostuvo en dicho precedente que:

[L]a prisión preventiva se haya limitada por el principio de proporcionalidad en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible la aplicar la pena de prisión, y que aquí se la debe cesar cuando se ha excedido en la duración razonable dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado

desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción. (Corte IDH, 2009, párr. 122)

12. Plazo razonable.

El artículo 7.5 de la Convención establece que toda persona tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. “El límite temporal del encarcelamiento preventivo, en este sentido, reconoce el derecho del acusado de ser puesto en libertad si no es juzgado y condenado por sentencia firme en un plazo razonable” (Bigliani y Bovino, 2008, p. 63).

Se trata de un límite temporal absoluto, más allá del cual, aún cumpliéndose los restantes requisitos de habilitación, la medida será arbitraria y violará el artículo 7.5 de la Convención.

12.1 Forma de establecer el plazo razonable.

En primer lugar, en cuanto al lapso que abarca el concepto de prisión preventiva, la Comisión sostuvo que la misma incluye “todo el periodo de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme” (Comisión IDH, 2013, párr. 37).

Por otra parte, en lo relativo a la forma de establecer la medida de este estándar de *plazo razonable*, una vez abandonado el lamentable criterio inicialmente sostenido por la Comisión Interamericana -el cual aludía a que la razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial (Comisión IDH, 1997, Informe n° 2/97, párr. 18), la Comisión sostuvo luego que si bien “no puede ser establecido en forma abstracta porque responde a criterios cuya concurrencia habrán de ser determinados en cada caso” y que “[s]u fijación en las legislaciones internas no garantiza su consonancia con la Convención” (Comisión IDH, 2009, Informe 86/09, párr. 135), si puede establecerse un criterio orientativo:

[L]a Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación *a contrario sensu* en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presume que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo con las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía. En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente. (Comisión IDH, 2009, Informe 86/09, párr. 136)

En 2020, la Corte volvió a analizar este tópico, en tanto Rosadio Villavicencio permaneció en detención preventiva por un período de cuatro años y seis meses, mientras que la condena fue de seis años de reclusión. A este respecto dijo entonces que:

[L]a presunta víctima permaneció en detención preventiva durante tres cuartos del período de la pena finalmente impuesta. En ese sentido, la Corte considera que el período en que estuvo detenido en prisión preventiva, sin que se resolviera su situación jurídica, vulneró la razonabilidad y proporcionalidad del plazo que exige el artículo 7.5 de la Convención, pues dicha detención se convirtió en un medio punitivo y no cautelar al abarcar la mayoría del periodo de condena finalmente impuesta. Lo anterior también demuestra que la prisión preventiva constituyó un adelantamiento de la pena, vulnerando el derecho a la presunción de inocencia establecida en artículo 8.2 de la Convención. (Corte IDH, 2019, Rosadio Villavicencio, párr. 215)

Se ha preguntado razonablemente la doctrina que sucede con el modo de computar el plazo razonable en los casos en los que ya existió condena del acusado, aunque la misma no adquirió aún firmeza y entonces, el peligro de fuga podría aparecer ya no como posible, sino probable. En López Álvarez, la Corte sostuvo:

El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal que se desarrolla en contra de cierto imputado, hasta que se dicta sentencia definitiva. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito [...] Para determinar si el plazo fue razonable es preciso tomar en cuenta que el proceso concluye cuando se dicta sentencia firme; en este momento concluye el ejercicio de la jurisdicción de conocimiento. En materia penal el plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran presentarse. (Corte IDH, 2006, párrs. 129 y 130)

Si bien en los párrafos citados se hace referencia al plazo razonable del proceso, del texto se desprende que el mismo criterio es el que debe considerarse también para el plazo razonable de la prisión preventiva, cuando la Corte indica como hito inicial del proceso la aprehensión del acusado y, como finalización la sentencia firme, “aún cuando en este punto se trate del plazo para la realización del proceso” (Corte IDH, 2006, *López Álvarez*, párr. 130).

Con relación a la actividad cumplida por el imputado durante el proceso que pudiera haber incidido en la duración del proceso, la Comisión Interamericana sostuvo que:

[L]as actividades procesales del imputado y su defensa no pueden ser consideradas a los fines de justificar el plazo razonable de detención ya que el empleo de los medios que la ley ha previsto para garantizar el debido proceso no debe ser desalentado y, mucho menos, valorada de manera negativa la activa intervención durante el proceso [...] Nunca, bajo ningún concepto, se podrá justificar la prisión preventiva por la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente. Éstos siempre han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido, han sido regulados para su plena utilización. (Comisión IDH, 2009, párrs. 130 y 131)

12.2. Vencimiento del plazo razonable.

Tanto la Corte como la Comisión tuvieron ocasión de pronunciarse acerca de cuál es la consecuencia que se sigue de haberse operado el vencimiento del plazo razonable de la prisión preventiva. La Comisión sostuvo que:

Una vez que el plazo razonable haya vencido, el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas pero, en todo caso, se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar. Porque la necesidad de establecer un plazo razonable responde, precisamente, a la necesidad de establecer un límite más allá del cual la prisión preventiva no puede continuar, en aquellos casos en los que aún subsisten las condiciones que fundaron la medida cautelar. De no ser así, la prisión preventiva debe cesar, no ya por su razonabilidad temporal sino por su falta de fundamento. (Comisión IDH, 2009, Informe 86/09, párr. 134)

En el caso *Bayarri*, la Corte condenó a la Argentina no sólo porque consideró que la duración de la prisión preventiva impuesta sobrepasó el límite máximo legal establecido, “sino que a todas luces excesiva”. Lógicamente, el Tribunal no encontró razonable que Bayarri “haya permanecido 13 años privado de la libertad en espera de una decisión judicial definitiva en su caso, la cual finalmente lo absolvió de los cargos imputados” (Corte IDH, 2008, párr. 75).

El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el

plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad. La tarea de este Tribunal es examinar si la prisión preventiva a que fue sometido Juan Carlos Bayarri excedió los límites de lo razonable. (Corte IDH, 2008, párr. 70)

Finalmente, en cuanto al vencimiento del plazo, en Jenkins indicó que “cuando el plazo de la detención preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas de la privación de libertad” (Corte IDH, 2019, párr. 84). En el mismo sentido se pronunció en Rosadio Villavicencio (Corte IDH, 2019, párr. 213).

12.3. Límites dispuestos en normas locales.

Es usual que las normas procesales locales, indiquen un plazo máximo para la duración de la prisión preventiva, de modo que corresponde preguntarse cómo deben conjugarse estos límites legales con el criterio convencional de *plazo razonable* al que venimos aludiendo.

La Comisión Interamericana sostuvo al respecto que:

[C]uando un Estado ha resuelto autolimitarse en el ejercicio de su poder cautelar en el marco de una investigación criminal, ha realizado una evaluación de costos y beneficios en términos de respeto a los derechos al imputado frente al poder coercitivo estatal y ha llegado a la conclusión de que, superado ese límite temporal, el Estado se habrá excedido más allá de lo tolerable en el uso de su poder de policía. (Comisión IDH, 2009, Informe 86/09, párr. 134)

Por su parte la Corte sostuvo en *Bayarri* que:

[A]un cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que

aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado. Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo. (Corte IDH, 2008, párr. 74)

Posteriormente, en *Amrhein* y vinculado al principio de tipicidad, afirmó que:

[L]a ley en la que se base una privación de la libertad personal debe establecer tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física [...] Entre las condiciones de la privación de libertad la ley aplicable debe incluir criterios sobre los límites de duración de la misma. Este Tribunal considera que la inclusión de límites temporales para una detención es una salvaguardia contra la arbitrariedad de la privación de libertad. (Corte IDH, 2018, párr. 358)

13. Análisis de compatibilidad de la legislación provincial.

El dictado de la ley 2287 (en adelante, código procesal derogado) -sancionada en el año 2006, aunque entró en vigencia recién en el año 2011-, significó en nuestra provincia el abandono del régimen clásico en materia de prisión preventiva, de naturaleza sustantivista. Estas legislaciones, que tenían operatividad en el ámbito federal y en la mayoría de las provincias, se caracterizaban por habilitar dictado de la prisión preventiva con fundamentos vinculados a los fines de la pena privativa de la libertad, lo cual denota una clara confrontación con los estándares que hemos referido en el capítulo anterior. En particular, nuestro ordenamiento local (artículos 279, 283 y 284 de la ley 332) vinculaba el régimen de la prisión preventiva al *quantum* punitivo, al pronóstico de peligrosidad y reiteración delictiva, a la atribución de alguno de los delitos previstos en los artículos 139, 139 bis, 146 del Código Penal, a la pluralidad de intervinientes o su actuación en forma organizada, a la intervención o participación de uno o más menores de dieciocho (18) años de edad, a la alarma o peligro social que hubiera ocasionado el delito y a la

circunstancia de que el hecho se haya cometido en relación a bienes en situación de desprotección o impedido de la vigilancia activa de su propietario y/o guardador y/o cuidador.

El sistema dispuesto por el régimen vigente desde 2011 (ley 2287), estableció como únicos motivos para el dictado de la prisión preventiva la existencia de riesgos procesales, lo que significó un verdadero cambio de paradigma. Claramente, en aquel momento, ello significó un importante acercamiento a los estándares del Sistema Interamericano, de lo cual se hizo expresa mención en la exposición de motivos y antecedentes que precedieron al dictado de la norma⁸. Con ello se desarticuló entonces un sistema en el cual el encarcelamiento cautelar era considerado como una reacción casi automática ante imputaciones de cierto rigor punitivo.

Desde 2020 rige en nuestra provincia una nueva normativa procesal en materia penal (ley 3192, en adelante código procesal), la cual me propongo analizar en este capítulo, examinando su compatibilidad con los estándares del Sistema Interamericano que ya fueron desarrollados. Para ello seguiremos el mismo modelo del capítulo anterior, examinando analíticamente las disposiciones de rito vinculadas a cada uno de los estándares.

Tal como anticipé al exponer el plan de trabajo, en cada caso calificaré la regulación local como:

- a) compatible: cuando las normas analizadas resulten adecuadas a los estándares del Sistema Interamericano y no presente ningún aspecto que pueda resultar criticable.
- b) incompatible: cuando la disposición resulte contraria al estándar.
- c) ambigua: en caso que la regulación local pueda interpretarse tanto conforme como de modo contrario al estándar.
- d) regresiva: cuando la norma local vigente, posee un alcance que restringe o limita el derecho acordado por la disposición derogada, constituyendo entonces un supuesto regresividad normativa.

⁸ Exposición de Motivos y Antecedentes, Ley 2287 (código procesal penal), páginas 18 a 26.

13.1. Mérito sustantivo.

Recordemos que este requisito exige la existencia y prueba de elementos de convicción suficientes que permitan afirmar que existe una sospecha de que el imputado participó del hecho investigado, con una gran probabilidad (Maier, 1999, p. 523) y, en consecuencia, que se llevará adelante el juicio oral y público en su contra. Se requiere, entonces, de una imputación válida y fundada en la prueba que aportó el acusador.

El artículo 243 del código procesal expone de modo claro y taxativo la exigencia de este requisito como presupuesto del dictado de la prisión preventiva. El mismo dispone que:

Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, previo requerimiento fundado del Ministerio Público Fiscal o del querellante particular, se ordenará su prisión preventiva cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo siguiente. (Ley 3192, 2020)

Más allá de la objeción que debe realizarse al empleo de la expresión “se ordenará” que utiliza el artículo, lo cual será motivo de análisis en otro apartado destinado al examen del carácter excepcional de la prisión preventiva, estimo que la norma se adecua correctamente al requerimiento básico convencional, exigiendo la existencia del *fumus bonis iuris*, tal como se ha caracterizado este requisito convencional, como presupuesto para el dictado de la prisión preventiva. El rigor con que este recaudo debe acreditarse es el de *sospecha o indicio razonable*, conforme el estándar analizado; lo cual se condice con el criterio de *elementos de convicción suficientes* que refiere el artículo 243 del código procesal, en el marco de un razonable ejercicio del margen de apreciación local que posee el legislador.

No obstante, con relación a la redacción previa de esta norma (artículo 250 del código procesal derogado⁹), hay dos circunstancias que merecen atención.

⁹ Artículo 250. PRISIÓN PREVENTIVA. PROCEDENCIA. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación

En primer lugar, el artículo de la norma derogada exigía como requisito previo al dictado de la prisión preventiva, que se le hubiera recibido declaración al acusado, exigencia que ahora desapareció del artículo 243 del código procesal. Sin embargo, creo que ello no es problemático, puesto que el artículo 257 del código procesal, sostiene que la audiencia de formalización que se lleva a cabo ante el Juez de control, será imprescindible cuando se pretenda la imposición de una medida cautelar, y precisamente en dicho procedimiento tendrá el acusado y su defensor la posibilidad de brindar declaración y defenderse de la imputación. Entonces, de cualquier modo, el Juez de control, antes de disponer el dictado de la prisión preventiva, siempre habrá escuchado la declaración del acusado, naturalmente, siempre que éste así lo decida, conforme su derecho constitucional de no declarar.

Por otra parte, el artículo 243 del código procesal, incluye ahora la posibilidad de que el querellante particular sea quien reclame el dictado de la prisión preventiva, lo cual es una novedad que si bien podría cuestionarse sosteniendo que el acusado tendrá entonces que defenderse ya no de una sino de dos posibles requerimientos que pueden tener fundamentos y razones muy diferentes; lo cierto es que la Corte Interamericana ha propiciado un alcance amplio del derecho a la tutela judicial efectiva, que naturalmente se extiende a la víctima del delito. Sostuvo al respecto que:

El derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables. (Corte IDH, 19 comerciantes, 2004, párr. 188)

Conforme estos términos, naturalmente, la sanción de los responsables del delito incluye el derecho de las víctimas o sus familiares a requerir aquellas medidas tendientes a asegurar que la investigación y el debate oral puedan realizarse en condiciones de normalidad, y que la pena que -eventualmente- se imponga, no se frustre por fuga del acusado.

punible del imputado en el hecho investigado, y después de recibida su declaración, previo requerimiento fundado del Ministerio Público Fiscal, se ordenará su prisión preventiva cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

En conclusión, estimo que el texto del artículo 243 del código procesal, es compatible con el estándar convencional que reclama la existencia de mérito sustantivo para el dictado de la prisión preventiva.

13.2. Función cautelar.

Tal como ya hemos referidos, el aspecto central con relación al tema que examinamos es su naturaleza cautelar, lo cual redundo en que sólo cuando se verifique el peligro de fuga del acusado o que el mismo realizará acciones tendientes a obstaculizar el proceso, podrá dictarse la prisión preventiva.

Adecuadamente el artículo 244 del C.P.P., en su parte pertinente, dispone:

Al momento de fundamentarla, el Juez deberá analizar la existencia de una presunción razonable, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada caso, acerca de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la acción de la justicia en el desarrollo del proceso (peligro de obstaculización). (Ley 3192, 2020)

De este modo, la regla general que dispone el código procesal para evaluar la procedencia de la prisión preventiva, se conectan exclusivamente con aquellos riesgos procesales.

No obstante, la norma utiliza un patrón que ya criticamos cuando hace referencia a una *presunción razonable* como medida de análisis de las circunstancias que le permitirán estimar el peligro de fuga o de obstaculización.

Si tal como dijimos, el Juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas, cuya prueba incumbe exclusivamente al acusador, solo de un modo sumamente laxo podría la norma referir a una *presunción razonable* como baremo convictivo.

No obstante, el análisis más estricto debe hacerse a partir de las disposiciones siguientes que determinan las circunstancias que el Juez podrá tener en cuenta para verificar la existencia del peligro de fuga o

peligro de obstaculización, que como rótulo llevan los artículos 245 y 246 del código procesal.

Dichas normas rezan:

Artículo 245. Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: 1) Arraigo, determinado por el domicilio real, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajos; 2) La pena que se espera como resultado del proceso; 3) El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y 4) La posibilidad cierta de ausentarse del país o permanecer oculto. (Ley 3192, 2020)

Artículo 246.- Peligro de obstaculización. Para decidir acerca del peligro de obstaculización para el desarrollo del proceso se tendrá en cuenta, especialmente, la grave sospecha de que el imputado: 1) Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará los elementos de prueba; 2) Influirá para que coimputados, peritos o testigos informen falsamente o se comporten de manera reticente; 3) Inducirá a otros a realizar tales comportamientos; y 4) Persistirá en su accionar respecto de la víctima. (Ley 3192, 2020)

El código determina cuáles son las circunstancias que podrá tomar en cuenta, aunque en ambos casos, refiere que *especialmente* podrán considerarse, lo cual no impide que puedan también examinarse otras condiciones no enumeradas, siempre que se vinculen con el marco general que brinda el artículo 244 del código procesal.

De la enumeración que realizan estas dos disposiciones, la mayor parte de las circunstancias que manda considerar son perfectamente compatibles con los estándares del Sistema Interamericano que analizamos en el capítulo anterior, por cuanto se vinculan de un modo directo con aquellos peligros procesales que admitiría el dictado de la prisión preventiva, siempre que se cumplan con los restantes recaudos que analizaremos más adelante.

No obstante, hay dos circunstancias que puede considerar el Juez y que son cuestionables, por cuanto desnaturalizan la función

estrictamente procesal o cautelar de la prisión preventiva, a saber: a) que el imputado “persistirá en su accionar respecto de la víctima”, en relación al peligro de obstaculización y b) “la pena que se espera como resultado del proceso”, como circunstancia vinculada al peligro de fuga.

En primer lugar, la referencia a la persistencia delictiva contra la víctima en la que podría incurrir el acusado, como circunstancia que pueda considerarse para evaluar la existencia de *peligro de obstaculización*, significa una palmaria violación convencional, denotando claramente que tal fundamento no posee ninguna vinculación con los fines del proceso penal, sino que persigue una finalidad *preventiva*, una de las tantas que usualmente se le atribuye a la pena de prisión. Al respecto se ha dicho que “[p]ara la prevención especial negativa la pena también opera sobre la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de un mal para la persona, pero que es un bien para el cuerpo social” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006, p. 48).

Por muy valiosa que pueda aparecer la protección de la víctima, que suele ser especialmente vulnerable en situaciones -por ejemplo- de violencia de género, no debe ser preocupación del proceso, sino -eventualmente- de la pena que se imponga como resultado del mismo. Este supuesto es claramente incompatible con los estándares del Sistema Interamericano.

La segunda norma que tachamos inicialmente como conflictiva, se relaciona con el *quantum* de la pena que se espera como resultado del proceso, circunstancia cuya sola mención ya alerta sobre la posible colisión con el principio de presunción de inocencia, por cuanto la disposición prácticamente presume la condena del acusado, a cuyo respecto, sólo cabe especular cuál es la pena que podría corresponderle.

Recordemos que, de los estándares que hemos verificado en el apartado 2.2 del capítulo anterior, surgen las siguientes pautas, con relación a la gravedad del delito investigado:

- a) no responde a criterios de peligro procesal;
- b) no es, *por sí mismo*, justificación suficiente;
- c) es un *criterio insuficiente*;

- d) de considerarse, sólo puede hacerse teniendo en cuenta el mínimo de la escala penal en abstracto, siempre -además- considerando la clase de pena más leve;

En este punto, el estándar convencional se vuelve un tanto oscilante. Por un lado, desde una perspectiva estrictamente procesalista, se niega que la pena en expectativa pueda habilitar el dictado de la prisión preventiva, pues la aplicación de esta regla nos remitiría nuevamente a un esquema que confunde la medida cautelar, con la pena; y con ello claramente se violaría el principio de presunción de inocencia. No obstante, se dice que no es *por sí sola o por sí misma* justificación suficiente o, dicho de otro modo, que se trata de un *criterio insuficiente*, lo cual denota que algún tipo de relevancia es posible asignarle, aunque para ello sólo deba considerarse el mínimo de la escala penal en abstracto del delito del que se trate.

La textura de la norma local bajo análisis es sumamente abierta y admite -en el plano estrictamente legal- varias posibles aplicaciones: permite fijar una posición compatible con el estándar convencional, estimando este criterio con una prudente y limitada fuerza convictiva, sin que se constituya en un indicador directo del peligro de fuga; pero también admitiría una interpretación que -so pretexto de atenerse al texto de la ley- restrinja de un modo anticonvencional el derecho a permanecer en libertad durante el proceso penal, con el único criterio de que la pena que se espera como resultado del proceso permite estimar la existencia de peligro de fuga. La letra de la ley, tanto permite una interpretación convencional, como una anticonvencional.

Ambas posibilidades se han manifestado en los precedentes de nuestro Tribunal de Impugnación Penal. Por una parte, de un modo prudente y compatible con el estándar sostuvo:

Para que [la] "pena en expectativa" pueda llegar a ser motivo de restricción de la libertad ambulatoria [encontrándose el proceso en el período de investigación fiscal preparatoria] por "peligro de fuga", la misma debe estar lo suficientemente fundamentada no solo en ese monto punitivo sino en algún otro de tipo de circunstancia que corroboraran esa posibilidad de fuga. Ello por cuanto el monto de la pena en expectativa, por sí sola, no posibilita la restricción de la libertad. (T.I.P., 2013, causa B.C. s/apela prisión preventiva).

En el mismo sentido, en otro precedente del mismo año sostuvo que “La pena en expectativa, por sí sola, es decir si no se encuentra avalada por otra circunstancia que permita llegar a dicha conclusión, no puede ser tomada como motivación de “peligro de fuga” (T.I.P, 2013, causa G.S. s/recurso de apelación).

Mantiene también este criterio en la causa *Córdoba*, al disponer que:

[P]ara que la pena en expectativa pueda llegar a ser motivo de restricción de la libertad ambulatoria en este estado del proceso, la misma debe estar lo suficientemente fundada, no bastando con considerar la probable pena de prisión a cumplir en caso de condena, sino que dicha circunstancia debe estar concatenada con otra motivación que justifique la posibilidad de la probable fuga del imputado, lo cual no surge de la motivación esgrimida por el a-quo. (T.I.P., 2016, causa *Córdoba*, Jorge Rubén s/ Impugna prisión preventiva)

Pero también nuestro máximo tribunal revisor en materia penal, ha dictado sentencias que van en dirección contraria, dándole al extremo que venimos analizando una relevancia incompatible con el estándar convencional. Así sostuvo que:

En relación al peligro de fuga, como ya me he pronunciado en anteriores oportunidades, si bien es cierto que la pena que se espera como resultado del proceso no puede únicamente fundamentar el dictado de la prisión preventiva, no menos cierto resulta, que es un factor importantísimo a tener en cuenta, ello en virtud de que la existencia de una condena anterior de Mensa por el delito de Lesiones Leves, implica que necesariamente, de recaer condena en las presentes actuaciones la pena será de efectivo cumplimiento, resultando ello ser un elemento objetivo que permite presumir la fuga de Mensa. (T.I.P., 2016, causa “MENSA, Claudio Marcelo S/Apela Prisión Preventiva).

En otra causa sostuvo que:

Cabe tener en cuenta que nos encontramos en una etapa muy prematura de la investigación, la cual ya se encuentra totalmente encaminada hacia el descubrimiento de la verdad, contándose con prueba objetiva de contundente valor probatorio. A ello hay que sumarle el antecedente que registra

el traído a proceso. No debemos olvidar que Velázquez mediante juicio abreviado de fecha 14 de septiembre de 2015 en legajo n° 24412/0 fue condenado a tres meses de prisión de efectivo cumplimiento y fue declarado reincidente en la misma resolución, con lo cual de recibir una condena por el hecho traído a consideración la pena a cumplir sería de efectivo cumplimiento. Esta circunstancia es un dato que no debe ser soslayado, toda vez que es uno de los parámetros a tener en cuenta conforme el art. 252, por lo que como fundamento de la prisión preventiva es totalmente válido. Es por ello que el agravio de la recurrente, si bien luce atendible, no menos cierto es que el derecho del imputado a transcurrir el proceso penal en libertad, en este caso, cede ante la probabilidad de que éste pueda evadir el accionar de la justicia, y así frustrar el derecho de la sociedad y de la víctima en particular a que se realice un juicio público. De este modo la garantía de la presunción de inocencia que tiene Velázquez, no se ve alterada en absoluto, ya que es en el debate oral, donde él y su defensa técnica van a tener las mayores garantías procesales y amplitud probatoria para demostrar su inocencia. (T.I.P., 2016, causa Velázquez, Emanuel Alexis S/ Apela Prisión Preventiva)

En conclusión, la norma procesal contenida en el artículo 245.2 del código procesal, no es precisa por cuanto no indica límites en la valoración de este extremo previsto en él. No indica que *la pena que se espera como resultado del proceso* no podrá ser el fundamento exclusivo o determinante de la decisión, ni que -en caso de utilizarse este criterio, acompañado de otras circunstancias que permitan verificar peligro de fuga- debe considerarse el mínimo de la pena en abstracto, tal como se ha establecido el estándar.

Es claro entonces que el supuesto, tal como se encuentra regulado, resulta equívoco o ambiguo, lo cual viola el principio de legalidad que, tal como ya indicamos, obliga a establecer con la mayor precisión posible, las circunstancias que permiten habilitar el dictado de la prisión cautelar.

Un supuesto de esta naturaleza fue resuelto por la Corte Interamericana en el caso *Norín Catriman*. Allí sostuvo que:

[E]l Tribunal estima que el artículo 363 del Código de Procedimiento Penal [...] que regulaban la causal de prisión preventiva relativa al “peligro para la seguridad de la sociedad”

no eran normas per se contrarias a la Convención Americana, puesto que podían ser interpretadas de una manera acorde a la misma, siempre y cuando se aplicaran buscando un fin procesal y los criterios tomados en cuenta fueran valorados en relación con la evaluación de la configuración de un riesgo procesal en las circunstancias del caso concreto. Por consiguiente, Chile no violó el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 7 de la Convención Americana, en perjuicio de las ocho presuntas víctimas del presente caso. Las violaciones a su derecho a la libertad personal se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas. (Corte I.D.H., 2014, párr. 364)

Otro supuesto problemático que puede presentarse asociado a este criterio es el caso en el cual la prisión preventiva se impone -o se mantiene y extiende en el tiempo- luego de una sentencia de condena, o incluso de su confirmación por parte del tribunal revisor que cumple con la doble instancia (artículo 8.2.h) de la Convención Americana), mientras se tramita el recurso de casación, extraordinario federal o la queja por su denegación. Aparecen aquí varios aspectos que podemos problematizar:

- a) ¿se mantiene la presunción de inocencia del condenado -no firme-?, si es así, ¿hasta cuándo?;
- b) la pena impuesta -no firme-, adquiere mayor relevancia que aquella que -en abstracto- podía preverse al inicio del proceso, a fin de habitar el dictado de la prisión preventiva?

El primer interrogante fue respondido por la Corte Interamericana en los casos *Ricardo Canese y Cabrera García y Montiel Flores*. Allí sostuvo que “la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme” (Corte IDH, 2004, *Ricardo Canese*, párr. 154; 2010, párr. 183).

La Corte ya había dicho en *Suárez Roseró* que “el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento,

incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. (Suarez Roseró, 1997, párr. 71)

No obstante, cuándo una sentencia en materia penal adquiere firmeza también ha sido motivo de arduo debate en la jurisprudencia local¹⁰. El clásico, estricto y sencillo criterio puede resumirse en el sentido que lo hace Maier al determinar que “la decisión judicial queda firme y ejecutoriada [...] cuando ella es irrecurrible, o una vez vencidos todos los plazos para recurrirla sin que nadie la haya recurrido: en ese momento se puede proceder a su ejecución” (Maier, 2011, p. 336).

Esto ha sido innecesariamente complejizado al incorporar el concepto de *ejecutabilidad*, en base a lo normado por el artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en su parte final indica que “[m]ientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso” (Ley 17.454, 1981), lo que indicaría que las sentencias condenatorias podrían ser ejecutadas una vez rechazado el recurso extraordinario federal por parte del Superior Tribunal provincial, aunque se encuentre pendiente el recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia.

En el ámbito provincial este criterio tuvo una significativa modificación con la sanción del nuevo código procesal. Mientras el artículo 394 del ordenamiento derogado¹¹ determinaba el criterio usual y clásico del efecto suspensivo de los recursos en materia penal; el artículo 381 del código procesal¹², no reconoce efecto suspensivo a los recursos extraordinarios, considerando tales al de casación ante el Superior Tribunal, al extraordinario federal y la acción de revisión, “salvo que en el análisis de admisibilidad se disponga lo contrario”.

¹⁰ Un prolijo desarrollo de la evolución de la jurisprudencia en tal sentido aparece en Crivelli, Ezequiel. Principio de inocencia, encarcelamiento preventivo y sentencia condenatoria “no firme”, publicado Revista de Derecho Procesal Penal, número 15, mayo de 2019.

¹¹ Artículo 394 del código procesal derogado: Efecto suspensivo. Las resoluciones judiciales no serán ejecutadas durante el término para impugnar, ni durante su tramitación, salvo disposición expresa en contrario.

¹² Artículo 381 del código procesal. Efecto suspensivo. Los recursos tendrán efectos suspensivos. El dictado de medidas de coerción y/o cautelares y los recursos extraordinarios no suspenderán los efectos, salvo que en el análisis de admisibilidad se disponga lo contrario. A estos fines serán considerados recursos extraordinarios el de casación, el recurso extraordinario federal y la acción de revisión.

De la literalidad de la norma surge que una vez confirmada la condena por parte del Tribunal de Impugnación Penal, interpuesto el recurso de casación, el Superior Tribunal podría: a) admitirlo con efecto suspensivo, y con ello no se ejecutaría la sentencia o, b) rechazarlo *in limine* o admitirlo, sin indicar nada acerca del efecto, lo que daría paso a la ejecución de la sentencia.

La Cámara Federal de Casación Penal resolvió una situación de idéntica naturaleza en la causa Medrano. Allí dispuso que:

[E]l principio de inocencia exige para que sea aplicable una pena, que exista una sentencia condenatoria firme, circunstancia que no opera cuando aún se encuentra pendiente de resolución un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debido a que aquella es quien tiene la última palabra en relación a la interpretación y salvaguarda final de la Constitución Nacional y de los derechos y garantías contenidos en ella. (Cámara Federal de Casación Penal, 2014, causa Medrano)

Señala también que la diferenciación entre las categorías de *ejecutabilidad* y *firmeza* proviene de la confusa práctica de pretender trasladar cláusulas propias del derecho civil al ámbito penal incompatibles con el principio de inocencia.

En consecuencia, la ejecución de la sentencia en materia penal, sólo puede operar cuando el fallo condenatorio queda firme, esto es cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechaza la queja por el recurso extraordinario federal denegado. Este es el criterio recientemente fijado por el propio Código Procesal Penal Federal, cuando en el artículo 375 dispone que “Sólo podrán ser ejecutadas las sentencias firmes” (Ley 27.063, 2019, artículo 375), desterrando de plano cualquier tipo de distinción entre ejecutoriedad y firmeza.

El segundo interrogante que pretendemos contestar es si el dictado de una sentencia de condena de prisión de cumplimiento efectivo, respecto de quien se encontraba hasta ese momento en libertad, implica -necesariamente- un cambio en dicho *status*. Con frecuencia se razona sosteniendo que el dictado de una condena de cumplimiento efectivo, por la certeza que requiere un pronunciamiento de esta naturaleza, podría ser por sí misma configurativa de una situación de riesgo procesal en el sentido de que el imputado -en caso de permanecer en libertad- se verá naturalmente inclinado a eludir el

cumplimiento de la pena allí impuesta. En otras palabras, podría decirse que, a pesar de la inestabilidad procesal de esta decisión jurisdiccional, se ha considerado que el *status jurídico* de inocencia se debilita o pierde vigor y, en contrapartida, cede ante una situación de riesgo que requiere neutralización.

La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de analizar un caso llevado a su conocimiento, en el precedente *Loyo Fraire*, en el cual hizo suyo el dictamen del Procurador Fiscal. La Corte rechazó la sentencia del Superior Tribunal de la provincia de Córdoba en virtud de la cual denegaba un pedido de recuperación de libertad deducido en favor de una persona a quien el tribunal de juicio condenó e impuso la prisión preventiva.

El dictamen del Procurador sostuvo que:

No pierdo de vista que en el *sub examine* -a diferencia del citado "Merlini"- se dictó sentencia de condena que, aunque no se encuentre firme, constituye una decisión sobre el fondo que, como tal, goza de una presunción de acierto que incide desfavorablemente en cuanto al riesgo de fuga. Sin embargo, estimo que ese pronunciamiento, aún así, no priva de significación a aquella omisión del *a quo*, desde que el encarcelamiento no deja de ser cautelar, y entonces la decisión debe contener la motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a los requisitos impuestos por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, entre ellos, el de necesidad, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto [cita omitida]. (Dictamen del Procurador Fiscal en el fallo *Loyo Fraire*)

Entonces, surge aquí un criterio claro según el cual es posible postular que la severidad de la pena -no ya en abstracto, sino aquella efectivamente impuesta por un Tribunal, aunque aún revisable- debe examinarse conjuntamente con el resto de los indicios concretos que revelen la existencia de peligro de fuga, a fin de determinar si el imputado que permaneció hasta ese momento en libertad, debe ser cautelarmente encarcelado.

13.3. Necesidad. Carácter excepcional.

Con relación a este estándar, subrayo como un avance sumamente positivo la nueva redacción de artículo 244 del código procesal, que al regular lo concerniente a la forma y requisitos de la prisión preventiva, eliminó la regla contenida en su anterior redacción (artículo 251 del código procesal derogado), la cual disponía que la prisión preventiva “deberá dictarse, si el delito tuviere una pena mínima de más de tres (3) años de prisión, no obstante el Juez podrá sustituirla, por algunas de las medidas previstas por el artículo 254”.

Esta obligación impuesta a los jueces para que dicten la prisión preventiva de un acusado, cuando el delito imputado tuviera una pena mínima superior a 3 años, aún con la salvedad de que podía sustituirse por alguna otra medida, violaba claramente los estándares fijados en la materia. Una decisión judicial tal como esta norma lo disponía, carecería por completo de fundamento procesal, ya que sin importar la existencia o no de peligro de fuga o de obstaculización, la escala penal del delito atribuido ordenaba -automáticamente- disponer la prisión preventiva, lo cual naturalmente tampoco permitiría cumplir con el carácter excepcional.

Afortunadamente, esta norma que desvirtuaba totalmente el esquema del resto de las disposiciones que tenían un perfil *procesalista*, casi no fue aplicada por jueces durante el período de su vigencia y, actualmente, ha sido eliminada del texto legal.

No obstante, la redacción del artículo 247 del código procesal, merece crítica en un doble sentido, siempre vinculado a la naturaleza excepcional que debe regir el dictado del encarcelamiento preventivo.

Por una parte, sigue ofreciendo al intérprete una primera opción binaria, que obliga -incluso desde el inicio mismo del proceso- a decidir si el acusado permanecerá en libertad o encarcelado mientras tramita el proceso penal, aunque en este último caso, podría sustituir la prisión preventiva por una medida menos grave. No es éste el esquema preferible a la luz del estándar que analizamos, ya que no ofrece una graduación de menor a mayor rigurosidad a fin de poner a salvo los peligros procesales que pueden presentarse.

El modelo del código procesal de la provincia de Neuquén presenta un esquema muy diferente que pone en evidencia, de un

modo claro y eficaz, el carácter excepcional de la prisión preventiva. El artículo 113 dispone:

Medidas de coerción. El juez podrá imponer al imputado cualquiera de las medidas que se indican a continuación: 1) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que le fije; 2) La obligación de presentarse ante el juez o ante la autoridad que él designe. 3) La prohibición de salir del ámbito territorial que se determine o de visitar ciertos lugares o de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa. 4) El abandono inmediato del domicilio cuando la víctima conviva con el imputado. 5) La prestación de una caución económica adecuada. 6) La detención domiciliaria en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el tribunal disponga; y 7) La prisión preventiva. (Ley 2784, 2017)

La norma de la provincia de Neuquén, hace una enumeración progresiva de menor a mayor afectación del derecho a permanecer en libertad durante el proceso; este es el modelo que mejor compatibiliza con el carácter excepcional de la prisión preventiva.

Por otra parte, aunque el artículo 247 del código procesal indica una serie de posibles medidas -no coercitivas- que pueden imponerse, siempre lo son a modo de *sustitución* de la prisión preventiva, carácter que se observa con toda nitidez no sólo en el rótulo de la disposición, sino también cuando el párrafo final de la norma en análisis refiere que “[a]nte el incumplimiento de cualquiera de las medidas sustitutivas, se hará efectiva la prisión preventiva” (Ley 3192, 2020, artículo 247).

Esta norma reemplazó al artículo 254 del código procesal penal derogado, el cual no contenía esta última disposición. Ello implica un supuesto de regresividad normativa, ya que bajo el régimen vigente, la disposición obliga al Juez que ante un incumplimiento se haga efectiva la prisión preventiva, cuando en realidad pudo perfectamente indicar que ante el supuesto de incumplimiento podrá disponerse una medida de mayor restricción, pero no disponer -obligatoriamente- la prisión preventiva.

La norma en análisis debe ser considerada incompatible con el estándar convencional de excepcionalidad de la prisión preventiva y, además, regresiva, en tanto la regulación anteriormente vigente se adecuaba de un modo más preciso al estándar analizado.

13.4. Provisionalidad.

El carácter provisional de la prisión preventiva aparece claramente reglamentado en la disposición contenida en el artículo 255 del código procesal, la cual permite instar un reexamen de la medida adoptada, en cualquier momento del proceso. La norma dispone que:

El imputado y su defensor podrán provocar el reexamen de la prisión preventiva, de la internación o de cualquier otra medida de coerción que hubiera sido impuesta en cualquier momento del procedimiento. El Ministerio Público Fiscal y el querellante particular, a quienes le hubiere sido rechazada una orden de detención (artículo 237) o de prisión (artículo 243), o cuando hubiere sido ordenada una medida de coerción distinta sin su conformidad, podrán provocar el reexamen en cualquier momento del procedimiento. (Ley 3192, 2020)

Al mismo tiempo, el inciso 1) del artículo 254 del código procesal dispone que la prisión preventiva podrá cesar “cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida” (Ley 3192, 2020).

Por una parte, la primera norma examinada resulta adecuada al estándar analizado, en tanto permite en cualquier momento del proceso provocar el reexamen de la prisión preventiva. No obstante, la disposición normativa que determina el modo en que debe actuar el Juez en ese reexamen, ante el supuesto en el cual ya no concurren los motivos que fundaron la prisión preventiva originaria o bien pudiera aplicarse una medida en sustitución de ella, no ordena el cese de la prisión preventiva, sino que lo indica como una posibilidad. De este modo, aún cuando ya no sea motivada la prisión preventiva o cuando pudiera sustituirse por otra medida, cabría la posibilidad de que el juez no dispusiera su cese, lo cual resulta incompatible con el estándar de provisionalidad.

Si se presenta alguna de las hipótesis que plantea el artículo 254 inciso 1) del código procesal, el estándar analizado marca que ya no tendrá el juez la posibilidad de ordenar el cese de la prisión preventiva, sino que tal proceder se convierte en una obligación.

13.5. Proporcionalidad.

En oportunidad de analizar este estándar, aludimos a que el clásico criterio de *prohibición de exceso* fue paulatinamente reemplazado por uno mucho más exigente que puede resumirse diciendo que la persona sometida a prisión preventiva, es decir, aquella sobre la que aún perdura la consideración jurídica de sujeto inocente, no puede ser tratada de modo más perjudicial que la persona condenada, pero tampoco de igual modo, lo que podemos denominar como *prohibición de equivalencia*.

Bajo este prisma debemos examinar las normas contenidas en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 254 del código procesal, que reglamentan este tópico. Las disposiciones mencionadas rezan:

Cesación de la prisión preventiva. La prisión preventiva podrá cesar: [...] 2) No mediando sentencia se estime, en principio, que el período de privación de libertad ha agotado la pena que podría corresponder en el supuesto de condena; 3) El período de privación de libertad permite estimar, en principio, que de haber existido condena hubiera podido obtener la libertad condicional; y 4) La sentencia no firme, imponga pena que permitiría obtener la libertad condicional. En los supuestos de los incisos 3) y 4), deberá contarse previamente, con el informe del establecimiento carcelario que se requiere para la procedencia de la libertad condicional. (Ley 3192, 2020)

En primer lugar, hacemos aquí la misma objeción efectuada en el apartado anterior, relativa a la expresión “podrá cesar” que utiliza la norma en análisis cuando en realidad, todas las circunstancias indicadas tornan obligatorio el cese de la prisión preventiva. Cuando el tiempo de privación de la libertad sufrido haya agotado la pena que le podría corresponder en caso de condena, o se estimara que está en condiciones de pedir la libertad condicional -tanto que se considere la pena en expectativa si aún no hay sentencia, o la sentencia no firme-,

el Juez no podrá mantener el encarcelamiento cautelar, sin importar si aún perduran los peligros procesales. A su respecto, ha cesado la posibilidad de utilizar esta medida extrema, precisamente por aplicación del principio de proporcionalidad: en estos supuestos, el sacrificio al derecho a permanecer en libertad durante el proceso asumiría un contenido desproporcionado frente a las ventajas que podrían significar el aseguramiento de los peligros procesales.

Todos los supuestos tratados por el artículo 254 del código procesal (supuestos de los incisos 2 a 4), resultan insuficientes para asegurar la vigencia del estándar de proporcionalidad en materia de prisión preventiva. La redacción de estas disposiciones, en todos los casos asegura que la prisión preventiva no pondrá al acusado en una condición peor o más grave, cumpliendo el clásico criterio de *prohibición de exceso*, pero no garantiza -más bien admite y tolera- que el detenido cautelar se lo trate igual que al condenado, lo cual no alcanza para satisfacer el actual criterio de *prohibición de equivalencia*.

La regulación analizada resulta incompatible con los actuales estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en materia de proporcionalidad de la prisión preventiva.

13.6. Plazo razonable.

Nuestra legislación establece un plazo máximo de dos años para la duración de la prisión cautelar. El artículo 244 del código procesal indica que “[l]a prisión preventiva no podrá durar más de dos (2) años, conforme lo dispuesto en el artículo 150. Vencidos estos plazo no se podrá dictar una nueva medida privativa de la libertad” (Ley 3192, 2020).

Este límite resulta regresivo si lo comparamos con la anterior regulación. El artículo 251 del código procesal derogado indicaba que la prisión preventiva no podía durar más de un año, a lo que se agregaban tres meses en caso de trámite de recurso de impugnación, mientras que para causas complejas se ampliaba a dos años más seis meses adicionales¹³. Es claro entonces que en aquellas causas que no hubieran merecido esa calificación, el sistema actual implica un incremento del plazo de duración de la prisión preventiva.

¹³ Conforme artículo 275 del código procesal derogado (Ley 2287, 2006)

Pero el aspecto más cuestionable es el modo en que se realiza el cómputo de ese plazo. Dispone en este sentido el código procesal que:

Artículo 150. Plazo de la prisión preventiva. Se establece en dos (2) años la duración máxima de la prisión preventiva, computada desde el momento de la detención hasta el dictado de primera sentencia condenatoria. El plazo operará automáticamente y la libertad deberá otorgarse inmediatamente. En el caso que el imputado hubiere gozado de intervalos de libertad, deberán computarse todos los días que cumplió prisión preventiva o medidas sustitutivas que implique privación efectiva de libertad ambulatoria. El cómputo del plazo de prisión preventiva correrá independientemente del plazo de duración razonable del proceso. (Ley 3192, 2020)

El cómputo se realiza entonces -lógicamente- desde el momento de la detención, pero señala que se contabiliza hasta el dictado de la primera sentencia condenatoria, lo cual deja sin resolver la situación de una persona condenada, pero a cuyo respecto se encuentra pendiente el recurso de impugnación ante el Tribunal de impugnación penal que realiza la instancia de doble conforme y que no posee un plazo estricto para resolver el recurso, más allá del plazo de 4 años que se prevé como duración máxima de la fase ordinaria del proceso¹⁴.

Esto se correlaciona con lo que ya se dijo respecto del artículo 381 del código procesal, que sólo contempla efecto suspensivo para el recurso de impugnación, adquiriendo entonces -desde ese momento y hasta que adquiera firmeza- una larga etapa procesal en el que se pretende darle ejecutabilidad, restando aún la resolución de los recursos que puedan interponerse y a los que se califica como *extraordinarios* (casación, extraordinario federal y, eventualmente, queja por su denegación).

La solución legislativa, aunque susceptible de la crítica que ya formulamos, luce internamente consistente:

¹⁴ Artículos 147 y 148 del código procesal (Ley 3192, 2020)

- a) se prevé un plazo de dos años como límite máximo para el dictado de la prisión preventiva (artículo 244 del código procesal);
- b) ese plazo se computará desde la detención hasta la primera sentencia condenatoria (artículo 150 del código procesal);
- c) a partir de la confirmación de la sentencia de condena por parte del Tribunal de Impugnación Penal, se pretende darle ejecutabilidad a la pena (artículo 381 del código procesal);
- d) como conclusión de este razonamiento -siempre siguiendo la lógica interna del código-, es posible señalar que el plazo máximo de la prisión preventiva deberá *distribuirse* entre la investigación fiscal preparatoria, el procedimiento intermedio, la etapa de juicio propiamente y la revisión por parte del Tribunal de Impugnación Penal. Luego, ya no correspondería hablar de prisión preventiva, sino de ejecución de la sentencia, aunque la misma no haya adquirido firmeza.

Esta circunstancia permite objetar seriamente el régimen legal vigente en nuestra provincia, porque los estándares del Sistema Interamericano, al vincular el límite temporal de la detención con el principio de presunción de inocencia, impide admitir distinción alguna entre imputados juzgados o no juzgados. La prisión preventiva se extiende desde la privación de la libertad hasta el dictado de una sentencia firme, y ello no puede superarse pretendiendo la creación de una nueva categoría *-condenado, con sentencia no firme, pero ejecutable-*, cuya consecuencia inmediata sería la no aplicación del límite temporal máximo fijado para la prisión preventiva. De nada sirve una garantía si mientras postulamos enfáticamente su vigencia, construimos artificiosamente nuevos supuestos que resultan excluidos de su alcance.

En conclusión, la regulación procesal del límite temporal a la prisión preventiva resulta incompatible con el estándar convencional.

14. Conclusión.

Tal como definí el plan de trabajo a llevar a cabo en este trabajo integrador final, creo que he cumplido con el objetivo propuesto.

En primer lugar describí someramente el marco teórico del derecho constitucional y convencional de límites, desde el cual me propuse elaborar esta presentación, para luego relevar el funcionamiento del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y la relevancia de los pronunciamientos de sus órganos de protección para el derecho interno de nuestro país.

Luego sistematicé los estándares de protección que -en materia de prisión preventiva- han elaborado los órganos de aplicación del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, describiendo los tópicos vinculados a los supuestos de habilitación y duración de la prisión preventiva: el mérito de la acusación penal formulada, la función exclusivamente procesal que debe cumplir la prisión preventiva, su carácter excepcional y provisional, el requerimiento de proporcionalidad y el plazo razonable de su duración.

Finalmente, examiné críticamente las normas locales que reglamentan el instituto de la prisión preventiva en la provincia de La Pampa, calificando cada regulación como compatible, incompatible, ambigua o regresiva; siempre a la luz de los estándares del Sistema Interamericano.

En términos generales, es posible concluir que la regulación procesal pampeana en la materia, es deficitaria y no se adecua plenamente al alcance que, tanto la Corte como la Comisión Interamericana, han atribuido a los artículos 7 y 8.2 de la Convención Americana al regular el derecho a la libertad personal y el principio de presunción de inocencia.

Por una parte, a pesar de determinar formalmente que el encarcelamiento preventivo solo procede cuando se verifica el peligro de fuga o de obstaculización del proceso, alguno de los supuestos que luego la ley autoriza a considerar, constituyen criterios sustantivos encubiertos, tal como sucede cuando refiere a la pena que se espera como resultado del proceso y la persistencia del accionar del acusado respecto de la víctima.

También se indicó la deficiente adecuación en lo concerniente a la naturaleza excepcional, provisional y proporcional (prohibición de equivalencia) del instituto; como asimismo, en lo relativo al modo de computar el plazo límite fijado por la legislación.

En resumen, la reforma legislativa que puso en vigencia el nuevo código procesal penal (Ley 3192), desaprovechó la oportunidad de adecuar de un modo estricto las normas de orden interno a los estándares que en la materia han construido y desarrollado los órganos de protección del Sistema Interamericano. Y, con ello, también perdió la ocasión de construir un instrumento eficaz para la reducción de los presos sin condena -presuntos inocentes- en nuestra provincia, a valores que permitan aludir verdaderamente a un instituto de excepción.

Si bien no constituyó objeto de este trabajo la elaboración de una propuesta de cambio legislativo, es dable señalar algunos puntos que constituyen aspectos focales a pensar en una futura reforma:

- a) eliminar del catálogo de supuestos que permiten al Juez fundar el dictado de la prisión preventiva, cualquier supuesto que no se corresponda de un modo estricto con la satisfacción de un interés procesal;
- b) reglamentar un amplio catálogo de medidas cautelares que, de menor a mayor intensidad, prevean diversos grados de afectación de la libertad del acusado durante el proceso, cuyo último nivel naturalmente será la prisión preventiva.
- c) estimular enfáticamente el uso de herramientas tecnológicas que permitan el cumplimiento de la prisión preventiva bajo la modalidad domiciliaria, con similar grado de eficacia en cuanto al resguardo de los riesgos procesales y con notables ventajas en cuanto a la menor intensidad de la medida.
- d) diferenciar claramente -tanto en lo relativo al lugar de cumplimiento, como a la forma de computar el plazo de encierro- la situación del preso sin condena de quien se encuentra en el tramo de ejecución de una condena firme.
- e) disponer -expresamente y sin realizar distinciones arbitrarias- el plazo máximo de duración de la prisión preventiva.

EL DOBLE TRABAJO DE LA MUJER Y SU RECEPCIÓN EN LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO.

Josefina Errazquin *

1. Introducción

Con el devenir del tiempo, las prácticas sociofamiliares fueron cambiando. Antes, nos encontrábamos con una familia modelo, donde teníamos un padre trabajador, encargado de traer el dinero a la casa, y a una madre ama de casa, encargada del cuidado de los hijos y del hogar.

Los cambios económicos y sociales produjeron una mayor incorporación de las mujeres al mercado de trabajo.¹ Asimismo, por el impacto del feminismo las mujeres comenzaron a hacer valer muchos de sus derechos -en su mayoría reservados a los hombres-, y así fue como muchas de ellas salieron al mercado laboral. Y eso plantea un interrogante, ¿Quién realiza el trabajo -no remunerado- de cuidado de los hijos y el hogar que antes realizaban las mujeres?

Las mujeres sufren desventajas al ejercer su derecho al trabajo, como el acceso al empleo por diferencias de género, desigualdades salariales, el suelo pegajoso y el techo de cristal, el acoso sexual, etcétera. Pero en este trabajo, me voy a concentrar en la dificultad de la mujer para acceder al trabajo y equiparar el mismo con las cargas familiares a las que la sociedad -y la legislación- la obligan a hacerse cargo.

No niego que el derecho del Trabajo haya hecho un fuerte avance para eliminar las diferencias de género existentes en el trabajo femenino, tales como la regulación de licencias para la mujer embarazada, la tutela antidiscriminatoria en razón del género y del estado civil, la igualdad de remuneración, entre otros grandes avances, pero considero que, habiendo cambiado el modelo social de la familia,

* Abogada. Trabaja en la Cámara de Apelaciones de la 1° Circunscripción Judicial.

El trabajo fue presentado como tesina de grado de la carrera de Abogacía en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPsm.

¹ SANCHÍS, Norma, *Obstáculos que enfrentan las mujeres para una participación laboral equitativa*, en Revista de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 8, N° 14, ps. 53-63.

el derecho laboral debería haber seguido el rumbo de ese cambio y legislar en el sentido de equiparar las cargas sociales.

Dicho de otra manera, tenemos muchas leyes como la Ley Micaela, el nuevo Código Civil y Comercial, la ley de Matrimonio Igualitario, la reciente ley 27610 de la interrupción voluntaria del embarazo junto a la ley de los 1000 días, y en ese sentido vemos como el derecho (sobre todo el derecho de familias) fue ampliando los derechos de las mujeres y siguiendo con los nuevos modelos sociales, pero el derecho del Trabajo no acompañó ese cambio.

Este trabajo busca explicar y demostrar el doble trabajo realizado por las mujeres. Uno, con fines de lucro por fuera del hogar, otro, no remunerado, puertas adentro. Asimismo, demostrar como la actual Ley de Contrato de Trabajo sigue estableciendo a la mujer como encargada del cuidado familiar e incrementando la desigualdad de género, otorgándole poca importancia a la función del padre dentro de la familia y perpetuando los papeles tradicionales de la familia. Para ello considero pertinente comenzar dando algunas definiciones.

2. ¿Qué son los cuidados?

Existen varias definiciones del concepto de cuidado y está aún lejos de ser una noción de consenso. Para la autora Batthyány el cuidado refiere a los bienes y servicios, actividades que permiten a las personas alimentarse, educarse, estar sanas y vivir en un hábitat propicio.² El cuidado designa la acción de ayudar a un niño, niña o a una persona dependiente en el desarrollo y el bienestar de su vida cotidiana. Engloba, por lo tanto, hacerse cargo del cuidado material, que implica un trabajo, del cuidado económico y un costo económico, y del cuidado psicológico, que implica un vínculo afectivo, emotivo, sentimental. Puede ser realizado de manera honoraria o benéfica por parientes, en el contexto familiar, o puede ser realizado de manera remunerada en el marco o no de una familia. Lo que unifica la noción de cuidado es que se trata, hasta hoy, de una tarea esencialmente realizada por mujeres, ya sea que se mantenga dentro de la familia o que se exteriorice por la forma de prestación de servicios personales.

² BATTHYÁNY DIGHIERO Karina, Las políticas y el cuidado en América Latina, Una mirada a las experiencias regionales.

Para Fisher y Tronto, el cuidado es una actividad específica que incluye todo lo que hacemos para mantener, continuar y reparar nuestro mundo, de manera que podamos vivir en él tan bien como sea posible.³ Ese mundo incluye nuestros cuerpos, nuestro ser y nuestro ambiente, todo lo que buscamos para entretejer una compleja red del sostenimiento de la vida.

3. Historia del cuidado.

Los debates sobre el cuidado se remontan a la década de 1970, en los países anglosajones, impulsados por las corrientes feministas en el campo de las ciencias sociales. La cuestión del cuidado irrumpe como aspecto central del sistema de bienestar con la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo y con el reconocimiento de sus derechos de ciudadanía. Parte importante del problema de brindar bienestar y protección social de calidad radica en una adecuada distribución de esas responsabilidades entre sus distintos miembros.

La solución de este problema ha asumido distintas formas en función del momento histórico, social, cultural y económico. Si bien estos factores han determinado que en la distribución de la responsabilidad social del cuidado hayan tenido participación distintos actores sociales como el Estado, el mercado, las familias o formas comunitarias, parte significativa de esta carga ha recaído y recae en las familias, lo que equivale a decir, en la mayoría de los casos, en las mujeres de familias.

4. Mujeres y cuidados.

La relación del cuidado con el género es evidente en nuestras sociedades, en las que se ha persistido en una división sexual del trabajo que asigna a las mujeres a los espacios domésticos y a las tareas reproductivas y de cuidados. Existen tareas conceptuadas como femeninas o masculinas, lo realizado por las mujeres se considera inferior (menos valorado y remunerado, menos visible incluso). Para ejemplificar las relaciones entre género y cuidado podemos basarnos

³ TRONTO, Joan, *Vicious circles of privatized caring*, *Socializing Care: Feminist ethics and Public Issues*, Maurice Hamington y Dorothy Miller (eds.), Lanham, Rowman and Littlefield Publishers, 2006.

en trabajos como dar de comer a un bebé o cuidar de un cónyuge enfermo, cocinar y limpiar, cuidar y educar a los niños, el cuidado de ancianos y personas con discapacidad. Si pensamos en todas estas tareas, pensamos en la mujer de familia como encargada de realizarlas.

A su vez, encontramos profesiones dedicadas a la prestación de cuidados, en las cuales las tareas son básicamente realizadas por mujeres como enfermeras, trabajadoras domésticas, asistentes terapéuticos, etc.

Para la autora Batthyány en el marco de la familia el trabajo de cuidado tiene un carácter obligatorio, y al ser percibido como desinteresado le otorga una dimensión moral y emocional.⁴ No es solamente una obligación jurídica establecida por ley (obligación de prestar asistencia o ayuda), o una obligación económica, involucra también las emociones que se expresan en el seno familiar. En nuestras sociedades, la familia es la institución que de manera principal responde a las necesidades de cuidado de sus miembros. Los hogares configuran estrategias domésticas; es decir, para cubrir sus necesidades de consumo, de reproducción y cuidados. Esa distribución de tareas muchas veces resulta desigual respecto a los miembros que la integran, designando a las mujeres las tareas domésticas.

En ese mismo sentido, expresa Sira de Río que el modelo de familia fordista (hombre ganador de ingresos monetarios – mujer ama de casa dedicada a los cuidados), consiguió que las mujeres se hicieran cargo de forma obligatoria, aunque naturalizada de los cuidados.⁵

Coincidiendo con Flores Beltrán y Buigo, desde el derecho se sostiene al cuidado como un derecho humano, lo que impone ciertas obligaciones, tanto para el Estado como para los particulares, en términos de su provisión y de trabajar en pos de evitar que siga siendo feminizado.⁶ En palabras de Batthyány, el Estado se ha transformado en marco protector ante riesgos y contingencias que experimentan las

⁴ BATTHYÁNY DIGHIERO Karina, *Las políticas y el cuidado en América Latina, Una mirada a las experiencias regionales*.

⁵ DEL RÍO, Sira, *La crisis de los cuidados: precariedad a flor de piel*, p. 6

⁶ FLORES BELTRÁN Victoria, BUIGO, Victoria, *Aportes para pensar la construcción histórica de los géneros en los mundos del trabajo en Argentina*, en *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia*, ps. 13-24.

personas a lo largo de la vida.⁷ Si se tiene un derecho al cuidado, debe ser el Estado quien lo tome, basado en la responsabilidad social del cuidado de las personas, cuando en realidad quien lo realiza son las propias familias, mejor dicho, las mujeres de familia especialmente.

El cuidado familiar es un problema de política pública al que deben responder los estados, no es un problema individual de las mujeres que deben limitarse al cuidado familiar, o, tener una doble jornada laboral. Cada vez son más las personas dependientes que requieren cuidados especiales, y los servicios públicos siguen siendo escasos, lo que muestra que las mujeres siguen siendo las principales responsables de ese cuidado.

El trabajo no remunerado de las mujeres ha sido crucial para resolver la demanda social de cuidados, e imprescindible para que pudiera producirse el desarrollo capitalista. A pesar de los avances en políticas que promueven la igualdad de género, las instituciones económicas, sociales y políticas -entre ellas, la LCT- continúan operando sobre el supuesto de una división sexual del trabajo que mantiene el estereotipo de las mujeres como proveedoras de cuidados.

5. Doble empleo de la mujer

Coincido con Hebe Litterio, en partir de un concepto de mujer múltiple, siendo en ese sentido la encargada del cuidado de sus hijos y padres, de organizar la vida familiar, tanto desde la ropa, la comida, los horarios, las actividades, hacer las compras, y además, compatibilizar todas estas cargas con un trabajo por fuera de la familia para contribuir económicamente al hogar, delegando en algunos - pocos- casos estas tareas “del hogar” en el hombre, y en otros casos, en otras mujeres de forma remunerada.⁸

Hay que aclarar que cuando las mujeres trabajan remuneradamente, aun cuando lo hacen a tiempo completo, la distribución de las tareas domésticas y de cuidado sigue siendo desigual. El tiempo que las mujeres destinan a las actividades no remuneradas se traduce en jornadas de trabajo diarias más largas; lo

⁷ BATTHYÁNY DIGHIERO Karina, *Las políticas y el cuidado en America Latina, Una mirada a las experiencias regionales*, p. 11

⁸ LITTERIO, Liliana Hebe, *El trabajo de las mujeres, las Normas, la Jurisprudencia y la Realidad*, p. 14

que es conocido como la doble jornada laboral, es decir, la que se desarrolla en el ámbito privado como trabajo remunerado, sumada a la de trabajo doméstico no remunerado e invisibilizado, el trabajo de cuidados.

5.1. Suelo pegajoso y techo de cristal.

Tomando definiciones de Liliana Hebe Litterio, se entiende por suelo pegajoso al suelo que retiene a muchas mujeres en los puestos de bajo nivel y escasa remuneración. En ese sentido, el techo de cristal sería el tope en la carrera laboral de las mujeres que muchas veces les dificulta y otras directamente les impide escalar posiciones.⁹ La autora entiende que la mujer actual está rompiendo con ese techo y que cada vez vemos más mujeres en cargos jerárquicos, pero manifiesta que casi nunca es sencillo por que las escaleras son resbalosas, sobre todo cuando hay hijos pequeños.

Se trata de un fenómeno de segregación horizontal, donde las mujeres se desempeñan mayoritariamente en sectores menos dinámicos de la economía, implicando que sea más frecuente encontrar varones en puestos de dirección.

En ese sentido, las únicas actividades económicas en las que la mayoría de los empleados/as son mujeres, son en las actividades que requieren cuidados, tales como cuidado de niños, de ancianos, tareas de limpieza, etc. Pautassi afirma que ambos fenómenos se entrecruzan por la disponibilidad sesgada de tiempo que tienen las mujeres para desenvolverse en los ámbitos productivos. Tienen menos tiempo para vender, y más ocupaciones y responsabilidades que atender, particularmente en el ámbito de sus relaciones familiares.¹⁰

5.2. Crisis actual de los cuidados.

La crisis de los cuidados hace referencia a una serie de situaciones que se fueron dando en la sociedad que llamaron la

⁹ LITTERIO, Liliana Hebe, op. cit., p. 21

¹⁰ PAUTASSI, Laura, *¡Cuánto trabajo mujer! El género y las relaciones laborales, en Claves para todos*, Buenos Aires, 2007, p. 32

atención sobre la provisión de los cuidados. Se trata de un aumento de la esperanza de vida, una extensión de la infancia, la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo, el aumento de los flujos migratorios, la parcialización del trabajo femenino, la desaparición del “salario familiar” que aportaba el varón sustentador, las nuevas formas de familia y la precarización del mercado laboral. Uno de los elementos centrales de esa crisis fueron los logros de la lucha feminista.

Al hablar de crisis no solo debemos hacerlo en un sentido negativo. Para Sira del Rio, la crisis tiene la virtud de permitirnos visibilizar y poner en cuestión elementos centrales sobre los que se constituye nuestra sociedad y generar nuevos imaginarios, nuevas propuestas de transformación y nuevas formas de lucha.¹¹ El modelo ante el cual se resolvían las necesidades de cuidado comienza a tambalear, las mujeres que habían dedicado toda su vida y energía al trabajo no remunerado, se incorporan al mercado laboral cuya estructura está diseñada para personas que no tienen que cuidar de nadie.

A pesar de la crisis, los mercados, el estado y los hombres como colectivo siguen sin considerarse responsables de la necesidad de cuidado de la población. La necesidad de cuidados sigue considerándose un asunto de mujeres y el trabajo para su satisfacción sigue moviéndose en un contexto de desigualdad de género, clase y etnia.

5.3. Los cuidados como barreras para las mujeres.

Las cargas de cuidados son una barrera a la igualdad e inserción social y económica de las mujeres. De las encuestas por uso del tiempo (EUT) podemos extraer que: los hombres tienen una menor participación e invierten menos tiempo en las actividades domésticas y de cuidado; las mujeres destinan en promedio más del doble de tiempo semanal que los hombres al cuidado de niños y otros miembros del hogar, incrementándose de manera notable en los tramos del ciclo vital asociados a la tenencia de niños y niñas, mientras que, en el caso de los hombres, el tiempo permanece prácticamente constante durante todo su ciclo vital; la jornada de trabajo total de las mujeres dedicada a labores remuneradas y no

¹¹ DEL RIO, Sira, *La crisis de los cuidados: Precariedad a flor de piel*.

remuneradas es mayor que la de los hombres.¹² La participación laboral remunerada de las mujeres es menor cuando existen niñas y niños en edad preescolar; cuando las mujeres trabajan remuneradamente, aun cuando lo hacen a tiempo completo, la distribución de las tareas domésticas y de cuidado sigue siendo desigual; y que el tiempo de trabajo remunerado en promedio de las mujeres es inferior al de los hombres, debido a la necesidad de atender las responsabilidades domésticas y familiares.

Como consecuencia de las formas en que se organizan social y legalmente las responsabilidades sobre las tareas de cuidado (generalmente realizadas por mujeres), provoca un impacto en la inserción laboral, en las posibilidades de desarrollo, en el acceso a condiciones laborales dignas y a una remuneración adecuada, para lograr autonomía económica y no depender del hombre desde ese punto de vista.

Como sostiene Queirolo, “el mundo del trabajo fue afectado por el discurso de la domesticidad o de la doctrina de las esferas separadas, creador de concepciones de feminidad y masculinidad. Los estudios de género desarrollados a partir de la teoría feminista brindan herramientas para desarmar tales discursos y cuestionar la naturalización de las identidades femeninas y masculinas, de manera de reconstruir los contextos sociohistóricos en que tales identidades se desarrollaron”.¹³

6. Recepción Internacional.

La protección de los derechos laborales de las mujeres reviste una importancia trascendental en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo -en adelante OIT-; en el Sistema Universal de Derechos Humanos y en el Sistema Interamericano.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17 inc. 4 establece que 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la

¹² BATTYÁNY DIGHIERO, Karina, *Las políticas y el cuidado en América Latina Una mirada a las experiencias regionales*, p. 15

¹³ QUEIROLO, *El trabajo femenino en la Ciudad de Buenos Aires (189-1940): una revisión historiográfica* cit., p. 27.

adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio (...).

La CEDAW en su artículo 11 apartado 1 encomienda a los Estados Partes la adopción de las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 10 reitera que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe brindársele la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 18 apartado 1 que tanto la madre como el padre tienen obligaciones comunes respecto de la crianza y el desarrollo de los hijos. Su preocupación como es sabido, es el interés superior del niño.

6.1. Organización Internacional del Trabajo.

En el ámbito del Derecho Internacional, la Organización Internacional del Trabajo ha sido pionera en tratar el tema de la discriminación contra las mujeres. Los convenios de la OIT son tratados internacionales que generan obligaciones jurídicas a los estados parte que lo ratifican. Así, se estableció en el fallo “Milone, Juan Antonio c/Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/Accidente. Ley 9688”, donde la Corte puso de relieve que los referidos instrumentos internacionales, en tanto hayan obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el artículo 77 inc. 22 de la CN confiere un rango superior al de las leyes”, por lo tanto, dichos convenios son supralegales, pero infraconstitucionales.

Esta organización promueve la igualdad de oportunidad de género y eliminar la discriminación en el empleo y en la ocupación. Así fue como en una primera etapa enarboló nociones formalistas de igualdad, como por ejemplo, el convenio 003 sobre protección de la maternidad, el convenio 100 sobre igualdad de remuneración por igual trabajo, y el convenio 111 sobre igualdad y no discriminación en el

empleo y la ocupación, reconociendo la igualdad de derechos del hombre y de las mujeres trabajadores.

Con respecto a este último, la CSJN en el fallo “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, advirtió que la prohibición de discriminación se traduce en una mayor protección a las personas por parte de los tribunales y por el establecimiento de sanciones diversas, y en “Sisnero, Mirtha Graeiela y otros el Taldelva SRL y otros s/ amparo” reitero la obligación que pesa sobre los estados miembro de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, específicamente en el acceso al mismo.

La segunda etapa se inaugura con la adopción del convenio 156 sobre responsabilidades familiares, donde se determinó la importancia de redistribuir las responsabilidades familiares en forma equitativa. La OIT sostiene que resulta trascendental revisar la forma en que se organiza y distribuye el trabajo productivo y reproductivo en toda la sociedad.¹⁴ Obliga a los estados ratificantes a incluir en su política que las personas con responsabilidades familiares puedan ejercer su derecho a trabajar sin discriminación y en lo posible sin conflictos entre sus responsabilidades familiares y profesionales, y así se facilitan pautas de orientación para la formulación de políticas destinadas a que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan ejercer el empleo y progresar en el mismo no siendo discriminados, pero el problema está en que, quienes generalmente ejercen las responsabilidades familiares son las mujeres, por esto Pisacco considera que, aunque esté dirigido a todos los trabajadores, el mismo tuvo como finalidad superar la discriminación que las mujeres enfrentaban por estar a cargo de la familia.¹⁵ Aunque dicho convenio fue ratificado por la ley 23.451, poco se ha hecho para adecuar la normativa nacional a sus preceptos.

En la recomendación de este Convenio, se establece una licencia parental para el cuidado de los hijos en el periodo posterior al nacimiento, y un “permiso” en caso de enfermedad de hijo, que,

¹⁴ OIT, *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago de Chile, 2009, p. 25

¹⁵ PISACCO, Marina E., *Género y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo*, en *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*, ps. 59-79

aunque la recomendación no sea vinculante, la CSJN entendió que las mismas tienen un importante valor interpretativo de los Convenios.

En una tercera etapa, la Organización adopta la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, e incorpora la transversalidad de la perspectiva de género a todos sus programas, creando el servicio de género, igualdad y diversidad (GED). Y en esta línea, la Conferencia Internacional del trabajo adoptó la igualdad de género como un eje fundamental del trabajo decente, así por ejemplo el convenio 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos pone el foco en que este labor sigue siendo infravalorado y que en general lo realizan las mujeres y las niñas, prescribiendo que todo estado miembro debe adoptar las medidas para respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo (art. 3), asegurar la igualdad de trato (art. 10), y remuneración sin discriminación por motivos de sexo (art. 11).

Finalmente, en 2019 se aprobó el Convenio 190 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, abarcando no solo violencia, sino también acoso moral, psicológico, u organizacional.

La OIT hizo muchos avances en materia de género, sobre todo en base a la igualdad de oportunidades y eliminar la discriminación hacia las mujeres.

7. Recepción en la LCT.

La Ley de Contrato de Trabajo regula las condiciones laborales de la gran mayoría de los trabajadores del sector privado. Dichas regulaciones, constituyen un piso en los derechos laborales.

Existen disposiciones constitucionales e internacionales, pero carecen de sanciones de fácil aplicación y no han sido internalizadas por las personas.

Sería deseable incorporar legislación más eficaz para evitar o disminuir la discriminación de las mujeres en el acceso al empleo.

La LCT establece en su artículo 172 la igualdad de trabajo entre el hombre y la mujer, pero voy a marcar como en los artículos siguientes es la misma ley la que establece esas diferencias, ya que incorporó a las mujeres dentro de los límites protectorios de un modo

muy concreto, vinculado a la maternidad y el cuidado y como una excepción a la regla universal: el trabajador.¹⁶

8. Diferencia de género en la LCT.

Sin duda, las obligaciones de cuidado familiar debería ser un tema asignado tanto a varones como a mujeres, lo cual es promovido por la Organización Internacional del Trabajo, pero vemos que, en la realidad de nuestro país, lejos está de ser legislado en ese sentido, partiendo de la base de que, en todo el articulado de la Ley no se hace mención a la trabajadora mujer, si se lo hace en el título referido a mujeres -arts. 172 a 186- que trata temas como la maternidad, el matrimonio, y el estado de excedencia, pero en estos casos no se hace ninguna referencia al trabajador varón, como si el mismo no participara.

Asimismo, y recordando que dicha ley establece en el artículo 17 bis que “Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación”, considero que el mismo título no tiene como propósito eliminar las desigualdades existentes, sino que, como demostraré en los siguientes apartados, pone a la mujer en situación de vulnerabilidad y la coloca como encargada del cuidado familiar, compatibilizando los roles de esposa y madre.

Ackerman considera que, en general, se trata de normas de discriminación indirecta o invisible, y que, a partir de una finalidad tuitiva de la mujer, se ha constituido un verdadero vallado para asegurar a ésta la igualdad de oportunidades.¹⁷ Se hace más hincapié en la protección de la trabajadora, que en la discriminación que esa protección genera.

¹⁶ FLORES BELTRAN Victoria, BUIGO, Victoria, *Aportes para pensar la construcción histórica de los géneros en los mundos del trabajo en Argentina*, en Tratado de Géneros, Derecho y Justicia, ps. 13-24

¹⁷ ACKERMAN, Mario, *La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia en la argentina*, en BIRGIN, Haydee, Ley, mercado y discriminación. El género del trabajo. p. 25.

8.1. Acceso al empleo.

Como puntapié, la LCT establece y regula las condiciones para cuando ya se ha celebrado el contrato de trabajo, pero se desentiende de la etapa precontractual y de los procesos de selección del personal, cuando es sabido que la discriminación de las mujeres en el acceso al empleo es la primera condición desigualitaria que presenta el mercado de trabajo, porque es la que dificulta enormemente el ingreso pleno de las mujeres a los derechos propios de la ciudadanía social.¹⁸

8.2. Licencia por maternidad

También la ley en el 183 establece una triple opción para la mujer que fue madre. La primera, es reintegrarse a su empleo en las condiciones anteriores. La segunda, quedar en período de excedencia por un término de tres a seis meses. La tercera, es renunciar a su empleo y recibir a cambio una compensación, siendo el único caso en donde la ley permite una renuncia paga:

Art. 183. —Distintas situaciones. Opción en favor de la mujer.

“La mujer trabajadora que, vigente la relación laboral, tuviera un hijo y continuará residiendo en el país podrá optar entre las siguientes situaciones:

a) Continuar su trabajo en la empresa, en las mismas condiciones en que lo venía haciendo.

b) Rescindir su contrato de trabajo, percibiendo la compensación por tiempo de servicio que se le asigna por este inciso, o los mayores beneficios que surjan de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. (...)

c) Quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres (3) meses ni superior a seis (6) meses.

¹⁸ CATANI, Enrique, *La perspectiva de género en la legislación laboral*, en Tratado de géneros, derecho y justicia, p. 85.

Se considera situación de excedencia la que asuma voluntariamente la mujer trabajadora que le permite reintegrarse a las tareas que desempeñaba en la empresa a la época del alumbramiento, dentro de los plazos fijados. (...)”

Lo normado en los incisos b) y c) del presente artículo es de aplicación para la madre en el supuesto justificado de cuidado de hijo enfermo menor de edad a su cargo, con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación.

Vemos que mediante los incisos b) y c) del artículo, se le dan a la mujer -en opinión de Grisolia y Ahuad- las opciones de dedicarse a la crianza de su prole y el cuidado del hogar, algo que no hace falta recordar que no se equipara con la licencia que se le da al padre.¹⁹

Asimismo, se presume que la madre va a querer dedicarse al cuidado de la familia, ya que el artículo 186 establece que: Art. 186. — Opción tácita. “Si la mujer no se reincorporara a su empleo luego de vencidos los plazos de licencia previstos por el artículo 177, y no comunicara a su empleador dentro de las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la finalización de los mismos, que se acoge a los plazos de excedencia, se entenderá que opta por la percepción de la compensación establecida en el artículo 183 inciso b) párrafo final.

El derecho que se reconoce a la mujer trabajadora en mérito a lo antes dispuesto no enerva los derechos que le corresponden a la misma por aplicación de otras normas.”

Es decir, que en caso de silencio de la mujer o que la misma no se reintegre, se entenderá que plantea su renuncia y consecuentemente debería recibir su compensación, es decir, la ley entiende que en caso de silencio el destino natural, preferible, y socialmente deseable para la mujer que acaba de ser madre es renunciar al empleo.²⁰ De todos modos, la interpretación en sentido de renuncia tácita, debe hacerse en forma restrictiva, en virtud del artículo 10 de la LCT, que consagra el principio de continuidad del contrato de trabajo.

No desconozco que con un niño en brazos la mujer deba necesariamente tener diferentes opciones, pero considero que esas

¹⁹ GRISOLIA, Julio A., AHUAD, Ernesto J., *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, 8° edición, p. 260.

²⁰ CATANI, Enrique, *La perspectiva de género en la legislación laboral*, en *Tratado de géneros derecho y justicia*, p. 97.

opciones deben equipararse con las obligaciones del padre. En ese contexto, Ackermann advierte que la tutela reforzada en torno de la maternidad, reconociendo que también la paternidad impone responsabilidades y otorga derechos irrenunciables, permitiría alcanzar la garantía del trato igual y de la igualdad de oportunidades y concretaría aquella protección integral de la familia que prevé el artículo 14bis de nuestra CN.²¹

También es menester destacar que el artículo 177, referido a la protección de la maternidad y la prohibición de trabajar durante un embarazo, habla de embarazo y de parto, olvidando aquellas familias que recurren a TRHA, otorgando la licencia por maternidad a la mujer que llevó adelante el embarazo; y a la que no lo llevó (en el caso de dos mujeres) debería aplicársele la licencia del 158 inc. a) de dos días, lo cual desemboca en que la LCT no solo discrimina las licencias para cuidado en razón del género, sino también, de si la mujer transitó un embarazo o no, reforzando la idea de que, quien debe cuidar al niño, es la madre “biológica” -recordando, que producto de las TRHA puede que la madre biológica no sea quien lleva adelante el embarazo-.

Resumiendo, para la LCT, madre es quien “pare”, y no es madre quien lo cría, da amor, cuida, contiene, etc., colocando a la madre que no “pare” en la situación de un hombre. Esta situación la podemos notar en casos de TRHA, donde la madre gestante se va a encontrar amparada por la licencia, pero la madre con voluntad procreacional -y quien va a tener a cargo el cuidado del niño- no goza de ninguna licencia.

Con respecto a este tema, en fallo “D. R. M. c/ ARBA s/Medida autosatisfactiva” del JCadm. N° 1 de La Palta, se resolvió conceder licencia a la mujer no gestante con fundamentos en normas provinciales de licencia por adopción, pero, asimismo, en este caso no es adopción y debería encuadrarse el supuesto -con suma urgencia- en la legislación laboral.

Por otro lado, dicha ley regula y establece el sueldo anual complementario (SAC), representando un salario adicional para los trabajadores en dos pagos semestrales.

Las mujeres, que se encuentran de licencia por maternidad, no perciben salario, sino asignaciones familiares consideradas no remunerativas (en una suma igual a la que hubiera debido percibir

²¹ ACKERMANN, Mario E., *La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades*, en L. T. XXXI-A-289.

como remuneración). Las asignaciones familiares no integran la base de cómputo del SAC por su carácter no remunerativo (aunque si computa el tiempo para la antigüedad), y por lo tanto las mujeres que estén con dicha licencia solo cobrarán la parte proporcional al tiempo efectivamente trabajado.

Es decir, si hay dos individuos exactamente iguales (mismo trabajo, misma tarea, mismo salario) pero una tuvo una licencia por maternidad en el semestre, percibirá menos en concepto de SAC.²²

8.3. Régimen en el caso del trabajo nocturno/insalubre

La ley establece regulaciones para el trabajo nocturno o en condiciones de trabajo insalubres, reduciendo la jornada a 7 y 6 horas respectivamente, pero percibiendo el mismo salario que la jornada normal, así entonces la hora de trabajo nocturno o insalubre vale más que una hora de trabajo “normal”.

La LCT en su artículo 176, prohíbe a las mujeres trabajar en condiciones insalubres. En el 173 lo hacía respecto del trabajo nocturno pero el mismo fue derogado.

Art. 176. –Tareas penosas, peligrosas o insalubres. Prohibición.

“Queda prohibido ocupar a mujeres en trabajos que revistan carácter penoso, peligroso o insalubre. (...)”

Vemos una subestimación de la mujer, encubriendo a la misma de tutela, lo que radica en una discriminación hacia el género ya que las mujeres, de acuerdo a esta prohibición, no pueden ser contratadas y los empleadores van a contratar hombres, y recordando que la hora de trabajo bajo condiciones insalubres vale más que la hora de trabajo en condiciones normales, desemboca en una diferencia salarial en razón del género.

Asimismo, algunos fundamentos radican en la protección del cuerpo “frágil” de la mujer, cuando algunas mujeres incluso gozan de

²² GOREN, Nora, *Desigualdades salariales según género*, en Tratado de géneros derecho y justicia, p. 28.

más fuerza física que algunos hombres, y también, que pueda materner, encarado desde el punto de vista de la fertilidad de la misma, nuevamente concibiendo a la maternidad y la familia como el centro de la protección, en donde considero que debería tenerse el mismo reparo en la fertilidad del padre.

Ackerman manifiesta que la pretensión afecta las garantías constitucionales de admisión del empleo sin otra condición que la idoneidad (art. 16 CN), el derecho a las condiciones equitativas de labor (art. 14 bis CN), y la de igual remuneración (art. 14 bis CN).²³ Si lo que se busca es la igualdad, no se pueden aceptar diferencias bajo el manto de protecciones.

8.4. Descanso al mediodía.

También, el artículo 174 establece que Art. 174. —Descanso al mediodía. “Las mujeres que trabajen en horas de la mañana y de la tarde dispondrán de un descanso de dos (2) horas al mediodía, salvo que por la extensión de la jornada a que estuviese sometida la trabajadora, las características de las tareas que realice, los perjuicios que la interrupción del trabajo pudiese ocasionar a las propias beneficiarias o al interés general, se autorizare la adopción de horarios continuos, con supresión o reducción de dicho período de descanso.”, y es de consenso en la doctrina que el fundamento del mismo es garantizar que puedan hacerse cargo del almuerzo familiar.

Al respecto, afirma Etala que el descanso de dos horas establecido por el artículo tiene como finalidad que la trabajadora disponga de una pausa para realizar la comida.²⁴

Asimismo, Litterio considera -acertadamente- en que dicho artículo podría generar en el empleador la preferencia por contratar varones, ya que el artículo mencionado solo se aplica a mujeres, y en el caso de trabajadores varones, no debería darles un descanso de 2 horas.²⁵

²³ ACKERMAN, Mario E., *La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades*, en L. T. XXXI-A-289.

²⁴ ETALA, Carlos, *Contrato de Trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 2011, ps. 458 y 459.

²⁵ LITTERIO, Liliana Hebe, *Descanso al mediodía y prohibición del trabajo a domicilio*, en *El trabajo de las mujeres, las normas, la jurisprudencia y la realidad*, ps. 91 a 99.

8.5. Guarderías y lactancia.

La última parte del artículo 179 establece que Art. 179. – Descansos diarios por lactancia. “Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un (1) año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan.”

Dicho artículo aún no está reglamentado. El mismo, determina un beneficio de contenido social y de carácter asistencial, ya que cubre la necesidad de aquellas mujeres que ven condicionada su posibilidad de trabajar a la existencia de salas maternas para dejar los niños, pero este beneficio debería también extenderse a las madres adoptivas y a los padres, ya que el mismo cae en el error de presuponer que la que está encargada del cuidado del bebé es la madre y que se deben habilitar guarderías donde haya un determinado número de trabajadoras madres, pero no prevé lo mismo en los establecimiento donde haya muchos padres, privando a las familias de ambos padres hombres de un establecimiento donde dejar el niño y de descansos para lactancia al hijo (artículo 179 primera parte).

Es de interés resaltar que el artículo 103 bis, inc. f, establece que Art. 103 BIS. – Beneficios sociales. “Se denominan beneficios sociales a las prestaciones de naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene por objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo. Son beneficios sociales las siguientes prestaciones:

f) Los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis (6) años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones (...).”

La Corte, en fallo “Ramirez, Graciela c/Hipódromo Argentino de Palermo SA s/Despido”, decidió que el reintegro de gastos de guardería no puede ser computado como retributivo, ya que se trata

de un beneficio social destinado a mejorar la calidad de vida de la dependiente, por lo tanto, esos gastos no están sujetos a los aportes y contribuciones del sistema de la seguridad social.

9. La licencia por paternidad.

Cuando hablamos de licencia por el cuidado de un hijo, lo mismo se asocia -casi naturalmente- a la mujer, pero el padre, también es PADRE, y merece el acceso al mismo derecho de cuidado hacia el hijo. El mismo, responde en la necesidad de un reparto de cargas familiares y a un derecho de otorgar cuidado y amor al hijo.

Lo dicho, y siguiendo a Liliana Hebe Litterio, responde a dos necesidades básicas: Por un lado, la necesidad de que el hombre comparta las responsabilidades familiares con la mujer, cosa que viene desarrollándose progresivamente a partir de los años 70 (...), no puede desconocerse una mayor asunción del hombre en sus obligaciones familiares (...). La otra necesidad, se refiere a que ambos progenitores puedan compatibilizar las responsabilidades familiares con las laborales. (...) Consideramos que la herramienta para cubrir ambas necesidades es la licencia en el trabajo.²⁶

Nuestra Ley de Contrato de Trabajo, establece una licencia por paternidad biológica en su artículo N.º 158 y ss., pero nada dice respecto a licencias por cuidado parental ni familiar. Dicho artículo en su inciso a) establece una licencia de dos (2) días corridos por nacimiento de hijo, cuando es notorio que con escasos 2 días no llegan a cumplirse las necesidades mencionadas en el párrafo anterior. La LCT no considera que la paternidad sea una situación que necesite regularse.

Asimismo, el artículo 160 establece que en dicha licencia deberá necesariamente computarse un día hábil, lo cual entiendo -al igual que Grisolia y Ahuad-, que fue establecido para la necesidad de realizar trámites administrativos.²⁷ Por esto, es que entiendo que la licencia otorgada al padre, es para que el mismo pueda realizar trámites como la inscripción del nacimiento, lejos está de ser una

²⁶ LITTERIO, Liliana Hebe, Licencia por maternidad, en *El trabajo de las mujeres, las normas, la jurisprudencia y la realidad*, p. 206.

²⁷ GRISOLIA, Julio A., AHUAD, Ernesto J., *Ley de contrato de trabajo comentada*, 8º edición, p. 242.

licencia para cubrir las necesidades de cuidado familiares. Estos escasos dos días notan que la LCT se apoya únicamente en el receso laboral de la mujer, a la cual le otorga distintas posibilidades.

El periodo posparto se concibe como un proceso de adaptación de ambos progenitores a la llegada del hijo, para equilibrar las responsabilidades familiares y profesionales sobre la base del principio de igualdad, y esta no legislación, lo que logra es establecer a la madre como encargada del cuidado.²⁸ No hay que dejar pasar, que la misma laguna, termina logrando una discriminación hacia el varón, quien se ve privado de cuidar a su familia, sobre todo, a sus hijos recién nacidos y a su mujer, y dejándolo como encargado de trabajar para proveer a su familia.

La OIT pone de manifiesto que una de las formas de compaginar trabajo y familia es a través del permiso parental, que consiste en periodos prolongados de ausencia al trabajo y pueden tomarlo tanto la madre como el padre.²⁹ Es considerada como un derecho familiar que ha de compartirse entre la madre y el padre, aunque normalmente no pueden obtenerla los dos progenitores a la vez.³⁰

10. Licencia en caso de adopción

Cuando la maternidad o paternidad se logran mediante adopción, la LCT nada dice al respecto -ni siquiera lo hace en el capítulo referido al trabajo de la mujer-, lo cual considero una falla ya que, el niño recién ingresa al ámbito familiar, y tiene derecho al cuidado por parte de sus padres. Tampoco podemos aplicar por presunción las normas referidas a la licencia por maternidad -en caso de que haya una adoptante mujer-, ya que establece las palabras “parto” y “embarazo”, por lo tanto, se excluye a la mujer adoptante.

Nuestro Código civil es claro al establecer que la filiación puede ser biológica, por técnicas de reproducción humana asistida, y por adopción, otorgándole los mismos efectos a las tres (siempre que

²⁸ SINAY, Sergio, Ser padre es cosa de hombres: Redescubriendo y celebrando la paternidad, Del Nuevo Extremo, Buenos Aires, 2004, p. 33.

²⁹ OIT, La Hora de la igualdad en el trabajo, p. 86

³⁰ OIT, La protección de la maternidad en el trabajo, p. 116.

la adopción sea plena), y desde ese momento se conforma la familia, sea heterosexual, homosexual o monoparental.

Así se estableció en el fallo “M. V. M. C. Y otro s/ amparo” del CTrab de Río Negro, el cual concede el derecho de licencia por nacimiento a la madre adoptante desde el momento en que se le otorga la guarda del niño.

Es contraproducente que cuando una familia (o una persona sola) recibe un niño en adopción no tenga ni un día de licencia para ocuparse de él. En todo caso, el empleador podrá otorgar un permiso similar a las licencias, pero legalmente no tendrán derecho al cobro por parte de las asignaciones familiares (las mujeres) o por parte del empleador (los hombres).³¹

Más complejo aun de determinar, es en el caso de parejas de igual sexo, sobre todo si son hombres, recordando que jurisprudencial y culturalmente, se le dan más días a la mujer por entender que es quien realiza el cuidado familiar. Esto genera una clara dificultad para que las parejas de hombres puedan ser padres, partiendo que, no cuentan ni siquiera con un día para el cuidado de su hijo recién llegado al hogar, encontrándose en la situación de ver con quien dejar a su hijo.

En fallo “A. L. B. Y A. I. O. S/ Materia a Categorizar (Declaración de adoptabilidad)”, de un Juzgado de familia de Mar del Plata, la jueza entendió que permitir que solo las mujeres obtengan una licencia por maternidad por el plazo de 90 días perpetúa los estereotipos de género y sus desventajas, y en ese sentido le otorgó la licencia por maternidad a uno de los pretensos padres adoptivos, garantizándole el derecho a la estabilidad en el empleo en concordancia con el derecho al cuidado del hijo.

11. Conclusión.

Partiendo de la base que sostuve de que, el plexo normativo laboral del país se basa en una ideología patriarcal y de la familia tradicional, disimulando una discriminación bajo la idea de protección hacia la mujer, la LCT reserva a las mujeres la responsabilidad

³¹ LITTERIO, Liliana Hebe, *Licencia por maternidad*, en *El trabajo de las mujeres, las normas, la jurisprudencia y la realidad*, ps. 179 a 204.

principal o exclusiva sobre el trabajo reproductivo, el trabajo en el hogar, imprescindible para reproducir la fuerza de trabajo de la sociedad, dificultando enormemente su incorporación plena al trabajo productivo. Casi todas las normas destinadas a la regulación del trabajo femenino constituyen en sí una protección de la mujer materna, y eso es lo que fui demostrando a lo largo del presente.

Coincidiendo con Catani, nuestra legislación no solo carece de herramientas normativas eficaces para fomentar un reparto más igualitario del trabajo hogareño no remunerado, sino que contiene numerosas normas que directamente reproducen y obligan a adoptar los paradigmas que reservan a la mujer en esos trabajos.³² Por esto considero necesario -y urgente- una reforma en la Ley de Contrato de Trabajo.

Asimismo, Martínez Vivot advierte que son las propias mujeres las que quieren la supresión de esas normas para llegar a la igualdad con los hombres y adquirir oportunidades en el mercado laboral, donde tales preferencias las perjudican.³³

La LCT no resuelve el problema de las desigualdades de género, los nuevos modelos de familias, las nuevas realidades de la “maternidad”, sino por el contrario, los amplía y protege los roles de la familia tradicional, dejando al padre como productivo y a la madre como reproductiva. Como advierte Centeno, el de las mujeres es un régimen de trabajo superprotegido, y esa superprotección debe tener un límite: el propio interés el sujeto que se quiere proteger.³⁴

Un estudio de la OIT sobre la igualdad en el empleo y la ocupación pone de manifiesto que las displiciones que protegen a las mujeres en el empleo se consideran como una posible causa de discriminación.³⁵

Visto desde la perspectiva del interés superior del niño se desprende que de la mano de la protección de la maternidad debe ir la

³² CATANI, Enrique, *La perspectiva de género en la legislación laboral*, en Tratado de géneros, derecho y justicia, p. 94.

³³ MARTINEZ VIVOT, *La discriminación laboral*. Despido discriminatorio, p. 159.

³⁴ CENTENO, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, p. 636.

³⁵ OIT, Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio N° 111, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996, informe III, p. 70.

de la paternidad. Por lo tanto, la visión sesgada de la familia que aporta la LCT de ninguna manera es la que prevalece en nuestros días.

En el plano laboral nacen situaciones múltiples de maternidad/paternidad, maternidad/maternidad, paternidad/paternidad, o familias monoparentales, y considero que la LCT se ha quedado antigua a todos estos nuevos modelos de familias que vemos en la actualidad. Reconocer que todos los roles en la familia son igual de relevantes, nos va a acercar a una igualdad más real, una realidad acorde al paradigma internacional al que nuestro país adhiere en cuestiones de género.

La licencia paterna es una muy buena medida para comenzar a terminar con la brecha de género que hay en el ámbito laboral, si el costo de oportunidad de contratar a un hombre o a una mujer es el mismo, empieza a terminar la discriminación a la hora de contratar.

No solo para que los hombres puedan ser padres, también, para que el ámbito laboral sea más competitivo para las mujeres y podamos jugar más en igualdad de condiciones con el hombre, asimismo, para que, dentro de la familia, la misma pueda decidir el cuidado del niño, en forma conjunta o alternada.

Según nos dice Sira del Rio, no debemos exigir servicios sociales que nos sustituyan en nuestra responsabilidad de cuidar para poder mantener un empleo ajustándonos a las jornadas que se nos exigen desde el mercado laboral, debemos exigir la priorización de las necesidades de las personas dependientes y de nuestro derecho a cuidarlas, es el mercado laboral el que debería adaptarse a la necesidad social de cuidados y no a la inversa.³⁶

Para cerrar, comparto con Carrasco que es necesario ir experimentando distintas alternativas de organización y diversificación de los horarios, las jornadas, los tiempos libres, etc., en cada situación específica, y siempre bajo la idea del objetivo final señalado.

Se trata, en definitiva, de acabar con la organización social y los roles de mujeres y hombres heredados de la revolución industrial.³⁷ Se trata de una necesidad de políticas públicas para reconocer, reducir y redistribuir el trabajo de cuidados y promover un

³⁶ DEL RIO, Sira, La crisis de los cuidados: precariedad a flor de piel, p. 8

³⁷ CARRASCO, Cristina, La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres? p. 20

cambio en la actual división sexual del trabajo, para que el cuidado no se centre únicamente en las mujeres.

12. Bibliografía

- ACKERMANN, Mario, La protección del trabajo femenino frente al derecho a la igualdad de oportunidades, en L. T. XXXI-A-289.
- BATTHYÁNY DIGHIERO Karina, Las políticas y el cuidado en América Latina, Una mirada a las experiencias regionales.
- BIRGIN, Haydee, Ley, mercado y discriminación. El género del trabajo.
- CARRASCO, Cristina, La sostenibilidad de la vida humana: ¿un asunto de mujeres?
- CENTENO, Ley de Contrato de Trabajo comentada.
- CEPAL, Los cuidados en América Latina y el Caribe, BIDEGANN, Nicole y CALDERON, Coral (compiladoras).
- DEL RIO, Sira, La crisis de los cuidados: precariedad a flor de piel.
- ETALA, Carlos, Contrato de Trabajo, Astrea, Buenos Aires, 2011.
- GRISOLIA, Julio A., AHUAD, Ernesto J, Ley de contrato de trabajo comentada, 8° Edición.
- HERRERA, Marisa, FERNANDEZ, Silvia E., DE LA TORRE, Natalia, directoras generales, VIDETTA, Carolina A., coordinadora general, Tratado de géneros, derecho y justicia, Derecho del trabajo.
- LITTERIO, Liliana Hebe, El trabajo de las mujeres, las normas, la jurisprudencia y la realidad.
- MARTINEZ VIVOT, La discriminación laboral. Despido discriminatorio.
- MOLINIER, Pascale, El “trabajo sucio” y la ética del cuidado. Historia de un malentendido. En *Género y cuidado, teorías, escenarios y políticas*.

- OIT, El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado, para un futuro con trabajo decente.
- OIT, Estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación prevista en el Convenio N° 111, Conferencia Internacional del Trabajo, 83ª reunión, 1996.
- OIT, La Hora de la igualdad en el trabajo.
- OIT, La protección de la maternidad en el trabajo.
- OIT, Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social, Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Santiago de Chile, 2009.
- PAUTASSI, Laura, ¡Cuánto trabajo mujer! El género y las relaciones laborales, en Claves para todos, Buenos Aires, 2007.
- QUEIROLO, El trabajo femenino en la Ciudad de Buenos Aires (189-1940): una revisión historiográfica.
- SANCHÍS, Norma, Obstáculos que enfrentan las mujeres para una participación laboral equitativa, en Revista de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Año 8, N.º 14.
- SINAY, Sergio, Ser padre es cosa de hombres: Redescubriendo y celebrando la paternidad, Del Nuevo Extremo, Buenos Aires, 2004.

LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA ANTE EL CESE DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL Y LA OBLIGADA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

*Eliana Mariel Ferrero **

1. Introducción.

El derecho de familia clásico regulado en el código civil derogado, dejaba muy poco espacio para la autonomía personal dado que la mayoría de sus normas eran de orden público y estaban orientadas a asegurar el bien común y el interés de la familia como organismo social por sobre el de sus miembros.¹

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), en cambio, “exalta la centralidad de la persona humana”² como “titular de un derecho a vivir en familia y potencia la esfera de su libertad”³, garantizando un amplio ejercicio de la autonomía personal.

Así, se regulan dos formas de organización familiar: el matrimonio y las uniones convivenciales, cada una de ellas con un régimen propio a fin de resguardar tanto el derecho de las personas a casarse, como a no casarse.

Por lo que, los derechos-deberes derivados de la unión convivencial se vinculan a los derechos humanos de sus miembros, pero no se equiparan a los efectos que trae aparejados el matrimonio.

* Abogada UNLPam. Maestranda en Derecho Civil (UNLPam). Trabaja en la Oficina de Gestión Común – Fuero Civil del Poder Judicial de La Pampa. Docente de Fundamentos de Derecho Privado y Teoría del Acto Jurídico y de Derecho Procesal Civil y Comercial de la carrera de abogacía UNLPam.

¹ DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: “*El interés familiar como fórmula propia del orden público en materia de Derecho de familia*”; JA 1952- II 435.

² LLOVERAS, Nora: “*Los derechos humanos en las relaciones familiares: una perspectiva actual*”, en Lloveras, Nora (Dir.) *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Córdoba, Alveroni, 2010, p. 23.

³ MOLINA DE JUAN, Mariel: “*Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino*”, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica, Benemérita Ciudad Autónoma de Puebla, México, ISSN 1870-6924 – Año 11 –Nº 21, abril-septiembre 2017, p. 9.

En respeto de tal autonomía, el ordenamiento jurídico argentino ya no cuestiona la posibilidad de ponerle fin a la vida en común y organiza un sistema de divorcio incausado.⁴

Sin embargo, frente a un derecho tan fundamental como la libertad para decidir poner fin a la vida en pareja, el sistema impone ciertas restricciones para garantizar que se respeten los acuerdos alcanzados durante la vida en común y con ello, la igualdad real de oportunidades hacia el futuro.⁵

El CCyC asume que la asignación de roles y responsabilidades entre cónyuges o convivientes puede haber causado injustas desigualdades, y reconoce que los frecuentes sacrificios, postergaciones y renunciaciones de desarrollo personal y profesional que se producen durante la vida compartida, no deben ser ignorados.⁶

De allí que, incorpora la posibilidad de que tanto el cónyuge como el conviviente que al momento de la ruptura de la relación hubieren sufrido un desequilibrio económico manifiesto, puedan reclamar una compensación económica a su ex pareja, siempre y cuando se acrediten estrictos recaudos que exige la ley.

La compensación económica aparece como un mecanismo corrector del perjuicio patrimonial que la ruptura de la vida en común puede causarle a uno de los cónyuges⁷ o convivientes.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la incorporación de la figura de la compensación económica ante el cese de las uniones convivenciales, así como las diferencias que presenta en caso de divorcio, las tendencias en el derecho comparado y por último, la obligada perspectiva de género con que debe actuar la justicia a fin de garantizar la igualdad real de oportunidades de las mujeres.

⁴ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino”, op. cit. p. 7.

⁵ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino”, op. cit. p. 8.

⁶ MOLINA DE JUAN, Mariel en *KEMELMAJER DE CARLUCCI, MOLINA DE JUAN (DIR) Alimentos*, Bs. As. Rubinzal Culzoni, 2014, t1 p. 299 y ss.

⁷ MORANO, Estela, EISEN Lucía y RATO María Clara: “La compensación económica: presupuestos de procedencia”, *Revista de Derecho de Familia, La Ley*, 16/05/2017, cita on line: AR/DOC/3555/2017, p. 119.

2. La compensación económica ante el cese de la unión convivencial.

2.1. Tendencias en el derecho comparado.

Las compensaciones económicas son denominadas de distintas formas en el derecho comparado: prestaciones compensatorias, pensiones compensatorias, prestaciones post divorcio y tienen algunas características comunes, en tanto otras responden a las peculiaridades socio-culturales de cada país.

La figura surgió en Europa hacia el final del siglo XX y fue recogida por las reformas legislativas del derecho familiar en Francia, España, Italia, Dinamarca y Alemania.⁸

En el derecho español, se habla de “pensión compensatoria”, la que fue introducida a partir de la reforma de 1981 al Código Civil español⁹ y está prevista como una prestación económica que tiene derecho a percibir el cónyuge a quien la separación o el divorcio le cauce un desequilibrio económico, debiendo solicitarla en el mismo momento de la petición de divorcio o separación (conf. Art. 97 del Cód Civil español).

En el derecho francés, fue incorporada en el año 1975 bajo la denominación “prestación compensatoria” y tiene lugar cuando el divorcio no es pronunciado por ruptura de la vida en común (también llamado divorcio con consentimiento), puede uno de los cónyuges ser obligado a satisfacer al otro una prestación destinada a compensar las diferencias económicas que la ruptura ha creado en sus condiciones de vida (conf. Art. 270 del Cód. Civil francés).

⁸ MESTRE, Verónica Débora: “*La compensación económica en el divorcio y en las uniones convivenciales*”, Cuestiones patrimoniales en el derecho de familia – Suplemento Especial, coord. General Yamila Cagliero, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 177.

⁹ MESTRE, Verónica Débora: “La compensación económica en el divorcio y en las uniones convivenciales”, op. cit.

En el derecho italiano, se regula la pensión compensatoria como efecto del divorcio y se otorgaba al cónyuge débil para mantener el nivel de vida que tenía durante el matrimonio, en tanto recientemente ha existido un cambio jurisprudencial que la reconoce sólo para garantizar la autosuficiencia del cónyuge débil luego de extinguida la vida matrimonial.

En Latinoamérica, la compensación se encuentra regulada en el derecho chileno desde el 2004 en la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil (arts. 61 a 66) y procede para cuando termina el matrimonio por nulidad o divorcio, no así cuando se produce por separación, y su finalidad es compensar el desequilibrio económico sufrido por uno de los cónyuges que se ha dedicado al hogar y al cuidado de los hijos y no desarrolló actividad lucrativa.

Como se puede observar, la compensación económica se encuentra presente en el derecho comparado, y si bien nuestro país tomó en cuenta tales experiencias, desarrolló un instituto adaptado a nuestra propia cultura y en consonancia con los nuevos principios que incorporó el CCyC. A continuación, analizaremos sus principales características.

2.2. Significado y alcances en el derecho argentino

El CCyC introduce como novedad, en materia de efectos aplicables una vez producido el cese de la unión, la posibilidad de que el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que implique un empeoramiento de su situación económica, teniendo en cuenta el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio de su relación y al tiempo de cese, reclame una compensación económica a su expareja o, en caso de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento de este último, a sus herederos.¹⁰

Asimismo, se encuentran previstas como un efecto del divorcio –con algunas diferencias que analizaremos más adelante–, y también

¹⁰HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián: *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Tomo I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 220.

pueden ser reclamadas por el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio ha sido anulado.

Según Mariel Molina de Juan, la compensación económica es “...un derecho-deber derivado de las relaciones familiares que permite ejercer una acción personal con el objeto de exigir al otro el cumplimiento de una determinada prestación, destinada a corregir ese desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, y a remediar sus injustas consecuencias. Todo ello en razón a una doble “causa” o “fuente” de la que nació dicha obligación: la vida en común y su ruptura”.¹¹

De algún modo, su propósito es corregir un desequilibrio que hasta entonces permanecía oculto pero que se visibiliza con el divorcio o el cese de la convivencia. Posibilita que aquel que se vio empobrecido por el juego de roles asumido durante la vida en común corrija, si es posible o por lo menos aminore, sus consecuencias hacia el futuro.¹²

El fundamento de este instituto se asienta en el principio de equidad y de solidaridad familiar, base del derecho de familia argentino actual.

La figura emerge como una prestación concreta, de naturaleza autónoma y diversa a las alimentarias stricto sensu, establecida en favor del conviviente a quien la disolución de la unión le provoque un “desequilibrio manifiesto” y un consecuente “empeoramiento de su situación económica”, en tanto dicha situación halle causa adecuada en la ruptura de la convivencia preexistente.¹³

No puede asimilarse la compensación económica con una indemnización, ya que, ésta última tiene su origen en el perjuicio producido por un hecho antijurídico –que no lo habría aquí– y un factor de atribución (dolo o culpa), siendo que en cambio la

¹¹ MOLINA de JUAN, Mariel: “*Las uniones convivenciales en el derecho argentino*”, Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 11, agosto 2019, ISSN: 2386-4567, p. 215.

¹² MOLINA DE JUAN, Mariel: “*Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino*”, op. cit. p. 23.

¹³ LORENZETTI, Ricardo Luis: *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo I, Santa Fe, Argentina, Rubinzal - Culzoni Editores, 2014, p. 347.

compensación económica no valora cuál de los convivientes provocó la ruptura y ni siquiera las causas de ésta.¹⁴

Tampoco se trata de una prestación alimentaria, ni tampoco requiere que quien resulte acreedor se encuentre en alguna situación de necesidad, ni busca mantener a los ex cónyuges o convivientes en el mismo nivel de vida que llevaban: ni el matrimonio ni la unión son garantías de sostenimiento económico vitalicio ni fuentes de ingresos permanente.¹⁵

En principio, las compensaciones económicas pueden acordarse en el convenio regulador de los efectos del divorcio (art. 438 CCyC) o en los pactos de convivencia (art. 514 CCyC). En este último caso el pacto puede ser anterior a la ruptura y funciona como una previsión anticipada de sus efectos.¹⁶

Asimismo, para el caso de las uniones convivenciales, sostienen Herrera, Caramelo y Picasso en su CCyC Comentado que: “la compensación económica no forma parte del núcleo o piso mínimo de derecho inderogable; por tanto, su aplicación puede excluirse mediante pacto”.¹⁷

Aunque sobre el punto no existe consenso en la doctrina, dado que existen voces que se pronuncian en contra de la posibilidad de renunciar de modo anticipado a tal acción.

Luego, si no existe pacto, el conviviente perjudicado podrá iniciar una acción judicial para reclamar la compensación. Deberá

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis: *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. op. cit. p. 349.

¹⁵ PELLEGRINI, María Victoria: “*Dos preguntas inquietantes en la compensación económica*”, en el blog “www.pensamientocivil.com.ar”, consultado el 27 de febrero de 2023 a través de <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/3732-dos-preguntas-inquietantes-compensacion-economica>.

¹⁶ MOLINA DE JUAN, Mariel: “*Compensaciones económicas en las crisis familiares: una herramienta de equidad*”, en el blog “www.pensamientocivil.com.ar”, consultado el 27 de febrero de 2023 a través de <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2639-compensaciones-economicas-crisis-familiares-una-herramienta-equidad>.

¹⁷ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián: *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, op. cit. p. 220.

hacerlo dentro del plazo de seis meses de la finalización de la convivencia (Art. 525 in fine CCyC).

En efecto, se trata de un derecho que requiere de su petición; derecho que cada cónyuge o conviviente podrá o no ejercer, resultando improcedente su imposición de oficio.¹⁸

2.3. Requisitos de procedencia de la acción.

Vale aclarar que, si bien es posible reclamar esta compensación al otro conviviente una vez producido el cese de la unión, su procedencia quedará sujeta a que se acrediten debidamente los requisitos que exige la ley (Art.524 CCyC). Es decir que, no es un efecto inmediato y por ende, no procede en todos los casos.

Sólo la concurrencia de las circunstancias fácticas exigidas tornará procedente la figura, independientemente de los motivos por los cuales se produjo la ruptura.¹⁹

Así, la compensación económica se encuentra completamente alejada de la noción de culpabilidad o reproche en el modo en que aconteció la ruptura: no importa por qué se solicita el divorcio, qué sucedió durante la unión para decidir su finalización, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca a quienes fueran cónyuges²⁰ o convivientes.

El art. 524 CCyC en su primer párrafo, primera parte dispone: “Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación”.

¹⁸ PELLEGRINI, María Victoria: “Dos preguntas inquietantes en la compensación económica”, op. cit.

¹⁹ PELLEGRINI, María Victoria: “Dos preguntas inquietantes en la compensación económica”, op. cit.

²⁰ “Fundamentos” en Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 559.

Por tanto, los requisitos de procedencia del reclamo compensatorio son tres:

- A. Que se produzca un desequilibrio manifiesto entre un conviviente y el otro.
- B. Que ese desequilibrio implique un empeoramiento de su situación; y
- C. Que tenga por causa adecuada la convivencia y su ruptura²¹.

Veamos los alcances de cada uno de ellos.

A. Desequilibrio económico manifiesto. Sobre este punto, afirma la Dra. Pellegrini que: “la situación económica entre los cónyuges o convivientes debe aparecer claramente desproporcionada, tanto la situación patrimonial específica y concreta, así como las posibilidades o habilidades de progreso económico, es decir, las potencialidades de ambos”.²²

Por su parte, la Dra. Molina de Juan entiende que el desequilibrio económico, denota una falta de armonía entre las diferentes posibilidades patrimoniales de las partes en conflicto, en este caso, entre quienes han integrado una familia en calidad de cónyuges o convivientes. Esa desarmonía en la situación económica surge de una doble comparación: (i) Interna de la pareja, luego de evaluar la situación económica de uno de los cónyuges o convivientes frente al otro.(ii) Temporal, que exige revisar la evolución patrimonial de cada uno de los miembros antes de la unión, durante el transcurso de la misma y luego de la ruptura.²³

En los Fundamentos del Anteproyecto del CCyC se explica que: “al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio

²¹PELLEGRINI, María Victoria: “Comentario al art. 441 del CCyC”, en Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera y Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia, según CCyC*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2014, t. I, p. 424.

²²PELLEGRINI, María Victoria: “Dos preguntas inquietantes en la compensación económica”, op. cit.

²³MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas en las crisis familiares...”, op. cit.

patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición”.²⁴

Este mecanismo no se pone en marcha por cualquier diferencia mínima; exige una desigualdad en las posibilidades económicas y de inserción laboral de entidad tal que condicione el desarrollo individual para el futuro.²⁵

Además, el desequilibrio tiene que existir en el momento de la ruptura. Las circunstancias sobrevinientes o las alteraciones posteriores no dan derecho a la prestación.²⁶

B. Empeoramiento de la situación del conviviente que inicia la acción. En términos generales, podría decirse que el desequilibrio económico debe perjudicar a uno de los convivientes y por ende, el otro deberá salir favorecido.

En otras palabras, la Dra. Pellegrini afirma que: “no es suficiente cualquier desequilibrio: además debe ser perjudicial para un cónyuge o conviviente respecto del otro, de tal modo que implique un empeoramiento en su situación. Se trata entonces de un desequilibrio económico “calificado”.

C. Causa adecuada en la convivencia y su ruptura. Debe existir un nexo causal comprobable entre una determinada forma de

²⁴ “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2012.

²⁵ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles”, en www.colectivoderechofamilia.com, consultado el 27 de febrero de 2023, recuperado de <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/11/MMJ-Compensaciones-econ%C3%B3micas-para-c%C3%B3nyuges-y-convivientes.pdf>, p. 4.

²⁶ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles”, op. cit. p. 4.

organización familiar y el desajuste económico que provoca el divorcio o el cese de la unión.²⁷

En efecto, la elección de un modelo de desarrollo del proyecto familiar que hubiera implicado, por ejemplo, el ejercicio de roles fijos respecto de los miembros de la pareja puede configurar sin dudas una situación desequilibrante en términos económicos entre ellos: quien hubiera relegado o incluso disminuido sus capacidades productivas en función de asumir tareas de cuidado, se encontrará en una situación desventajosa respecto de aquel que pudo desarrollar su potencialidad productiva.²⁸

2.4. Pautas para evaluar el desequilibrio.

El Art. 525 CCyC establece las pautas que se deben tener en cuenta a la hora de evaluar la procedencia o no de la compensación económica, y luego también para fijar su cuantía. Tales pautas son las siguientes:

1. El estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;
2. La dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;
3. La edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;
4. La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;
5. La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;
6. La atribución de la vivienda familiar.

²⁷ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes...”, op. cit. p. 4.

²⁸ PELLEGRINI, María Victoria: “Dos preguntas inquietantes en la compensación económica”, op. cit.

Como se observa, se trata de indicadores referidos a las condiciones existentes al comienzo de la vida en común, la articulación de roles y responsabilidades durante la convivencia familiar, las circunstancias configuradas al tiempo de la ruptura y su evolución en un futuro previsible.²⁹

Tales criterios orientadores están dirigidos a los jueces, quienes deberán sopesar la presencia de una o varios de ellos en el caso concreto a fin de decidir la procedencia o no del reclamo compensatorio y, si correspondiere, fijar el monto que crea pertinente indicando el modo en que arribó a dicho resultado.

2.5. Modalidades de pago y tiempo de duración.

El Art. 524 CCyC en su segundo párrafo dispone: “Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez”.

Como se puede observar, el Código deja librado a la voluntad y posibilidades de las partes el modo en que quieren cumplir con la prestación. En su defecto, si no se ponen de acuerdo será el/la juez o jueza quien lo determine, siempre teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En cuanto al tiempo de duración, el Art. 524 CCyC prescribe: “Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial”.

La norma impone un plazo máximo de duración de la renta vinculado a lo que duró la unión convivencial, situación que constituye una de las diferencias con la regulación que el código efectúa en cuanto a la procedencia de la compensación económica como efecto del divorcio, donde permite que excepcionalmente se fije por tiempo indeterminado (Art. 441 CCyC).

²⁹ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas en las crisis familiares...”, op. cit.

3. La compensación económica como efecto del divorcio: diferencias con las uniones convivenciales.

El CCyC también incorpora la posibilidad de reclamar la compensación económica en caso de divorcio, aunque existen diferencias normativas con las uniones convivenciales. Veamos.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del matrimonio, donde la compensación económica está pensada solo como un efecto del divorcio (art. 441 CCyC) y no para el resto de las causales de disolución —muerte de los cónyuges y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (art. 435 CCyC)—, en el caso de las uniones, la compensación (...) procede cualquiera sea la causal del cese, incluidos los supuestos de muerte y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los integrantes de la unión.³⁰

Producido el fallecimiento de uno de los convivientes, el otro puede presentarse en la sucesión a reclamar la compensación económica a sus herederos, acreditando por supuesto los requisitos de procedencia de la acción.

Esta diferencia de supuestos, en los que se podrá solicitar la figura, tiene su fundamento en la falta de vocación hereditaria de los convivientes, ya que no son herederos forzosos.³¹

Otra distinción radica en el tiempo de duración de la prestación compensatoria que, tal como explicábamos en el apartado precedente, deberá fijarse por tiempo determinado en las uniones convivenciales – sujeto al tiempo de duración de la convivencia- y en cambio, podrá fijarse excepcionalmente por tiempo indeterminado en caso de divorcio (Arts. 441 y 524 CCyC).

³⁰HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián: *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, op. cit. p. 222.

³¹MESTRE, Verónica Débora: “La compensación económica en el divorcio y en las uniones convivenciales” ,op.cit. p. 175.

Por último, se regula de modo diferenciado el momento en que se inicia el cómputo para el plazo de caducidad de la acción (seis meses).

Así, el art.442 CCyC establece que “la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio”, en tanto que el art. 525 CCyC dispone que esa misma acción en las uniones convivenciales, “caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art.523”.

Una parte de la doctrina critica la base del cómputo del plazo para las uniones convivenciales, dado que, desde una perspectiva de género manifiestan que corresponde evaluar cuál es la situación de las mujeres en relaciones afectivas con esta distribución de roles, fuera del matrimonio.³²

Ocurre que, cuando la mujer está inmersa en un contexto de violencia de género estará ocupada en salir de ella y será muy difícil que esté asesorada legalmente de tal modo que llegue a reclamar la compensación económica a tiempo.

Es por ello que, al resolver casos vinculados a la temática en análisis, resulta vital que jueces y juezas utilicen una perspectiva de género, tal como explicaremos en el apartado siguiente.

4. La obligada perspectiva de género.

Las sentencias que resuelvan la procedencia o no de compensaciones económicas en favor de mujeres, deberán aplicar la perspectiva de género, para lo cual debemos comenzar por comprender qué es el “género”. Veamos.

Acerca del concepto de género, hay que tener en cuenta que mientras el término sexo identifica las diferencias biológicas y constitutivas de las mujeres y los hombres (...), género se entiende como el conjunto de características específicas culturales que identifican el comportamiento social de mujeres y hombres y las

³²SOLARI, Nestor: “El plazo de caducidad en la compensación económica”, La Ley, cita on line: AR7DOC7252372017, del 3/10/2017.

relaciones entre ellos. Por tanto, el género no se refiere simplemente a mujeres u hombres, sino a la relación entre ellos y la manera en que se construyen socialmente.³³

La perspectiva de género constituye un enfoque teórico de análisis que facilita repensar las construcciones sociales y culturales de la distribución del poder entre mujeres y hombres y que afectan de manera directa, las formas de relacionarse de las personas en todos los ámbitos.³⁴

La incorporación de la perspectiva de género en el análisis de los derechos humanos constituye un instrumento de cambio de las relaciones sociales entre mujeres y hombres, al convertirse en un mecanismo que contribuye a la transformación de la subordinación y discriminación en igualdad de derechos, equidad en las oportunidades y respeto de las diferencias.³⁵

Es por ello que, volviendo al tema que nos ocupa, debemos tener presente que las compensaciones económicas funcionan como otra herramienta que brinda una protección especial a uno de los miembros de la pareja. Le proporcionan un beneficio material en tanto y en cuanto haya quedado en una situación de inferioridad frente al otro, a causa de la vida familiar que se extingue.³⁶

Estamos entonces ante una medida que en forma indirecta, operaría como un mecanismo de discriminación inversa con perspectiva de género, pues aunque el derecho ofrezca toda una batería de medidas para cambiar los patrones tradicionales durante la

³³ MEDINA, Graciela: “Juzgar con Perspectiva de Género ¿Por qué juzgar con Perspectiva de Género? y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género?”, en www.pensamientocivil.com.ar, consultado el 27 de febrero de 2023 a través de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>.

³⁴ IIDH: “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”, San José, Costa Rica, 2008, p. 11.

³⁵ IIDH: “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”, op. cit. p.15/16.

³⁶ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino”, op. cit. p. 21.

vida compartida, son mayoritariamente las mujeres quienes relegan su desarrollo personal en pos del proyecto familiar.³⁷

En sintonía con tal enfoque, se han dictado fallos en que se toma en cuenta la situación de violencia de género para evitar tener por cumplido el plazo de caducidad de la acción de seis meses. Así por ejemplo, la Cámara de Apelaciones de Neuquén en un fallo del 6 de julio de 2018³⁸, tuvo especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encontraba la mujer víctima de violencia de género, quien había tenido que retirarse de su hogar junto a su pequeña hija.

Dicha Cámara, aplicando perspectiva de género y haciendo una interpretación armónica de la normativa nacional e internacional en la materia sostuvo: “...dada la especial situación de violencia que se deriva de los hechos denunciados, la inestabilidad del grupo familiar en esos momentos y el estado de vulnerabilidad que atravesaba en dicha ocasión la peticionante, concluimos que el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de esta acción no pudo iniciar el mismo 06/02/2017. A ello se suma el breve lapso de tiempo transcurrido entre el 6/08/2017 -6 meses desde el 06/02/2017- y el 20/09/2017 -fecha de interposición de la acción” y resolvió hacer lugar al recurso de apelación revocando la decisión de la instancia anterior, disponiendo continuar el trámite en la instancia de grado.

Con esa misma óptica, el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario otorgó la compensación económica solicitada por una mujer que había abandonado su trabajo como empleada doméstica para dedicarse a las tareas del hogar, el cuidado de los hijos y la crianza de animales en zona rural para vender y para consumo familiar, mientras el demandado tenía remises y obtenía por ello rédito económico.

Para así decidir, el tribunal observó los siguientes hechos: “finalizada la convivencia, mediando hechos de violencia, la Sra. H quedó al cuidado de sus dos hijos menores, sin un trabajo, fuera del mercado laboral durante más de seis años, incapacidad manifiesta de producir bienes u obtener ingresos, con 50 años de edad y habiendo

³⁷ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas en el derecho familiar argentino”, op. cit. p. 21.

³⁸ Cámara de Apelaciones, Neuquén, Sala i, 6/7/18, en autos caratulados: “M.F.C. c/C.J.L s/compensación económica”, cita digital: IUS-JU029770E.

perdido experiencia. Además, carece de beneficios previsionales (...) y el demandado sigue desarrollando su actividad económica...”.

Asimismo, tuvo particularmente en cuenta “la violencia económica o patrimonial del accionado hacia la actora encuadrable por su conducta durante el tiempo que se extendió la convivencia en el estereotipo del art. 5 ley 26.485, y específicamente el inc. c) esto es, la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna”.³⁹

De lo expuesto, surge la importancia de incorporar la perspectiva de género en las decisiones judiciales a fin de erradicar la discriminación y garantizar la igualdad real de oportunidades de todas las mujeres.

5. Breve conclusión.

Como es sabido, en muchas organizaciones familiares aún en la actualidad, es la mujer la que sale del mercado laboral para dedicarse a las tareas del hogar y el cuidado de los hijos, mientras el hombre continúa sus actividades económicas, con lo que ante la ruptura de la relación de pareja es ella quien queda en una situación de desventaja.

En ese contexto, otorgar la compensación económica permite la autosuficiencia en un plano de igualdad real de oportunidades, de modo que cada uno esté en condiciones de sostenerse en el futuro en forma autónoma y sin depender “económicamente” del otro.⁴⁰

Por ello, aplaudimos la incorporación en el CCyC de un instituto de esta naturaleza, que permite paliar las consecuencias que la ruptura de la convivencia o del matrimonio ocasionan principalmente en las mujeres, permitiendo de algún modo retribuir el valor económico del trabajo doméstico, así como la dedicación exclusiva al cuidado de los

³⁹ T Coleg Familia Rosario, Nro 5, “H.C.G. c/E. M. E. s/compensación económica”, 5/04/2019, publicado en DFyP, 2019, La Ley, cita online: AR/JUR/8483/2019.

⁴⁰ MOLINA DE JUAN, Mariel: “Compensaciones económicas en las crisis familiares...”, op. cit.

hijos y las posteriores dificultades para reinsertarse en el mercado laboral.

En lo sucesivo, resulta vital que jueces y juezas analicen las circunstancias de cada caso desde una perspectiva de género, a fin de que paso a paso comencemos a remover las históricas desigualdades que existen entre el hombre y la mujer.

En definitiva, trabajar con una perspectiva de género exige un intenso y profundo proceso de transformación que permita ver, leer, entender, explicar e interpretar las prácticas sociales y culturales con otros ojos. Esto no se logra de la noche a la mañana, es un proceso que requiere entrenamiento y voluntad, pues significa desprenderse –en lo personal y en lo laboral- de los mitos, estereotipos, visiones y conocimientos sesgados y parciales que reproducen desigualdad.⁴¹

⁴¹ IIDH: “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”, op. cit. p.13.

EL DERECHO DE NIÑOS Y NIÑAS A LA EDUCACIÓN EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ARGENTINO. EL USO DEL LITIGIO ESTRATÉGICO COMO HERRAMIENTA PARA SU EXIGIBILIDAD

María Gabriela Brizzi *

1. Introducción.

El presente trabajo pretende desarrollar el derecho de niños y niñas a la educación en el marco constitucional argentino, analizando las normas constitucionales y convencionales que garantizan el mismo, la índole de las obligaciones asumidas por el Estado y la posibilidad del uso del litigio estratégico como herramienta para exigir su cumplimiento.

El derecho a la educación es un derecho humano reconocido y contenido en numerosos tratados internacionales de derechos humanos que le impone al Estado la obligación de garantizar su acceso y de eliminar la discriminación en todos los niveles del sistema educativo con el fin de establecer estándares mínimos de calidad, sin embargo en la realidad vemos que ello no siempre sucede.

En efecto, el constitucionalista argentino Eduardo Barcesat sostiene que los derechos humanos no son meras formulaciones normativo-lingüísticas adoptadas por los Estados con formas sacramentales, por ejemplo a través de un tratado, y no debemos pensar que el reconocimiento jurídico expresado en la norma implica la resolución de determinado conflicto social en su estructura real. Con el paso del tiempo el catálogo de derechos humanos reconocidos en los distintos tratados se ha ido agrandando, y para comprender a que se debió ese ensanchamiento es necesario tener en cuenta las distintas circunstancias sociales es decir que, es la experiencia social la que muestra que los derechos humanos son reconocidos y adquieren

* Abogada UNLPam. Docente de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Diplomada en Derechos de la Niñez (UNLPam). Defensora Penal Sustituta Poder Judicial de La Pampa.

Este trabajo de tesis fue presentado por la autora en la Diplomatura en derechos de la niñez del Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNLPam).

vigencia a través de procesos sociales de lucha. (BARCESAT; 1993; p. 77-79).

En este sentido, los derechos humanos que se expresan en formulas normativas tienen como sustrato material necesidades humanas socialmente objetivadas. Esto implica que los derechos humanos surgen al reconocer dentro de una estructura social determinada la existencia de necesidades humanas que deben ser satisfechas con un carácter universal es decir, deben ser reconocidas para todas las personas sin distinción.

Las necesidades humanas son anteriores a cualquier norma escrita; no obstante, alcanzan el estatus de derechos desde el momento en que “se objetivan, se institucionalizan y [se] traducen en normas y leyes, (...) [convirtiéndolas] en aspiraciones, y éstas, en obligaciones” (Contreras Baspineiro, 2003:83). En consecuencia, los derechos son “valores no negociables” (íbid) que representan un producto social o histórico derivado de las luchas sociales. (MERCADO-ADARME; 2010; p.53-54)

Para ello, se requiere que todos los seres humanos puedan acceder y permanecer en el uso y goce de esos derechos humanos que le han sido reconocidos. Sin embargo, en países empobrecidos, se puede observar que la desigualdad de la capacidad económica de los sujetos hace que la eficacia en el disfrute de los derechos y garantías sea desigual.

Resulta necesario entonces, eliminar los obstáculos al disfrute de los derechos, derribando aquellas circunstancias que impiden condiciones de igualdad, para que todas las personas satisfagan sus necesidades. Para lograr este cometido, no solo debemos tener en cuenta las diferencias que pudieran presentarse a nivel personal como pueden ser, las físicas o espirituales sino también aquellas que vienen impuestas por la desigual distribución de los recursos.

Ahora bien, si los grandes valores éticos que acompañan a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos son la libertad y la igualdad, los llamados derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC o sencillamente, derechos sociales) responden sin duda al segundo de ellos ya que, como señala Perez Luño, el punto en común de los distintos derechos que suelen englobarse en esta categoría “viene dado por su tendencia a

pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de igualdad. (ESTEPA; 2011, p.1).

Jaume Estepa sostiene que, todos los derechos humanos tienen dimensiones de igualdad y de libertad, pero con una fundamentación diferente. La libertad formal y la igualdad ante la ley serían típicas de los derechos civiles y políticos, mientras que la libertad real entendida como capacidad, y la igualdad material configurarían el punto de llegada de los derechos sociales.

Aunque es discutible que ello sea estrictamente así, lo cierto es que muchas de las distinciones que se han efectuado en torno a los derechos en cuanto a si su correlato implicaba una obligación de abstención o de prestación por parte del Estado, solo buscaron demostrar un pretendido carácter inexigible de los DESC.

En efecto, una de las características que poseen los derechos humanos, es que los mismos son indivisibles, interdependientes, y complementarios. Es decir, que todos ellos son inherentes a la dignidad humana y se encuentran relacionados entre sí sin ningún tipo de distinción, sean éstos, derechos civiles y políticos, por ejemplo el derecho a la vida, o la igualdad ante la ley; o derechos económicos, sociales y culturales, como sucede con el derecho a la educación o al trabajo; o bien los derechos colectivos, tales como los derechos al desarrollo y la libre determinación. En todos los casos no podemos gozar de uno de estos sin tener garantizados los otros.

Es por ello que, la conocida clasificación de los derechos humanos como de primera, segunda y tercera generación, según la cual los derechos civiles y políticos corresponderían a la primera de esas categorías, los DESC a la segunda y derechos tales como el derecho a la paz, a la autodeterminación, o la protección ambiental configurarían derechos de tercera generación, ha sido harto cuestionada. La crítica viene dada porque, precisamente esta categorización de los derechos atenta contra la característica de indivisibilidad e interdependencia de que gozan todos los derechos humanos.

Como lo sostiene Herrera Flores esta teoría de las generaciones de derechos supone una visión unilineal y evolutiva de la historia del concepto que tiene sus peligros, toda vez que, puede hacernos pensar que la fase o generación actual de derechos ha superado las fases

anteriores. En otras palabras, que los derechos de cuarta generación han vuelto obsoletas las viejas luchas por los derechos civiles o los derechos sociales, cuando ello no es así. (Herrera Flores; 2008; p. 63).

En definitiva, para lograr la efectiva vigencia de los derechos humanos –DESC en particular–, es necesario garantizar su acceso, mantenimiento y la no afectación arbitraria de su uso y goce.

Eduardo Barcesat sostiene que si el sistema social (a través de sus articulaciones) no provee ni habilita aquellos recursos necesarios para garantizar el acceso, mantenimiento y no afectación arbitraria en el uso y goce de los derechos, carecerá en definitiva, de una adecuada política de derechos humanos. (BARCESAT; 1993, p.85).

En todo caso, el sistema jurídico en cuestión, si ha limitado su política de DDHH a la sola ratificación de pactos y convenciones internacionales, o trasladado el contenido de estos a su legislación interna, ha encarado el tema solo en su superficie, lo que puede serle útil a su gobierno para incorporarse al “Olimpo” de los defensores de los DDHH. Pero –tengámoslo bien en claro– el problema real de los DDHH permanecerá en estos casos irresuelto. (BARCESAT; 1993, p. 85-86)

Por ello, cuando el Estado incumple su obligación de garantizar el acceso a la educación, o cuando aplica políticas públicas deficientes o discriminatorias, se torna cada vez más necesaria la judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales, en general y del derecho a la educación en particular, precisamente en pos de exigir el cumplimiento de las obligaciones que el estado argentino ha asumido en torno al mismo.

Pilar Arcidiácono y Gustavo Gamallo, sostienen que la “justiciabilidad” de los derechos sociales se entiende como la posibilidad de reclamo ante un juez que ordene una reparación, tal como ocurre con la violación de un derecho civil y político, o bien el cumplimiento de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho. (Arcidiácono- Gamallo; 2011; p. 71).

Los autores explican que “la otra faceta de la obligación del Estado es la posibilidad de que los titulares de los derechos sociales puedan exigir su cumplimiento apelando a un tribunal de justicia. Bajo ese argumento, organizaciones sociales diversas, a través de

acciones frente a tribunales nacionales e internacionales de justicia intentaron poner fin a la vulneración de derechos sociales influyendo en el diseño y/o en la implementación de políticas sociales.” (Arcidiácono- Gamallo; 2011; p. 71).

En este sentido, el uso del litigio estratégico o de interés público constituye precisamente una herramienta interesante que ha sido utilizada para exigir el derecho de niños y niñas a la educación en casos colectivos donde este derecho ha sido vulnerado.

2. Niños y niñas sujetos de derechos.

La adopción de la Convención de los derechos del Niño en 1989 implicó un cambio de paradigma en materia de niñez, ya que significó el paso de la concepción tutelar (doctrina de la situación irregular) que veía a los niños y niñas como “menores” objeto de tutela, a la concepción de niños y niñas como verdaderos sujetos de derechos. En otras palabras se pasó de un esquema tutelar y asistencialista a la doctrina de la protección integral.

Si bien esta convención es el tratado de derechos humanos que más rápido entro en vigencia y el más ratificado, su impacto en términos de reconocimiento y goce de derechos por parte de los niños y niñas no ha sido del todo exitoso.

Mary Beloff, sostiene que la convención es un contrato que toda la comunidad internacional ha acordado, respecto del estándar mínimo de tratamiento de la infancia, obligándose a respetarlo y por la cual el Estado puede ser responsabilizado ante el incumplimiento del mismo. En este sentido, los derechos allí reconocidos no necesitan en principio, de reglamentación debiendo ser aplicados y garantizados sin la exigencia de ningún otro tipo de requisito y los Estados están obligados a adoptar todas aquellas medidas administrativas, legislativas, judiciales y de cualquier otra índole a fin de darles efectividad. (BELOFF; 2009; p. 11-12).

Sin embargo, la autora plantea que uno de los problemas estructurales que presenta la Convención de los Derechos del Niño es la baja exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien, en la Convención se reconocen todos los derechos, es decir,

los derechos civiles y políticos así como también los económicos, sociales y culturales, que son en definitiva los que más se desarrollan con la protección de los niños y niñas (por ejemplo: salud, vivienda, educación, etc.), la misma limita su reconocimiento a las posibilidades de desarrollo económico de cada país. (BELOFF; 2009; p.14-16).

A esto último, se le suma otro factor que tiene que ver con el débil mecanismo de control y seguimiento al Estado, ya que la convención no prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional encargado de aplicarla sino que, se creó el Comité de los Derechos de Niño para controlar los progresos de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de niñez, y ante el cual éstos deben presentar informes con las medidas adoptadas a tal fin. (BELOFF, 2009 p.17-18).

3. El derecho a la educación en el marco constitucional Argentino y el uso del litigio estratégico como herramienta para su exigibilidad.

3.a. El derecho humano a la educación.

La UNESCO considera que la educación es un derecho humano para todos, a lo largo de toda la vida, y que el acceso a la instrucción debe ir acompañado de la calidad.¹

El derecho a la educación es el derecho en el cual mejor se reflejan las características de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la

¹ Ver <https://es.unesco.org/themes/education>

pobreza y participar plenamente de sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la explotación de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico.²

3.b. Protección constitucional y convencional.

En nuestro país, el derecho a la educación se encuentra consagrado en el art. 14 según el cual todos los habitantes de la nación gozan -entre otros- del derecho de enseñar y aprender.^{2.-}

Otras de las principales disposiciones que nuestra ley fundamental contiene en relación con este derecho son las contenidas en los arts. 5 y 75 inc. 18, que establecen respectivamente, la obligación de las provincias de atender a la educación primaria y la atribución del congreso de organizar la educación en todos los niveles. Estas disposiciones buscan, en definitiva, promover el bienestar general a través de la enseñanza y el aprendizaje.

Asimismo, existen diversos instrumentos internacionales –que desde 1994 gozan de jerarquía constitucional-, en los cuales también se encuentra consagrado el derecho a la educación, integrando dichos instrumentos el bloque de constitucionalidad.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “toda persona tiene derecho a la educación – inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas- con el objetivo de que mediante ella se la capacite a para lograr una digna subsistencia, comprendiendo ese derecho el de igualdad de oportunidades. Pero además, establece que toda persona

² COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1999). Observación General N° 13. “El derecho a la Educación (artículo 13 del pacto)”

tiene derecho a recibir gratuitamente como mínimo la educación primaria”.³

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene derecho a la educación, debiendo ser gratuita la instrucción elemental y fundamental y obligatoria la primera de ellas; debe ser generalizada la instrucción técnica y profesional; e igualmente accesible para todos la educación superior. En cuanto a los objetivos a los cuales debe estar dirigida son: el pleno desarrollo de la personalidad humana; el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales; la comprensión, tolerancia y amistad de las naciones; y el mantenimiento de la paz. No obstante, se respeta el derecho de los padres de escoger el tipo de educación para sus hijos”.⁴

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) contiene en el Capítulo III sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales un importante artículo –del denominado desarrollo progresivo–, según el cual los Estados se comprometen a adoptar en la medida de los recursos disponibles, todas las medidas a nivel interno y de cooperación internacional para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”.⁵

A su vez, el protocolo adicional a la referida Convención en materia de DESC “Protocolo San salvador”, reconoce el derecho de toda persona a la educación, orientada al pleno desarrollo de la personalidad humana, el respeto por los derechos humanos, el

³ Ver art. XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la IX Conferencia internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, 1948.

⁴ Ver. art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la res. 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948.

⁵ Ver. art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica). Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Aprobada por la República Argentina según ley 23.054 (sancionada el 1/3/84; promulgada el 19/3/84; publicada, BO, 27/3/84).

pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz; así como la capacitación de las personas para que estas puedan participar en la vida democrática y subsistir dignamente; favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y grupos raciales, étnicos y religiosos.⁶

Dispone que la educación primaria debe ser obligatoria y gratuita; la educación secundaria (incluida la técnica y profesional) debe ser generalizada y accesible a todos procurando de manera progresiva su implementación gratuita. La enseñanza superior debe ser igualmente accesible a todos de acuerdo a las capacidades de cada uno, por los medios apropiados y procurando de manera progresiva su implementación gratuita; debiendo fomentarse en la medida de lo posible la educación básica para quienes no la hayan recibido o no hayan terminado la instrucción primaria.

Se reconoce a los padres el derecho de elegir el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos siempre que se respeten las condiciones anteriormente expuestas.

La Convención sobre los derechos del Niño reconoce el derecho del niño a la educación, y para que ellos puedan ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, los Estados partes deberán implementar la enseñanza primaria gratuita y obligatoria para todos; fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria debiendo adoptar todas las medidas apropiadas para que todos los niños puedan disponer y acceder a ella, incluida la gratuidad y la asistencia financiera en caso de necesidad. En cuanto a la enseñanza superior debe ser accesible a todos sobre la base de la capacidad y por los medios apropiados; pero además los estados están obligados a que los niños dispongan y tengan acceso a información y orientación relativa a cuestiones educacionales, debiendo fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. Además, deben velar por que la disciplina escolar sea compatible con la dignidad humana del niño adoptando todas las medidas necesarias para ello, deben también contribuir a eliminar la ignorancia y analfabetismo en el mundo, facilitando el acceso a los

⁶ Ver art. 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo San Salvador".

conocimientos técnicos y métodos modernos de enseñanza, especialmente en países en desarrollo.⁷

En cuanto a los propósitos u objetivos básicos del aprendizaje, la Convención establece que ellos deben encaminarse a desarrollar la personalidad, aptitudes y capacidad –tanto física como mental- del niño hasta el máximo de sus posibilidades; inculcarle el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales así como de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; prepararlo para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena, y el respeto del medio ambiente natural. Pero además de establecer los objetivos básicos del aprendizaje, este instrumento protege explícitamente los derechos de los particulares y de las entidades a organizar sus propias formas de educación, a condición de que se respeten dichos objetivos y se ajusten a las normas mínimas que prescriba el Estado.⁸

El Comité de los Derechos del Niño ha dicho que los propósitos de la educación se corresponden con desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades, y esto incluye enseñarle el respeto por los derechos humanos, potenciar su sensación de identidad y pertenencia y su integración en la sociedad así como la interacción con los demás y el medio ambiente, es decir que, la educación debe formar al niño y prepararlo para la vida. Para ello, la educación debe girar en torno al niño y fortalecer su capacidad de

⁷ Ver art. 28 de la Convención de los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina según la ley 23.849 (sancionada el 27/9/90; promulgada de hecho el 16/10/90, publicada BO 22/10/90).

⁸ Ver art. 29 de la Convención de los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina según la ley 23.849 (sancionada el 27/9/90; promulgada de hecho el 16/10/90, publicada BO 22/10/90).

disfrutar de los derechos humanos.⁹

Pero además, es importante destacar que el derecho del niño a la educación contempla no solo el derecho de acceder a ella sino también a su contenido. Ese contenido, debe estar basado en los valores éticos enunciados en la convención y en el respecto a la diferencias, deben estar encaminados a promover el disfrute de otros derechos humanos, razón por la cual los establecimientos educativos deben ser compatibles con la dignidad del niño en todos los aspectos.

Para el Comité es tan importante la educación de los niños en materia de derechos humanos que, parte de esa enseñanza implica aprender lo que son esos derechos observando su aplicación en la práctica, tanto en el hogar, como en la escuela así como en la comunidad, a la vez que exhorta a los Estados Partes a prestarle atención a la educación, ya que todo niño tiene derecho a una educación de buena calidad.

El derecho de todos los niños a la educación debe ser respetado por los Estados y asegurado a cada niño del país, sin ningún tipo de distinción, e independientemente de su raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición ya sea del propio niño o de sus padres.¹⁰

En razón de que en la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas administrativas legislativas y de cualquier otra índole a fin de efectivizar los derechos reconocidos en ella, en el año 2002 el Comité de los Derechos del Niño adoptó una observación general por medio de la cual alienta a los Estados parte a crear instituciones independientes para la promoción y vigilancia de la aplicación de la convención, describiendo los elementos deberán reunir estas instituciones así

⁹ Observación General No.1 del Comité de los Derechos del Niño. “*Propósitos de la educación*”. CRC/GC/2001/1, Abril de 2001.

¹⁰ Ver art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina según la ley 23.849 (sancionada el 27/9/90; promulgada de hecho el 16/10/90, publicada BO 22/10/90).

como también las actividades que deberán llevar a cabo.¹¹ En ella se resalta además, la importancia de contar con estas instituciones, sobre todo prestando especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños, ya que su estado de desarrollo los hace especialmente vulnerables a las violaciones de sus derechos humanos, toda vez que en muchos casos sus opiniones no son tenidas en cuenta, la mayoría de ellos no tiene voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante los temas de derechos humanos, pero además ellos tienen mayores dificultades de acceder al sistema judicial en procura de la protección de sus derechos o a solicitar reparaciones por la violación de los mismos, o acceder a organizaciones de derechos humanos.

Por otra parte, Argentina incorporó a su derecho positivo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este instrumento también contiene disposiciones relacionadas con el derecho a la educación.

Allí se reconoce el derecho de toda persona a la educación, siendo sus objetivos el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad; el fortalecimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales; y la capacitación de todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia, la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, así como promover el mantenimiento de la paz.¹²

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señala que los propósitos y los objetivos de la educación establecidos por el Pacto, son los que se reflejan asimismo en la Carta de Naciones Unidas (arts. 1 y 2) así como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 26), siendo fundamental a criterio del comité,

¹¹ Observación General No.2 del Comité de los Derechos del Niño. “*El papel de las instituciones nacionales independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño*”. CRC/GC/2002/2, noviembre de 2002.

¹² Ver art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la res. 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/4/86; Publicada, BO, 13/5/86.

el que afirma que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana.¹³ Estos objetivos a los que debe dirigirse la educación han sido desarrollados también por otros instrumentos internacionales, los cuales deben ser tenidos en cuenta por parte de los Estados a la hora de interpretar y aplicar el art. 13 del pacto. Uno de estos instrumentos es precisamente la Convención de los Derechos del Niño.

Ahora bien, para el Comité el derecho a la educación comprende cuatro características: 1) la *disponibilidad*; 2) la *accesibilidad*; 3) *aceptabilidad* y 4) *adaptabilidad*. Estas características son comunes a la educación en todas sus formas y en todos los niveles.¹⁴

El propio comité explica el significado y alcance que tienen estos cuatro requisitos.

Que sea *disponible*, quiere decir que en el Estado debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente. Las condiciones para que funcionen depende de muchos factores, tales como el contexto de desarrollo en el que actúan, es decir cómo son los lugares en que se imparte la enseñanza, si son edificios, si existen instalaciones sanitarias para ambos sexos, si los maestros gozan de buenos salarios, si existen recursos informáticos, etc.

La *accesibilidad* implica que la educación debe ser accesible a todas las personas sin ningún tipo de discriminación, especialmente cuando se trate de grupos vulnerables. Debe ser materialmente accesible a todos, ya sea por su localización geográfica como por ejemplo sucede con la instalación de una escuela vecinal, o bien mediante el acceso a programas de educación a distancia, lo que conlleva a su vez, que se deba tener acceso a las herramientas tecnológicas que resulten necesarias y por último, una accesibilidad económica, que se traduce en la gratuidad de la misma, debiendo ser gratuita la enseñanza primaria.

¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aplicación del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones Generales 13 (21º período de sesiones, 1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto).

¹⁴ Ibidem.

La *aceptabilidad* comprende que tanto los programas de estudios como los métodos de enseñanza deben ser pertinentes, culturalmente adecuados, de calidad, tanto para los propios estudiantes como para sus padres. Este punto se relaciona con los objetivos de la educación.

Por último, la *adaptabilidad* requiere que la educación sea flexible para poder adaptarse a las distintas necesidades y circunstancias, como así también a los distintos contextos socioculturales del país.

Pero además, para poder ejercer este derecho, la educación primaria debe ser universal, garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de todos los niños y tener en cuenta la cultura, las necesidades y las posibilidades de la comunidad.

En cuanto a la educación secundaria debe ser generalizada –es decir, que no dependa de la aptitud aparente del alumno y debe además ser impartida de manera tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones-, accesible a todos, por todos los medios que sean apropiados de acuerdo a los distintos contextos socioculturales y principalmente en la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

La enseñanza técnica y profesional forma parte del derecho a la educación, considerándolo el comité, elemento integral de todos los niveles de la enseñanza. Mientras que la enseñanza superior, el pacto no hace referencia a la educación en todas sus formas ni tampoco a la enseñanza técnica y profesional. No obstante el comité de DESC, destaca que sus planes de estudios deben ser flexibles y que debe estar disponible para todos, por ejemplo, a través de la utilización de educación a distancia.

Es importante destacar que, así como el pacto establece que la educación secundaria debe ser generalizada y accesible a todos, en el caso de la enseñanza superior no establece que sea generalizada sino que esté disponible sobre la base de la capacidad, la cual habrá de ser valorada respecto a los conocimientos especializados y experiencia de cada quien.

Por último, el derecho a la educación fundamental no se encuentra limitado únicamente a quienes no hayan recibido o

terminado la educación primaria, sino que se aplica a todas las personas que todavía no han satisfecho sus necesidades básicas de aprendizaje.

El Pacto también establece que se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, lo que implica para los Estados la obligación de formular una estrategia global de desarrollo de su sistema escolar, abarcando todos los niveles de enseñanza pero con prioridad en la primaria, debiendo ser para el Estado objeto de prioridad gubernamental. Se prevé, asimismo, la implementación de un sistema de becas a fin de garantizar la igualdad de acceso a la educación a aquellas personas que forman parte de los grupos menos favorecidos.

Otra disposición importante es la prohibición de discriminación contenida en el pacto, es la del art. 2 referida a la no discriminación la cual en materia de educación comprende a todas las personas en edad escolar que residan en el territorio de un Estado Parte, comprendidos los no nacionales y con independencia de su situación jurídica.¹⁵

Esta prohibición entraña para el Estado la obligación de garantizar la no discriminación en materia de derecho a la educación, y esa obligación no se encuentra supeditada a una implantación gradual ni a la disponibilidad de los recursos, sino que se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación abarcando todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente.

Por último, el PI DESC dispone que aquellos Estados que al momento de incorporarse, no hayan instituido en su territorio y jurisdicciones la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, se comprometen a elaborar dentro de los dos años, un plan de acción progresivo para la implementación de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.¹⁶

¹⁵ Ver art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado por la res. 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas abierto a la firma en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobado por la República Argentina según ley 23.313 (sancionada el 17/4/86; Publicada, BO, 13/5/86

¹⁶ Ver Observación General N° 11 (1999) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. “*Planes de acción para la enseñanza primaria*” (artículo 14 del

El objetivo de la elaboración del plan es la aplicación progresiva del derecho a la enseñanza primaria, obligatoria y gratuita e implica una obligación para los Estados Parte, quienes no pueden eludirla alegando la no disposición de recursos.

En este sentido, el comité de DESC destaca que la importancia de estos planes, radica en que ha comprobado que a aquellos niños que no han tenido oportunidad de acceder a la educación son más vulnerables a ser víctimas de muchas otras violaciones a sus derechos humanos.¹⁷ Por ejemplo, niños que viven en la pobreza extrema sean más vulnerables al trabajo forzoso o cualquier otro tipo de explotación económica.

3.c. Obligaciones del Estado en materia de derecho a la educación.

En virtud de las disposiciones del pacto, Argentina así como el resto de los Estados Parte, han asumido una serie de obligaciones. Algunas son inmediatas y el Estado las debe aplicar independientemente de que cuente o no recursos como por ejemplo las relativas a garantizar el derecho a la educación sin discriminación, o la obligación de adoptar de manera permanente medidas deliberadas y concretas para lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación. Lo que no puede hacer el Estado es adoptar medidas regresivas en torno al derecho en cuestión.

El Comité ha dicho que las disposiciones contenidas en el pacto en esta materia son las de *respetar* lo que implica por parte de los Estados evitar medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación; la de *proteger* que implica que los Estados

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ginebra, 26 de abril a 14 de mayo de 1999.

¹⁷ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aplicación del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones Generales 13 (21° período de sesiones, 1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto).

deban adoptar medidas a fin de evitar que terceros impidan el ejercicio del derecho a la educación y la de *cumplir*.¹⁸

Esta última incluye la obligación de facilitar, es decir adoptar medidas positivas que permitan disfrutar del derecho a la educación, y de proveer, o sea cumplir con el derecho a la educación lo que en la mayoría de los casos se realiza a través de la prestación directa por parte del Estado, quien tiene además obligación inmediata la de proporcionar la enseñanza primaria.

Los Estados también están obligados a velar por que los planes de estudio estén orientados hacia los objetivos de la educación enunciados en el pacto; garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad del derecho a la educación, por ejemplo no cerrando escuelas, asegurando que los niños y niñas no se vean impedidos de acudir a la escuela, adoptando medidas educativas respetuosas de las minorías y culturas indígenas, que la educación sea de calidad para todas las personas, formulando los planes de estudios, dotando de recurso a las instituciones educativas, implantando escuelas, materiales, docentes de calidad, becas para garantizar el acceso de los menos favorecidos, etc.

Para ello los Estados tienen la obligación de adoptar medidas (“to take steps”), incluidas la cooperación internacional en especial económica y técnica para el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el pacto en general y del derecho a la educación en particular. Los estados tienen una obligación mínima de garantizar los niveles esenciales de los derechos reconocidos

En su Observación general N° 3, el Comité confirmó que los Estados Partes tienen "una obligación mínima de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos" enunciados en el Pacto, incluidas las "formas más básicas de enseñanza". En el contexto del artículo 13, esta obligación mínima comprende: el velar por el derecho

¹⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aplicación del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones Generales 13 (21° período de sesiones, 1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), p. 13. y Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” Quinto período de sesiones, 14/12/90.

de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; por que la enseñanza corresponda a los objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; proporcionar enseñanza primaria a todos, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13; adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza (párrafos 3 y 4 del artículo 13).¹⁹

3.d. La situación en Argentina.

Entre las medidas apropiadas que deben tomar los Estados para cumplir con las disposiciones del Pacto, además de aquellas de índole legislativas, y administrativas, se encuentra la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables, entre los cuales se encuentra el derecho a la educación.

En Argentina, muchas de las disposiciones contenidas en los instrumentos anteriormente desarrollados no se cumplen regularmente y vemos a diario como muchos niños no acceden a la educación primaria, o cuando lo hacen no es de calidad y acorde a las características invocadas en los diversos instrumentos analizados. Esta situación, se ve agravada por la crisis económica existente en el país, resultando vulnerados los derechos de los menos favorecidos, es decir de aquellos grupos que debido a la crisis económica estructural, son pobres, se encuentran marginados o excluidos. Esta situación se agrava en el caso de que esos grupos sean niños, a quienes como vimos el Estado debe garantizarles el acceso a la educación primaria gratuita obligatoria y de calidad y respecto de quienes además el Estado debe tener una especial protección en razón, justamente de ser

¹⁹ Ver Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General N° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” Quinto período de sesiones, 14/12/90.

niños (personas en desarrollo) y por lo tanto, las personas más vulnerables con relación a violaciones de los derechos humanos.

Cuando en un país como es el caso de Argentina, se encuentra en constante crisis económica, no dispone de recursos y no aplica políticas públicas educativas con enfoque de derechos, es decir, no cumple con las obligaciones asumidas, deja a esos grupos sin posibilidad de ver garantizado el derecho a la educación.

El Comité de DESC, ha manifestado su preocupación por cortes en el gasto social para la educación en el marco de las medidas de ajustes estructurales, así como por el alto abandono escolar, la limitada cobertura de la educación temprana marcada por altas disparidades regionales y según ingreso familiar, la falta de datos sobre el acceso a la educación para personas con discapacidad y por la deficiencia en la implementación del programa de Educación Sexual Integral y la falta de datos sobre la educación intercultural bilingüe.²⁰

3.e. El litigio estratégico o de interés público.

En razón de lo expuesto anteriormente es que, una forma de exigir en Argentina el cumplimiento de los derechos sociales en casos en que se han visto afectados en el derecho a la educación de una cantidad relativamente importante de personas, ha sido a través del uso del litigio estratégico o “de interés público”.

Este consiste en la selección y presentación de un caso ante los tribunales como un medio para defender y promover los derechos humanos. El objetivo que se persigue con la utilización de esta herramienta es modificar las leyes o la forma de aplicarlas, las políticas públicas o prácticas que son violatorias de los derechos humanos. Es una herramienta que, más allá de ganar el caso, lo que busca es provocar algún efecto en la sociedad o el gobierno.

²⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Argentina. (E/C.12/ARG/4). 58ª reunión, celebrada el 12 de octubre 2018. p. 12 <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2018/10/DESC.pdf>

Es una herramienta utilizada para un programa de expansión de derechos y de incidencia en políticas de derechos humanos, ya que a través del uso del litigio estratégico es posible evidenciar patrones de conductas ilegales y/o estructuras desde las que sistemáticamente se violan los derechos humanos, pero también es una herramienta útil para promover derechos no garantizados, tanto por las propias insuficiencias del Estado, como porque su protección efectiva sólo se activa a partir del reclamo de los grupos afectados. El uso del litigio estratégico, permite a través de casos testigo cuestionar el contenido, orientación o forma de implementación de una política estatal a la luz de estándares constitucionales o legales, permite insertarlos en la discusión pública y darles visibilidad.²¹

Sigal, Rossi y Morales, sostienen que el uso del litigio estratégico en busca de cambios sistémicos ha ganado fuerza en la última década y ha tenido cierto éxito en los tribunales. En efecto, tribunales de varios niveles y diferentes jurisdicciones han reconocido que los DESC son exigibles judicialmente, han determinado violaciones de esos derechos en un número considerable de decisiones con diversos alcances, y han ordenado una variedad de remedios.²²

4. Algunos casos testigos.

4.a. Vacantes Escolares.

En materia de derecho a la educación, el caso “vacantes escolares” es un ejemplo de ello. En este caso la Asociación Civil por la igualdad y la Justicia (ACIJ) dedujo una acción de amparo contra el

²¹ Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS (2008), La lucha por el derecho. Buenos Aires: CELS y Siglo XXI Editores. Cap. 1 “*Implicancias de la intervención judicial en el ámbito de las políticas públicas*”. Disponible en: https://www.cels.org.ar/common/documentos/la_lucha.pdf p. 17)

²² Langford, Malcom; Rodríguez Garavito, César; Rossi, Julieta (2017), “*La lucha por los derechos sociales*”. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento, Bogotá: Ediciones de Justicia. (Capítulo 5. Argentina: implementación de casos colectivos). p. 173.

gobierno de la ciudad de Buenos Aires demandándolo a que cumpliera con su obligación constitucional e indelegable de asegurar y financiar el acceso a la educación inicial de los niños y niñas de la ciudad, ya que dicha obligación había sido sistemáticamente incumplida durante los ciclos lectivos 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006 en el que miles de niños quedaron excluidos del sistema educativo por falta de vacantes, a la vez que además se había constatado un porcentaje de subejecución presupuestaria destinado a infraestructura escolar del 32.3%.²³ ACIJ sostuvo que el gobierno de la ciudad no podía hacer caso omiso a los derechos que indelegablemente está obligado a garantizar, y destacó que la educación inicial es esencial para el desarrollo de los niños por un lado, por el efecto que tiene sobre la educación primaria, y en segundo lugar porque permite a los padres buscar trabajo y esto, indefectiblemente repercute en los niños. A su vez, resaltó que la imposibilidad de acceder a una vacante en las escuelas de nivel inicial violaba el principio de autonomía personal, el derecho a la igualdad frente a los niños que sí pueden acceder al nivel inicial de educación, y el derecho a la no discriminación de los excluidos. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y determinó que se habían vulnerado los derechos de acceso a la educación por falta de vacantes en instituciones escolares para la primera infancia, sobre todo en las áreas desfavorecidas de la ciudad de Buenos Aires. El tribunal le ordenó a la ciudad de Buenos Aires desarrollar y presentar un plan dirigido a solucionar la falta de vacantes para el acceso a la educación inicial, y requirió información detallada sobre todos los proyectos de construcción en curso y sobre los nuevos proyectos de construcción dirigidos a satisfacer la demanda existente.

La sentencia fue apelada por el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, y confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (Cacat), Sala I el 19/3/08.

En este caso, antes de que el superior tribunal dictara una decisión final, las partes llegaron a un acuerdo que incluía directrices para construir nuevas escuelas, entregas de informes, creación de un

²³ Sentencia. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (Cacat), Sala I, "Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia vs. GCBA s/amparo, caso 23360.

mecanismo de seguimiento para la implementación del acuerdo y compromisos presupuestales específicos, entre otros puntos.

4.b. Aulas containers.

En otro caso, “aulas container” el Sr. José Antonio Iglesias y Beatriz Campos invocando su carácter de ciudadanos de la ciudad de Buenos Aires, iniciaron acción de amparo contra el gobierno de la ciudad de Buenos Aires a fin de que cesara en su omisión consistente en no ejercer debidamente el poder de policía que se encuentra a su cargo, permitiendo así la existencia de una situación de inseguridad, déficit habitacional, de infraestructura y servicios en todas las escuelas dependientes del gobierno de la ciudad de Buenos Aires y privadas, tanto en los niveles primarios, secundarios, internados, institutos de enseñanza en general, guarderías y jardines de infantes, así como también la de no arbitrar los medios previstos para garantizar la aplicación y el cumplimiento de la reglamentación vigente en materia de habilitación de establecimientos educativos, y de prevención de catástrofes.²⁴ Además solicitaron como medida cautelar la inspección de todos los establecimientos a fin de que se verifiquen, entre otras, las condiciones de seguridad e higiene, infraestructura, condiciones edilicias, el acceso a los establecimientos educativos, y el estado de las aulas y salas de estudio, protección contra incendio, ventilaciones, instalaciones de luz, gas, calefacción, salubridad y todo aquello relacionado con condiciones óptimas de dichos establecimientos (todas eran deficientes). Para el caso de detectarse falencias, solicitaron como medida cautelar la suspensión de las clases y cierre de dichos establecimientos hasta tanto estén en condiciones óptimas para su funcionamiento.

En este caso, se presentó como tercero la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), quien destacó que el objeto de su pretensión se trata de un aspecto de la prestación directa de un servicio esencial del Estado, que a su vez constituye el modo

²⁴ Sentencia Juzgado en los Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires núm. 11, “Iglesias, José Antonio vs. GCBA s/amparo”, caso 15909/0, 7 de julio de 2006.

discriminatorio de satisfacer un derecho fundamental de los niños (la educación). El reclamo era a raíz de la utilización de contenedor que había ubicado el gobierno de la ciudad en barrios pobres donde no había escuelas, dichos contenedores eran utilizados como aulas. Como respuesta a la falta de espacio en las escuelas públicas del nivel primario, el gobierno de la ciudad de Buenos Aires decidió instalar aulas contenedor en lugar de construir nuevas escuelas. Las escuelas que adoptaron esa solución constructiva estaban en los asentamientos informales cercanos a la ciudad (“villas miseria”).

En esta causa el Juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires núm. 11, determinó que era impropio que se dicten clases en tan denigrantes condiciones, y que además la utilización de estas aulas modulares implicaba un peligro concreto para la vida y salud de los niños, personal docente y no docente en virtud de los materiales de los que están hechos los contenedores y de la circunstancia de que tienen una sola y pequeña vía de entrada y salida y que estas acciones eran discriminatorias. Además, se le ordenó al gobierno cesar en el uso de las aulas contenedor. El tribunal consideró que los niños y las niñas afectados/as accedían a la educación en una situación de emergencia y precariedad, y ordenó al gobierno de la ciudad encontrar una solución al problema.

4.c. Transportes escolares.

Por último, en otro caso “transportes escolares”, Martín Sigal en su carácter de presidente de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), promovió acción de amparo colectivo contra el gobierno de la ciudad de Buenos Aires, en representación de los niños y niñas de las villas 31 y 31 bis que asisten a los niveles inicial y primario y no reciben transporte escolar gratuito, a fin de que se ordene la provisión de dicho servicio en aras de garantizar su derecho a acceder a la educación, igualdad, y a la no discriminación. También solicitó que se disponga que dicho servicio de transporte posea paradas asignadas y distribuidas en el interior de ambas villas y, a fin de alcanzar un adecuado cumplimiento de todo ello, solicitó que se realice un relevamiento de los niños y niñas que se

encuentran en la situación expuesta; así como también una medida cautelar a fin de que el gobierno de la ciudad cumpla con las medidas solicitadas hasta tanto se resolviera el caso.²⁵

La situación del caso era que los niños en los barrios pobres urbanos 31 y 31 bis tenían graves problemas de acceso a sus escuelas ya que faltaban establecimientos educativos cercanos, lo que hacía que los niños y niñas de estas villas debieran trasladarse a otras escuelas más lejanas a sus domicilios no pudiendo costear los gastos del transporte, dadas las condiciones económicas precarias en las que viven; ello sumado al mal estado de las calles internas de la villas en cuestión, que son de tierra, con charcos con basura y olor nauseabundo, todo lo cual dificultaba en mayor medida el acceso y traslado a las escuelas. Ello además del riesgo que implicaba para la integridad física de los niños y niñas ir solos caminando hacia los lugares de entrada y salida de las villas que se encuentran cercanos a la terminal de retiro, a los cuales deben acudir para tomar los medios de transporte público.

En este caso, el juez a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires núm. 12, hizo lugar a la demanda interpuesta por ACIJ, le ordeno al gobierno de la Ciudad de Buenos Aires efectuar un relevamiento de la cantidad de menores de edad (nivel inicial y primario) a fin de determinar cuántos niños vivían en esos barrios y proporcionarles transporte escolar gratuito. El Juzgado ordenó además, la creación de un programa de transporte para garantizar que los niños afectados pudieran asistir a las escuelas asignadas.

Estos tres casos, son casos en que se discutieron afectaciones colectivas y mediante los cuales se buscó remediar problemas soslayados por las políticas públicas en materia de educación. Se trata de casos colectivos en razón de que la afectación del derecho social (la educación) involucraba a una cantidad importante de personas (pobres) fácilmente determinable, cuya afectación se circunscribía a una determinada zona geográfica (villas miseria y lugares excluidos o marginados). En estos casos, si bien cuestiona una política pública su

²⁵ Sentencia. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires núm. 12, "ACIJ vs. GCBA s/amparo", caso 32839/0, 15 de marzo de 2010.AS.

alcance o nivel de generalidad es menor que en los casos colectivos estructurales.

No obstante, la importancia de los casos que se mencionaron radica en que mediante la utilización del litigio estratégico se pudo poner en evidencia las fallas del sistema educativo en Argentina, y modificar políticas públicas que no contaban con un enfoque de derechos, ya que en verdad esos niños y niñas no tenían acceso a la educación, a una educación de calidad y en condiciones de igualdad como establece la Constitución Nacional y todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que se examinaron ut-supra.

Sirven para exponer que en las condiciones descriptas en los casos anteriores es imposible además que las personas –en particular los niños y niñas- puedan desarrollarse plena y dignamente como personas, salir de la pobreza, participar de la vida ciudadana, ejercer y exigir el cumplimiento de sus derechos fundamentales, vivir libre y dignamente.

Allí radica la importancia del uso del litigio estratégico como herramienta para exigir el cumplimiento de los derechos humanos en general y económicos, sociales y culturales en particular, ya que más allá de los resultados que en el caso concreto pueda tener cada uno de los casos que se litiguen, aquellas sentencias que contengan mandatos de prestaciones concretas, servirán como un disparador, como una señal de alarma para el Estado Argentino a fin de anticiparse y definir políticas públicas con enfoque de derechos.

5. Conclusiones.

Como se mencionó al inicio del trabajo hablar de una efectiva vigencia de los derechos humanos, en este caso del derecho a la educación, implica pensar no solamente en que se han suscripto distintos instrumentos internacionales, sino que ello además, implica que el Estado Argentino cumpla con las obligaciones que ha asumido y en consecuencia defina políticas públicas enfocadas en derechos, que garanticen de manera real y efectiva el acceso, el mantenimiento y la no afectación de los distintos derechos humanos.

El uso del litigio estratégico en materia de derecho y acceso a

la educación ha servido para demostrar que una política de derechos humanos en materia de acceso a la educación no se limita simplemente a ratificar pactos o convenciones internacionales. Si observamos las disposiciones relativas a acceso a la educación que contienen los Pactos y Convenciones que ha ratificado la Argentina uno podría pensar que en el país se encuentra garantizado el derecho a la educación.

Sin embargo, los casos testigo que hemos analizado a modo de ejemplo nos sirven para advertir y demostrar que ello dista mucho de ser así.

Más bien, demuestran una ausente o al menos deficiente política pública en materia de acceso a la educación; o que al fin de cuentas ese acceso no lo es para todos.

Las situaciones de pobreza estructural por las que atraviesa la Argentina desde hace ya mucho tiempo, y que se agravan cada vez más, hace que muchos niños y niñas no tengan satisfechas sus necesidades básicas, siendo la educación es una de ellas.

Por otra parte, es dable destacar que el capitalismo, ha dejado cada vez más personas fuera del sistema y los niños son los grupos más vulnerables y afectados.

Entonces, ¿Si en nuestro país un niño no puede acceder a una alimentación, salud, vivienda, en condiciones de dignidad e igualdad, es posible que ellos puedan educarse conforme los postulados de los Pactos y Convenciones que analizamos? Es evidente que no.

Si el Estado no diseña ni define políticas públicas educativas con un enfoque de derechos, es posible entonces hablar de derecho a la educación? Parece que no.

Por ello, el litigio estratégico o de interés público resulta una herramienta importante para dejar al descubierto estos problemas y comenzar a exigir el cumplimiento de los derechos sociales.

A través de estos casos testigos que se analizaron, se pudo observar que en ellos se modificaron políticas públicas referidas en casos de niños y niñas argentinos que no habían podido acceder a una educación de calidad. Si bien en estos casos en general, el Estado cumplió con los mandatos de la sentencia, el interrogante que queda es ¿Qué pasará en aquellos casos colectivos estructurales en que se

vea afectado el derecho a la educación. ¿Se logrará a través del uso de esta herramienta solucionar los conflictos? Es un interrogante que quedara pendiente para una posterior investigación.

1. Introducción.

En las últimas décadas, las mujeres han acrecentado su intervención en los procesos penales, directa o indirectamente, como “víctimas” denunciando situaciones de violencia de género para sí o para sus hijxs, o como “victimarias” para responder por las imputaciones realizadas en su contra.¹ De alguna u otra manera, sin perjuicio de la variedad de delitos en que se las mujeres se hallen involucradas, notoriamente se advierte que las respuestas brindadas por aquel sistema penal contribuyen y performan nuevas formas de violencias que responden a un modo de dominación y a una discriminación estructural que no operan esporádicamente sobre personas aisladas sino que obedecen a prácticas sistemáticas que han ido internalizando en el seno del sistema patriarcal como relaciones de poder.

En el primer caso, lejos de garantizarse un real acceso a la justicia, el Derecho Penal acaba revictimizando a las mujeres que denuncian a raíz de ciertas acciones y omisiones que ocurren después -y a causa- del delito (Piqué, 2017).^{2 3} En el caso de las

* Abogada UBA. Integrante del Ministerio Público de la Defensa. Especialista en Género.

El trabajo fue realizado en el marco del Curso de actualización virtual “Feminismos y la cuestión criminal” certificado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca y la Asociación Pensamiento Penal

¹ En la presente se hará referencia a términos como “mujeres” o “géneros” con la intención de evidenciar la pluralidad y heterogeneidad existentes de las mujeres y la diversidad sexual; entendiendo que cualquier mención en singular implicaría omitir el énfasis necesario y simbólico que se requiere para visibilizar las relaciones de poder que estas ostentan.

² El derecho de acceso a la justicia implica que el Estado asegure en un tiempo razonable el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y la debida sanción de los

“malas mujeres” selecciona y persigue a quienes transgreden la norma patriarcal para terminar por confinarlas al encierro de la cárcel y, una vez allí, continuar aleccionándolas a través de la perpetuación de roles y estereotipos de género e invisibilizando sus necesidades propias. Es que la cárcel tampoco escapa a la lógica androcéntrica y a la perpetuación histórica de desigualdad entre mujeres y varones ya que como el resto de las instituciones, se encuentra organizada bajo el ordenamiento binario del género, lo cual conlleva a sostener creencias y patrones cisnormativos que encuentran paradojas y tensiones en los cuerpos e identidades disidentes que no se inscriben dentro de ese paradigma; limitando la diferencia entre varones y mujeres al el presupuesto legal de asignación de rol de cuidado a las mujeres. (Cucchi, 2017)

Ante tal panorama, la posibilidad de advertir y desarticular la existencia de esos círculos viciosos de violencia, doble victimización y disciplinamiento patriarcal de tipo moral resulta una obligación para quienes intervenimos como operadores de justicia; entender lo contrario no solamente implica ignorar el enfoque amplio de derechos humanos donde la perspectiva de géneros es parte sino que también nos vuelve cómplices de un sistema discriminarlo y desigual.

Desde tal óptica, se presentará el caso de Flavia Saganías: una mujer que efectuó un “escrache” en Facebook contra Gabriel, su ex – pareja y padre de su hija, tras anoticiarse que se había archivado la causa penal iniciada a raíz de la denuncia que esta efectuó por el delito de abuso sexual perpetrado por este hacia la hija de ambxs. Por tal publicación, Flavia resultó condenada a veintitrés años de prisión

responsables y que se les asegure el pleno acceso y la capacidad de actuar en todas las etapas del proceso y amplias posibilidades de ser oídos, de manera tal que puedan formular pretensiones y presentar pruebas, y que estas sean analizadas en forma completa y seria por parte de las autoridades antes de pronunciarse sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones. (Piqué, 2017)

³ El fenómeno de la revictimización consiste en “la victimización que ocurre no como resultado directo del delito sino a través de la respuesta de las instituciones y de los individuos hacia la víctima”, o el “daño que sufren las víctimas directas o indirectas y los testigos, durante el proceso de acceso a la justicia” e implica una “reacción social negativa que es consecuencia de la victimización primaria y que es experimentada como una nueva violación de los derechos legítimos de la víctima” (Piqué, 2017)

como instigadora del ataque que le habían producido sus familiares al victimario de su hija. (Carabajal, 2019)

2. El caso de Flavia Saganías.

El 27 de noviembre de 2019 los Tribunales de Cruz del Eje de la provincia de Córdoba conjuntamente con doce Jurados Populares condenaron a Flavia, a su madre y a su hermano a la pena de veintitrés años de prisión. Unánimemente, entendieron que Flavia fue responsable de instigar los delitos de tentativa de homicidio agravado por el vínculo, por ensañamiento y por el concurso premeditado de dos o más personas, en concurso ideal con la tentativa de abuso sexual con acceso agravado e incendio en concurso real que fueran cometidos como coautores por su hermano y su madre contra su expareja.

Para llegar a tales conclusiones, los jueces intervinientes entendieron que la prueba analizada resultó suficiente y que los hechos quedaron determinados de la manera siguiente: *“Con fecha y hora no precisadas con exactitud” pero presumiblemente entre el 08/08/17 y el 13/08/17 Flavia S., presumiblemente desde su domicilio sito en (...) Córdoba comunicó por las redes sociales y telefónicamente con amigos y familiares, entre ellos su madre Mónica B., su hermano Enrique S. y un tercer sujeto no individualizado, con plena conciencia de las consecuencias perjudiciales para la vida de su expareja GLF y con la intención de inducir a estas últimas tres personas a incendiar los bienes de aquel, de abusarlo sexualmente y de quitarle la vida haciéndolo sufrir intenso dolor y con el acuerdo de todos, les manifestó que GLF había abusado sexualmente de su hija G.-sabiendo que al ser llevada a sede judicial, la niña no había confirmado el supuesto abuso- y así les expresó. (...) Lo que de manera inmediata determinó directamente que los imputados Mónica y Enrique junto al tercer sujeto no individualizado viajaran desde Buenos Aires, lugar donde residen, a los fines de tomar represalias contra GLF y cometer los delitos a los que fueron inducidos por Flavia.”* Para continuar relatando que con fecha 13/08/17, ente las 07.30 y las 08.30 am, Mónica, Enrique y el tercer individuo ingresaron al domicilio de GLF con su consentimiento, cometieron el ataque y para finalizar le introdujeron un puñado de tierra en la boca con la finalidad de acallar sus gritos de auxilio,

mientras el tercer sujeto sacó una pistola y la montó para acabar con la vida de GLF mientras Mónica *“le sacaba una foto para luego mandársela a su hija Flavia como prueba de lo hecho”*, pero debido a la explosión de la casa que se estaba quemando, los tres sujetos huyeron del lugar.⁴

3. Objetivo.

Tal como puede observarse, son múltiples las aristas, debates y estrategias que se pueden promover a partir de una resolución de tamaña vulneración hacia los derechos humanos que afectan también cuestiones dogmáticas y procesales que exceden del marco del presente trabajo.⁵ Por ello, el objeto del presente trabajo se centrará en detectar algunas consideraciones y omisiones notorias que los jueces fueron hilvanando para “fundar” la intervención de Flavia en los hechos, “justificar” su condena y disponer su detención en audiencia, los cuales resultan esenciales para -desde una perspectiva de géneros- desenmascarar que fueron los estereotipos, prejuicios y sesgos los que guiaron tal recorte de la realidad.

4. Estándares mínimos de los Derechos de las Mujeres y Poder

⁴ Conforme surge Fs.101/104: le golpearon la cabeza con un elemento no contundente, lo sacaron a patadas al patio de la vivienda y lo ataron a un árbol quedando el cuerpo semi-colgado; le propinaron innumerables golpes y patadas, entre esto un golpe con un palo en el antebrazo que le provocó una fractura, lo apuñalaron en el tórax provocándole un neumotórax moderado con contusiones. Rociaron presuntamente con whisky su vivienda y su cuerpo, produjeron el incendio total de la vivienda con todas sus pertenencias. Le sacaron la ropa interior e intentaron introducirle en el ano un hierro de construcción de diez milímetros, y ante el movimiento defensivo de GLF, le terminaron provocando una herida punzante en la zona perianal.

⁵ Resultaría interesante profundizar respecto a cuestiones dogmáticas relacionadas con la atipicidad de la conducta de Flavia, discutir la figura de instigador/a en estos hechos, debatir si en la conducta de Flavia puede caber en otro tipo de delito, hablar de calumnias e injurias, reexaminar cuestiones probatorias o de índole procesal (como el juzgamiento mediante juicio por jurados) e incluso reflexionar más política y filosóficamente acerca de la “justicia por mano propia” o de los “escraches en las redes sociales” ;entre tantas otras cuestiones.

Judicial.

Cabe reconocer que durante los últimos años, junto a nuevas prácticas y a los movimientos de mujeres que instalaron el tema de la violencia de género en la agenda pública, se llevaron a cabo acciones para que los/las integrantes del Poder Judicial y los Ministerios Públicos del país puedan capacitarse respecto al alcance de los compromisos internacionales sobre Derechos Humanos con miras a ajustar sus prácticas a estándares de protección y no discriminación de la mujer, e incluso, hasta se ha incrementado también una cierta sensibilización de género en algunos/as operadores/as de justicia. (Hopp, 2017) No obstante, dichos esfuerzos resultan insuficientes, y en la actualidad se advierte con gran preocupación que los estándares sobre derechos humanos de las mujeres son aplicados de manera sesgada en algunos órganos jurisdiccionales o, incluso, absolutamente desconocidos por algunos agentes de la administración de justicia, como parece ser el caso que nos ocupa.⁶

Para superar las desigualdades e inequidades de género, se han adoptado normas internacionales que rescriben el eje en la mujer como sujeto y contemplan los estereotipos y prejuicios que obstaculizan su titularidad de derechos, previendo mecanismos para lograr la igual material (Pinto, 2010). En la actualidad, no pueden desconocerse instrumentos centrales en materia de protección de derechos humanos de las mujeres, como lo son la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belem Do Pará) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), junto a su Protocolo Facultativo.

La primera, fue la norma pionera en el tema en explicitar que la “violencia contra la mujer” se comprende como una “manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres”, a declarar que el derecho a ser “libre de toda forma de

⁶ Hopp evidencia que un ejemplo claro de aplicación sesgada de tales estándares lo constituye la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien se ha dedicado a expedirse sobre algunos temas en particular pero desaprovechando la oportunidad de explicitar el alcance de las obligaciones que se desprenden del marco de los derechos humanos de las mujeres y, consecuentemente, de las responsabilidades que su incumplimiento conlleva. (Hopp, 2017)

discriminación y al derecho a no ser valoradas a partir de patrones estereotipados de comportamientos basados en conceptos de inferioridad o subordinación”(Art. 6) se desprende de la afirmación sin restricciones del “derecho de toda mujer a una vida libre de violencia” (Art. 3). En palabras de Liliana Tojo, resulta una herramienta importante para visibilizar discriminaciones y desmontar estereotipos en las prácticas judiciales. (Tojo, 2010)

Asimismo, la CEDAW, exige a los Estados que la han ratificado la transformación de las costumbres y tradiciones que discriminan a las mujeres (Art. 5). En tal línea, Facio enfatiza que esto supone que los Estados están obligados a implementar todas y cada una de las medidas necesarias, de cualquier índole, en todas las esferas y con la debida diligencia para eliminar los estereotipos sobre hombres y mujeres que redundan en la desigualdad y violencia contra las mujeres (Recomendación General Nro. 19). En consonancia, puede destacarse que el Comité CEDAW ha recomendado a los Estados parte examinar las leyes y políticas neutrales en cuanto al género, de manera de no perpetuar las desigualdades existentes y derogarlas o modificarlas si lo hacen (Recomendación General Nro. 35); convocando a los Estados a asegurar que los profesionales de los sistemas de justicia tramiten los casos teniendo en cuenta las cuestiones de género (Recomendación General Nro. 33)

De igual modo, en los casos en que se invoquen situaciones de violencia de género, los estándares internacionales advierten que se debe activar el deber de debida diligencia reforzada para investigar, esclarecer y sancionar ese tipo de conductas; criterio que se mantiene cuando la mujer se encuentra acusada de un delito, pues lo contrario implicaría una discriminación por su situación procesal. Esto implica el deber de eliminar los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales y usar todos los medios disponibles para hacer que todos los procesos judiciales e investigaciones sean expeditos de manera que en el proceso jurisdiccional primen la oficiosidad, la oportunidad, la competencia, la exhaustividad, la participación de las víctimas y la independencia e imparcialidad del juez. (EUROSocial+, 2020)

Sin perjuicio de su tratamiento en otros instrumentos de Soft Law, deviene especial importancia para el caso pertinente hacer

mención a las “Reglas de Bangkok” que establecen los criterios que deben guiar la atención de las mujeres privadas de libertad frente a hechos de violencia, ya sea en el ámbito intracarcelario como así también en las historias de violencia a las que hayan estado expuestas antes de su detención.

5. Perspectivas feministas

Con miras a cumplir el objetivo del presente trabajo, preliminarmente, se destacarán algunas de las herramientas utilizadas por la doctrina penal feminista para poner en ejecución la perspectiva de géneros.

La crítica feminista ha demostrado que la pretendida objetividad y neutralidad del Derecho Penal ha servido para perpetuar la falta de recursos y de poder que afrontan las mujeres por cuanto se ha asentado sobre perspectivas androcéntricas que implican entender a lo masculino como lo universal. (Olsen, 2000)⁷ Ante ello, un contexto adverso para las mujeres, la necesidad de incorporar una “Perspectiva feminista” resulta imprescindible; para las operadores/as de justicia implica realizar un verdadero ejercicio de deconstrucción de la forma en que hasta ahora se ha interpretado el Derecho (Guerardi, 2017), una invitación a revisar las prácticas jurídicas y la dogmática penal tal como se conocen de manera tal que el Derecho pueda convertirse en un instrumento de cambio en las condiciones de opresión de las mujeres. (EUROSocial+, 2020).⁸

⁷ Desde la teoría legal feminista se han emitido serios cuestionamientos al derecho, ya que las prácticas sociales, políticas e intelectuales que lo constituyen fueron desarrolladas casi exclusivamente por varones. Desde sus orígenes, los sistemas de Administración de justicia han reflejado sus propios intereses y preocupaciones y las relaciones de poder existentes dentro de la sociedad (EUROSocial+, 2020)

⁸ En tal sentido, Alda Facio define a la “Perspectiva de Género” como aquella mirada que “visibiliza los distintos efectos de la construcción social de los géneros”, que evidencia “cómo el hombre y lo masculino son el referente de la mayoría de las explicaciones de la realidad en detrimento de las mujeres y de los valores asociados con lo femenino”, y sugiere “nuevas formas de construir los géneros que no estén basadas en la discriminación” (Facio & Fries, 2005)

No se pretende sustituir a las epistemologías y metodologías jurídicas tradicionales sino eliminar el sesgo androcéntrico y excluyente del Derecho y la justicia, develando las implicaciones del género allí donde las normas, las instituciones y los procedimientos jurídico se presentan como neutrales. (Heim, 2016). En definitiva, lo que se busca es incorporar al género como una variable de análisis de caso, enfocando los problemas “desde” el género (Hopp, 2017) para arribar a decisiones judiciales que nivelen las asimetrías de poder. Más específicamente, la epistemología feminista ha desarrollado métodos jurídicos que constituyen herramientas útiles para incluir un enfoque de género en el Derecho,⁹ entre otros:

5.1. La cuestión de las mujeres en el derecho. El primer método consiste en preguntarse por las consecuencias diferenciadas por género que se derivan y/o pueden derivarse de la aplicación de normas jurídicas, partiendo de reconocer que la cuestión de las mujeres siempre tiene una relevancia potencial y que los análisis jurídicos y los mecanismos de acceso a la justicia previstos para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos no deben asumir la neutralidad del derecho (EUROSocial+, 2020)

Se trata de ir más allá de lo que dice la ley para identificar implicancias de género de las normas y las asunciones que se encuentran detrás de estas, así como para insistir en una aplicación de normas que no perpetúe la subordinación de las mujeres (Heim, 2016), de realizar un análisis crítico de la jurisprudencia y una relectura de los textos legales y de las prácticas en el acceso a la justicia, con el objetivo de evaluar de qué manera las vivencias de las mujeres podrían ser incorporadas al derecho. Asimismo, se invita a considerar otras variables socialmente relevantes –entre otras, el origen social y/o étnico, la clase, las diferencias culturales, la orientación sexual y la educación- a fin de reconocer la diversidad entre las mujeres y capturar mejor los diferentes factores de opresión que confluyen junto al género.

⁹ Se trata de métodos que persiguen objetivos propios pero tienen como base común la idea de que la verdad y la objetividad científica son posibles. Heim afirma que son modelos que difícilmente se encuentren en estado puro sino que usualmente se interconectan e interactúan en una relación dialéctica. (Heim, 2016)

Para la Doctrina Penal Feminista, este método resulta central en la metodología legal feminista para advertir de qué modo el Derecho -tanto en su formulación como en su aplicación- trata a las mujeres; proponiendo nuevos paradigmas de análisis que guían la inclusión de un enfoque de género que pueda dismantelar los estereotipos y las exclusiones discriminatorias. (EUROSocial+, 2020)

5.2. La creación de conciencia jurídica feminista. Esta herramienta busca tener en cuenta las experiencias de subordinación de las mujeres a fin de crear una conciencia colectiva de conocimiento jurídico feminista. A partir de tales experiencias se pretende visibilizar las relaciones que integran los colectivos desaventajados, revelar los perjuicios ignorados o minimizados por el discurso jurídico, evidenciar los conocimientos y los valores que habilitan la relectura de las categorías dogmáticas y para facilitar respuestas sensibles a los valores igualitarios. (EUROSocial+, 2020) Ello tiene un doble efecto: permite la movilización en torno a la modificación de las estructuras y las prácticas legales existentes; y opera como una auténtica instancia de empoderamiento para las mujeres. (Heim, 2016)¹⁰

Se trata de un proceso interactivo y colaborativo de articulación de las experiencias propias de las mujeres y de la construcción de significados colectivos, que se concretan en una metodología de ensayo y error, que toma en consideración el riesgo, la vulnerabilidad y la experiencia concreta más que la precaución, la imparcialidad y la abstracción de las metodologías jurídicas tradicionales. (Heim, 2016)¹¹

¹⁰ Ofrece un test para validar principios legales aceptados a través de los lentes de la experiencia personal de las personas afectadas directamente por esos principios, pero no exige ser utilizado únicamente por mujeres. (Heim, 2016)

¹¹ Este método, ostenta tres grandes consecuencias que se complementan entre sí: se redefinen los derechos de las mujeres recapturando principios del patriarcado para darles un contenido que se ajuste a las experiencias y necesidades de las mujeres; implican crear nuevos derechos o derechos específicos donde los conceptos patriarcales no pueden ser redefinidos o no permitan en modo alguno incluir a las mujeres y sus intereses concretos; y finalmente, es afín a un concepto de acceso a la justicia acorde con las definiciones que van más allá de los procesos y los resultados. (Heim, 2016)

5.3. El razonamiento práctico feminista. Este método promueve re-significar los estándares jurídicos tradicionales para capturar las necesidades e intereses propios de las mujeres y aplicarlos teniendo en cuenta que las situaciones por las cuales atraviesa cada una de estas son siempre únicas y, por lo tanto, no pueden ser consideradas en abstracto. (Heim, 2016) Por ello, identificar las trayectorias individuales con lógicas sociales resulta clave para dar cuenta del contexto en el cual se insertan esas experiencias que a primera vista podrían parecer aisladas. (EUROSocial+, 2020)¹²

En definitiva, los hechos que en la tradición penal son descartados por insignificantes, aquí son revalorizados al exigir que el razonamiento jurídico contemple el contexto específico en que la acusada estaba inmersa. A su vez, la posibilidad de contar con las experiencias reales de esas mujeres en el proceso penal impacta en la significación jurídica de los conceptos tradicionales al advertir la falta de objetividad y de justicia que arrojaría al caso un acercamiento no contextualizado. Elrazonamiento contextualizado feminista considera relevantes los hechos vinculados con la cuestión de las mujeres, en la medida en que esos hechos permitan identificar los intereses de quienes se ven reflejados en las reglas o en su interpretación, así como los intereses de quienes requieren mayor atención y partir de un conocimiento mejorado del contexto, resignificar los estándares jurídicos elaborados por la doctrina tradicional para capturar las necesidades e intereses propios de las mujeres (EUROSocial+, 2020)

La perspectiva de géneros conlleva a detenerse a analizar el contexto en el que se desarrollan los hechos y, a su vez, propende identificar si a lo largo del desarrollo de los procesos, surgen estereotipos y prejuicios, manifestaciones sexistas, expresiones despectivas y generalizadas que minusvaloran a las mujeres. Asimismo, propende a verificar si algunx de lxs intervinientes pertenecen a grupos discriminados por géneros o si han llegado ante la justicia en virtud de otro derecho vulnerado, estableciendo que si concurren varias discriminaciones sobre una misma persona debe ser

¹² Asimismo, el método requiere que la justificación de las normas sea tomada seriamente en consideración de manera tal que se evidencien todas las instancias de dominación patriarcal, con especial relevancia en las más ocultas y todas aquellas a las que se tenga un acceso más dificultoso. (EUROSocial+, 2020)

evaluada también desde la “interseccionalidad” o lo que Alda Facio ha denominado “transversalizacion”. Ello es, comprender que, más allá de las categorías binarias patriarcales pueden coexistir otros tipos de discriminación como lo son la raza, la discapacidad o la orientación sexual) (Facio, 2017)

En suma, con tal enfoque se trata de arribar a decisiones judiciales que consideren una estructura lógica que nivele las asimetrías de poder, de modo de evitar la revictimización de las partes, sin estereotipos ni prejuicios, sin manifestaciones de sexismo, con el uso de un lenguaje sencillo e inclusivo, que escuche la voz de las víctimas cuando proceda, con un análisis exhaustivo de las pruebas, con la aplicación de normas que aseguren dar el mejor alcance y protección de los derechos, con referencia a jurisprudencias y doctrina asociadas al caso, entre otros aspectos. (EUROSocial+, 2020) De igual manera, en el plano del derecho penal, el cuestionamiento al trato desigual debe estar acompañado por una correcta articulación de los estándares de igualdad y no discriminación que den cuenta de que, en función del sexo o género de una persona, ella está sometida a obligaciones que tienen sustento en un doble estándar. La dualidad en las pautas interpretativas puede tener consecuencias a la hora de medir la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad o incluso la determinación judicial de la pena. (EUROSocial+, 2020)

6. El caso de Flavia desde una perspectiva feminista.

Más allá de las múltiples observaciones sobre hecho y prueba que pueden desprenderse del análisis del caso, desde una perspectiva feminista nos centraremos en que el fallo del Tribunal de Cruz del Eje construyó la participación de Flavia como instigadora de tentativa de homicidio, abuso sexual e incendio a través de descontextualizaciones y presunciones que ponen en evidencia los estereotipos, sesgos y prejuicios de género.¹²

Asimismo, el método requiere que la justificación de las normas sea tomada seriamente en consideración de manera tal que se evidencien todas las instancias de dominación patriarcal, con

especial relevancia en las más ocultas y todas aquellas a las que se tenga un acceso más dificultoso. (EUROSocial+, 2020)

En primer lugar, deviene fundamental introducir que la **contextualización del caso**, importa descubrir, describir, y explicar los hilos conductores detrás del suceso ocurrido, evidenciando sus motivos y objetivos, las relaciones con otros, poniendo particular atención a la existencia de ambiente caracterizado por la desigualdad, discriminación y/o violencia. (Hopp, 2017) tal como lo promueven las herramientas de la Epistemología Feministas.

En el caso de Flavia, el Tribunal cordobés enunció un contexto en su fallo empero “recortado” y únicamente para que a partir de algunos episodio se pueda describir –o rellenar- las motivaciones que la llevaron a la acusada a cometer el delito o para evidenciar las características de su personalidad. Puede notarse que la referencia a la denuncia de abuso sexual infantil que efectuó Flavia es utilizada por el Tribunal para abonar una motivación “orquestó la denuncia del supuesto abuso sexual (...) con la única finalidad de perjudicar a GLFy lograr que quede preso”, o que introdujeron testimonios que mencionan un episodio en el que Flavia había usado nafta en el marco de una pelea con GLF para evidenciar que es una persona violenta.

En contraposición con la inexactitud del Tribunal para evidenciar el contexto en el cual Flavia supuestamente cometió el delito de instigación, la mujer acusada da detalles que no son tenidos en cuenta por el Tribunal.¹³ Es la propia Flavia quien enfatiza que los

¹³ Al respecto Flavia dijo que los mensajes no los subió, lo que hizo “fue mandar mensajes privados desde su Facebook” cuando la Justicia dijo que las pruebas del abuso no eran suficientes, “no que el abuso no existió”. Relató la manera en que comenzó a darse cuenta de los indicadores de abuso sexual hacia los dos hijos que tenía con GLF y de otros episodios que lo involucran en delitos similares. Describió brevemente que, en el marco de una consulta psicológica porque su hija no le contaba, la profesional le indicó que la haga dibujar, y fue con el dibujo (“dos manos grandes y un pene”) a efectuar la denuncia en Cosquín. Luego, ya en el polo del a mujer, la niña no quiso hablar ni ser revisada. Para finalizar, enfatizó que tenía miedo de que GLF tome represalias ya que solía violar las órdenes de restricciones, que por eso hizo el famoso escrache y que nunca fue violenta, únicamente escribió que “hay un violador suelto” “cuidemos a nuestros hijos”. Además, declaró que jamás le contó del tema a su madre y que pensaba que sus familiares estaban en Buenos Aires. El contexto de violencia que padecía Flavia también fue manifestado

hechos que sí son acogidos para juzgarla “están fuera de contexto”. Por ejemplo, menciona en su declaración acerca de la relación enfermiza que mantenía con su ex-pareja, especificando que “cuando sucedió lo de la nafta se estaba defendiendo porque la empujó, alzó una botella del piso y se la tiró”.

Por ende, observar el contexto de Flavia implica describir su trayecto de vida completo. A partir ahí, con buen criterio no puede inferirse otro tipo de motivación en la conducta –atípica- de publicar su indignación en las redes sociales que el estado de desesperación en el que se encontraba por la creencia de que su expareja -con quien ya había mantenido una relación de violencia machista- habría abusado de su propia hija y el temor extremo a las represalias que podía tomar el agresor.

En torno al contexto de desesperación, conviene traer a colación que, desde el punto de vista de la psicología, Eva Giberti señala que el pedido de ayuda de las madres que describen el ataque sexual padecido por sus hijxs resulta conmovedor porque “conlleva al grito insonoro de la víctima y las palabras estrujadas de estas mujeres que, abrumadas, se expresan en un discurso impregnando en la desesperación de quien atraviesa algo inevitable sin expectativas de retorno.” Es la situación exacta de la víctima a la cual ella intenta insertarle palabras solicitando médicos, abogados y psicólogos que colaboren con el pedido de justicia, pero con la clara conciencia de no estar solicitando lo que querría: que “eso” no hubiera sucedido. Durante la desesperación se produce una disociación entre un deseo cognitivo, de avanzar, de lograr y saber más acerca del problema, y un anhelo: el de reparar a la criatura y el de sancionar al agresor. El anhelo es la dimensión estructurante de la desesperación, que responde al trauma psíquico por el cual atraviesa. La desesperación lleva a la mujer a convocar a todas las ayudas que piensa que serán imprescindibles, ella no se convence cuando advierte, paulatinamente, que parecería estar en manos de una confabulación que favorece al agresor. (Giberti, 2016)

Asimismo, resulta interesante hacer referencia al marco histórico del momento en que sucedieron estos hechos. No puede ignorarse que desde hacia finales del año 2016 a partir del registro de

por su madre al igual que las sospechas de abuso sexual de parte de GLF hacia su nieta.

la primera entrada al blog “Ya no nos callamos más” se vienen difundiendo gran cantidad de testimonios de mujeres que describen sus experiencias como víctimas de abusos en las redes sociales mediante la utilización de nombres como “Yo también”, “No es no” o “Mirá como nos ponemos”.¹⁴ Se afirma que las personas que inician este tipo de publicaciones lo hacen de manera individual y espontánea, y cuando su posteo es comentado o compartido, recién ahí adquiere las características de una manifestación colectiva. (Di Corleto, 2020)

Una vez más todo atisbo de certeza se desvanece cuando el Tribunal introduce presunciones “desde experiencias comunes” en lugar de afirmar desde la lógica ni demostrar con evidencia seria y coherente. Tal es el caso del acápite titulado “La exteriorización pública del falso abuso” en virtud del cual el Tribunal introduce la presunción de que si Flavia “tuvo una actitud pública sobre un tema tan sensible y privado, previamente,” entonces “lo comentó en un marco de intimidad entre sus personas más allegadas, y dentro de ellas se encuentran su madres y sus hermanos”; o cuando en el marco de otro acápite intenta analizar la conducta previa y posterior de Flavia, -¿Acaso será porque no existe conducta instigadora?- para concluir que estas resultan compatibles entre sí. Aquí el Tribunal toma en cuenta que Flavia fue muy coherente para organizar previamente la denuncia por el supuesto abuso sexual, para instar públicamente a distintas acciones de “escrache” hacia la víctima e incluso -luego de sucedido el hecho- para continuar con el mismo accionar: la -mala- actitud de Flavia se mantuvo durante el juicio. Al respecto el Tribunal afirmó que Flavia siguió “con los escraches por toda Capilla del Monte, incluso en la radio local” aseverando que “esa conducta impermeable y ciega ante los hechos y ante las razones que les brindada el sistema judicial, con el aditamento de una postura especialmente empeñada hacia su objetivo de perjudicar a G.L.F. se compadece con el rol de instigadora porque, además de su interés directo -ya analizado-, es demostrativa de una personalidad no

¹⁴ Incluso algunos sitios difunden guías con recomendaciones para realizar los escraches y en algunos Encuentros Nacionales de Mujeres se habilitó un conversatorio sobre “Escraches, formas de visibilizar la violencia machista” bajo el reconocimiento de que constituye una herramienta política e histórica de los feminismos y transfeminismos de autodefensa y cuidado. (Di Corleto, 2020)

solamente obsesiva sino también con capacidad de planificación, de persuasión e inducción de conductas hacia terceros.”

Tal como puede verificarse en este caso, cuando se imputan a las mujeres por “Delitos contra las personas” en los que las víctimas resultan ser sus hijas/os, parejas o exparejas, cobra vital importancia que los procesos penales incluyan un enfoque de género, en tanto y en cuanto para calificar la conducta realizada se suele evaluar a las acusadas “en su vínculo con la víctima” (EUROSocial+, 2020), posibilitando que se configure un campo propicio para la **inclusión de estereotipos de género, prejuicios y sesgos** que provoca un impacto en la comprensión de los hechos, en la determinación del derecho aplicable y en la resolución de los casos, dando lugar a decisiones basadas en creencias y mitos, en lugar de hechos.

La introducción de “estereotipos de género”, aquellas construcciones sociales y culturales sobre los atributos de hombres y mujeres que se fundan en sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales (Cook & Cusak, 2010) prescriben cómo debe comportarse una mujer para ser considerada una buena madre o una buena esposa; lo cual afecta la credibilidad de sus declaraciones, los argumentos y los testimonios brindados, determinan la negación de un derecho o un beneficio, la marginan o pueden significar una discriminación en contra de quien no encaja en esta preconfiguración (Martínez, 2013). Asimismo, revelar la existencia de imágenes estereotipadas reflejan la distribución desigualitaria de poder que pone a las mujeres/disidencias en lugar de subordinación y al otro grupo, en lugar de aventajado o de privilegio. Al respecto, se sostiene que “la injusticia estructural existe cuando los procesos sociales sitúan a grandes grupos de personas bajo la amenaza sistemática del abuso o de la privación de los medios necesarios para desarrollar y ejercitar sus capacidades, al mismo tiempo que estos procesos capacitan a otros para abusar o tener un amplio espectro de oportunidades para desarrollar y ejercitar capacidades a su alcance” (Clérico, 2018)

A la par de los estereotipos negativos de género y de los prejuicios acerca de la personalidad de la victimaria como “la locura, la mentira y la fabulación”, se detectaron también sesgos de género. Resulta notorio el peso desproporcionado que adquieren a su favor los dichos de GLF en comparación con la palabra de Flavia. Al

respecto, para el Tribunal, el testimonio brindado por GLF apareció “plenamente creíble porque se expresó de manera clara y coherente, con precisiones y sin contradicciones, además de encontrar respaldo en las pruebas.” En contraposición, los dichos de Flavia fueron tenidos en cuenta únicamente con el fin de descontextualizarla- como ya se vio- y desacreditarla.

De la sentencia surge que, incluso, la mera presencia de un perro resultó más fiable que el relato de la mujer acusada, puesto que el tribunal cordobés se valió de la aparición del can de GLF en el domicilio de Flavia para “deducir, desde la lógica y el sentido común, que el animal se fue siguiendo a su anterior dueña Flavia Saganías” luego del ataque a GLF, ya que “probablemente se encontraba esperando en el vehículo en el cual se trasladaban los sujetos activos”. Para concluir sin vergüenza que sobre tal base construye la idea de que todo ello “encastra claramente en su rol de instigadora, de querer aparecer alejada de la escena ejecutiva del delito, de haber guiado a los coautores al domicilio de la víctima y de haber luego recibido la fotografía porque no presenció lo sucedido.”¹⁵

Merece especial relevancia destacar que, tal como suele suceder en los casos de mujeres encausadas, la presencia de estereotipos, prejuicios y sesgos se han mantenido en cada una de las etapas del proceso penal seguido contra Flavia: Al iniciar la investigación, cuando las preconfiguraciones y los prejuicios tuvieron peso para desoír las explicaciones brindadas por la mujer; al momento de imputar y encuadrar la acción en determinado delito, puesto que la calificación legal de los hechos que se seleccionaron como relevantes también se han efectuado con base en prejuicios y sesgos; al dirigir el

¹⁵ Al respecto, aunque la recepción de la fotografía de GLF gravemente herido enviada por su madre al teléfono de Flavia no resultó un hecho controvertido el Tribunal una vez más infirió que “como lo enseña la experiencia común y como suele suceder en casos de instigación o encargo de comisión de delitos, que recibió dicha fotografía como prueba del cumplimiento de lo instigado, porque sino carecería de sentido que le fuera mandada sin que haya existido comunicación y acuerdo previo entre todos los partícipes, como lo alegaron en sus defensas. Dicho de otra forma, si era verdad que no hubo contacto ni comunicación previa ni posterior al hecho entre Flavia Saganías y su madre y hermano, incluso que no tenían diálogo, que no se hablaban y que éstos actuaron por sí solos sin haber sido instigados ni informados por aquella, ¿qué sentido tendría haberle mandado la fotografía?”

proceso, ya que la presencia de prejuicios, sesgos y estereotipos han dejado de lado hipótesis desincriminantes; en materia probatoria, cuando se evidencia la falta de exhaustividad en la recolección de la prueba, la construcción forzada de la verdad y la introducción de presunciones de experiencias comunes para que sean considerados elementos de prueba que se ajustan al prejuicio y se dejen de lado los que corroboran los dichos de la mujer sin explicar por qué motivo esos elementos no son valorados, cuando se ponderan elementos de forma parcial y sesgada, o cuando directamente se le da un sentido opuesto al que indica la sana crítica. Consecuentemente, los mismos sesgos, prejuicios y estereotipos negativos se plasman en la sentencia no solo cuando se echa mano de manera directa a los estereotipos de género sino también cuando se hace uso táctico de ellos. (Asensio, 2020). Por último, en el caso de Flavia específicamente se deja asentado que las características de su personalidad –“una persona sin apego a las normas, sin creencia en la justicia y en la institucionalidad, de lo que puede inferirse que no acatará otra medida menos gravosa para asegurar la actuación de la ley”- resultan valoradas al momento de decidir la inmediata detención de Flavia en audiencia.¹⁶

Con todo ello, de la causa se desprende que se hace caso omiso al estándar que especifica que, en los casos en que se invoquen situaciones de violencia de género, se debe activar el deber de debida diligencia reforzado para investigar, esclarecer y sancionar ese tipo de conductas aun en el caso de las mujeres acusadas por delitos.

7. Conclusión.

A lo largo del presente, se ha intentado exhibir de qué manera los magistrados, con la contribución de fiscales y personas comunes se han encargado de rellenar ciento quince fojas de n

¹⁶ En los casos de mujeres imputadas, muchas de las decisiones que restringen las excarcelaciones o los arrestos domiciliarios se basan en la imposición de determinadas expectativas que suponen mayores obligaciones para las mujeres; en virtud de los cuales los deberes asociados a la crianza, originalmente vinculados con funciones biológicas, emergen de manera solapada en las resoluciones judiciales para evaluar las condiciones en las que se ejerce la maternidad.

descontextualizaciones, presunciones, estereotipos, sesgos y prejuicios para fundar una condena de instigación de tentativa de homicidio, de abuso sexual y de incendio, la cual resulta irrisoria si se piensa en la posibilidad de que pueda ser cometida por un varón machista.

Como ya se ha dicho, de la lectura de la sentencia de Flavia pueden abrirse tantos debates y cuestionamientos como fojas de aquel expediente. Entre tantos otros, a mi entender el interrogante principal radica en plantearse qué es en realidad lo que se pretende castigar con esta condena. ¿Se pena la conducta de instigar el homicidio, el abuso y el incendio mediante un posteo en una red social o se penaliza a Flavia porque escrachó, porque se cansó y no confió en la justicia? Me inclina a pensar que las respuestas más sólidas se desprenden de esta última parte.

Se responsabiliza a Flavia por su personalidad obsesiva, por no saber comportarse, por apartarse de la conducta esperable que deben tener las mujeres cuando invocan una situación de violencia sexual padecida por sí o por sus hijxs: aguantarse, callar y no reaccionar, aun cuando el contexto esté cada vez más repleto de redes –sociales y de contención- que inviten a compartir ese tipo de experiencias en la creencia de que si le pasa a una le sucede a todas. Por “mala madre”, por no hacer el sacrificio necesario que toda madre debe hacer. Se responsabiliza a Flavia por incrédula, por no apegarse a las normas por no confiar en la justicia, por no confiar en las instituciones que la habían revictimizado, por no fingir demencia ante la injusticia, por no querer ser encasillada en todos los lugares comunes de resignación y silencio que el sistema penal patriarcal tiene para ofrecerle, por no querer ajustarse a ser una “buena víctima”.

Se la juzga penal y moralmente; en consecuencia, las mujeres enfrentan una doble sanción: la de la ley y la de la sociedad patriarcal. Pues, el cruce entre géneros y el Derecho Patriarcal ocasiona que cuando una mujer viola una ley y es encarcelada, desafía y transgrede también todo el catálogo de estereotipos que este Derecho Patriarcal le tenía preconfigurado.

En un plano individual, los estereotipos de género operan para castigar a las mujeres que desafían el guion social imperante. A las víctimas, se les responde con maltrato institucional e impunidad; a

las victimarias, con la cárcel. Entender lo contrario implicaría pretender forzar una explicación androcéntrica, invisibilizar aquellas lógicas propias del encierro mujeril que merecen ser reformuladas y que el encarcelamiento lleva intrínseco un mecanismo de disciplinamiento social fundamentado en la utilidad moral-patriarcal que se quiere imponer (Cucchi, 2017)

Ahora bien, el aleccionamiento dirigido a Flavia no se agota en su pena privativa de la libertad de veintitrés años de prisión ni en el tratamiento penitenciario disciplinante que puede recibir en el marco de una detención carcelaria o domiciliaria, sino que también se extiende en un plano social.^{17 18} La Justicia Penal es clara al enviar el mensaje “solo algunas mujeres son consideradas dignas de protección, quienes se adaptan a los mandatos hegemónicos” (Asensio, 2020) En tal sentido, el disciplinamiento penal y moral recae en el cuerpo de Flavia, pero se hace extensivo de manera ejemplificativa hacia todas las mujeres, puesto que no existe el problema “de la mujer” sino que las opresiones de una son, en definitiva, las opresiones de todas.

7. Bibliografía.

- Asensio, R. (2020). Procesos penales y violencia de género. ¿Qué

¹⁷ El 16 de junio de 2020, después de casi siete meses, de varios pedidos continuados por parte del equipo técnico de abogadxs e incluso del inédito apoyo de la Sec. de DDHH de Nación por medio de la presentación de un amicus curiae, la Cámara del Crimen de Cruz del Eje otorgó la prisión domiciliaria a Flavia Saganías. La prisión domiciliaria fue planteada en base al interés superior del niño y cada día de tardanza en conceder el beneficio a esta madre protectora, significó un flagrante menoscabo de los derechos de los niños y niñas, quienes fueron injustamente dañados al hacerles extensivas las consecuencias de la medida de coerción impuesta a su madre. (Colectivo Justicia para Flavia Saganías, 2020)

¹⁸ Cabe señalar que no resulta casual que tanta misoginia -judicial y social- surja también frente a un contexto de lucha y revolución que las mujeres y las diversidades sexuales venimos promoviendo en diferentes ámbitos. Según afirmó Flavia, en el marco de una entrevista, tanto en la sociedad como en el juicio se esmeraron en ponerla “en el lugar de una mujer resentida, mentirosa y feminista” (Carabajal, 2019)

acceso a la justicia reciben las malas víctimas? En C. Hopp, M. F. López Puleio, S. Deza, M. Belski, S. Acselrad, & R. Pzellinsky, *Tratado de géneros, Derecho y Justicia* (págs. 351-377). Rubinzal-Culzoni Editores .

- Carabajal, M. (24 de diciembre de 2019). *Condenada a 23 años de prisión por un posteo de Facebook*. Página12, Disponible en <https://www.pagina12.com.ar/238156-condenada-a-23-anos-de-prision-por-un-posteo-de-facebook> .
- Clérico, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho Estado*, nro. 4.
- Colectivo Justicia para Flavia Saganías. (3 de diciembre de 2020). A un año de la condena a Flavia Saganías: nos sostienen las redes feministas. LatFem, págs. Disponible en <https://latfem.org/a-un-ano-de-la-condena-a-flavia-saganias-nos-sostienen-las-redes-feministas/>.
- Cook, R., & Cusak, S. (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Profamilia.
- Cucchi, R. (2017). *Carcel y mujeres. Análisis sobre la relación patriarcado, cárceles de mujeres y delitos*. Tesina. Máster Internacional en criminología y sociología jurídico-penal. Universidad de Barcelona – Universidad Nacional de Mar del Plata.
- Di Corleto, J. (2020). Respuestas a la violencia de género. Los escraches como mecanismos alternativos a la justicia penal. En C. Hopp, M. F. López Puleio, S. Deza, M. Belski, S. Acselrad, & R. Pzellinsky, *Tratado de géneros, Derechos y Justicia Derecho Penal y sistema judicial*. Tomo I (págs. 193-212). Rubinzal- Culzoni Editores.
- EUROSocial+, D. (2020). *Mujeres imputadas en contexto de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque en género*. Serie Cohesión social en la práctica Colección Eurosocial Nro. 14.
- Facio, A. (2017). Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género. En M. A. Moreno, & P. Bergallo, *Hacia políticas judiciales de género*. Editorial Jusbaire.

- Facio, A., & Fries, L. (2005). Feminismo, Género y Patriarcado, en *Academia*, Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, 259-294.
- Giberti, E. (2016). Capítulo 23. Las madres después de enterarse del abuso sexual padecido por su hija/o. En E. Giberti, *Abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes. Un daño horroso que persiste al interior de las familias* (págs. 277-280). Noveduc Libros .
- Guerardi, N. (2017). “Juzgar con perspectiva de género: estrategias para avanzar en el acceso a la justicia”.
- En M. A. Moreno, *Hacia políticas judiciales de género*. Editorial Jusbaire.
- Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia*. Ediciones Didot.
- Hopp, C. (2017). “Buena madre”, “Buena esposa”, “Buena mujer”: abstracciones y estereotipos en la imputación penal”. En “Género y justicia penal”. Didot.
- Martínez, S. M. (2013). “Criminalización de víctimas de trata de personas”. *Revista Das Defensorias Públicas Do Mercosul*, 1-192.
- Olsen, F. (2000). *El sexo del derecho*.
- Pinto, M. (2010). De los derechos humanos, del género y de la violencia . En D. G. Nación, *Discriminación y género. Las formas de violencia*. Encuentro Internacional sobre violencia de género.
- Piqué, M. L. (2017). *Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional*. En J. Di Corleto, *Género y justicia penal* (pág. 319). Editorial Didot.
- Tojo, L. (2010). *Estandares del sistema interamericano para la protección de los derechos de las mujeres*. En D. G. Nación, *Discriminación y género. Las formas de violencia, Encuentro Internacional sobre Violencia de género*. Taller Acceso a la Justicia y Defensa Pública.

MAS ALLÁ DE LA CULTURA, MI DERECHO.

*Ligia Ingrid Melchior**

1. Introducción.

Los wichí son una etnia indígena que residen principalmente en Argentina, en menor medida en Bolivia, e históricamente lo hicieron en Paraguay pero luego se asentaron en nuestro país. En Argentina, habitan en la zona norte, precisamente en Salta, el Chaco Salteño y Formosa.

En la comunidad wichí de Lapacho Mocho a unos 18 kilómetros de la localidad de Tartagal, provincia de Salta, se encuentra la familia Tejerina, compuesta por: Teodora Tejerina, madre de Estela, Cecilia y Sandra. Teodora se une maritalmente con José Fabián Ruiz, conocido como Qa'tu, miembro de la familia Ruiz e hijo del chamán de la comunidad wichí.

A mediados del 2005, la directora de la escuela Paraje km 14 N° 4744 a la que concurría Estela Tejerina, Dora Elena Carrizo, advirtió que la niña se hallaba embarazada, preguntando a su madre, Teodora, por el origen responde que corresponde a Fabián Ruiz. Decide entonces acompañarla a realizar la denuncia ante la policía, comenzando así un extenso proceso de debates jurídicos, morales y culturales, que aún continúan vigentes.

El Sr. Ruiz es procesado al inicio de la investigación, llegando el caso a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta en el año 2006, donde el tribunal compuesto por Antonio Omar Silisque, María Rosa I. Ayala y Guillermo A. Posadas, declaró nulo el auto de procesamiento contra el acusado dictado por la Cámara por considerar, entre otras cuestiones y fundamentaciones, que el proceder de Ruiz se

* Abogada UNLPam.

El trabajo fue realizado por la autora para el seminario de posgrado "Historia de los Derechos Humanos" en el marco de la Especialización en Derechos Humanos de la UNLPam.

corresponde con pautas culturales propias de la comunidad wichí no teniendo el imputado consciencia de la trasgresión de norma jurídica alguna.

Tiempo después del fallo de la Corte Provincial, el Juez de Instrucción Formal N° 2 del Distrito Judicial Norte, Circunscripción de Tartagal (San Ramón de la Nueva Orán) resuelve en el año 2016 procesar nuevamente a Ruiz por el mismo delito que fuera procesado anteriormente. Finalmente, el tribunal integrado por Aldo Primucci, Edgardo Laurenci y Fabián Fayó de la Sala I del Tribunal de Juicio Distrito Orán, encontró penalmente responsable a Fabián Ruiz del delito de abuso sexual con acceso carnal reiterado y calificado por la convivencia preexistente, estableciendo una pena de 8 años de prisión de cumplimiento efectivo.

Cierto es que, Ruiz ya había cumplido un periodo de 7 años en prisión con anterioridad a la sentencia, por lo cual se dispuso su libertad.

Tomando el caso de análisis, el presente ensayo tendrá como objetivo cuestionar, reflexionar y debatir acerca de la implicancia del derecho consuetudinario de pueblos originarios con las normas nacionales, como así también el lugar que ocupan los derechos humanos en dichas controversias. Podrán surgir interrogantes que no buscan alcanzar una respuesta absoluta y universal, sino, permitir la deliberación. Para ello, se recurrirá a diversos autores estudiados en la cátedra, como Rita Laura Segato, Joaquín Herrera Flores, Boaventura de Sousa Santos, como así también a documentos de investigación que se citan en la bibliografía.

2. De niña a mujer sin escalas.

Estela era menor de 13 años al momento de los hechos, no habría certeza acerca de su edad exacta por no contar su madre con la partida de nacimiento, constando el DNI con una edad aproximada de 9 años al momento de la detención de Fabián Ruiz.

Su edad había sido estimada mediante el examen de un médico ginecólogo que concurrió para realizarlo a varias mujeres de la comunidad wichí.

El antropólogo John Palmer sostiene que en la comunidad wichí, después de la primera menstruación hay una transición de niña a mujer, con lo cual una vez que ello le ocurrió a Estela se unió con Qa'tu, de 27 años en ese entonces. Siempre que haya acuerdo entre las familias, un hombre wichí puede mantener un vínculo con dos mujeres en simultáneo.

Asimismo, el antropólogo señala que en dicha comunidad, es la mujer quien toma la iniciativa de tener un vínculo afectivo. Para los wichís si un hombre busca a una mujer se estaría comportando como tal, obteniendo desprestigio social entre sus pares.

Podemos observar, que no existe una graduación desde la niñez a la adultez en una mujer wichí. En dicha comunidad no se hace referencia al término adolescencia, como eslabón que gradual y progresivamente marca la finalización de infancia e introduce al sujeto en la etapa adulta. Tampoco acuñen, por lo tanto, el concepto de minoría de edad tal como lo concibe la legislación argentina, sino que adoptan un criterio puramente biológico (primera menstruación = mujer).

3. Matrimonio privignático.

Alude a aquel matrimonio de un hombre tanto con la madre como con la hija, siempre y cuando no sea su propia hija. El antropólogo John Palmer, ha expresado en su documental *“El etnógrafo”* que la hija de la esposa, la hermana de la esposa, la tía de la esposa encuadran todas bajo la terminología “cuñadas”, no existiendo impedimento alguno para contraer matrimonio con ellas.

Estela, menor de 13 años, se une conyugalmente, en términos de la comunidad wichí, con Qa'tu, de 27 años, conformándose así un doble matrimonio pues el que mantenía con Teodora seguía vigente. Este tipo de matrimonio, fue uno de los argumentos utilizados por la defensa del Sr. Ruiz para eludir su responsabilidad penal de la cual fuera acusado.

Lo cierto es que de la declaración del cacique Roque Miranda, del día 2 de julio del año 2005, se desprende que Fabián Ruiz se encontraba separado de la madre de Estela desde el año 2004, por lo tanto no existiría el matrimonio privignático como tal. Del mismo

testimonio, se extrae: *“la menor tiene 11 años, en diciembre de este año cumplirá 12 años; por lo que le habían recomendado a Ruiz que no tuviera relaciones con la niña, porque podría tener problemas”* (Expediente N°28.526/06, fs. 222).

Por otra parte, si bien se sostiene que en la cultura wichí sería la mujer quien elige a su pareja, en la mayoría de los casos se relacionan con personas de su mismo rango etario, lo cual no ocurrió en el caso en cuestión. Siendo Ruiz significativamente mayor a Estela, la libertad de elección cede paso a las relaciones de poder que se presentan cuando uno de los sujetos posee un grado de discernimiento diferente al otro en función de su madurez sexual y cognitiva.

Aunque Estela haya elegido a Qa'tu, ¿es realmente una decisión basada en el discernimiento de la situación o una práctica consuetudinaria impuesta sin cuestionamiento alguno? ¿tuvo libertad para decidir sobre su cuerpo, sexualidad y salud reproductiva? Avancemos en estas líneas en la búsqueda de posibles respuestas.

4. Libertad de autodeterminación ¿hasta dónde ejerzo mi derecho?

Los debates se desenvuelven entorno a la validez o no de la aplicación de normas que serían consideradas “externas” a un pueblo originario con libertad de autodeterminación conforme a Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Pero, ¿qué implica la autodeterminación de un pueblo? En una dimensión interna, implica el derecho y la libertad de un pueblo de poder decidir su forma de gobierno, sus estructuras económicas, sociales y culturales. En su dimensión externa, hace referencia a la facultad de determinar cómo va a relacionarse dicho pueblo con otros semejantes.

El problema surge cuando esa libertad entra en conflicto con la libertad de otro Estado independiente, entonces nacen interrogantes tales como ¿cuáles son los límites de la autodeterminación? ¿cuándo es válida la aplicación de normas “extranjeras” a un pueblo cuyas normas son diferentes y hasta opuestas?

En Argentina, a partir de la reforma constitucional del año 1994, se estableció en el art. 75 inc. 17 el reconocimiento preexistente de la etnia y cultura de los pueblos indígenas argentinos, estableciéndose, asimismo, en el inciso 22, la prioridad de los Tratados Internacionales sobre las leyes nacionales.

Así, la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989 adquirió supremacía constitucional. En dicha convención se dispone que niño es *“todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*(art.1). Idéntico criterio adoptó el Estado Argentino con la sanción de la Ley 26.061 del año 2005.

Asimismo, en el art. 3 se establece que todas las medidas tomadas respecto de la niña o niño deben basarse en el interés superior de los mismos, siendo obligación del Estado parte asegurar el bienestar y protección de la niña o niño cuando los padres, tutores, otras personas u organizaciones responsables no tienen capacidad para hacerlo.

Es también obligación del Estado protegerlos contra todo abuso o violencia sexual conforme al art. 34 de dicha Convención: *“Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. (...) los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales (...)”*

Por otra parte, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en su art. 9 inc. 1 establece que: *“En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.”*, sin perjuicio que, *“cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.”* (artículo 10, inc.1).

Podemos observar que de dicho convenio surge la diferenciación en la ponderación de validez y jerarquía de las normas

consideradas tribales o nativas de un pueblo con las nacionales. Se respetan las tradiciones y practicas ancestrales, y la forma de punición de dicho pueblo en la medida que exista una compatibilidad con la legislación nacional.

5. ¿Cómo afecta la colonialidad moderna a los pueblos originarios?

Patriarcado y colonialismo son enunciados íntimamente relacionados, al punto de no poder concebirse uno sin el otro. Ello así, ya que el impacto del sistema capitalista/colonialista ha atravesado transversalmente cada territorio y esfera donde tiene lugar.

Si bien la mayoría de pueblos originarios tienen influencias patriarcales, lo que ocurre en ellas es un tipo de patriarcado diferente.

La autora Rita Segato sostiene que el patriarcado de las comunidades tribales es de “baja intensidad”, diferente al occidental/eurocentrista, ya que los pueblos originarios ya poseían practicas asimétricas entre hombres y mujeres, pero en un grado menor si se compara con las ejercidas en el continente europeo. Es un tipo de patriarcado que se presenta en las sociedades indígenas y afroamericanas.

La intervención de la colonialidad en la tribu produce un incremento de esas asimetrías, las exagera, aumentando los niveles de violencia en todas las esferas.

En igual sentido, encontramos un feminismo preponderante en la sociedad occidental de tipo eurocentrista, basado en la mujer blanca, heterosexual y burguesa, que es consecuencia de la colonialidad moderna. Por ello, no resulta beneficioso aplicar los preceptos y valores de tal feminismo si no se adapta y tiene en cuenta el contexto donde pretende actuar.

Las mujeres indígenas se enfrentan a una doble lucha, por un lado, las lealtades que tienen para con la comunidad a la que pertenecen, y por otro, las vulneraciones que sufren hacia dentro de su propia comunidad.

En ambos casos, las mujeres se constituyen en nociones objetivizadas por el poder colonial/moderno que se beneficia de la

brecha y la jerarquización entre hombres y mujeres para continuar expandiendo su poder.

La colonialidad que opera en el mercado no es ajena a las sociedades, pues concibe a las mujeres como productos intercambiables, carentes de voluntad, de voz, donde se premia a una masculinidad occidentalizada, con estereotipos que impactan sobre el concepto de patriarcado en las comunidades de forma negativa configurándose, en términos de la autora Segato, una “*hiperinflación de la posición masculina*”.

¿Y cómo afecta el colonialismo al espacio doméstico de la comunidad? La intromisión del Estado en dicho espacio, ocasiona la pérdida de la capacidad de decidir sobre las cuestiones que afectan a la comunidad o tribu.

En la comunidad wichí, los hombres son quienes se comunican con el exterior, ya que no se les está permitido a las mujeres hablar por su cuenta. Ello, además se evidencia en el documental del antropólogo Palmer, donde es relatado exclusivamente por él mismo y el cacique de la comunidad, Roque Miranda, a quien Teodora acusara de recibir amenazas de expulsión de la comunidad por su intención de denunciar a Fabián Ruiz por el abuso de su hija.

¿Es acaso el hecho de tener varias mujeres o esposas un acto de “masculinidad”, de capacidad como hombre, o una costumbre ancestral? Siempre ha habido jerarquías en las tribus relativas a hombre y mujer, pero la modernidad le brinda ahora a esos hombres mayor acceso al poder, acentuando los rasgos patriarcales de dominación y violencia hacia la mujer.

La costumbre, como veremos a continuación, puede modificarse. Mas aún si con ello armonizamos y protegemos los derechos de niñas, niños, jóvenes y mujeres, que no encuentran espacios para expresar sus voces y mucho menos su voluntad.

6. Pluralismo histórico e intromisión del Estado.

¿Por qué abogar por un Pluralismo Histórico? Tomando este concepto de la autora Rita Segato, se reconoce en el pluralismo histórico ventajas que no operan en otras corrientes.

Partiendo de la noción de cultura como un proceso histórico que lejos de ser estático, está en constante cambio. Lo que llamamos usos y costumbres, continúan transformándose. De allí la importancia del precepto Pluralismo Histórico, en lugar de relativismo cultural, ya que el primero reconoce la coexistencia de diversas culturas al mismo tiempo.

En consecuencia, se hace propicio utilizar el término pueblo en lugar de cultura, ya que pueblo alude a un sujeto, que es colectivo y está en movimiento. De allí, que las costumbres también sean parte de ese flujo, no siendo advertidas únicamente bajo formas rígidas y estáticas.

¿Sería entonces necesario modificar las costumbres de los pueblos wichís? Los pueblos convienen sus reglas, lo que aceptan y lo que no. El Estado les otorga autonomía para ello, pero luego interviene coartándola cuando afecta diversos intereses y derechos. Ciertamente es que las interacciones entre las tribus o pueblos originarios y el Estado no son inertes. Pero ello no implica que se las pueda calificar solo como positivas o negativas, sino que se encuentran presentes ambas connotaciones en esa interacción.

Cuando el Estado interviene con su poder colonizador, con las nociones de mercado/objetivadoras, afecta negativamente la comunidad, pero cuando pregona el discurso de la igualdad o trato digno a la mujer, lo hace positivamente. Del mismo modo, las nociones de solidaridad en la comunidad indígena o tribal, producen efectos positivos en la sociedad moderna, no así cuando se trata de jerarquías o exclusión de la mujer de ciertas esferas.

El objetivo no es tratar de cambiar radicalmente las costumbres de los pueblos para imponer las del mundo occidental, pues ello no sería más que un accionar sin fin, cíclico, del poder colonial y de colonialidad del saber. Asimismo, lo que para la sociedad occidental pueden ser costumbres, para las comunidades son más que eso, son prácticas que en el repetir y devenir de las generaciones se han perpetuado con la misma fuerza que una norma misma.

Se trata, sin embargo, de expandir esa autonomía que se les ha otorgado a partir de considerar si esos usos y costumbres siguen siendo fieles a las necesidades actuales de los miembros de esa comunidad, además de, propiciar la participación de aquellos grupos más vulnerables y desfavorecidos. Aportar, además, flexibilidad para

que el pueblo y sus miembros puedan transformarse a medida que se mueven colectivamente.

En el caso debatido, implica no solo reconocerles la voluntad a las niñas wichís de elegir pareja sexual una vez que tienen su menstruación, sino también que tengan la oportunidad de no hacerlo y no ser estigmatizadas por ello.

La posibilidad de utilizar métodos anticonceptivos está en la mayoría de los casos vedada y vista negativamente por muchas comunidades originarias. Lo que se pretende en estos casos no es imponer una moralidad sobre qué es lo correcto y que no, sino de poner a disposición información y recursos por parte del Estado. Que tanto niñas, jóvenes y mujeres puedan tener acceso a información, sobre su sexualidad y derechos reproductivos, sin perder de vista en todos los casos el interés superior de los niños y las niñas que el Estado tiene la obligación nacional e internacional, en función de los tratados, de garantizar.

7. Buscando puntos de encuentro.

Entendiendo a los Derechos Humanos desde un enfoque y sentido social, el autor Joaquín Herrera Flores, los define como *“el resultado de luchas sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permitan el empoderamiento de todos y todas para poder luchar plural y diferenciadamente por una vida digna de ser vivida”* (“Los Derechos Humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto” Joaquín Herrera Flores, Madrid, Catarata, 2005, p. 247).

Esas luchas no han sido siempre del mismo tenor, pues con el advenimiento de la globalización del capital se generaron diferentes estructuras de poder, y con ello, un cambio en la concepción de los derechos humanos.

Entre las consecuencias no positivas de la globalización nos enfrentamos a la elaboración “universal” de necesidades y derechos sin considerar las particularidades de un grupo o población. Ello conlleva, asimismo, la utilización de organismos “generales o universales”.

El problema surge cuando en esta universalización de ideologías y saberes, se desecha, se excluye aquello que no encaja en lo que se convino como universal. Es allí donde emergen entonces los movimientos que protestan contra esas concepciones que son en realidad individualistas.

En parte ocurre porque los efectos de la globalización generan, entre otras cosas, la naturalización de una ideología, transformándose el “deber ser” en un “ser/es”.

Entonces, ¿estamos imponiendo preceptos globalizados en comunidades indígenas como algo que “es” una verdad universal? Ciertamente es que cuando hablamos de poblaciones originarias representan en nuestro país un grupo vulnerable y fuertemente desfavorecido. Las consecuencias de la globalización alcanzaron sus regiones, donde si bien se les habilitó la autodeterminación por un lado, se los juzga desde un saber universal como poblaciones ancladas en el tiempo, con costumbres y ritos que la sociedad occidentalizada no comparte.

Pero dentro de las mismas comunidades encontramos grupos aún más vulnerables, como los niños, niñas, ancianos y mujeres. Por ello, cuando hablamos de derechos humanos como producto cultural, entendemos que es un concepto en transformación y movimiento, imposible de generalizar y hegemonizar.

Ello es así, ya que operan diferentes relaciones y contextos en los procesos de lucha, donde tienen lugar las pluralidades, los cambios, ya que esos derechos irán mutando en función de las necesidades sociales.

Por ello, al momento de utilizar el poder intervencionista del Estado para exceptuar la libre determinación de un pueblo, o para acercar diferentes herramientas, conocimientos, que puedan contribuir a incrementar el bienestar de dicha comunidad, se lo debe hacer cautelosamente.

En este punto resulta interesante la elaboración del modelo rizomático desarrollado por el autor de referencia, Joaquín Herrera Flores. Este modelo, a diferencia del modelo “raíz” (parte de conocimiento universal y hegemónico) señala la necesidad de generar la relación con el otro desde un entrelazamiento, donde ambas partes se van a nutrir como consecuencia del encuentro de aquellas libertades y compatibilidades que compartan.

Buscar, en definitiva, los “*puntos de encuentro*” ya que es a partir de esas similitudes o compatibilidades donde se puede generar crecimiento, nuevos vínculos, y no desde los desencuentros que ambas partes exhiben.

En la apertura a lo diferente, lo que nos resulta extraño, es donde pueden generarse las relaciones más fructíferas y donde, además, se construye desde el respeto a lo diverso.

Indagar los puntos de encuentro con las comunidades originarias para acercarnos a ellas sin una bandera de “civilización/colonización” permite construir lazos donde recordemos nuestra interculturalidad y reconozcamos las diferentes acepciones que “vida dignidad” puede tener para diferentes poblaciones.

En este punto resulta interesante considerar que en ocasiones no todos los miembros de una comunidad están de acuerdo con la concepción de dignidad, pues puede ser producto de una repetición ininterrumpida e incuestionable. Retomando el caso en análisis, el acercamiento estatal y de sus instituciones es factible en base a una comunicación respetuosa, donde siempre se resguarde el interés superior del niño y niña, como así también la limitación de su intervención en las diversas esferas de la comunidad.

8. Entonces ¿son válidas las normas wichís o de pueblos originarios?

Llegando al final de este ensayo, cabe traer a colación el voto de la jueza María Cristina Garros Martínez, en el fallo del año 2006. En él se hace alusión al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la jueza Martínez quien voto en contra de la absolución de Ruiz, señaló que los pueblos pueden conservar sus costumbres como así también sus instituciones que le sean propias “*siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*” (pág. 11-“C/C RUIZ, JOSÉ FABIÁN – RECURSO DE CASACIÓN” (Expte. N° CJS 28.526/06).

Asimismo, frente a la sentencia del Superior Tribunal de la Provincia de Salta, en el año 2007 la Coordinadora de la Comunidad

Indígena *Wichí Honat Le'Les* solicitó la intervención del Instituto Nacional contra la Discriminación, quien tras un riguroso análisis de la normativa indígena, legislación nacional y tratados internacionales concluyó que: *“la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sienta como principio que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los chicos frente a otros igualmente legítimos “prevalecerán los primeros”.*

“Esto nos lleva a concluir que, en la dilucidación del conflicto planteado ante los estrados judiciales, debe prevalecer el supremo interés de la niña frente a la posible conculcación de los derechos del Sr. Ruiz, en tanto miembro de la comunidad wichí.” (Dictamen 85/07 INADI).

9. Conclusión.

En la aceptación del hecho que convivimos, y conviviremos, con diversas culturas, costumbres, formas de organización social, siempre encontraremos una colisión, un desencuentro, un choque de derechos. No existen derechos absolutos, habrá que analizar en cada caso si hubiese una trasgresión a la dignidad humana, y será cuestión de los Estados garantizar un piso mínimo de dignidad.

En el caso analizado, son los derechos de una niña, su integridad sexualidad y su dignidad los que deben ser salvaguardados y garantizados.

El derecho que reclama un pueblo en base a una práctica consuetudinaria debe ceder, no pudiendo invocarse para eludir responsabilidad, cuando con ello se vulnera la dignidad de otra persona. Ello no implica desconocer los derechos de las comunidades originarias o tribales, sino recordar que el interés superior de los niños y las niñas prevalece frente a cualquier costumbre o práctica ancestralmente reconocida.

No obstante, la intervención del Estado debe ser limitada, cautelosa, pues no podría invocarse como una excusa para mediante su poder disminuir la capacidad de autodeterminación de los pueblos. Resulta importante y necesario comenzar a ofrecer asistencia a mujeres y niñas de aquellas comunidades que deseen tomar decisiones diferentes a las costumbres de su comunidad.

En definitiva, los remedios del Estado (por medio de políticas públicas, tratados, leyes, etc.) no son más que herramientas para restituir el equilibrio que él mismo ocasionó a través de su poder colonial.

Por último, la comprensión y reconocimiento de la incompletitud de toda cultura nos posibilita no universalizar soluciones, mas bien partiendo del diálogo como herramienta para encontrar similitudes y diferencias que puedan ser armonizadas.

■■■



PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

justicia.lapampa.gob.ar

