Vol. XIII Nº 2 | Noviembre 2021 ISSN 2313-9285

# CIDJLP

10 años

## Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa

**Juan Marcelo Micheloud.** Tutela colectiva de los derechos del consumidor.

**Marcia Alexandra Catinari.** La compensación económica frente a la muerte del cónyuge.

**Quimey Báez Sevilla.** La igualdad como no discriminación en los casos de neutralidad de las normas.

**Lucas Gabriel González y Marisol Emilia Rodríguez.** Régimen preparatorio para la liberación.

**María Antonela Viceconte.** ¿Es suficiente con el Derecho Penal ante la problemática de violencia de Género?

**Diego Andrés Dal Santo.** El derecho a la vivienda. El caso Argentina y el “Programa ProCrear”.

**Cecilia Inés Domínguez.** Interseccionalidad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y su correlación con los actos de maltrato y crueldad animal.

**Juan Ignacio Ucha.** Nuevo régimen jurídico de la Argentina para la prevención y el control del dopaje en el deporte.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2021

*Ministros*

DR. HUGO OSCAR DÍAZ

DR. EDUARDO FERNÁNDEZ MENDÍA

DRA. ELENA VICTORIA FRESCO

DR. FABRICIO ILDEBRANDO LUIS LOSI

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

GRISELDA MANZANO

ROMINA MARASCHIO

**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 2022** 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

***Juan Marcelo Micheloud.*** **9**
Tutela colectiva de los derechos del consumidor.

***Marcia Alexandra Catinari*** **25**
La compensación económica frente a la muerte del cónyuge.

***Quimey Baez Sevilla*** **35**
La igualdad como no discriminación en los casos de neutralidad de las normas

***Lucas Gabriel González y Marisol Emilia Rodríguez*** **53**
Régimen preparatorio para la liberación.

***María Antonela Viceconte*** **67**
¿Es suficiente con el Derecho Penal ante la problemática de violencia de Género?

***Diego Andrés Dal Santo*** **81**
El derecho a la vivienda. El caso de Argentina. El "Programa ProCreAr" como una solución para la clase media.

***Cecilia Inés Domínguez*** **105**
Interseccionalidad de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y su correlación con los actos de maltrato y crueldad animal.

***Juan Ignacio Ucha*** **131**
Nuevo régimen jurídico de la Argentina para la prevención y el control del dopaje en Argentina.

CDJLP

10 años

Este año se cumple una década continua
de la Serie de Publicaciones plasmada en esta Revista
**"Cuadernos de Doctrina Judicial"** que edita
el Poder Judicial de la Provincia de La Pampa.

Agradecemos a quienes han hecho posible este camino, y en especial a quienes con sus aportes de ensayos e investigaciones han iluminado y explorado áreas y temas de derecho conceptuales y prácticos a través del análisis de legislación, de jurisprudencia y del abordaje de nuevos paradigmas.

**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.**

# TUTELA COLECTIVA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

*Juan Marcelo Micheloud*[*]

## 1. Introducción

La reforma de la Constitución Nacional (en adelante: CN) en el año 1994 trajo consigo el reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento jurídico de una categoría de derechos cuya titularidad trasciende el ámbito individual y se extiende a todos los miembros de la sociedad o a un grupo de ellos relacionados entre sí por razones de índole fáctica o jurídica: los derechos de incidencia colectiva. Paralelamente, se reconoció la legitimación de ciertos actores sociales para promover acciones en defensa de tales derechos, entre los que se incluye a los "*derechos que protegen (...) al usuario y al consumidor (...)*" (art. 43, CN).

Si bien este fenómeno no resulta novedoso, ya que con anterioridad a la reforma constitucional la jurisprudencia había reconocido -o al menos discutido- la existencia de este tipo de situaciones jurídicas, el cambio de paradigma que significó su recepción expresa en la Constitución Nacional y en sus similares locales hizo que la discusión sobre la problemática de los procesos colectivos como instrumento para garantizar la vigencia de tales derechos se impusiera en el escenario jurídico.

Según un concepto dado por Lorenzetti, el proceso colectivo es aquél que tiene una pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo, con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos, y una sentencia que

---

[*] Abogado (Universidad Nacional del Litoral). Notario (UNL). Especialista en Derecho Procesal Civil (UNL). Mediador (CAER). Profesor Superior en Abogacía (Universidad Católica Argentina, Sede Paraná). Secretario (Supl.) del Juzgado Civil y Comercial Nº 8 de Paraná, Poder Judicial de Entre Ríos.

tiene efectos expansivos, que exceden a las partes.[1]

El proceso civil, visto tradicionalmente como un asunto entre dos partes destinado a resolver un conflicto que involucraba tan sólo sus propios intereses individuales, comenzó a mostrarse insuficiente para dar cabida de modo eficaz a la discusión sobre pretensiones que involucran conflictos que comprenden a un gran número de personas a quienes la sentencia afectará de algún modo y que se originan en la vulneración de estos derechos de incidencia colectiva.

De allí, no siendo propio de un sistema democrático que un derecho reconocido constitucionalmente carezca de garantías eficaces para su tutela judicial, surge la imperiosa necesidad de diseñar el instrumento procesal adecuado para el tratamiento de los conflictos colectivos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante: CSJN), frente a la mora del legislador y siguiendo la línea de creación pretoriana del amparo en los precedentes "Siri" y "Kot" -tradición que consideró relevante e hizo propia-, en el fallo “Halabi” -que trataba de un caso de consumo- delimitó los rasgos fundamentales de las acciones colectivas, estableció las condiciones bajo las cuales éstas resultan admisibles y precisó los efectos generales de la sentencias que en ellas se dicte.[2] Luego, mediante las Acordadas Nº 32/2014 y 12/2016, reglamentó algunos de sus principales aspectos.

Si bien en nuestro país no existe aún a nivel federal una regulación general y sistemática del proceso colectivo, tanto en la

---

[1] LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010, p. 75.

[2] CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111. En este caso, el actor promovió una acción de amparo con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley N° 25.873 (Adla, LXIV-A, 151) y su decreto reglamentario N° 1563/04, en cuanto imponen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones la obligación de captar y derivar, en las condiciones allí reguladas, todas las comunicaciones que transmiten, para permitir su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público. Aun cuando todo indica que Halabi nunca intentó discutir sobre el conflicto en clave colectiva (al menos eso surge de la lectura del fallo), la Corte calificó al asunto como un caso de "derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos".

Ley General del Ambiente 25.675 como en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (en adelante: LDC) podemos encontrar disposiciones procesales aisladas que resultan aplicables, en principio, a casos que involucran conflictos colectivos en dichas materias particulares.

Dentro de dicho marco, seguidamente me limitaré a tratar someramente algunos aspectos de especial interés respecto de la tutela judicial colectiva de los derechos de los usuarios y consumidores.

## 2. Los derechos individuales homogéneos como objeto de la tutela colectiva

En materia del Derecho del Consumidor cobra especial relevancia la conceptualización y categorización de los derechos individuales homogéneos como objeto de tutela colectiva.

Al respecto, cabe señalar que la CSJN identificó en "Halabi" - que, reitero, trataba de un caso de consumo- tres categorías de derechos que pueden ser defendidos ante la justicia: a) derechos individuales: divisibles, no homogéneos, caracterizados por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados; b) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos: que pertenecen a toda la comunidad, que son indivisibles y no admiten exclusión alguna; y c) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

A diferencia de lo que sucedía en materia de derechos que tienen por objeto bienes colectivos, de particular relevancia en derecho ambiental, no existía consenso entre los tribunales argentinos respecto de la inclusión de los derechos individuales homogéneos dentro de los derechos de incidencia colectiva. Es más, en el año 2007, en el fallo "Defensor del Pueblo" la CSJN había señalado que los derechos individuales homogéneos de naturaleza patrimonial no podían ser considerados derechos de incidencia colectiva en el marco del art. 43 de la CN, de modo tal, que el Defensor del Pueblo carecía de legitimación para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de las normas que restringían la libre disponibilidad de los depósitos bancarios y afectaban su

integridad mediante la pesificación.[3]

En el fallo "Halabi" la CSJN deja de lado este precedente y expresa que la CN admite en el segundo párrafo del art. 43, una segunda categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En estos casos, señala la Corte que *no hay un bien colectivo ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles*, pero hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Esta homogeneidad fáctica y normativa lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Dada la ausencia de ley reglamentaria, la Corte consideró necesario delinear los requisitos esenciales de procedencia de esta clase de acciones colectivas dirigidas a la tutela de derechos individuales homogéneos:

• La verificación de una causa fáctica común: la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

• Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho: la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. Como sostiene la Corte, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Por ejemplo: en un caso de accidente automovilístico a causa de un mal funcionamiento del sistema de frenado, la cuestión de la responsabilidad del fabricante sería una cuestión común u homogénea susceptible de ser analizada en un proceso colectivo, mientras que el monto indemnizatorio que corresponde a cada individuo debería ser determinado en forma individual, en la etapa de ejecución de sentencia.

---

[3] CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. – dtos 1570/01 y 1606/01 s/amparo ley 16.986", 26/6/2007, publicado en Revista La Ley 2007-E-145.

• Constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. La afectación del acceso a la justicia: este condicionante podría ser interpretado en el sentido que la CSJN sólo habrá de permitir las acciones colectivas de consumo cuando las pretensiones de los miembros del grupo considerados individualmente resulten de escasa cuantía y, por tanto, se encuentre en juego su derecho de acceso a la justicia. Se trataría de cuestiones que -en ausencia de un sistema de acciones colectivas- nunca serían litigadas o no podrían ser litigadas en igualdad de condiciones. Sin embargo, el requisito en análisis tiene una importantísima excepción que parece desnaturalizar gran parte de su alcance: "*[la acción colectiva] también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados*". Se refiere a "*aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos*".[4]

De allí que, de conformidad con el referido criterio de la CSJN, los casos comprendidos en nuestra materia del Derecho del Consumidor estarían exceptuados de este último requisito.

La supresión y simplificación instrumentada por el Poder Ejecutivo al Anteproyecto de Código Civil y Comercial -que dejó de mencionar expresamente dicha categoría en la enumeración del art. 14 del Código Civil y Comercial-, si bien pudo introducir algo de confusión en la materia, no alcanzó a neutralizar los avances logrados jurisprudencialmente al respecto.

Entre los casos en los que los tribunales han considerado que estaban en juego derechos individuales homogéneos, podemos mencionar los siguientes: el cobro de cargos impuestos unilateralmente por las entidades financieras a los usuarios de tarjetas de crédito; el uso por parte de una entidad financiera de datos de sus clientes para operaciones de marketing sin autorización expresa; el cobro del cargo mantenimiento de cuenta en las cuentas de caja de ahorro; práctica de empresas aéreas de sobreventas de pasajes aéreos, entre otros.

---

[4] CSJN, "Halabi" cit, considerando 13.

## 3. Legitimación y representatividad adecuada

En el ámbito de los procesos colectivos la verificación de la legitimación (activa o pasiva) involucra la determinación de la representatividad adecuada, vale decir, de la selección del representante del grupo. En efecto, uno de los aspectos más importantes que debe prever cualquier legislación de los procesos colectivos es el suministro de bases o pautas para establecer quién puede representar los intereses del grupo en el tribunal.

En todo proceso colectivo se produce inexorablemente un ensanchamiento en la concepción tradicional de la legitimación, ya que aparecen legitimados aquellos que en principio no son titulares de la relación jurídica sustancial y a su vez pueden tener personería suficiente para el colectivo, aquellos en quienes tampoco se concibe en forma natural esta representatividad. Esto es lo que se ha conceptualizado como legitimación extraordinaria.[5]

Por su parte, GIDI[6] expresa que las reglas de legitimación y de la cosa juzgada en las acciones colectivas representan las dos caras de la misma moneda: atrás de cada una existe la necesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes. Aunque la cuestión de la legitimación colectiva precede temporalmente al problema de la cosa juzgada en el curso del litigio, para el legislador esto es lógicamente posterior, porque sólo después de que el legislador decida que la sentencia de grupo es obligatoria para todos los miembros ausentes él tiene que decidir quién es capaz de representar adecuadamente sus intereses en el tribunal.

En el campo del Derecho del Consumidor, de conformidad con los arts. 52 y 55 de la LDC (reformados en el año 2008 por la Ley N° 26.361), se encuentran legitimados para iniciar este tipo de acciones:

---

5 ROJAS, Jorge A., "La legitimación y los sistemas de acceso al proceso colectivo", en Revista de Derecho Procesal – 2012: Procesos colectivos, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 137.

6 GIDI, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, trad. CABRERA ACEVEDO, Lucio, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 71.

a) el consumidor o usuario afectado: ante un acto u omisión lesivo las personas físicas individualmente consideradas pueden accionar en defensa de su propio derecho o bien actuar en calidad de legitimados colectivos en tutela de los derechos de incidencia colectiva que pudieran encontrarse en juego (es decir, como afectados en los términos del art. 43 CN). Si bien la reforma a la LDC incorporó un agregado en el primer párrafo del art. 52 LDC (modificación introducida por art. 24 de la Ley 26.361) por el que se establece que la acción corresponde a los consumidores y usuarios *por su propio derecho*, entender que esta desafortunada expresión obstaría a la legitimación del consumidor o usuario individual para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva como afectado sería inconstitucional a la luz del art. 43 CN, se opondría a la directriz política de acceso a la justicia que subyace en la LDC y al principio de igualdad con respecto a sujetos afectados en derechos de incidencia colectiva de otra índole.

b) las asociaciones de defensa del consumidor: respecto de las cuales se exige, además de determinadas condiciones generales para su consideración como asociaciones de consumidores (art. 56 LDC), la reunión de ciertas condiciones especiales, orientadas mayormente a garantizar la independencia de actuación de las asociaciones en orden al cumplimiento de sus finalidades (art. 57 LDC). Estos requisitos específicos muestran su mayor relevancia a la hora de actuar ante la justicia en defensa de derechos de incidencia colectiva, ya que la suerte del grupo, clase o sector representado por aquéllas dependerá en gran medida de dicha independencia ante, principalmente, los grupos económicos que prevalezcan en el mercado. Más allá de estas exigencias de la LDC, la asociación deberá estar inscripta en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores, para lo cual deberá*: "a) Contar con sede física cumpliendo con las previsiones establecidas en el inciso b) del Artículo 57 de la Ley N° 24.240; b) Disponer de atención presencial para atender los requerimientos de los consumidores y usuarios, en su propia sede, por lo menos TRES (3) días a la semana y QUINCE (15) horas semanales; c) Poseer un dominio de internet propio, observando las pautas establecidas en los incisos c) y d) del Artículo 57 de la Ley N° 24.240; d) Disponer de vías de contacto para los consumidores tales como líneas telefónicas fijas y/o móviles, dirección de correo electrónico, contacto a través de redes sociales, etcétera; e) Poseer cuenta bancaria activa en el Banco de la Nación Argentina, entidad*

*autárquica en el ámbito del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas" (art. 1, Resolución Nº 90/2016 de la Secretaría de Comercio de la Nación).*

c) las autoridades de aplicación de la LDC nacionales y locales: respecto de estas últimas, cabe advertir que con la reforma de la ley Nº 26.361 al art. 41 LDC fue suprimida la facultad de las provincias de delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales.

d) el Defensor del Pueblo de la Nación: con la reforma de la ley 26361 se reconoció legitimación colectiva a esta figura, de conformidad con los arts. 43 y 86 de la CN. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la jurisprudencia de la CSJN ha sido reacia a admitir la legitimación del Defensor del Pueblo para actuar en defensa de derechos individuales homogéneos puramente patrimoniales, por entender que éstos se encuentran marginados de la previsión del art. 43 CN y sólo pueden ser defendidos en justicia por sus titulares directos.[7]

e) el Ministerio Público Fiscal: según el art. 52 de la LDC el Ministerio Público no sólo puede promover acciones de este tipo, sino que incluso debe asumir la conducción de aquellas que, propuestas por cualquier otro legitimado, fueran abandonadas o desistidas.

## 4. Competencia

La CSJN se expidió sobre la competencia de los tribunales locales para juzgar casos colectivos de consumo que involucran personas domiciliadas en distintas provincias del país en los autos "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Neuquén S.A. s/ Ordinario" (fallo del 05/06/2012). En dicha oportunidad la CSJN aplicó la regla general de competencia en materia de competencia territorial para juzgar pretensiones personales fundadas en derechos crediticios de origen contractual (art. 5, inc. 3° CPCCN) y consideró que la apertura de una sucursal o

[7] CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional", sentencia del 26/06/07.

establecimiento en una jurisdicción distinta a la de su domicilio estatutario implicaba, de parte de una empresa como el Banco demandado "avecindarse en ese lugar para el cumplimiento de las obligaciones allí contraídas".

En consecuencia, las personas jurídicas que operan comercialmente por medio de sucursales y establecimientos localizados en diferentes lugares del país pueden ser demandadas en clave colectiva en cualquiera de esas jurisdicciones, siempre y cuando alguno de los contratos tipo con relación a los cuales se produce la afectación homogénea de todo el grupo de usuarios se hubiera perfeccionado en la jurisdicción elegida.

## 5. Litispendencia. Registro público de procesos colectivos.

En el marco de los procesos colectivos el instituto de la litispendencia presenta algunas particularidades que lo distinguen del modo en que opera en el contexto de los procesos individuales. Ello se debe, fundamentalmente, a que una acción colectiva puede generar litispendencia respecto de otras acciones colectivas y también respecto de las múltiples acciones individuales que encuentren causa en los mismos hechos.

Al respecto, la CSJN advirtió en el caso Municipalidad de Berazategui sobre "*un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país*", lo cual genera un "*dispendio jurisdiccional y el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro*".[8]

Ante dicha situación, el máximo tribunal nacional creó -mediante la Acordada 32/2014- un Registro Público de Procesos Colectivos, en el que deben inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación.

Casi dos años más tarde, ante un dispar cumplimiento de la

[8] CSJN, Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa "Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/amparo", fallo del 26/09/2014, considerando 7º.

obligación de informar este tipo de procesos por parte de los distintos tribunales nacionales y federales, la CSJN -a través de la Acordada 12/2016- aprobó el "Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos", que fija reglas que ordenan el trámite de este tipo de procesos en los tribunales nacionales y federales de todo el país, a fin de asegurar la eficiencia práctica del registro creado en 2014. La Corte también invitó a los superiores tribunales de justicia de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con el Máximo Tribunal que permitan compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos.

## 6. Alcance de la cosa juzgada.

En su versión actual, la LDC establece que una decisión favorable al actor producirá efectos de cosa juzgada con relación al demandado y todos los usuarios y consumidores que se encuentran en la misma situación, salvo aquellos que hubieran manifestado expresamente su voluntad para evitar ser vinculados por la solución. Este sistema de cosa juzgada es considerado como uno de tipo *secundumeventum litis,* sistema adoptado por el Código de Defensa del Consumidor de Brasil [y] por el Código Modelo Iberoamericano.[9] En cuanto al derecho de optar por excluirse, mecanismo propio del sistema *pro et contra* establecido en el sistema estadounidense de acciones de clase, debe ejercerse antes del dictado de la sentencia y de acuerdo con *"los términos y condiciones que el magistrado disponga"*.[10]

---

[9] Art. 103 § 1 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil: "Los efectos de la cosa juzgada previstos en los incisos I y II no perjudicarán los intereses y derechos individuales de los integrantes de la colectividad, del grupo, categoría o clase." Art. 33 Par. 2º del Código Modelo Iberoamericano: "Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual."

[10] Cfr. United States Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23(c) (2)-(3) (1966), en que la expresión "sea o no favorable a la clase" se repite tres veces. De acuerdo con la sección (c)(3) de dicha regla federal, el fallo emitido en cualquiera de los tipos de acción de clase previstos en la sección (b) será vinculante para los miembros de la clase, ya sea favorable a sus intereses o no.

Atento a que la sentencia sólo puede beneficiar a los miembros del grupo y nunca precluir sus derechos individuales en caso que la opinión sea contraria a sus intereses, es difícil explicar por qué el legislador incluyó en la norma el derecho de exclusión ya que pareciera que éste no se corresponde con el tipo de cosa juzgada que prevé el sistema.

En efecto, el sistema de optar por salirse del grupo, o sea, cuando un miembro pide su exclusión y tiene el permiso de que no se le aplique la sentencia colectiva se justifica en un sistema en que esta sentencia obliga a los miembros ausentes independientemente de cuál sea su resultado favorable o no al grupo como ocurre en el *common law*. Pero esto es incompatible con el sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis*: porque los miembros ausentes no estarán obligados por una sentencia desfavorable y así no tiene necesidad el miembro de excluirse del grupo.

En tal sentido, no se aprecia -en un primer momento- qué incentivo puede tener un miembro de la clase para excluirse cuando un eventual fallo adverso no precluirá su derecho individual sino tan sólo su pretensión colectiva.[11]

Sin embargo, según Verbic ese derecho de autoexclusión tiene sentido en el contexto de pretensiones individualmente recuperables. Teniendo en cuenta que la decisión colectiva tiende a disminuir el monto de los daños y perjuicios reconocidos a los miembros de la clase, la oportunidad para excluirse permite al individuo perseguir su propia sentencia individual sin importar lo que ocurra con la acción colectiva. En efecto, esto es posible ya que desde un análisis económico del litigio, en casos de daños, el proceso basado en una lógica grupal configura un medio para transferir dinero de los actores con pretensiones de mayor valor hacia actores con pretensiones económicas inferiores.[12]

---

[11] SALGADO, José María, "Certificación, notificaciones y opción de salida en el proceso colectivo", en Revista de Derecho Procesal 2011-2, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 224.

[12] VERBIC, Francisco, "Acciones de clase para la tutela del consumidor en Argentina y Brasil. Análisis comparado y ejecución de sentencias colectivas extranjeras", accedido el 10/05/2021 a través de la web https://www.academia.edu/3428877/Acciones_de_clase_para_la_tutela_del_consumidor_en_Argentina_y_Brasil_An%C3%A1lisis_comparado_y_ejecuci%C3%B3n_de_sentencias_colectivas_extranjeras

## 7. Transacción.

A partir del año 2008 el primer párrafo del art. 54 LDC (modificado por art. 27 de la Ley 26.361) impone tres requisitos para dotar de validez a un acuerdo transaccional colectivo: a) vista del Ministerio Público Fiscal cuando éste no haya sido quien promovió la acción colectiva; b) homologación por sentencia fundada; y c) reconocimiento del derecho de exclusión (*opt-out*) de los consumidores o usuarios miembros del grupo para que puedan apartarse de la solución consensuada entre las partes nominales del proceso, si es que así lo desean.

Verbic y Bengolea advierten que en dicha norma no se contemplan tres aspectos fundamentales para permitir un adecuado control de la legitimidad de estos acuerdos: la notificación de la propuesta de acuerdo, la necesidad de descubrir cualquier arreglo conexo con la transacción colectiva (en especial, el de honorarios de los abogados del representante colectivo) y la posibilidad de impugnación por parte de los miembros de la clase.[13]

Sin embargo, esta omisión normativa no impide que los jueces -como directores del proceso y en uso de las facultades ordenatorias previstas en los códigos procesales- dispongan las notificaciones que entiendan necesarias y exijan absoluta transparencia y acceso a toda la información que estimen razonable a fin de desarrollar su tarea. Tampoco obsta la posibilidad de que los miembros del grupo -que están siendo representados por un sujeto que no eligieron y serán afectados, con cualidad de cosa juzgada, por las resultas de tal actuación- impugnen el acuerdo, derecho implícito en la garantía de debido proceso legal de los integrantes de la clase.

La posibilidad de que los miembros del grupo opten por excluirse del acuerdo ya celebrado concurre a garantizar que el representante colectivo se esfuerce por lograr un buen acuerdo,

---

[13] VERBIC, Francisco y BENGOLEA, Adrián, "Acuerdos transaccionales colectivos en el derecho del consumo", accedido el 15/05/2021 a través de la web https://classactionsargentina.com/2013/04/08/acuerdos-colectivos-de-consumo-nac/

especialmente en los casos donde las pretensiones de los miembros de la clase son individualmente recuperables.

## 8. Liquidación y ejecución de sentencia.

El art. 54 LDC -texto según Ley 26361- establece -como primera pauta para la ejecución colectiva de la sentencia- que la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas.[14] De no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación. Sólo en el supuesto que no sea posible individualizarlos, el juez podrá fijar un resarcimiento a ser instrumentado *"en la forma que más beneficie al grupo".*

De este modo, se incorpora en nuestro sistema la posibilidad de utilizar el mecanismo de distribución conocido en el derecho norteamericano como *"fluid recovery" o "cy pres distribution",* que consiste en un

> "sistema de cuantificación global de los daños producidos por un acto ilícito de especial interés cuando, por las características del caso, la condena colectiva perdería eficacia en caso de adoptarse un esquema de cumplimiento basado en la liquidación individual del crédito de cada uno de los afectados. En tales casos, luego de determinarse el monto total de los perjuicios sufridos por el grupo, las sumas respectivas son aplicadas al uso que mejor beneficie al grupo afectado ("next best use"). Así, por ejemplo: i) puede determinarse que el condenado disminuya el precio de un producto por un tiempo determinado para beneficiar a los consumidores futuros del mismo (Price mecanism) (11); ii) puede también ordenársele identificar a cada uno de los afectados directos y otorgarles un descuento (direct rebate, según la denominación que en la práctica de las acciones de clase norteamericanas se da a esta variante de fluid recovery); iii) puede depositarse el monto de condena en un fondo (preexistente o creado ad-hoc), para que sean aplicados de

14 Pauta que se ha aplicado jurisprudencialmente: CNCom, Sala E, "Dirección General de Defensa del Consumidor G.C.B.A. c/ Banca Nazionale del Lavoro s/ sumarísimo", sentencia del 10/05/05.

forma tal que los miembros de la clase se vean indirectamente compensados o beneficiados (v.gr., mediante obras de infraestructura que mejoren el servicio, campañas educativas o de promoción, etc.)".[15]

Giannini postula que, en ausencia de un mejor destino, el juez puede -como *ultima ratio*- disponer la transferencia de los montos respectivos al fondo especial destinado a la educación del consumidor, establecido por el art. 47 *in fine*, LDC -texto según Ley 26361-, administrado por la autoridad de aplicación nacional (es decir, por la Secretaría de Comercio Interior de la Nación).[16]

Finalmente, según el art. 54 *in fine* LDC el juez podrá conformar sub-grupos de consumidores o usuarios afectados en el supuesto de existir *"daños diferenciados"*. Según Verbic, esta herramienta podrá ser utilizada en aquellos supuestos en que no sólo se juzga colectivamente la responsabilidad del demandado (*andebeatur*) sino también el alcance de la reparación (*quantum debeatur*). En dichos supuestos, "*la herramienta conferida al juez sería útil para dividir el grupo principal representado en la primera etapa del proceso en grupos más pequeños y específicos que pudieran presentar daños diferenciados entre ellos, aunque homogéneos al interno*". Así, por ejemplo, "*en un caso de daños ocasionados por productos elaborados podría juzgarse colectivamente la responsabilidad del demandado y luego utilizarse esta herramienta para fijar (también colectivamente) el monto adeudado para los distintos subgrupos afectados por el producto defectuoso en forma diferente (muerte, incapacidad menor al 50%, incapacidad mayor al 50%, etc.)*".[17]

---

[15] GIANNINI, Leandro J., "La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos", en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, 2014, pág. 226; accedido el 23/05/2021 a través de la web http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43632/Documento_completo.pdf?sequence=1

[16] GIANNINI, Leandro J., ibidem, pág. 227.

[17] VERBIC, Francisco, "La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley Nº 26.361", accedido el 23/05/2021 a través de la web https://www.academia.edu/3715629/La_tutela_colectiva_de_consumidores_y_usuarios_a_la_luz_de_la_ley_No_26.361, pp. 19/20.

## 9. Conclusión.

A modo de reflexión final, entiendo que con lo expresado queda claro que, más allá de las soluciones parciales brindadas de modo fragmentario por la LDC, se mantiene la imperiosa necesidad de una regulación sistemática e integral de los procesos colectivos, que tome los aportes de la mejor elaboración doctrinaria y jurisprudencial de este último tiempo a fin de desactivar los conflictos colectivos -entre ellos, los que afectan a consumidores y usuarios- de manera eficiente y justa para las partes.

■■■

# LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA FRENTE A LA MUERTE DEL CÓNYUGE

## UNA INTERPRETACIÓN INTEGRAL PARA JUSTIFICAR SU PROCEDENCIA

*Marcia Alexandra Catinari*[*]

## 1. Introducción.

El proceso de constitucionalización del derecho privado jerarquizó la aplicación de principios que refundaron el derecho de familia. Así, la solidaridad familiar, la equidad y la igualdad entre los cónyuges, convivientes y progenitores[1], dieron perspectiva a numerosas instituciones del derecho de familia cuya dinámica no podía seguir sosteniéndose bajo un modelo legal de derecho.

La compensación económica -institución novedosa del ordenamiento civilista- constituye una herramienta legal que se asienta sobre los principios de equidad y prohibición de enriquecimiento y empobrecimiento indebidos y es de aplicación, bajo ciertos presupuestos, a quienes compartieron un proyecto vital que por diversas circunstancias llegó a su fin[2].

---

[*] Abogada. Subdirectora de la Dirección General de Administración del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa.

[1] El mandato constitucional de igualdad obliga al legislador a crear mecanismos jurídicos dirigidos a la solución o mitigación del problema económico en el que se encuentran muchas mujeres luego del divorcio a efectos de asegurar una igualdad de oportunidades de hombres y mujeres post-divorcio y de tender hacia una mayor igualdad de hecho entre ellos (Fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial)

[2] Las bases constitucionales de este instituto pueden encontrarse en la protección integral de la familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna (art. 14 CN). También en las normas internacionales (e internas) que sancionan la violencia económica contra la mujer, postulan la erradicación de patrones discriminatorios y promueven el acceso de la mujer a una vida digna, en condiciones de igualdad con los hombres (CEDAW, Convención de Belem Do

De acuerdo a la estructura normativa del código, esta compensación puede ser reclamada ante el cese de la unión convivencial en todas sus causas. Sin embargo, es más restrictiva frente a los casos de disolución del vínculo matrimonial ya que no se encuentra prevista en caso de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los cónyuges.

El propósito de este trabajo es problematizar la regulación del Código Civil y Comercial (CCyC) en materia de compensación económica frente a la extinción por muerte en los casos de matrimonio y unión convivencial y evaluar si las diferencias son superables a través de una interpretación integral y armónica del plexo normativo.

En particular, se propone observar si la omisión legal - inaplicabilidad frente al fallecimiento del cónyuge-supera el test de constitucionalidad, considerando la suficiencia de los motivos que justifican su exclusión en el ámbito del derecho sucesorio y la ponderación de los principios en juego (art. 2 CCyC).

## 2. Doble orden de regulación de la compensación económica: matrimonio y uniones convivenciales

Como se anticipó, el CCyC prevé el instituto de la compensación económica como efecto del divorcio, la nulidad del matrimonio o el cese de las uniones convivenciales.[3] De allí que contempla un esquema diferenciado de regulación según tenga su origen en la ruptura del matrimonio o en la finalización de la convivencia.

La compensación económica es el derecho reconocido al cónyuge o conviviente a compensar el desequilibrio manifiesto que representa un empeoramiento de su situación, que se constata al cese del matrimonio o la vida en común y que fue causado por la ruptura del matrimonio o la finalización de la unión convivencial.

---

Para, Ley Nº 26485, entre otras). Debe resaltarse, en este aspecto, que son las mujeres quienes asumen el liderazgo en tareas de cuidado y a tal fin resignan o limitan su inserción laboral y profesional y con ello, la percepción de ingresos y acceso al sistema de seguridad social.

[3] Artículos 428, 441 y 524 del CCyC.

Como contrapartida, esta situación determina que el otro cónyuge o conviviente tenga el deber de compensar (arts. 441 y 524).[4]

Se trata de un derecho-deber que impone la ley y que requiere de la concurrencia de una serie de requisitos: constatación de un desequilibrio económico manifiesto, empeoramiento de la situación de uno de los miembros y que dichas circunstancias tengan como causa la vida en común o el matrimonio y su extinción[5]

Sin embargo, mientras que, para su procedencia en el contexto de un matrimonio se exige la ruptura por divorcio o nulidad, en el caso de las uniones convivenciales puede reclamarse su aplicación ante cualquiera de los supuestos de cese, esto es: muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros, matrimonio de los convivientes, mutuo acuerdo, voluntad unilateral y cese de la convivencia (art. 523).

De estas causales de conclusión me interesa destacar el supuesto de muerte, pues constituye una variable que opera en forma diferenciada para ambas clases de vínculos.

De este modo, en las uniones convivenciales, ante la ocurrencia de la muerte en uno de los convivientes o la presunción de fallecimiento, el conviviente supérstite puede presentarse en el juicio sucesorio –dentro del plazo de caducidad de seis meses (art. 525)- y solicitar la compensación a los herederos del causante.[6] Sin embargo, de acuerdo al texto legal –art. 441– esta posibilidad no está prevista para los cónyuges.

*¿Por qué no está contemplada la compensación económica para el caso de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento del cónyuge?*

---

[4] El crédito generado puede satisfacerse a través del pago de una cantidad periódica o una prestación única (Medina, 2012)

[5] Pellegrini, María Victoria (2019). "Regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Algunas dificultades y cuestiones pendientes", *Revista de Derecho de Familia*: 92, p. 122. Cita online: AR/DOC/3159/2019.

[6] Siendo viable el reclamo siempre que se cumplan los requisitos de desequilibrio manifiesto y empeoramiento de la situación económica con causa adecuada en la unión y su cese, y que no exista pacto en contrario de los convivientes.

Las razones que justifican su exclusión se vinculan a los efectos que la ley prevé para ambos institutos. Los cónyuges tienen vocación hereditaria (arts. 2433 y 2434) mientras que los convivientes no son herederos legitimarios entre sí. Además, en el régimen de comunidad, los cónyuges reciben la mitad de los bienes gananciales tras la finalización del vínculo (art. 498), no así los convivientes.

Por tanto, quienes bregan por reconocer el derecho sólo para la unión convivencial, expresan que, de existir una condición de empeoramiento de la situación económica del conviviente supérstite, ésta no podrá verse mitigada por los bienes de la herencia ni tampoco por la disolución de un régimen de comunidad de ganancias o por la habitación vitalicita y gratuita prevista en el art. 2383 del CC para los cónyuges[7]. Es decir, el desequilibrio patrimonial se vería compensado con el acceso a otros derechos que la ley prevé para quienes estuvieron unidos en matrimonio.

Esta diferenciación en orden al reconocimiento de derechos es lo que justificaría el acceso a compensación económica en caso de muerte o ausencia del conviviente y no del cónyuge.

*¿Cuáles son las críticas a esta posición diferenciadora?*

Se señala que este criterio resulta contradictorio con los fundamentos del proyecto del Código Civil y Comercial que diseñó la compensación económica con base en el principio de solidaridad familiar y en procura de evitar que el matrimonio pueda ser causa-fuente de empobrecimiento o enriquecimiento económico de un cónyuge a costa del otro.

Los partidarios de la equiparación, plantean que si aquél es el espíritu de la normativa, entonces no existen razones válidas para excluir la compensación para los cónyuges en los supuestos de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento.[8]

---

[7] Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; y Picasso Sebastián –Directores (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, Infojus.

[8] Rolleri, Gabriel (2017).“Compensación económica entre convivientes”, *RCCyC*. La Ley. Cita Online: AR/DOC/536/2017. En igual sentido Venini, Guillermina (2015). “Las compensaciones económicas en el nuevo código civil y comercial”. *DFyP*.

Desde esta perspectiva, consideran arbitraria la distinción pues lo que la ley debe ponderar es si hubo o no desequilibrio manifiesto durante la normal convivencia –sea en el matrimonio o en la unión convivencial-. De allí que, al momento del cese de la vida en común, cualquiera de las partes estaría en condiciones de plantear la respectiva acción, se trate de cónyuges o convivientes. A esta problemática debe añadirse lo injusto que resultaría la situación de los cónyuges que se encuentran en trámite de divorcio y acontece el fallecimiento de uno de ellos antes de la sentencia, circunstancia que impediría el reclamo de compensación económica[9]

Mizrahi[10]observa que el término ruptura a que la hace alusión tanto el art. 441 como el 524 del CCyC debe entenderse en un sentido más amplio que el cese de la convivencia y abarcar, así, el fallecimiento y la presunción de fallecimiento. En este sentido, puntualiza que la ruptura debe interpretarse como el "rompimiento de relaciones entre las personas y `romper´, entre sus diversas acepciones es `interrumpir la continuidad de algo no material´, y precisamente eso es lo que acontece con la muerte: se interrumpe la continuidad del vínculo por el deceso del conviviente" (p. 7).

En esta línea de pensamiento, hay quienes postulan que para arribar a una solución justa, deberá analizarse cada caso concreto la composición del acervo hereditario, la concurrencia con otros herederos, las liberalidades realizadas por el causante, entre otros aspectos, a fin de posibilitar al supérstite el reclamo de compensación económica frente a la muerte de su cónyuge. (González, 2017).

Con una mirada integradora, expresa Orlandi[11] que el cónyuge supérstite podría solicitar la compensación económica en el sucesorio con fundamento en el art. 525 del CCyC. Este dispositivo, al referirse a la caducidad de la acción para reclamar compensación económica, indica que el plazo de seis meses se cuenta desde la

---

[9] Solari, Néstor E. (2017). "Algunas cuestiones sobre la compensación económica", *RCCyC*, La Ley 2017-F, 1019.

[10] Mizrahi, Mauricio L. (2018)."Compensación económica. Pautas, cálculo, mutabilidad, acuerdos y caducidad", *La Ley* 2018-D, 721.

[11] Orlandi Olga E.(2015). Exclusión de la vocación hereditaria y uniones convivenciales", *Revista de Derecho de Familia* 68-245.

producción de cualquiera de las causas de finalización de la convivencia, o sea que incluye el caso de muerte.

## 3. Razones que justifican una interpretación normativa integral: Procedencia de la compensación económica frente a la muerte del cónyuge

Además de los argumentos reseñados, entiendo que para justificar la procedencia de la compensación económica frente a la muerte del cónyuge debe otorgarse prevalencia a los principios y valores jurídicos que rigen esta institución, de un modo coherente con el resto del ordenamiento jurídico (art. 2 CCyC).

Si el nuevo ordenamiento civilista admite la pluralidad de modelos de familia y la equiparación de derechos para los diversos tipos de organización familiar, el hecho delimitar la posibilidad de compensación económica únicamente a los convivientes resulta contradictorio con los principios de igualdad y no discriminación. Además, aun para quienes estuvieron unidos en matrimonio, no se justifica un trato diferenciado entre quienes enviudan y quienes se divorcian. No podría quedar en inferior situación jurídica el viudo o viuda frente a quien, en un contexto fáctico similar, se divorcia y puede acceder a reclamar compensación[12].

Por otra parte, la progresividad de los derechos humanos exige una interpretación superadora en materia de reconocimiento de derechos de la familia. Si la compensación por muerte está prevista para el conviviente, el cónyuge no podría quedar al margen de este derecho.

Como se señaló, la institución de la compensación económica se asienta en los principios de solidaridad, equidad y enriquecimiento o empobrecimiento indebidos. De allí que la

---

[12] Tomeo, Jimena (2017) "La compensación económica tras la muerte en las uniones convivenciales". considera que, en función del principio de solidaridad familiar, habría que contemplar situaciones como éstas frente a la muerte de un cónyuge siempre que no sea el único heredero y permitirle, si realmente existió desequilibrio, solicitar la compensación económica. Recuperado de http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/wp-content/uploads/sites/10/2017/08/Tomeo-Jimena-La-compensacion-economica-tras-la-muerte-de-las-uniones-convivenciales-Comisi%C3%B3n-8.pdf

evaluación de la situación en que queda colocado un miembro de la pareja frente al fallecimiento de otro debe ser valorada de acuerdo al caso particular y con prescindencia a si preexistió un matrimonio o una unión convivencial. No puede soslayarse que en los casos de matrimonios que eligieron un régimen patrimonial de separación de bienes, el cónyuge supérstite sólo detentará derechos sucesorios. En este contexto, podría concurrir con descendientes y ascendientes que disputarán su porción legítima y eventualmente encontrarse frente a una sucesión cargada de deudas.

El argumento de la garantía del derecho sucesorio parece insostenible en este aspecto, pues aún un teniendo el cónyuge esa posibilidad, no puede asegurarse que en el caso concreto el hipotético desequilibrio manifiesto por causa de matrimonio resulte compensado con la materialización de su derecho hereditario.[13]

De acuerdo a lo expuesto, considero que la equiparación del cónyuge y el conviviente en la posibilidad de reclamar compensación económica por muerte es la opción que mejor se compatibiliza con una perspectiva integradora, armónica y respetuosa de los lineamientos convencionales.

## 4. La compensación económica en la sucesión del cónyuge y conviviente.

Admitida la equiparación entre cónyuges y convivientes frente a la compensación económica por muerte, realizaré algunas consideraciones sobre su reclamo en el proceso sucesorio.

*¿Carga o deuda de la sucesión?*: Existen discrepancias respecto a si la compensación económica originada por el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja es una deuda o una carga de la sucesión. En este punto, hay quienes sostienen que se trata de una deuda con origen en la convivencia pues ésta es la causa de la obligación mientras que la muerte es sólo el acontecimiento que la efectiviza se afirma.[14]

---

[13] Mizrahi, M. L. ob. citada.

[14] Iglesias, Mariana B. (2017). "Algunos efectos derivados del cese de la convivencia por muerte. Pactos convivenciales con estipulaciones compensatorias o asistenciales", *Revista de Derecho de Familia*: 78, p. 185.

*Aspecto activo y pasivo de la obligación*:

*a) Muerte del deudor*: El derecho no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. La parte acreedora podrá, en tal caso, intimar a los herederos a que acepten la herencia (2289), subrogarse en los derechos de los herederos para iniciar el sucesorio y, eventualmente, solicitar la partición de la herencia por vía de la subrogación (2364)

No obstante, cabría preguntarse si los herederos del deudor podrían solicitar al juez la reducción o supresión del crédito por compensación si el caudal hereditario no pudiera satisfacer la deuda o afectase sus derechos en la legítima. En este aspecto, debe señalarse que la partición entre los herederos tiene lugar una vez saldadas las deudas y que el heredero solo responde con los bienes recibidos (art. 2317 CCyC)[15]

*b) Muerte del acreedor*: ¿Se admite su transmisión activa en razón del fallecimiento? Una parte de la doctrina entiende que, al no tener carácter alimentario, es posible transmitir el crédito emergente de la compensación económica, tanto entre actos entre vivos como *mortis causa*,. Se expresa, en este sentido, que la compensación económica es un derecho inherente al patrimonio y por ende disponible, siendo posible su renuncia, transacción y conciliación.[16]

Sin embargo, otra postura, a la que adhiero, sostiene que este derecho se extingue con la muerte, no se transmite a los herederos y tampoco se admite la posibilidad de que si la acción se inició en vida pueda ser continuada por los herederos. Ello así pues "la compensación económica es una herramienta legal para favorecer la autosuficiencia. Por ende, fallecido quien la reclama no corresponde su pago".[17]

---

[15] En el dereho español, el fallecimiento del acreedor extingue la pensión compensatoria al tratarse de un derecho no transmisible a los herederos del acreedor (González Vicente, José Luis "Consideraciones sobre la pensión compensatoria y su continuidad tras el fallecimiento del deudor", Rev. Crítica del Derecho Inmobiliario, año XCII, Nov. Dic. 2016, nº 758)

[16] Bedrossian, G.l (2017). "El instituto de la compensación económica en el Código Civil y Comercial", *El Dial Argentina. Microjuris.* Cita: MJ-DOC-10639-AR/MJD10639.

[17] Iglesias, M.B,ob. citada, p. 10.

*Naturaleza del crédito*: La compensación económica constituye un crédito común o quirografario, atento a que no se encuentra incluida dentro de los supuestos establecidos en los arts. 241 a 246 de la Ley Nº 24522. Observa Burgos[18] que al encontrarse este crédito al final de la jerarquización legal, podría suceder que ante una pobre conformación de los bienes del acervo o un relicto sucesorio con muchas deudas, el goce de este derecho se torne dificultoso.

La aplicación práctica de este novedoso instituto contribuirá a la consolidación de criterios a fin de lograr la hermenéutica más adecuada a los fines perseguidos.

## 5. A modo de cierre.

Un modelo pluralista de familia requiere ensayar interpretaciones que avancen en el reconocimiento de derechos que contemple las distintas estructuras familiares.

Los pilares sobre los que asienta la institución de la compensación económica -solidaridad familiar, igualdad y no discriminación, etc.- no admiten distinción por tipología de vínculos familiares (matrimonio o uniones convivenciales). Una interpretación integradora del ordenamiento jurídico justifica la procedencia de la compensación económica en caso de fallecimiento del cónyuge.

Paulatinamente, y a instancias de una rica labor doctrinaria y jurisprudencial, las diferentes clases de familias contempladas por el ordenamiento civil van confluyendo en un proceso de equiparación de derechos. Esta dinámica es la que mejor se adapta al modelo de derecho privado constitucionalizado y a los estándares de justicia.

■■■

[18] Burgos, Juan Pablo (2020) "La compensación económica como crédito en la sucesión por la muerte de uno de los convivientes", *El Dial*-DC28D1

# LA IGUALDAD COMO NO DISCRIMINACIÓN EN LOS CASOS DE NEUTRALIDAD DE LAS NORMAS

*Quimey Baez Sevilla*[*]

## 1. Introducción

En el presente trabajo se abordarán conceptualizaciones del principio de igualdad y de no discriminación, con énfasis en las elaboraciones del derecho internacional en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las fórmulas de igualdad elaboradas por la doctrina constitucional para los casos de vulneración del principio de igualdad y de no discriminación a fin de enfatizar las especiales dificultades que presenta la evaluación los casos de neutralidad de normas y proponer la utilización del test de razonabilidad como alternativa de solución para el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad.

## 2. Conceptualizaciones del principio de igualdad y de no discriminación.

El principio de igualdad ante la ley tiene reconocimiento en la Constitución nacional en cuanto dispone que todos los habitantes *son iguales ante la ley* (art. 16, segunda parte, CN). Este principio ha sido objeto de un exhaustivo desarrollo y análisis doctrinario y jurisprudencial para poder determinar el contenido, el alcance y la tutela jurídica que corresponde otorgarle. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que:

> "El principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales

[*] Abogada (UNLPam). Magister en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Prosecretaria Sala C del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa.

> circunstancias, de donde se sigue forzosamente que **la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos y que cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social**". "El principio que consagra el art.16 de la Constitución **no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias,** de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley en los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de los mismos" (Fallos: 16:118; 123:106; 124:122, CSJN) (el resaltado es propio).

Luego de la reforma constitucional de 1994, el principio de igualdad que ha sido interpretado como principio de no discriminación, en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias, debe también ser considerado de conformidad al art. 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional ("Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", arto 11; "Declaración Universal de Derechos Humanos", art. 7°; "Convención Americana sobre Derechos Humanos", art. 24; "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", arts. 2.1 y 26; "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", arts. 2.2 y 3°; "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial", arts. 2° a 7°; "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", arts. 2°, 3° y 5° a 16 y "Convención sobre los Derechos del Niño", art. 2°).

En el derecho internacional, el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales.

## 3. La cuestión en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana.

El artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y

garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es por sí incompatible con la misma.

Complementando lo expuesto, el artículo 24 de la misma Convención establece que todas las personas son iguales ante la ley y que, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. En efecto, prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. De este modo, consagra un derecho que obliga al Estado a respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación para proteger otros derechos que se regulen en toda la legislación interna que apruebe.

A diferencia del artículo 1.1, el artículo 24 prohíbe "todo tratamiento discriminatorio de origen legal". De este modo, al extenderse la prohibición de discriminación, -ampliamente contenida en el artículo 1.1-, al derecho interno de los Estados Parte, es posible señalar que éstos, en virtud de la Convención, se han comprometido a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley. Así lo ha interpretado la Corte IDH, en la Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada (Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de 1984, serie A, n° 4, párrs. 53 y 54).

El principio *de igualdad ante la ley y de la no discriminación,* es el vector de todo el sistema internacional de derechos humanos sobre el que se apoya el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y en la actual etapa de la evolución del Derecho internacional, ha ingresado en el dominio del *ius cogens* ("Yatama vs. Nicaragua", sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 184). Profundizando en esto último, la Corte IDH ha dicho que:

> "El principio de igualdad ante la ley y de la no discriminación es fundamental para la protección de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno, se trata de un principio de derecho imperativo del que deriva la obligación por parte de los Estados de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter

> discriminatorio, combatir las practicas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas. Además, se considerará discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable ("Yatama v. Nicaragua", sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 184).

La jurisprudencia de la Corte IDH ha enfatizado que:

> "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza" (Corte IDH. OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4).[1]

En la Opinión Consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003 sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados se sostuvo que la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación y que, al hablar de igualdad ante la ley, debe garantizarse sin discriminación alguna y que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio (Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 87).

La casuística internacional ha permitido la configuración de un sistema de protección de dicho principio en base a la elaboración

---

[1] En el mismo sentido: casos "Atala Riffo y niñas Vs. Chile"; sentencia del 24 de febrero de 2012; "Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile", sentencia del 29 de mayo de 2014, párr. 197; "Espinoza Gonzáles vs. Perú, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párr. 216; "Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela", sentencia del 22 de junio de 2015, párr. 214; "Flor Freire vs. Ecuador", sentencia del 31 de agosto de 2016, párr. 109; "Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil", sentencia del 20 de octubre de 2016, párr. 415.

jurisprudencial de la Corte IDH no solo a través de los casos contenciosos sino también a partir de las Opiniones Consultivas y la labor realizada por los Comités.

Es por ello que, si bien, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación", tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 1.1) y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 1.1) el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha definido la *discriminación* como:

> "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas".

En "Furlan y familiares vs. Argentina", la Corte consideró que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados (Furlan y familiares vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 267)

En "Norín Catrimán y otros vs. Chile", sentencia del 29 de mayo de 2014, determinó 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. (Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 200). En el mismo sentido: casos "Flor Freire vs. Ecuador", sentencia del 31 de agosto de 2016, párr. 110; "I.V. vs. Bolivia, sentencia del 30 de noviembre de 2016, párr. 238.

En base a lo reseñado precedentemente, cabe precisar que será reputada como *discriminatoria* aquella norma, acto o práctica que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.

Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.

La Corte ha establecido también que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. De este modo, estima que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pero que tengan una entidad asimilable. En tal virtud, al momento de interpretar dicho término, corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio *pro persona*.

En "Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala", sentencia de 23 de agosto de 2018, la Corte enfatiza que, como condición transversal de la accesibilidad a los servicios de salud, el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas. De esta forma, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana no son permitidos tratos discriminatorios por motivos de raza, color, sexo, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Reitera que los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido

explícitamente indicadas. (Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018, párr. 129).

De ello deriva que es posible detectar la infracción al *principio de igualdad y no discriminación* en dos supuestos: **a)** cuando el acto discriminatorio se hace en base a **criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables**, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido y **b)** en los casos de **tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención en virtud de los cuales está prohibido discriminar**, supuestos enunciativos y no taxativos.

Es decir que el *cumplimiento* de este principio y su *eficacia* en la realidad, dependerá de que las diferencias constitutivas de cada uno de los casos se consideren sin hacer excepciones o establecer privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias y que las diferencias no sean aplicadas en base a criterios no objetivos o irrazonables (desproporcionalidad entre medio y fin utilizados) y siempre que no se realicen en base a alguno de los criterios *no taxativos* mencionados por la 1.1 de la CADH.

## 4. Las fórmulas de Igualdad

Las fórmulas de igualdad permiten efectuar comparaciones entre personas, grupos de personas y situaciones y detectar posibles vulneraciones al principio de igualdad y de no discriminación.

Inicialmente, y siguiendo un planteo de Clérico, Aldao y Ronconi, diremos que para efectuar una comparación se parte del reclamo de trato igualitario por parte de alguien que considera que: **a)** es tratado en forma diferente que otro y quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones que justifiquen un trato diferente o **b)** porque alguien que es tratado igual que otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado. De modo que, para llevar a cabo la comparación que requiere el *examen de igualdad* deben evaluarse las razones favorables o contrarias al

planteo igualitario. La evaluación de estas razones es la base de la que parte el examen de igualdad y el resultado dependerá de la fórmula y concepción de la igualdad que tenga mejor justificación.[2]

Estas dos "formas" de igualdad: trato igualitario/diferenciado y trato diferenciado/igualitario pueden denominarse de *igualdad formal* y de *igualdad jurídica*, respectivamente.

En la igualdad *formal* no se viola el mandato de igualdad siempre que aquellos que pertenecen a la categoría que surge luego de la clasificación dada por el legislador sean tratados de igual forma y se les apliquen las mismas consecuencias jurídicas. Esta fórmula no examina si el criterio y la clasificación tienen alguna justificación y tampoco determina la manera en que deben ser tratados los individuos incluidos en las categorías y con qué propiedades (Clérico, Aldao y Ronconi, 2016, pág. 222).

En contraposición, la fórmula de la igualdad jurídica *material* examina la legitimidad del criterio de clasificación y las razones de la selección. De este modo, permite determinar que no se viola el mandato de igualdad si se trata de igual forma a aquellos que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes (Clérico, Aldao y Ronconi, 2016, pág. 223). Es decir, si no hay razón suficiente que permita un trato desigual, entonces está establecido un trato igual.

En base a esta última fórmula, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable (Corte IDH, OC-18/03, 2003, párr. 89). Del mismo modo, lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el habeas corpus colectivo "CELS" ("Mignone Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo", sentencia del 9 de abril de 2002, CSJN) que declaro la inconstitucionalidad de la norma del Código Electoral que excluía del derecho al voto a los detenidos no condenados.

Asimismo, la formula de *igualdad material* no se agota en esa determinación, sino que contiene tres sub-exámenes que permiten comprobar si existen o no razones suficientes para un trato

---

[2] CLÉRICO Laura, ALDAO Martín y RONCONI Liliana (coautores) en GARGARELLA Roberto, GUIDI Sebastián, (Coords)., *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Tomo II, capitulo 3, "Igualdad", La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 222 y ss.

desigualitario. Estos tres sub-exámenes analizan la idoneidad, la existencia de medios alternativos menos lesivos y la proporcionalidad en sentido estricto.

El sub-examen de *idoneidad* examina si el medio logra promover los fines del Estado.

El de *medios alternativos de conflictos* establece que, si pudo haberse evitado el trato desigualitario a través de la implementación de algún otro medio alternativo, es decir, uno que evite esa clasificación, las razones de la distinción no son suficientes.

El sub-examen de *proporcionalidad* implica detectar el criterio de distinción que genera categorías o grupos, es decir si la medida del Estado tiene relación con las finalidades o razones de la norma. En sentido estricto supone determinar la intensidad de restricción a la igualdad y a los derechos que produce la clasificación y las razones a favor de la clasificación y promoción del fin estatal. Por ello, si la intensidad de restricción es mayor que el de las razones justificatorias no hay razones suficientes para la distinción. (Clérico, Aldao y Ronconi, 2016, pág. 224).

Estos tres sub-exámenes de igualdad, dependiendo del grado de exigencia de la evaluación de la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias, pueden aplicarse con mayor o menor grado de intensidad. Debido a ello es que existen tres escrutinios de igualdad jurídica material, a saber: *leve o de mera racionalidad, intermedio* y *exigente.*

En el examen de igualdad *leve o mera racionalidad* se parte de la presunción de legitimidad/constitucionalidad de la clasificación realizada por el legislador. Es decir, invierte la carga de la argumentación para que recaiga en quien realiza el reclamo igualitario y solo se declara que la clasificación y sus efectos son arbitrarios si logra argumentarse que no existe relación alguna entre el medio y el fin y que esa falta de relación justificatoria es evidente y manifiesta; de lo contrario se confirma la presunción a favor de la legitimidad de la clasificación.

El *intermedio* exige una relación más estrecha entre clasificación, criterio de clasificación, efectos de la clasificación y razones justificatorias. La relación tiene que ser plausible, demostrarse una relación dependiente entre clasificación y razones

justificatorias y alegarse algún fin estatal relevante que justifique la clasificación.

Por último, el *estricto*, el más exigente de los exámenes, implica partir de la presunción de la arbitrariedad de la discriminación y la carga de la argumentación se traslada en aquellos que alegan la justificación de la clasificación que, por lo general, suele ser el Estado. También supone que la arbitrariedad solo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones trascendentales, por ejemplo, un fin estatal imperioso más urgente, que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación y la existencia de una regla epistémica que dice que si persisten dudas al final de la argumentación queda la clasificación y sus efectos como arbitraria.

El examen de escrutinio se aplica, por ejemplo, cuando desde el inicio del planteo de la cuestión igualitaria Dworkin (1992) se "sospecha" que la exclusión puede ser injustificada e inconstitucional porque afecta a un grupo de personas que históricamente ha sido discriminado y que las consecuencias perjudiciales para sus derechos persisten en la actualidad.[3]

Nos encontramos frente a una exclusión sospechosa (por ejemplo, discriminación basada en la raza, la etnia, la nacionalidad, la orientación sexual, entre otros) y aquél que considere que esas personas no conformen un grupo de personas sistemáticamente discriminadas tiene la carga de argumentar y de justificar por qué no lo son al ser excluidas de lo que se les otorga a otros en igualdad de circunstancias relevantes.

Sintetizando lo reseñado, puede decirse que los escrutinios de igualdad formal y jurídica material y los sub exámenes de igualdad material (de idoneidad, medios alternativos de conflicto y proporcionalidad) en sus tres variantes de intensidad (leve o de mera racionalidad, intermedio y estricto) coinciden en considerar la relación entre la clasificación, el criterio de clasificación, sus efectos y las razones justificatorias como parámetros de evaluación para detectar la vulneración del principio de igualdad y de no discriminación en cada caso.

---

[3] DWORKIN, Ronald, *El imperio de la Justicia*, Gedisa, Barcelona, 1992, pág. 269.

## 5. La insuficiencia de las fórmulas de igualdad en los casos de neutralidad de normas.

Los parámetros reseñados en el punto anterior, si bien parecen suficientes para los casos de especificidad de normas, que establecen con mayor o menor grado de determinación, "criterios de clasificación" concretos o visibles (v.gr: edad, raza, sexo, nacionalidad, condición social, entre otros) y que suelen identificarse con supuestos de discriminación sistemática, parecen insuficientes para los casos de neutralidad de normas.

En efecto, existen normas que, por su escasa especificidad y grado de determinación, no establecen criterios de clasificación, es decir, normas o prácticas que son neutras en apariencia, pero discriminatorias en su aplicación o repercusión porque impactan en una persona o grupo con características determinadas generando casos de discriminación indirecta.

Se trata de prácticas, normas, actos, que parecen neutras en apariencia, pero que impactan fuertemente y en perjuicio de individuos o colectivos debido a uno u algunos de los motivos que deben ser evaluados en forma estricta. Aplicando este esquema de análisis, la Corte IDH en "Artavia Murillo y otros" sostuvo que la prohibición de la FIV (fertilización in vitro) puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y perjuicios en la sociedad. Y que, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres de modo que, aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas (Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 299).

Los casos de discriminación indirecta generados por la neutralidad de la norma podrán ser detectados frente a un reclamo de trato desigualitario, pero resultará más difícil de comprobar porque la norma en apariencia *neutral* no contiene características o criterios de clasificación que hagan presumir que es discriminatoria.

Ciertamente, la perspectiva de igualdad actual conlleva a la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que los que se utilizaban para evaluar los casos desde el

enfoque tradicional de la igualdad (que solo analizaba si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines).

Sin embargo, cuando las normas en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros, y que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad, puede ocurrir que *prima facie* la norma –aplicada en un contexto social- produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Esto es, "leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras" causantes de una "discriminación sistémica" (…) que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros" (Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puntos 10 y 12).

Es por ello que una de las alternativas que se proponen en este trabajo es la posibilidad de utilizar el *test de razonabilidad* para detectar los casos de discriminación indirecta dado que en los supuestos de normas neutras difícilmente se visibilicen categorías o clasificaciones como las desarrolladas anteriormente.

Cabe recordar que el principio de razonabilidad de la ley es la herramienta que permite evaluar la constitucionalidad de una serie de elecciones que los operadores jurídicos llevan a cabo al momento de resolver un caso.[4]

La relevancia del test de razonabilidad es que no se limita a ver la norma en abstracto o en su formulación genérica (el "facial challenge") sino que implica considerar al momento de resolver un caso el contexto de aplicación, la práctica estatal, las normas conectadas de modo directo e indirecto con el caso, así como los incentivos y efectos disuasorios que presenten las consecuencias jurídicas atribuidas.

Para ello deberá tener en cuenta un repertorio ampliado de hechos relevantes, que pueden ser de mayor alcance que el simple "presupuesto fáctico" de la norma en cuestión.

---

[4] CIANCIARDO, Juan, "Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones". 2018. Estudios de Deusto 66, n° 2; 47-70, disponible en http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp47-70, pág. 53.

En algunos casos, la prueba excede el alcance del litigio individual, y requerirá la intervención de partes ya sea en el formato de procesos colectivos, o a través de *amicuscuriae* que aporten elementos de juicio adicionales.

La razonabilidad permitirá dar cuenta de las razones que conducen a determinar si, en el caso, una norma, reglamento, ley, actuación administrativa, entre otras de similar identidad, es o no es discriminatoria y violatoria del principio de igualdad cuando la vulneración al principio no surge de la mera lectura de la norma en apariencia neutral sino por su aplicación en un caso concreto. En efecto, en los casos en los cuales exista una norma neutral que *prima facie* genere un impacto desmedido en una persona o los miembros de un grupo, resultará necesario para analizar su constitucionalidad, comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado.

Un ejemplo de lo expuesto puede verse en "Artavia Murillo" –que fuera expuesto previamente-en el cual la norma que establecía la prohibición de la FIV, si bien era neutral en apariencia -porque de su literalidad no surgía ninguna clasificación o preferencia que beneficiara a un grupo de personas determinadas por sobre otras-, el contexto social y las circunstancias en las que la norma se aplicaba –en particular la utilización de tecnologías de reproducción asistida que se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres-generó que aunque la prohibición de la FIV no estuviera expresamente dirigida a las mujeres, tuviera un impacto negativo desproporcional sobre ellas.

De este modo, la decisión que resuelva sobre el reclamo de violación al principio de igualdad y no discriminación, al analizar el impacto en su aplicación, deberá considerar su inserción en el contexto social y cultural. Deberá ponderar los hechos relevantes, es decir, analizar las circunstancias de modo, tiempo y lugar, los medios de prueba que acrediten esos hechos y que identifique las normas conectadas de modo directo con el caso y aplicables para la solución las que se desprenderán, en principio, de la conexidad entre los hechos acreditados por las pruebas y lo peticionado por las partes.

Asimismo, la aplicación del test de razonabilidad para resolver los casos de neutralidad de normas también deberá considerar la construcción histórica del principio de igualdad y no discriminación

elaborada por la jurisprudencia de la Corte IDH, las conceptualizaciones del Pacto de Derechos Humanos y las Opiniones Consultivas en cuanto a que: (i) la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano; (ii)es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad; (iii) no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza; (iv) la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos; (vi) el respeto al principio de igualdad y no discriminación implica la responsabilidad de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados; (vii) una diferencia de trato es discriminatoria cuando 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 ("Yatama", "Norín Catrimán", "Atala Riffo", entre otros mencionados previamente).

Es importante advertir que desde el punto de vista de los derechos humanos es irrelevante si existió "intención" del Estado en generar el efecto discriminatorio: la violación surge in *re ipsa* con la sola constatación del resultado.

Esto plantea además un tema de gran densidad: no hay norma más *neutral* que la que no existe, lo cual sucede cuando el Estado no ha regulado o normado una cuestión. La inconstitucionalidad por omisión tiene en efecto esa nota de "neutralidad", y en ese caso lo que se puede reprochar al Estado es precisamente que no haya tomado acciones positivas para remediar un estado de cosas violatorio de derechos humanos (ya sea asumiendo obligaciones de prestaciones estatales, como alimentación, educación y salud, para asegurar un acceso y disfrute a grupos desaventajados que pueden encontrar dificultades a estos derechos, ya sea ordenando a través

de regulaciones de "cupos" o restricciones la conducta de los particulares que, exenta de intervención estatal, puede redundar en iguales consecuencias).

## 6. Conclusiones.

La inexistencia de distinciones discriminatorias explícitas no es suficiente para desestimar un planteo de discriminación, pues los efectos de normas "en apariencia" neutrales pueden resultar igualmente restrictivos, redundando en un impacto desigualitario perjudicial, que tiene por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

Sentado este principio, debe subrayarse que:

- El escrutinio judicial no puede omitir las dimensiones desigualitarias que pueden ser compatibles con normas "neutrales" y hasta ser resultados o efectos de las mismas.
- La propuesta de recurrir al test de razonabilidad constituye una alternativa a las fórmulas que examinan la igualdad y no discriminación para los casos de un escrutinio ampliado por la problemática de la neutralidad de las normas.
- Este tema nos obliga no sólo a considerar el derecho positivo de normas existentes, sino también el espectro de normas exigibles que un Estado omitió sancionar para evitar o corregir desigualdades estructurales.
- En el Estado de Derecho constitucional y convencional actual, la igualdad debe ser entendida no solo como la garantía del principio de no discriminación sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo de manera integral y como parte de un grupo.
- La alternativa propugnada (aplicación del test de razonabilidad) permite considerar el contexto social en el que se aplican las normas, leyes y prácticas y como impactan en los grupos desventajados mientras que las demandas de igualdad aspiran a concretizar la supuesta

igualdad real como garantía de la tutela del principio de igualdad y no discriminación.

- En épocas modernas parecería difícil que un Estado de Derecho esté incurriendo en discriminaciones explícitas, y los parlamentos y burocracias modernas tienen un sesgo tecnocrático que determinan su funcionamiento ordenado por normas regularmente "neutrales", razón por la cual es cada vez más necesaria la activación de un perfil de control adecuado para un activo y criterioso ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad en estos supuestos.

■■■

# RÉGIMEN PREPARATORIO PARA LA LIBERACIÓN

## El artículo 56 quáter de la Ley 24.660 -incorporado por Ley 27.375. Análisis de su incidencia en el marco de la ejecución de la pena.

*Lucas Gabriel González - Marisol Emilia Rodríguez* •

### 1. Introducción

En el presente trabajo nos proponemos dar una explicación aproximada acerca de un artículo cuya reciente aparición en el ámbito de la ejecución de la pena trajo y traerá, sin dudas, nuevos planteos y debates sobre su redacción, contenido y aplicación, que cuales deberán ser abordados y desarrollados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de los distintos tribunales del país. Específicamente la referencia está hecha al artículo 56 quáter incorporado a la Ley de Ejecución Penal mediante Ley 27.375, publicada en el Boletín Oficial el día 28/07/2017 y que entró en vigencia el 5 de agosto de 2017.

El mismo establece lo siguiente:

> *Régimen preparatorio para la liberación.* En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la

• *Marisol E. Rodríguez,* Abogada, Fiscal Adjunta de la Unidad de Ejecución Penal de la Oficina Única del MPF de la I Circunscripción Judicial. *Lucas G. González.* Abogado egresado de la Universidad Nacional de La Pampa. Pasante en la Unidad de Ejecución Penal de la Oficina Única del MPF de la I Circunscripción Judicial, durante el período 11/11/2019-30/11/2020.

gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior.

Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y, finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión.

En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas".

## 2. Análisis normativo.

Antes de abordar el contenido del artículo en cuestión, y las condiciones de procedencia requeridas para que la persona condenada sea beneficiaria del mismo, es necesario mencionar que, sistemáticamente, se encuentra ubicado dentro de la estructura de la Ley de Ejecución Penal 24.660, bajo el título "excepciones a las modalidades básicas de ejecución".

Para configurar el escenario o campo que nos permita acceder a la aplicación del artículo 56 quáter es menester que con anticipación se cumplan una serie de condiciones habilitantes.

2. a) Una de ellas se encuentra dada por la asignación al caso concreto de la normativa que precisamente incorporó el artículo en cuestión, es decir, es imprescindible la aplicación de la Ley de Ejecución Penal conforme su redacción actual. Para que se configure ese presupuesto resulta ineludible que la persona que se encuentra cumpliendo pena lo haya sido por un delito cometido desde la entrada en vigencia de aquella, es decir, debe tratarse de un hecho cometido a partir del 05/08/2017 (o que la redacción actual de la Ley 24.660 resulte más benigna).

2. b) La otra condición es que el delito cometido a partir de la fecha ya citada debe ser alguno de los contemplados en el catálogo que establece el artículo 56 bis, y no mediar con anterioridad una declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto, ya que de configurarse esa hipótesis el artículo 56 quáter devendría inaplicable por ser justamente una correlación o derivación de aquel, al establecer, como alternativa, -un régimen especial de progresividad para quienes precisamente han resultado condenados por alguno de los delitos enunciados en el artículo que inaugura el capítulo referido a las excepciones a las modalidades básicas de ejecución- (artículo 56 bis), pues de lo contrario, se encontrarán impedidos de egresar (aunque sea temporalmente y por breves períodos), antes del agotamiento de la condena.

2.c) Sentadas las bases que permitirán su aplicación o que -al menos- allanarán el camino hacia el mismo, ahora nos toca adentrarnos en su letra y contenido.

Vale la pena aclarar que -independientemente de las consideraciones o posturas en torno a la constitucionalidad o no del artículo 56 bis y toda la normativa dependiente del mismo (entre ellos el artículo en análisis)- el desarrollo se centra exclusivamente en lo dispuesto en el artículo 56 quáter, ya que en definitiva éste se encuentra vigente y tranquilamente podrían darse casos o supuestos en los que se demande su aplicación.

El primer párrafo del mentado artículo, en cuanto régimen preparatorio para la liberación, establece que:"*En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior".*

Ya, desde un primer momento, es posible advertir deficiencias en la redacción dada por el legislador nacional y que harán necesario, como se dijo al inicio del presente trabajo, que las mismas sean salvadas o por lo menos tratadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Efectivamente, y a partir de una primera lectura podemos observar que no se indica quién o quiénes deberían elaborar ese "programa específico" ni tampoco la temática del mismo. Sobre el particular, autores como Alderete Lobo Rubén

A y Gómez Romero Martina[1] han sostenido: *"Sobre esto debemos adelantar, desde ya, que la norma no aclara quién debe elaborar este programa y con qué pautas. Como, según la ley, es "específico" asumimos que es distinto al programa de tratamiento individual a que se refiere el artículo 5, de modo que hay un vacío absoluto respecto del contenido de este "programa". La norma posee, en este aspecto, una imprecisión alarmante".* No obstante ello, es viable pensar que, de tratarse de un interno alojado en establecimiento penitenciario, sería lógico que estuviera a cargo de quien confecciona el programa de tratamiento individual de cada interno, es decir del organismo técnico criminológico, con la salvedad de que éste programa sería distinto al inicial, y se elaboraría al momento de que el peticionante cumpla con todos los requisitos exigidos por el artículo, (un año antes del agotamiento de la condena, observancia regular de los reglamentos carcelarios e informe de peritos y de la dirección del establecimiento que sostenga un pronóstico de reinserción social favorable).

A raíz de ello se plantea un nuevo interrogante que tiene una directa relación con la realidad de nuestra provincia, en la cual, la mayoría de las personas condenadas transitan su pena privativa de libertad en comisarías sin ningún tipo de abordaje de progresividad. Como consecuencia de este cuadro de situación, y ante la solicitud por parte de un/a interno/a de ser incorporado al régimen de progresividad establecido por el artículo bajo estudio, nos encontraremos frente a un conflicto al analizar aquella, dado que no contaremos con la totalidad de los informes requeridos por la normativa.

Planteado un caso con las aristas precedentemente enunciadas, podemos sostener que sí es posible contar con un cómputo de pena para determinar el factor temporal, con los informes de conducta por parte del lugar de alojamiento (comisaría, alcaidía), para determinar la observancia regular de los reglamentos carcelarios, pero, de un modo inevitable, no se contará con el informe previo de la dirección de establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social. En este

---

[1] Alderete Lobo Rubén A y Gómez Romero Martina, "*Sección cuarta- Libertad asistida. Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentario a la Ley n.° 24660 reformada por Ley n.° 27.375"*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2019, p.260.

caso, a nuestro entender, y ante la situación particular que atraviesan quienes cumplen pena en dependencias policiales -lo cual no puede acarrearles perjuicios o dejarlos al margen de los beneficios y/o derechos consagrados por la Ley de Ejecución Penal- el informe que pronostique la reinserción social del peticionante debería ser llevado a cabo por el Equipo Técnico de la Unidad de Ejecución de Pena del Poder Judicial (también conocido como Juzgado de Ejecución Penal) -a través de sus áreas de asistencia social y psicológica- toda vez que es éste quien los efectúa en otros tipos de egresos al medio libre, como lo son las salidas transitorias, libertad condicional y libertad asistida; lo relatado es demostrativo de la importancia de contar con los mismos o de que su presencia resulta ineludible para el tratamiento de solicitudes que se enmarquen en un contexto como el que fue descripto.

En tal sentido, la Sala "B" del Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa en su reciente sentencia de fecha 05/04/2021 en el Legajo 82359/10 caratulado "R.O.R s/ MPF y Querellante Particular impugnan incorporación al régimen preparatorio para la liberación" compartiendo el criterio de la Fiscalía de Ejecución Penal sostuvo*:*

> "Ahora bien del estudio del presente caso se puede advertir que el condenado R.O.R se encuentra cumpliendo la condena en establecimientos carcelarios de la policía de la provincia, lo que implica que algunos requisitos de los que menciona la ley no puedan ser informados por la autoridad policial como ser el informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable su reinserción social.
>
> Lo que implica que el penado reúne parte de los requisitos establecidos por la ley de fondo, lo cual dificulta, además, el estricto cumplimiento de las exigencias previstas en el art. 56 quáter de la norma referida, es decir que el requisito mencionado en el párrafo que antecede es de difícil cumplimiento. No obstante lo manifestado considero que este estado, no atribuible al justiciable, no puede ser considerado como un obstáculo para que igualmente se le apliquen las disposiciones contenidas en la Ley de Ejecución Penal…"

Posteriormente, y luego de resaltar la importancia de los informes que se pudieran emitir tanto desde el área asistencia social, como psicológica teniendo en cuenta la gravedad del delito por el cual R. fue condenado (abuso sexual simple en seis oportunidades, Art. 45, 119 primer párrafo, y 55 todos del C.P.) el tribunal colegiado manifestó: "*Es por todo lo expresado que voy hacer*

*lugar al recurso del Ministerio Publico Fiscal, debiendo el Juzgado de Ejecución dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 56 quáter de la ley de ejecución a través de su equipo técnico en los casos de los condenados alojados en establecimientos carcelarios de la provincia".*

A continuación abordaremos los requisitos de procedencia para acceder al mentado régimen.

Retomando la lectura del artículo, advertimos la necesidad de contar con distintos factores o requisitos, a saber:

- uno temporal, pues debe solicitarse un año antes del cumplimiento total de la condena;
- uno de conducta, toda vez que exige la observancia regular de los reglamentos carcelarios; y
- otro de concepto, que está dado por la necesidad de contar con un informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable la reinserción social del peticionante.

Una vez comprobados estos requisitos el/la interno/a *podrá acceder a dicho régimen.*

Conforme la redacción otorgada, podemos observar que -al tratarse de un régimen liberatorio previo al agotamiento de la condena-comparte exigencias previstas para acceder a otros institutos liberatorios como libertad condicional, salidas transitorias, entre otros.

En efecto, nótese que se exigen en todos los supuestos, factores o requisitos temporales, conductuales y conceptuales pero con especificidades de acuerdo al instituto de que se trate.

Volviendo al tema que nos ocupa, una vez satisfechos estos presupuestos, el/la interno/a accederá a un régimen de salidas muy breves (12 horas como máximo), previa *preparación dentro del establecimiento durante los tres primeros meses.*

Luego de ello, y durante el término de seis meses, se le posibilitará la realización de salidas fuera del establecimiento carcelario, pero con la limitación de que las mismas sean diurnas, por un plazo máximo de doce horas y con acompañamiento.

Finalmente, y ya durante los últimos tres meses, también accederá a salidas en las mismas circunstancias antes descriptas, con la salvedad de que lo hará sin acompañamiento.

Entonces, queda claro que este régimen preparatorio consta de tres etapas bien definidas:

- la primera, de preparación dentro del establecimiento penitenciario o policial sin posibilidad de egreso alguno;
- la segunda, prevé el egreso del establecimiento penitenciario o policial con acompañamiento; y
- la tercera, sin acompañamiento y basado en el principio de confianza que prima en las salidas transitorias.

Tras un detenido seguimiento de este tramo del artículo, se puede comprobar nuevamente, que el mismo adolece de muchas imprecisiones en su redacción, y que hacen inexorable, como ya se dijo en un pasaje de este trabajo, que las mismas empiecen a ser cubiertas y desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Entre las falencias se puede mencionar que, si bien se admiten la posibilidad de salidas fuera del establecimiento, no se indica la periodicidad o frecuencia de las mismas, como así tampoco las reglas de conducta o condiciones a observar durante el usufructo de aquellas. Tampoco es claro respecto de quién será el encargado de realizar ese acompañamiento en el primer tramo de las mismas, ¿Un agente del servicio penitenciario?, si es así ¿Cuál? ¿Un referente previamente designado por el interno?; y además omite pronunciarse si en ese lapso o intervalo de la preparación dentro del establecimiento se producen nuevos hechos que produzcan un retroceso en la consideración positiva del interno/a, como así en el supuesto de que durante el usufructo de las salidas fuera del establecimiento se produzcan incumplimientos a las reglas de conducta que oportunamente hayan sido dispuestas por la autoridad judicial. Como es posible advertir, todas estas situaciones no se encuentran previstas en el dispositivo legal *sub examine*, llevando irremediablemente a que las consecuencias o efectos derivados de las mismas sean, -reiteramos- de elaboración o desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

## 3. Jurisprudencia relevante.

3.a) En un incidente sobre incorporación al régimen preparatorio para la liberación, el Juez de Ejecución resolvió hacer lugar al mismo en función de encontrarse cumplido el requisito temporal y contar con un informe de comportamiento favorable de las autoridades policiales de la dependencia en la cual el peticionante cumplía su condena.

En esas condiciones autorizó al peticionante una salida transitoria por mes de 10 horas, acompañado por personal policial (art. 56 quáter, segundo párrafo, segundo supuesto), y como únicas condiciones dispuso la permanencia en el domicilio fijado para el usufructo de las salidas; no abusar del consumo de alcohol ni consumir sustancias psicoactivas.

El Ministerio Público Fiscal se agravió por haberse incorporado a R.O.R al régimen preparatorio para la liberación sin cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 24.660 (red. actual), permitiendo el egreso al medio libre de una persona condenada por delito de carácter sexual sin ninguna intervención de Equipo Técnico que pronostique si su reinserción social resulta favorable, ni elaboración de un programa al cual deberá ajustarse su egreso ni posterior supervisión. Entendió, además, que otorgada la libertad en esas condiciones no sólo constituía un apartamiento de la norma aplicable sino que, también, podía llegar a poner en peligro al grupo social al que el interno accedería.

Al resolver la cuestión planteada, el Tribunal de Impugnación Penal de la Provincia de La Pampa, advirtió que el condenado se encontraba cumpliendo la condena en establecimiento perteneciente a la policía de la provincia, lo cual implicaba que algunos requisitos de los que menciona la ley no pudieran ser informados por la autoridad policial como ser el informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable su reinserción social.

Consideró que el penado cumplía parte de los requisitos establecidos por la ley de fondo, lo cual dificultaba, además, el estricto cumplimiento de las exigencias previstas en el art. 56 quáter

de la norma referida, es decir que el requisito mencionado en el párrafo que antecede es de difícil cumplimiento.

No obstante ello, estimó que ese estado no era atribuible al justiciable, que no podía ser considerado como un obstáculo para que igualmente se le aplicaran las disposiciones contenidas en la Ley de Ejecución Penal, toda vez que es responsabilidad del Estado, y no del reo, que las penas se cumplan en una Unidad Penitenciaria, como lo viene sosteniendo dicho Tribunal.[2]

En el caso concreto, y teniendo en consideración el delito por el cual fuera condenado R. -abuso sexual- y las circunstancias especiales del hecho, de acuerdo al Tribunal de Alzada ameritaba que al mismo se le realizaran los informes establecidos en la norma a fin de que obtenga el régimen preparatorio para liberación, lo cual implicaba que el informe fuera realizado por el equipo técnico del Juzgado de Ejecución.

El fallo destacó que en los condenados por este tipo de delitos sexuales resultaba importante el informe del Área Social donde se debería valorar por parte de las asistentes sociales si era conveniente que el penado tenga contacto con las víctimas, más aún si el delito fue en el ámbito intrafamiliar; y el informe de las psicólogas que puedan determinar el grado de evolución psicológico alcanzado por el mismo, es decir si había adquirido conciencia del injusto que realizó y por ende el daño que le ocasionó a terceros y en este caso en particular al grupo familiar, todo ello en virtud de poder determinar el grado de reinserción social para poder acceder al medio libre a través del régimen de prelibertad normado en el art. 56 quáter de la ley de Ejecución Penal.

En función de los argumentos mencionados, hizo lugar al recurso de impugnación del Ministerio Publico Fiscal, y ordenó al Juzgado de Ejecución dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 56 quáter de la Ley de Ejecución a través de su equipo técnico en los casos de los condenados alojados en establecimientos carcelarios de la provincia, es decir, en dependencias policiales.

3. b) Por su parte, el Juez de Ejecución Penal de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Chaco, en autos caratulados: "Puszko Suizer Roberto Basilio s/ Ejecución de pena

[2] Tribunal de Impugnación Penal de La Pampa, legajo 27329/2 caratulado: "SCHEFFER, Carlos Adrian S/ Impugna rechazo salidas transitorias".

efectiva – Con Preso" Expte. Nº 215/08, el día 19/12/19 incorporó a la última etapa en el Régimen Preparatorio para la Liberación, previsto en el art. 56 quáter de la Ley 24.660/96, modificada por Ley 27.375 (B.O. 28/07/2017) al interno Roberto Basilio Puszko Suizer.[3]

Al hacerlo tuvo en cuenta que a) el nombrado, alojado en el Complejo Penitenciario II de esa ciudad, con fecha 03/10/2019 fue incorporado al RÉGIMEN PREPARATORIO PARA LA LIBERACIÓN conforme lo dispuesto en el Artículo 56 quáter de la ley 24.660;b) se redujeron los plazos, por aplicación de estímulo educativo, a la condición "temporal" para acceder a salidas transitorias fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión; c) se había requerido, previamente, al Director del Complejo Penitenciario que arbitrara los recaudos pertinentes a fines de dar cumplimiento en el caso a lo dispuesto en el art. 56 quáter -in fine- de la Ley 24.660/96, modificada por Ley 27.375 (B.O. 28/07/2017), y en este sentido se expidiera su Consejo Correccional respecto a la procedencia o no de salidas sin supervisión en el domicilio propuesto por el interno de autos; y d) por último, que se había solicitado a la encargada de la Oficina de Servicio Social, que encomendara a la Psicóloga de Tribunales la confección de un informe psicológico actualizado del interno de autos, expidiéndose respecto a la conveniencia de otorgar salidas sin supervisión en el domicilio propuesto por el interno de autos.

En función de que el peticionante venía usufructuando la salidas excepcionales con custodia penitenciaria (en el marco del régimen bajo análisis), de los informes de supervisión efectuados y valorando principalmente el informe Psicológico del Poder Judicial y el Acta del Consejo Correccional que propiciaban la concesión de egresos sin supervisión, contando con el acompañamiento comprometido de sus referentes familiares y previa vista al Ministerio Público Fiscal, se incorporó al interno a la última etapa del régimen preparatorio para la liberación.

---

[3] Juzgado de Ejecución Penal de Roque Sáenz Peña, Segunda Circunscripción Judicial, de la Provincia Chaco, "Puszko Suizer Roberto Basilio s/ Ejecución de pena efectiva - con Preso" Expte. Nº 215/08, fallo del 19/12/2019, accediendo en http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/48713-incorporacion-ultima-etapa-del-regimen-preparatorio-liberacion-articulo-56-quater-ley

Tal incorporación fue concedida bajo determinadas reglas de conductas u obligaciones, a saber: a) Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas o cualquier compuesto que implique adicción o drogadicción, b) Cumplir estrictamente el horario fijado para su reingreso a la Unidad de Alojamiento; c) En caso de imposibilidad del cumplimiento del reingreso al Complejo Penitenciario II de esta ciudad por razones de fuerza mayor, deberá presentarse en forma inmediata a la unidad policial más cercana a su domicilio dentro del horario fijado, con la constancia expedida por este tribunal y solicitar la comunicación a la Unidad de alojamiento.

Todo ello, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 19 de la ley Nº 24660/96 en caso de incumplimiento.

Por último, dispuso tres medidas: 1) que la Unidad de Alojamiento labre Acta, al momento del egreso y regreso del penado a la Unidad, disponiéndose su examen médico para establecer su estado clínico, lesiones o signos de malos tratos e ingesta de alcohol, drogas, estupefacientes o cualquier otra sustancia tóxica susceptible de producir dependencia física o psíquica, de todo lo cual elevará informe luego de cada egreso a este Tribunal (art. 144 Ley 24.660/96); 2) que las salidas del interno sean supervisadas por las Asistentes Sociales con prestación de servicios en el Complejo Penitenciario II de esta ciudad (art. 20 de la Ley 24.660/96), debiéndose informar periódicamente a este Juzgado; y3) que en forma simultánea con la supervisión del personal del Complejo Penitenciario II, se realice la supervisión de las salidas transitorias por personal del Servicio Social del Poder Judicial, remitiendo informes periódicos de la misma.

## 4. Reflexiones finales.

La reforma operada a la Ley de Ejecución Penal 24.660 mediante Ley 27.375 no puede ser pasada por alto, sino todo lo contrario, es necesario ir adentrándose en ella, no solamente para tener presente lo que específicamente dispone o establece, sino para entender realmente su verdadero significado y trascendencia.

Entre las modificaciones que se le realizaron, tal como fue desarrollado, se encuentra la incorporación del artículo 56 quáter (régimen preparatorio para la liberación), que “viene de la mano” de

la modificación al artículo 56 bis (excepciones a las modalidades básicas de ejecución).

El dispositivo legal que fue objeto del presente trabajo constituye un nuevo camino a seguir, una alternativa para aquellas personas que hayan sido condenadas por alguno de los delitos enunciados en el artículo 56 bis.

Prescindiendo acerca de las opiniones que postulan su constitucionalidad o inconstitucionalidad, y que de optarse por ésta última opción coartaría la posibilidad de su aplicación, se trata de un artículo que se encuentra vigente y que hará necesario tenerlo presente en aquellos supuestos en los que se demande su aplicación. Lamentablemente, la redacción dada por el legislador, no es la mejor, la más clara, tal como hemos podido detallar.

Como consecuencia de esta circunstancia, tanto la doctrina como la jurisprudencia, deberán acudir en auxilio de esta problemática, dotando de significado y llenando de contenido concreto las disposiciones que regulan este nuevo instituto en el ámbito de la ejecución de la pena.

Cabe destacar además, que esta misión también deberá llevarse a cabo ante situaciones como las que se presentan en nuestra provincia, donde gran parte de las personas privadas de su libertad cumplen condenas en comisarías o dependencias policiales. Si bien el hecho de que una persona no cumpla su condena el establecimiento penitenciario no es una circunstancia por la que aquella deba responsabilizarse, sí se hace imprescindible a los efectos de abordar correctamente una solicitud de incorporación al instituto previsto en el artículo bajo examen, que se cuente con la totalidad de los informes previstos por la normativa.

Por ello y de presentarse un caso con características como las enunciadas, donde no se puede contar con el informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, es el Equipo Técnico de la Unidad de Ejecución de Pena del Poder Judicial, también conocido Juzgado de Ejecución Penal quien deberá suplir esa ausencia, y así lo ha establecido recientemente nuestro Tribunal de Impugnación Penal en el fallo que ya fue mencionado.

No obstante, queremos resaltar, que este camino recién empieza y que sin dudas habrán de producirse nuevas situaciones que pongan a prueba o desafíen lo hasta aquí escrito.

■■■

# ¿ES SUFICIENTE CON EL DERECHO PENAL ANTE LA PROBLEMÁTICA DE VIOLENCIA DE GÉNERO?

*María Antonela Viceconte*[*]

## 1. Introducción.

Aprovechando la situación de pertenecer y por ende con la ventaja de conocer el sistema desde adentro, pretendo detenerme allí donde me desempeño, sintiendo la obligación y el deber de plasmar en palabras el trabajo diario, los obstáculos por los cuales atravesamos quienes nos desempeñamos en el día a día en una Fiscalía temática que trata con temas cotidianos de violencia familiar y de género, pero así también poder plantear y aportar posibles herramientas que mejoren el propio servicio de justicia.

El cuestionar a diario la tarea propia como operador jurídico, como la de mis colegas, desde un sentido crítico constructivo, me lleva a replantear el rol que cumple el sistema judicial de la Provincia de La Pampa ante esta problemática que atraviesa la sociedad toda llamado "violencia de género", en búsqueda de mejorar la calidad y también en encontrar respuestas ante innumerable cantidad de preguntas.

Estar en contacto con víctimas de todo tipo de violencia, en múltiples circunstancias, contextos, edades y clases, tristemente deja al desnudo la cruel realidad que atraviesa el sistema, haciendo referencia al propio estado al momento de dar respuesta a las víctimas.

---

[*] Abogada - Magíster en Derechos Humanos y Libertades Civiles, Oficina de la Mujer y Violencia Doméstica del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa.

De allí la necesidad de recalcar la importancia del resto de las instituciones, propio del trabajo interdisciplinario, parte inescindible en este andamiaje que intenta poner un freno a la violencia de género y dar una solución a numerosas víctimas, lo que lleva claramente a cuestionar, si es el sistema penal el encargado de dar la última palabra y si desde allí se consigue reparar en algo el daño causado.

Sabemos a esta altura, por la cruel realidad que vemos a diario, por la estadística y los estudios realizados desde la disciplina específica, que las conductas desplegadas por los agresores, son aprendidas o copiadas desde el seno más íntimo de su familia, o en algunos casos responden a una construcción social, de modos aprehendidos en la sociedad patriarcal en la que fuimos formados y socializados, como así también se deben a rasgos psicológicos y psiquiátricos del propio ser, por nombrar algunas de las causales.

Los distintos actores que aquí interactúan son tan importantes y responsables uno como otros, desde el agente policial que realiza el parte dando inicio al sumario policial que toma intervención y conocimiento del hecho, como aquel que toma la denuncia en la oficina o seccional correspondiente, las psicólogas o asistentes sociales que elaboran el informe de abordaje, las distintas oficinas dedicadas a la temática, solo por nombrar alguna de ellas, la Oficina de la Mujer, la Oficina de Política de Género, la Oficina de Violencia Familiar, la Oficina de Atención a la Víctima y al Testigo. Estos son sólo algunos de los partícipes de un primer eslabón, que luego se irán ensamblado al gran proceso penal.

Ya en el siguiente paso, o eslabón, nos adentramos a la actividad puramente judicial, de investigación, donde el problema pasa a manos del estado, allí nos encontramos con la fiscalía de género – y aquí me refiero al Fiscal, Fiscal Adjunto, empleados, jefe de mesa de entradas– los peritos forenses, distintos organismos o profesionales que son parte de este sistema. Desde la actuación externa pero llamados a ser parte de este proceso, los médicos clínicos y de otras especialidades, testigos, y así podría seguir enumerando innumerable cantidad de personas afectadas a la hora de atender un caso de violencia de género. Lo que prueba la magnitud que conlleva, lo complejo del problema, y la magnífica red de personas que esto vincula.

Claramente vemos que el abanico de posibilidades y por ende de equívocos es muy amplia ya que el efectivo resultado de un caso no depende de una persona, que es tan importante la actuación del agente, como del Fiscal, como del médico, o psicólogo que la asiste, como así de la propia víctima y de la propia decisión del juez, como de la actuación e intervención del propio defensor penal, siendo en algunas oportunidades, pobre de contenido y poco saber en cuanto perspectiva de género se refiere.

De allí la imperiosa necesidad de la capacitación constante de todos los operadores jurídicos, independientemente de sus cargos, que, si bien mucho se logró con la ley Micaela, frente a los que significa la problemática, los estereotipos de siglos, el discurso instaurado, se podría decir que solo es un puntapié o el inicio de un gran desafío. No podemos conformarnos, ni creer que un curso pueda facultarnos o deconstruirnos al punto tal de evitar el trato desigual, o la discriminación en algunos casos.

No tengo duda que el trabajo interdisciplinario es sin duda una de las alternativas a llegar a buen puerto, vale la siguiente equiparación, al pensar a cada uno de los organismos como una gran orquesta, siendo tan importante uno como otro actor, la ejecución de cada uno de ellos será igual de importante para lograr una buena sinfonía y ejecución, siendo todos ellos dirigidos por un jefe de orquesta, traigo este ejemplo, al ser en cierto modo lo ocurre en la práctica misma de las diferentes instituciones, quienes confluyen en su hacer cotidiano en pos de frenar o limitar este gran problema.

Debiendo sin duda dejar los egos y orgullos de lado, en vista de lograr un resultado, impartir justicia, luego podremos discutir si es la única finalidad que aquí se debe buscar, siendo que las realidades que atraviesan a las víctimas son muy distintas una de otras, y por ende muchas de ellas no solo lleguen a los estrados judiciales en busca de una pena, o peor aún, que para llegar a ella, sea necesaria la articulación de otros medios y cubrir ciertas necesidades que permitirán la autonomía suficiente para que esa mujer pueda decidir libremente.

Pues ante este problema, y en la búsqueda inquietante por intentar terminar o mitigar la violencia de género, es válida la comparación, siendo cada una de las instituciones tan importante

una como otras a la hora de entender que sucedió o pasa o podría pasar con esa persona en riesgo.

Pero, así como veo en el trabajo interdisciplinario una posible salida o herramienta para dar una solución efectiva, también encuentro en ella un gran límite, cuando de revictimización hablamos, ya que como bien establece la Ley 26485, ¿hasta dónde se cuida, protege y escucha a la víctima?, siendo que su repertorio es constante y reiterativo en cada uno de los organismos que esta debe atravesar.

Tal vez, dicha observación nos deja al desnudo la falta de articulación y organización de dichas instituciones, que la orquesta como tal citaba a modo ejemplo no existe, pues se trata de esto, de establecer planes estratégicos capaces de ser inteligentes a la hora de diagramar la investigación de un delito o abordar un problema tan complejo como el de violencia familiar o de género. En consecuencia, no hay dudas que este sacrificio, traiga aparejado un beneficio, consistente en el ahorro de tiempo, de insumos, de recursos económicos y hasta humano, pudiendo centrar atención y personal en aquellas causas que realmente lo requieran.

El gran problema y desafío estriba en el día después, cuando el problema salió de cuatro paredes, para ser denunciado, ¿cómo se sigue?, ¿cómo se contiene a la víctima y su entorno?, ¿qué sucede con los hijos de estas partes?, si se arriba o no a una condena, ¿era lo esperado?, ¿se logró probar realmente que lo narrado sucedió? Y con ello los diferentes cuestionamientos:

1. ¿Es el Derecho Penal la solución al flagelo de la violencia de género?

2. ¿Existe perspectiva de Género en los distintos operadores de justicia? Dentro y fuera del sistema judicial

3. ¿Existen instituciones suficientes capaces de contener y dar respuesta a las víctimas de este delito?

4. ¿Es la prisión y la condena – en sus diferentes modalidades- la solución para estos tipos de delitos?

5. ¿Existe control de los tan famosos acuerdos de juicios abreviados?

6. ¿Existe la violencia institucional?

## 2. Abordaje de la problemática.

Sin duda es un mundo inquietante y ala vez perverso, que presenta en todo momento desafíos, pero sobre todo, el sin sabor de creer o saber que poco se hizo, o que no se hizo nada, depende de que vereda se lo mire. El trabajo debe ser articulado, la comunicación entre los diferentes actores debe ser más que necesaria, no todo culmina cuando el problema atraviesa un proceso judicial, muchas de las victimas que el sistema judicial recibe dependen económicamente del agresor, o viven con él y no tienen dónde ir, o luego de denunciar, todo lo que pretenden es un cambio de actitud real en su pareja – el agresor-.

Vemos que el problema no puede ser abordado solamente con lo que dispone las normas del código penal o procesal, va más allá de un altercado jurídico, se trata de mirar un poco más allá, de saber escuchar a la víctima, o de detenerse a leer minuciosamente el informe remitido por alguna de las tantas instituciones por las que atraviesa la victima para lograr dilucidar donde surgió el problema, o que podría hacerse para mejorar la calidad de vida de esa persona.

Está en evidencia que el sistema penal solo, no puede actuar ni responder a este problema, que deben existir políticas de estado, políticas públicas, que implique su inclusión en el propio presupuesto, e incluso la participación e involucración ciudadana al momento de denunciar, perseguir y denunciar ataques como estos. Claramente el sistema penal, está diseñado desde las entrañas del sistema punitivo, que al hacer suyo el conflicto, pasa a ser de interés público, dejando en segundo plano la voluntad e interés de la mujer, sin mencionar, lo que esto conlleva.

Dejar de ver este problema como algo privado, que solo la pareja debe tratar y discutir; y bregar por campañas de difusión, instituciones, hogares de contención de mujeres y niños, pensiones y/o cualquier tipo de ayuda económica (allí si el estado debe estar presente), o lugares de inserción laboral para aquellas victimas que no cuentan con sustento suficiente para ratificar así su autonomía, que esa dependencia económica no sea el motivo de perdón o la excusa para regresar con el agresor.

A lo largo de mis años de función como operadora jurídica, fueron muchas las entrevistas realizadas, debiendo oír, (…) "*volví*

*porque no tengo donde ir" (...); en otro caso: (...) "¿condena? No, yo dependo del ingreso que él me pasa" (...); (...) "tratamiento psicológico, llamé, pero no cuentan con personal disponible, están con mucho trabajo*"; y así innumerables ejemplos de la vida misma, realidades impensadas, pero que conviven con nosotros. Frente a dichas afirmaciones, no existe paliativo que pueda vencer o soportar esas ganas de sobrevivir, deben existir instituciones y organismos capaces de contener a las víctimas de violencia contra la mujer en el momento justo.

Por otro lado, es importante destacar la importancia de la capacitación de los/as operadores/as del estado. En este sentido, la Recomendación Nº 35 de la CEDAW establece que:

> "ofrecer una creación de capacidad, una educación y una formación obligatorias, periódicas y efectivas a los miembros del poder judicial, abogados y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos el personal médico forense, los legisladores y los profesionales de la salud, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva, especialmente en los servicios de prevención y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual y el VIH, y a todo el personal educativo, social y de bienestar, en particular el que trabaja con mujeres en las instituciones, tales como residencias, centros de asilo y prisiones, a fin de equiparlos para prevenir y combatir debidamente la violencia por razón de género contra la mujer" (párrafo 30)[1].

Al respecto, nuestro país avanzó en este sentido al haber dictado la ley 27.499, denominada *Ley Micaela* de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del estado. Igualmente, los frutos de la presente legislación serán observados por la sociedad en general, en su puesta en práctica en la intervención estatal en aquellos casos de mujeres víctimas de violencia; si bien tuvo gran adherencia, necesariamente

---

[1] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2017). Recomendación General nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general nº 19. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Naciones Unidas.

Disponible en:
https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf.

muchos más deben ser los lugares de encuentro que fomenten este tipo de acontecimientos.

Como vemos hasta acá, carecemos de las instituciones capaces de dar respuesta a este problema, pudiendo articular el trabajo con el resto de los organismos, sumar más personal idóneo en las ya existentes, supervisar y controlar su labor, a los fines de evitar retrasos y dilaciones, lograr trabajo realmente interdisciplinario, logrando que los jefes de cada organismo se conozcan y sepan que es lo más importante para cada uno de ellos y así poder ver en cada caso, que es lo que la víctima realmente necesita.

Pensar el delito de violencia contra las mujeres, como los demás delitos, no es algo muy acertado, cuando en realidad, no se está investigando si el robo existió, si la estafa se consumó, es algo mucho más complejo, y sensible a la vez, desde el momento que se recibe la denuncia, a como se pregunta, que se pregunta, como se le informa, como llega a Fiscalía, cual es el trato, que tan partícipe se la hace del proceso, saber escuchar – siempre o casi siempre pensando que el operador encargado de ello es abogado- con esto quiero decir no solo se busca una respuesta jurídica o si, en definitiva, el futuro del proceso será si hay delito, y si está probado.

> (…) "En ocasiones todo el sistema parece estar más interesado en servir su propia lógica interna que en servir a las víctimas, (…). Esta discrepancia entre lo que quieren las víctimas y lo que puede ofrecerles el sistema penal es en parte responsable de la frustración que experimentan los profesionales que trabajan en este ámbito" (…).[2]

Lo que intento plasmar humildemente en estas líneas es el trabajo diario que un abogado efectúa en Fiscalía de Género, donde se hace de psicólogo en la mayoría de las veces, escuchando no solo la victima de la causa, sino también los testigos, familiares, profesionales intervinientes. No es tarea fácil, menos aún, cuando la víctima no logra lo que desea, sea porque no obtuvo condena, o porque se lo condena siendo que ella quería continuar con él.

Siendo relevante también cuestionarnos en esta etapa ¿quién cuidan a los cuidadores?, como repercute en cada uno de los operadores jurídicos, los que, con convicción, responsabilidad y

---

[2] Larrauri, Elena (2003), *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?;* Revista de Derecho Penal y Criminología, 2 época n° 12, pp 271-307.

preparación, llevan adelante cada investigación, dedicados en el afán no solo de cumplir su tarea y prestación de servicio, sino en ir un poco más allá, cuando toda la labor puesta en una causa no satisface los intereses de la víctima, ¿quién responde o les da explicaciones?

En cuanto al interrogante si la pena y la condena es la solución, la mirada no debería ser tan sesgada desde la tipificación, y ver en cada caso mediante un análisis plausible la situación y la voluntad de víctima y victimario, después de todo, sabemos por vasta experiencia que el sistema carcelario no es el mejor de los ejemplos, a la hora de re sociabilizar, o dejar para aquellos casos más graves como intentos de femicidios, o aquellos que sean consumados, ver como única solución a la prisión como condena.

El inicio y control estricto del cumplimiento de tratamiento psicológico en el caso que esté dispuesto como opción (estadísticamente de los casos en que se dispuso como regla de conducta en los acuerdos de juicio abreviado, desconozco el acatamiento por parte de los victimarios y por ende el resultado efectivo de ellos); tratamientos de droga, alcoholismo o cualquier otra adicción, son muchos los paliativos que podrían llevar a un cambio de actitud por parte del sindicado, o tal vez la publicidad al menos de estadísticas que muestren este escenario.

- (…) "parece que esta protección fuera simplemente alcanzable con la redacción de más tipos penales o endureciendo las penas de los ya existentes. Y, sin embargo, la intervención del sistema penal, conlleva algo más que crear un nuevo tipo penal"(…)[3]

- (…) "la Convención de Belém do Pará reconoce que los Estados también pueden ejercer violencia contra las mujeres (art. 2 b), a través de sus agentes y de determinados prácticas que las privan de disfrutar de sus derechos, Este tipo de violencia, conocida como Violencia Institucional- no sólo incluye aquellas manifestaciones de violencia contra la mujeres en las que el estado es directamente responsable por su acción u omisión, sino también aquellos actos que

[3] Larrauri, Elena (2003), ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?; Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época n° 12, pp 271-307

> muestran una pauta de discriminación o de obstáculo en el ejercicio y goce de los derechos"(...).[4]

Sin duda el estado es el primer responsable ante la violencia contra la mujer, debiendo poner a disposición de los ciudadanos y ciudadanas todo el aparato estatal en pos de esclarecer los hechos de violencia, pero pensados desde la primera institución que tuvo lugar hasta la última, agotando los recursos, no actuando como parche, las estadísticas demuestran a diario la gran negligencia que existe en muchas instituciones, es momento de repensarlas y reformarlas desde los cimientos, darle una vuelta de tuerca.

- "La ley argentina 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus relaciones Personales, define violencia institucional contra las mujeres, como –aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley (art. 6. B).[5]

- (...) "Del marco normativo descripto se desprende entonces que los estados están obligados a garantizar el acceso a la justicia de las mujeres en condiciones de igualdad y por tanto deben remover los obstáculos que se interpongan en el ejercicio de ese derecho, sobre todo cuando esos obstáculos tengan un sustrato discriminatorio, provengan del Estado y configuren actos de violencia institucional".(...).[6]

En este punto me pregunto qué tan responsable es el Estado, ante estos supuestos de violencia, que respuesta se le brinda a una víctima que solicita una medida de restricción de acercamiento a su persona y domicilio por tener una pareja que la agrede físicamente, pero que no cuenta con los recursos, o su familia reside en otra provincia y no tiene donde quedarse; me pregunto ante estos casos

---

[4] Piqué María Luisa, *Género y Justicia Penal*, ediciones Didot, Cap 11, pp 309-343

[5] Ley Nº 26.485. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Sancionada: marzo 11 de 2009. Promulgada de Hecho: abril 1 de 2009. (https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155, 2009

[6] Piqué María Luisa, "Género y Justicia Penal", ediciones Didot, Cap 11, pp 309-343

la justicia, como en tantos otros, ¿mira hacia otro lado? O no cuenta con las respuestas o soluciones posibles ante esa situación.

El análisis de la Justicia hoy en día no se circunscribe solamente al plano jurídico, también se encuentra inválida ante aquellos supuestos, ¿y esto por qué? cuando el estado no crea las instituciones adecuadas para poder amparar esa madre con sus hijos nos encontramos con ese tipo de realidades, no estamos en condiciones de hacer frente a este gran problema.

> (...) " el decreto reglamentario de la ya citada ley 26485 define a la revictimización como el –sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte, a tener que acreditar extremos no previsto normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro."(...).[7]

Y pareciera que es la realidad que toda mujer debe enfrentar en el momento que decide denunciar a su agresor, debiendo pasar por varios tamices de la verdad, para lograr una condena. *(...)*

> "Tal como refleja la legislación catalana y algunas de las definiciones del ámbito académico, la revictimización puede ser una consecuencia de la intervención de otros actores e instituciones incluso ajenos al proceso penal y al Estado. Así, entre las demás agencias cuyo contacto con la víctima puede generar victimización secundaria, se destacan los establecimientos médicos- por medio de la invasión a la intimidad de una víctima en una sala de emergencias-, las escuelas –minimizando el relato de abuso sexual de un niño/a-, los líderes espirituales – insistiendo en el perdón o reconciliación antes de que la víctima esté lista para eso,o incluso en contra de su voluntad-, los medios de comunicación

[7] Piqué, María Luisa, "Género y Justicia Penal", ediciones Didot, Cap 11, pp 309-343

–por medio de investigaciones, filmaciones, toma de fotografías y publicaciones intrusivas o inapropiadas-"(...).[8]

## 3. Conclusión.

Así se inicia el tránsito por la ruta crítica de erradicar la violencia en la vida de las víctimas, por lo tanto, es obligación de las instituciones y los/as operadores/as intervinientes de evitar volver a poner en riesgo la vida de esas mujeres.

En relación a esto último, Velázquez (2006) considera que:

> la llamada víctima necesitará entonces, para romper el silencio impuesto, un espacio de escucha, de credibilidad y de respeto que le brinde confianza y la seguridad que necesita. Un espacio para expresar esas palabras que no pudo decir mientras era agredida, un trato respetuoso que repare la intimidación y el abuso y la posibilidad de ordenar sentimientos donde solo hubo miedo y confusión. En este espacio, los que escuchan deben descifrar el sufrimiento y el silencio" (...)[9]

El abordaje interdisciplinario, supone un marco de trabajo mancomunado entre disciplinas, no un aporte independiente de cada una de ellas, sino una común unión de saberes en relación dialógica no jerárquica. Pero además, este equipo deberá de contar con los dispositivos necesarios para hacer un abordaje integral adecuado a cada condición en particular que se presente.

Requiriendo de un fuerte trabajo preventivo y para ello se necesita el trabajo minucioso de los primeros actores de esa ruta, en donde la víctima hace saber en un primer momento su situación, su padecimiento, y de allí se disparan todas las alarmas a los posibles organismos y autoridades correspondientes para lograr articular un red de contención y así por supuesto evitar llegar a la última ratio, el Sistema Penal, en donde claramente se busca condenar aquella conducta que se encuentra plasmada y tipificada como delito, que es

---

[8] Piqué María Luisa, "Género y Justicia Penal", ediciones Didot, Cap 11, pp 309-343

[9] Velázquez, Susana (2006). Violencias Cotidianas, Violencia de Género: escuchar, comprender, ayudar. Ed. Paidós, Buenos Aires, p.p 55

muy necesario, pero que no brinda a las claras ninguna solución a la víctima ni repara los daños del agresor, y no hago mención a daños materiales, va muchos más allá de eso.

Es necesario que podamos visualizar el problema como un todo, y me refiero no desde el lugar que nos toca estar, sino visto desde el lugar de la víctima, necesita de todas y cada una de las instituciones existentes y aun la que restan por crear, nos falta mucho por hacer, si en verdad queremos realmente poner un freno a este gran problema.

■■■

# EL DERECHO A LA VIVIENDA. EL CASO DE ARGENTINA

## EL PROGRAMA PROCREAR COMO UNA SOLUCIÓN PARA LA CLASE MEDIA

*Diego Andrés Dal Santo*[*]

### 1. Introducción.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su 47° período de sesiones (noviembre/diciembre 2011), examinó el tercer informe respecto a nuestro país en la aplicación del Pacto. Entre los "principales motivos de preocupación y recomendaciones", en su punto 21 "El Comité reitera su preocupación por el persistente déficit de vivienda en el Estado parte, debido al desfase entre las necesidades de grandes sectores de la sociedad y la oferta de alojamiento adecuado y asequible. La inexistencia de datos analíticos oficiales fiables a este respecto constituye un importante obstáculo para hacer frente eficazmente al problema. Preocupa al Comité que la especulación con la tierra, la propiedad inmobiliaria y la construcción haya creado dificultades de acceso a la vivienda para la población de ingresos medios y bajos...".[1]

Por ello, "el Comité insta al Estado parte a que adopte políticas en materia de vivienda con el fin de garantizar a todos el acceso a una vivienda adecuada y asequible... a luchar eficazmente contra la especulación en los mercados inmobiliarios, de la tierra y de la construcción...".

En igual sentido, las observaciones finales sobre el cuarto

---

[*] Abogado UNLPam. Especialista en Derecho Procesal. Empleado del Juzgado Civil 3 de la Primera Circunscripción Judicial.

[1] Consejo De Derechos Humanos, Defensoría Del Pueblo de la Ciudad, consultado el 8 de julio de 2021 a través de https://cdh.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/sites/3/2018/03/CDESC-Observaciones-finales-Argentina-2011.pdf

informe periódico sobre Argentina (septiembre/octubre 2018), renuevan, en el punto 47, su preocupación en el tema "vivienda", sobre todo por el incremento de "asentamientos informales sin acceso a servicios públicos, en tanto que el presupuesto de las políticas de vivienda ha sufrido un recorte muy significativo"; y recomienda "Implementar soluciones adecuadas a la magnitud de la problemática habitacional del país, ampliando la escala y mejorando la evaluación de las políticas públicas, incluso la producción de información pública completa y actualizada sobre el acceso a la vivienda", "realizar un estudio sobre el impacto de la especulación en terreno, que permita tomar medidas para controlarla a fin de garantizar la asequibilidad de la vivienda en sectores desfavorecidos" y "fortalecer las medidas para poner a disposición terrenos urbanos bien ubicados para desarrollos de viviendas sociales".[2]

Vemos que estas observaciones referidas a la vivienda se vinculan de manera directa con otras realidades sociales del país: pobreza, desempleo, salud, educación, aumento de tarifas, inflación y programas sociales. Con relación a esto mismo, Daniela Fico dice: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado", así lo establece en su art. 16.3 la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es innegable que para alcanzar dicho resguardo la vivienda es un interés que precisamente debemos proteger, pues "la noción de vivienda como derecho humano se vincula con la de necesidades básicas de todo individuo... es inevitable entrelazar el sustrato de este derecho con otros cuyas esferas hacen conexión a saber, el derecho a la alimentación y a la salud".[3] Vemos entonces, que la vivienda tiene reconocimiento tanto en nuestra carta magna (Art. 14 bis) como también supraconstitucional, ya que varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos incorporados por el Art. 75 inc. 22, en la reforma del año 94, también la mencionan. Aparecen así la Declaración Americana de los Derechos

---

[2] Amnistía Internacional, consultado el 8 de julio de 2021 a través de https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2018/10/DESC.pdf

[3] FICO, Daniela, *La vivienda familiar: un derecho en la balanza de la justicia*. Buenos Aires. Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia,2015, p. 178-184

y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención de los Derechos del Niño; la Declaración Universal de Derecho Humanos; entre otros. Como así también el Código Civil y Comercial, puntualmente en el Libro primero, Título III, capítulo 3, a partir del artículo 244 y variada legislación nacional y provincial al respecto.

> "El acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales, dado que un individuo que no tiene lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes".[4]

El agravamiento de todos estos indicadores colaboró para el surgimiento de las "villas miseria" o asentamientos en diferentes ciudades del país. "Las "villas miseria" o de "emergencia" surgieron en la década del 30 del siglo pasado, aunque el fenómeno cobró mayor envergadura a partir de los años cuarenta, en el marco de intensas migraciones internas de la Argentina concomitantes con la descomposición de las economías rurales del interior del país y con la sustitución de la industria por importaciones. A partir de los años sesenta se agregaron a dicho proceso de habitación de villas de la Ciudad de Buenos Aires los grandes contingentes de migrantes de países limítrofes y, a ello, hacia los noventa, se sumó la migración de los sectores pauperizados de ciudadanos porteños." [5]

Como dice Gustavo Moreno, "Las "familias sin techo" han sido caracterizadas como las que pertenecen a sectores pauperizados y que por diversas circunstancias han perdido la posibilidad de habitar una vivienda, comenzando a deambular solicitando alternativas de asistencia en organismos públicos u organizaciones no gubernamentales. La situación las lleva a un

---

[4] RUFINO, Marco, *La "vivienda digna" en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, El Derecho. Jurisprudencia general, 2012, p. 662-676.

[5] MORA, Ángela, *Planes de urbanización de villas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y su vinculación con el derecho al medio ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y el derecho a la vivienda*, Buenos Aires, Revista de derecho ambiental. Doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, 2007, p. 117-137.

progresivo deterioro que generalmente concluye en una desintegración familiar. Las causas son diversas: ingresos insuficientes, desempleo, pérdidas y/o rupturas familiares, desalojos, inmigración, etc.; el resultado es la exclusión del sistema de protección social. Ante estas situaciones, se impone un abordaje socioasistencial inmediato con estrategias de intervención que apunten a soluciones rápidas para evitar que permanezcan en la calle".[6]

Vemos entonces que esta problemática tiene estrecha relación con otras esferas. Por ello, "en noviembre de 2002, un grupo de expertos en el tema de la vivienda se reunió en Nairobi para discutir sobre los indicadores urbanos. En esta ocasión se definieron cinco dimensiones que debían considerarse en el acceso a la vivienda adecuada: 1) Acceso a agua potable, 2) Acceso a saneamiento, 3) Seguridad de la tenencia, 4) Durabilidad de la unidad habitacional y 5) Área suficiente para vivir". [7]

Entonces, la vivienda tiene para las personas, un valor que excede lo patrimonial; se trata de un espacio de intimidad; de protección; de desarrollo personal; de construcción de proyectos y afianzamiento de vínculos familiares; de disfrute, trabajo y reflexión, etc. "A lo que nos referimos no es a la vivienda "a secas", sino a la vivienda adecuada, la que es concebida como un elemento de trascendental magnitud para la materialización y efectividad de la dignidad humana, a la cual le es inherente".[8]

Similares palabras usa el Dr. Petracchi en su voto en el fallo "QCSY c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", al decir: "El acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales, dado que un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no solo carece de una

---

[6] MORENO, Gustavo, *El derecho a la vivienda digna y los programas sociales de emergencia habitacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Revista iberoamericana de derecho constitucional, 2003, p. 183-206.

[7] SCHERMAN, Ida Ariana & MENDOZA, Elena, *El derecho humano a la vivienda: ¿Una inconstitucionalidad por omisión?*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2021.

[8] REY GALINDO, Mariana, *A propósito de la tensión entre el derecho de propiedad y el derecho a vivienda adecuada,* Buenos Aires, Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2016, p. 274-283.

vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto de vida, tal como lo hace el resto de los habitantes".[9]

En esta misma línea "es claro que una vivienda no es solo una estructura física, sino que a ella las personas que la habitan asocian un conjunto de significaciones culturales y psicológicas (familiares, intelectuales y afectivas), lo que para muchos la convierte en un hogar.[10]

Vivienda, entonces, no son sólo cuatro paredes, un techo, ladrillos y cemento o, como refiere la Observación General n° 4 más arriba mencionada, tampoco debe ser equiparada "con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad", ni tampoco "se agota en garantizar a los ciudadanos el acceso a una vivienda básica, sino que se les impone adoptar políticas y prácticas eficaces para responder a largo plazo a las necesidades de vivienda, teniendo en cuenta los cambios poblaciones de cada país"[11].

Además, deberá tener determinadas condiciones o características que surgen de la misma observación general n°4 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: seguridad de la tenencia; disponibilidad de servicios, instalaciones e infraestructura; asequibilidad; habitabilidad; accesibilidad; ubicación y adecuación cultural.

En igual sentido, el Programa de Hábitat aprobado en la Segunda Conferencia de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat II) en Estambul (Turquía, 1996), estableció que: "una vivienda adecuada significa algo más que tener un techo bajo el que guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado,

---

[9] MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, consultado el 8 de julio de 202, en url https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/QC,%20SY%20c.%20Gobierno%20de%20la%20Ciudad%20de%20Buenos%20Aires.pdf

[10] VALLES, Laura y ZÁRATE, Roxana, *Impacto de la vivienda en la estructura psíquica: el derecho a la vivienda,* Buenos Aires, Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2017, p. 29-37.

[11] CARRASCO, Valeria y JUANES, Norma, *El derecho a la vivienda adecuada como derecho humano fundamental,* Buenos Aires, Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2017, p. 289-296.

espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación, calefacción y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un emplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable. La idoneidad de todos esos factores debe determinarse junto con las personas interesadas, teniendo en cuenta las perspectivas de desarrollo gradual… En ese contexto, deben considerarse los factores relacionados con el sexo y la edad, como el grado de exposición de los niños y las mujeres a las sustancias tóxicas".[12]

Aunque, como aclaran Carrasco y Juanes en su trabajo citado, "el derecho a una vivienda adecuada… impone a la autoridad nacional el cumplimiento de una serie de obligaciones. Sin embargo, de ninguna manera puede traducirse en la obligación de construir viviendas para todos los que carecen de un hábitat. Se trata de la adopción de medidas tendientes a evitar o prevenir el déficit habitacional y los desalojos forzosos, imponiendo el deber de poner especial atención a los grupos vulnerables… y cuando el "afectado directo" sea un miembro de los denominados grupos vulnerables, la obligación estatal -nacional, provincial y/o municipal- incluye la provisión temporal o permanente de una vivienda adecuada, aunque ello no exige indefectiblemente el otorgamiento del derecho de propiedad".

Asimismo, como cita Gialdino, el "Documento Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible", menciona también la renovación urbana, el embellecimiento de las ciudades y la creación de pretendidas ciudades de "clase mundial" han contribuido al aumento de los precios de la propiedad en las ciudades, a desviar el uso de los terrenos para grupos de ingresos más elevados y alejar a los pobres aún más hacia la periferia. En lo tocante a nuestro país, ha sido advertido que, "durante los '90, las ciudades argentinas comenzaron a exhibir un paisaje de fragmentación más visible que en períodos anteriores y, a la vez,

[12] NACIONES UNIDAS, consultado el 8 de Julio de 2021 a través de https://undocs.org/es/A/CONF.165/14

menos cuestionado. En el marco de procesos de ajuste económico y reforma del Estado, la dinámica de crecimiento de las ciudades experimentó un doble proceso de aislamiento: la suburbanización de los sectores de altos ingresos en barrios cerrados de baja densidad y el crecimiento de las urbanizaciones populares. La organización urbana, en la línea de lo que diversos autores denominan 'ciudad multifragmentada', mostró sectores altos y bajos en territorios cada vez más acotados, y por lo tanto, una mayor visibilidad de las fronteras internas. A la clásica dualidad centro-periferia se superpusieron nuevas formas de fragmentación urbana que no sólo reforzaron la fragmentación sino que alimentaron la conflictividad por el uso del mismo territorio…". Algunas de las condiciones que acabamos de señalar bien podrían ser entendidas como la progresiva incorporación de los derechos habitacionales al más amplio "derecho a la ciudad". Desde el punto de vista conceptual, las cuestiones habitacionales admiten al menos tres niveles de análisis: la vivienda como unidad, su entorno inmediato y el medio urbano como marco existencial y modo de vida. En consecuencia, el grado de dignidad y adecuación de la vivienda no sólo debe predicarse de la unidad-vivienda, sino de su entorno inmediato y, de modo especial, del marco urbano o rural de inserción. De todo ello se deriva que el derecho a una vivienda digna y adecuada desemboca, finalmente, en la problemática del urbanismo y de la ordenación del territorio, únicas instancias que hacen posible la efectividad del mentado derecho. En fecha reciente, los jefes de Estado y de Gobierno han reconocido "la necesidad de aplicar un enfoque holístico del desarrollo urbano y los asentamientos humanos que prevea viviendas e infraestructuras asequibles y priorice la mejora de los barrios marginales y la renovación urbana".[13]

## 2. El derecho a la vivienda como cláusula programática.

La Constitución Nacional posee, entre sus artículos, cláusulas operativas y programáticas. Las primeras son aquellas que podían aplicarse de manera directa, mientras que las segundas, requerían complementos reglamentarios previos.

---

[13] GIALDINO, Rolando, *El carácter adecuado de la vivienda en el derecho internacional de los derechos humanos.* Buenos Aires,Thomson Reuters, 2013.

> "El problema, en realidad, siempre gira sobre la forma en que los derechos económicos y sociales pueden dejar de ser simples deseos, para permitir su concreto goce por los seres de carne y hueso, cuando éstos denuncian su incumplimiento… Podemos agregar también al menos dos características del abordaje político del tema: Una se refiere a que cada funcionario pretenderá empezar de cero su tarea, luego de criticar todo lo que haya hecho el anterior. La otra, a considerar que como los recursos son finitos, las necesidades infinitas, y vivimos desde hace muchos años en emergencia, no se puede exigir que se cumplan en forma concreta esta clase de derechos".[14]

Bien lo explica Mancini al decir que "La primera duda que surge es si un derecho que tiene rango constitucional es directamente operativo o si necesita de una ley de rango inferior que regule de qué manera el mismo ha de llevarse a cabo. En la afamada jurisprudencia "Siri, Ángel s/Interpone recurso de hábeas corpus", el máximo tribunal de nuestro país estableció que "...las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias...", o sea que los derechos y las garantías consagradas en nuestra Norma Fundamental tienen carácter operativo, más allá de que se haya o no dictado una norma que reglamente de qué manera va a serlo. Siguiendo la misma línea, en "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros s/Recurso de hecho", en el considerando 20, dijo que "...en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata". La discusión pasa entonces por definir qué es el acceso a la vivienda digna para saber qué es lo que debe garantizar el Estado".

Y finaliza:

---

[14] DANIELE, Mabel, *El caso Ramallo o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales*, Buenos Aires, Rap Digital Res Pública Argentina, 2007, p. 31-68.

> "Cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de fallar respecto al contenido del derecho al acceso a la vivienda, si bien realizó una interpretación más amplia, propia de las particularidades del caso y condenó a la Ciudad de Buenos Aires a otorgar una solución diferente al sistema de paradores, dejó en claro que no existe un derecho a que cada ciudadano pueda solicitar la provisión de una vivienda por vía judicial. Vistas estas interpretaciones jurisdiccionales y teniendo en cuenta las observaciones generales del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, podemos llegar a la conclusión de que los verbos utilizados en las consagraciones normativas, salvo condiciones particulares, aluden a que el Estado, en el máximo de sus posibilidades, debe contribuir mediante políticas públicas a facilitar el acceso a la vivienda digna a los ciudadanos". [15]

En otras palabras, "entre el derecho y su concreción media una decisión discrecional de los poderes Ejecutivo o Legislativo, que deberán definir quién, cómo, en qué condiciones, bajo qué nivel de prioridad, bajo qué financiamiento, etc., se podrá acceder a una vivienda digna y a la protección social".[16]

Entonces,

> "la operatividad de los derechos fundamentales —como es el caso del derecho a la vivienda— que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado es de carácter derivado; y ello significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y también los recursos necesarios, originándose una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad la que, en definitiva soporta la carga…".[17]

Este mismo autor cita, en su obra referenciada, del fallo "Alba Quintana", el voto de Conde y Lozano, que esclarecen:

---

[15] MANCINI, Francisco, *El derecho a acceder a una vivienda y el contrato de locación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016.

[16] LUJÁN, Mabel, *El derecho a la vivienda digna: ¿fin o principio?*, Buenos Aires, *Thomson Reuters*, 2012.

[17] DIEGUES, Jorge, *Vivienda digna*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 2013.

> "La Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad, pues su obligación, establecida en el art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles, no existiendo un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional, pero sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires debe asistir pueda requerir la cobertura habitacional indispensable, sea a través de hogares o paradores".

Casi es una cuestión obvia que no puede dejarse de lado los costos que conlleva para el Estado este y todos los derechos que debe garantizar. En este sentido, dice Massimino:

> "Por esa razón, no se trata de soslayar el reconocimiento de ciertos derechos –que, por cierto, nadie niega– sino de tener presente los costos que importa su reconocimiento. Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de quienes se hallan en situación de desamparo, se impondría un redimensionamiento o recálculo de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. Ello, por claras razones de racionalidad. En otras palabras, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, parecería adecuado redeterminar el significado del derecho en cuestión. Así, el derecho a la vivienda digna, imaginado como un departamento o casa en la zona ribereña del medio ámbito porteño, sería redimensionado como hospedaje temporario hasta la obligatoria colocación laboral del carenciado por parte de asociaciones delegadas transestructurales del respectivo cometido estatal en un plazo razonable y la contemporánea obtención de un crédito blando para la adquisición de una vivienda en propiedad o, sin mediar tal mutuo, la obtención de vivienda bajo usufructo o de habitación vitalicio; todo ello, en áreas escasamente pobladas. En relación al tema de los costos, convendría distinguir que la operatividad de los derechos que necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación) difiere de los derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad). Entre los primeros, se ubica el derecho a la vivienda cuya materialidad, en consecuencia, dependerá de las progresivas circunstancias imperantes".[18]

---

[18] MASSIMINO, Leonardo, *Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales.* Belo Horizonte, Revista de direito administrativo y constitucional, 2013, p. 29-47.

> "El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la República Argentina por ley 26663, el Comité del PIDSC estableció que, aun cuando la disponibilidad de recursos condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que la limitación de recursos no constituye en sí misma una justificación para no adoptarlas; pues aunque se demuestre la insuficiencia de recursos, sigue en pie la obligación del Estado de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales y proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad".[19]

Con todo lo expuesto hasta aquí, podemos comprender que el derecho en cuestión necesita de leyes que reglamenten su ejercicio y de fondos disponibles para la construcción de viviendas, incluso, previendo la posibilidad de la toma de deuda (el Banco Interamericano de Desarrollo suele otorgar créditos a tasas preferenciales cuyo destino debe ser la construcción de viviendas). Sin dudas, dependerá de aquellas prioridades fijadas por cada gobierno en sus respectivas gestiones.

## 3. La situación de Argentina y la realidad de la Provincia de La Pampa.

Dice Gustavo Caramelo que

> "Diversas son las líneas de acción… y suelen comprender la construcción de viviendas sociales o de fomento público, el otorgamiento de créditos blandos para la adquisición de viviendas construidas por el sector privado o la provisión de subsidios para posibilitar la locación de inmuebles… Los programas han de variar también según la situación del mercado, pues en caso de existir viviendas suficientes, el Estado puede encarar acciones destinadas a permitir que las personas accedan a ellas, pero si no se cuenta con ese recurso material, es necesario que asuma medidas de construcción o de fomento de ella. La ausencia de financiación puede ser suplida por

[19] CARAMELO DÍAZ, Gustavo, *El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema argentina,* Buenos Aires, Thomson Reuters, 2012.

vía de la afectación de fondos públicos o por la creación de productos destinados a derivar el ahorro de los particulares al desarrollo de líneas de crédito para la adquisición de inmuebles —en su momento, la sanción de la ley 24441 fue una iniciativa en tal sentido de parte del gobierno federal—. Es claro que los amplios sectores de la población que aún desarrollan tareas en la economía informal o en negro encuentran obstáculos a la hora de justificar ingresos que les permitan ser beneficiarios de créditos o de políticas destinadas a mejorar la situación de vivienda de la población en general…".[20]

Resulta esclarecedor el trabajo de Analía Antik, que refiere:

"La actual Relatora Especial de la ONU sobre el derecho a la vivienda adecuada, Raquel Rolnik, llegó a la Argentina en abril de 2011, en una visita oficial para evaluar los avances y puntos por resolver con respecto a esa garantía fundamental. En su Informe presentado ante la Asamblea General fechado el 21-12-2011, expresó que a pesar del compromiso del Gobierno Nacional al considerar la vivienda como responsabilidad del Estado y, por tanto, objeto de una importante inversión presupuestaria, varios factores dificultan la realización del derecho a la vivienda adecuada en la Argentina, en particular: la falta de regulación sobre el mercado de tierras y suelo, la falta de coordinación federativa en la formulación e implementación de las políticas de vivienda, un marco normativo en materia de desalojos que no garantiza el debido proceso legal y la falta de políticas integrales de hábitat suficientemente diversificadas para brindar soluciones a largo plazo para las distintas necesidades habitacionales. Las recomendaciones que efectúa se relacionan a cinco temas prioritarios: las debilidades de las políticas de vivienda y suelo actuales, los asentamientos informales, los desalojos y las situaciones específicas de los pueblos indígenas y de la población migrante…El Informe expone una situación desoladora, en tanto manifiesta que se ha verificado un aumento de las personas en situación de calle, de asentamientos precarios, villas de emergencia y casas tomadas, un aumento de personas alojadas en hoteles-pensión, conventillos, cuartos de inquilinato y hogares de tránsito, así como de hogares en condiciones de hacinamiento, y que la crisis habitacional sería además generalizada a todo el territorio nacional… A nivel normativo, se sancionó en el año 1995 la Ley Nº 24.464, que crea el Sistema Federal de la Vivienda, con el objetivo de "facilitar las condiciones necesarias para posibilitar a la población de recursos insuficientes, en forma rápida y eficiente, el acceso a la vivienda

[20] Caramelo Díaz, ob. cit.

> digna. Ello, conforme lo previsto en el Artículo 14 de la Constitución Nacional". Esta norma establece los mecanismos de financiación del sistema, exigiendo que los recursos del Fondo Nacional de la Vivienda (FONAVI) estén destinados a financiar total o parcialmente los emprendimientos destinados a cumplir con el objetivo antes mencionado. También podemos mencionar a la Ley Nº 24.374 sobre Régimen de Regularización Dominial a favor de ocupantes de inmuebles urbanos que tengan como destino principal la vivienda permanente, y la Ley Nº 14.394 que establece la afectación de la vivienda como bien de familia para preservarla de medidas cautelares… En materia de políticas públicas, recomienda se realice un mapeo de los distintos asentamientos y de la demanda de vivienda generada por planes de inversión económica y se diseñe el plan nacional de suelo urbano y hábitat urbano y rural, en conformidad con el Plan Estratégico Territorial con criterios claros de adjudicación. Insiste en la necesidad de una mayor y mejor coordinación de los programas y recursos disponibles con el mayor nivel de descentralización posible y de flexibilizar los programas de vivienda, junto a una política de regulación de alquileres con un adecuado programa de subsidio. Por último, exhorta a reglamentar prontamente el Decreto Nº 835/2004, relativo a la implementación del Banco Social de Tierras. Asimismo, exhorta a trabajar en una legislación que acorte los plazos en materia de prescripción adquisitiva del dominio para fines de vivienda social".[21]

Lamentablemente "Argentina, después de haber sido pionera en el desarrollo de infraestructura y vivienda, con los índices más altos de Latinoamérica, a partir de los años cuarenta inicia un proceso de progresivo abandono, que culmina en la situación actual…".[22]

No puede negarse que la "cuestión de la vivienda" ha sido una preocupación general, histórica, con períodos de excepción, claro. Por ejemplo, "En un mensaje al Congreso Nacional de 1920, el presidente radical Hipólito Yrigoyen declara con respecto al excesivo valor que tiene el alquiler de una pieza de conventillo para los sectores populares a los que se "les imponen, en muchos casos,

---

[21] ANTIK, Analía, *Presupuesto y derecho de acceso a la vivienda,* Buenos Aires, Rap digital, 2013.

[22] CRIVELLI, Julio, *El futuro, la infraestructura y la vivienda,* Buenos Aires, Rap digital, 2019.

como única solución, vivir en habitaciones antihigiénicas e insalubres, hacinados, con graves perjuicios para la salud…".[23]

En la provincia de La Pampa, además de las viviendas recibidas desde nación, por el FONAVI y otros planes, también se construye, con fondos provinciales, a través al Instituto Autárquico Provincial de Vivienda, creado en el año 1977. En el sitio web oficial (ipav.lapampa.gob.ar), textualmente dice "Mediante su accionar, el déficit habitacional en la Provincia de La Pampa, fue gradualmente descendiendo hasta nuestros tiempos". Sin embargo, increíblemente, pero en consonancia con lo manifestado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que manifestó la preocupación respecto a la falta de datos analíticos fiables, en nuestra provincia sucede algo similar, ya que no se consiguen estadísticas de los diferentes planes, cantidad de viviendas construidas por localidad y la cantidad necesaria para evitar esta problemática.

Sin embargo, a través de los resultados del último censo nacional realizado, en octubre del 2010, se pueden obtener algunos datos para acompañar lo hasta aquí desarrollado.

Sobre una población total de 318.951 habitantes en nuestra provincia, existen 104.797 viviendas particulares; de ellas, el 76,3 % tiene calidad constructiva satisfactoria en los materiales, 19,1 % un nivel básico y 4,6 % insuficiente.

El 97,1 % de esas viviendas posee descarga de agua y el 2,9 % restante, sin descarga de agua o sin retrete. El 85,1 % de los hogares posee agua de red dentro de la vivienda y el 59 % posee cloacas; un 96,9 % de hogares tiene baño con botón, cadena o mochila, un 2,1 % sin botón, cadena o mochila mientras el 0,9 % no tiene baño.

Respecto al hacinamiento, sobre 107.674 hogares, 34.603 posee hasta 0,50 personas por cuarto; 20.760 entre 0,51 y 0,99 personas por cuarto; 30.785 entre 1,00 y 1,49 personas por cuarto; 8.436 entre 1.50 y 1.99 personas por cuarto; 11.253 tienen entre 2,00

[23] CREVINO, Ana, *Historia de la vivienda social. Primera Parte: el conventillo a las casas baratas,* Córdoba: Instituto de Investigación de vivienda y hábitat, Facultad de Arquitectura, urbanismo y diseño de la Universidad Nacional de Córdoba, 2016.

y 3,00 personas por cuarto; 1.837 tienen más de 3 personas por cuarto y 1,7 poseen un porcentaje de hacinamiento crítico.

Por último, en otro cuadro, y tras identificar 133.196 tipos de viviendas particulares, 119.747 son casas; 1.072 son ranchos; 272 casillas; 11.520 departamentos; 317 piezas en inquilinato; 10 piezas en hotel familiar o pensión; 177 locales no construidos para habitación; 71 viviendas móviles y 10 personas viviendo en la calle.

Más allá de estos resultados, y a la espera que el próximo censo, que debería realizarse en este año 2021, actualice estos datos; en el año 2019 en nuestra ciudad vivimos una situación desconocida. Diferentes habitantes comenzaron con una toma de tierras pertenecientes al municipio, en terrenos cercanos a la Laguna "Don Tomás". Allí levantaron sus viviendas. "El nuevo salitral" fue el nombre que se dio a este asentamiento, formado por unas 150 familias. Este movimiento fue acompañado por algunos similares en otros puntos (Villa Germinal, Villa Uhalde, Santa María de la Pampa y El Molino).

> "La gran mayoría son familias de la zona norte de la ciudad, familias que sufren desde hace generaciones la pobreza estructural. Trabajadores de la construcción, trabajadoras de casas particulares, lavacoches, changarines y mujeres que huyen de la violencia de género. Desocupados, nuevos pobres, los pobres de siempre, los que no tienen tierra y se cansaron del hacinamiento".[24]

El "nuevo salitral" se asentó en terrenos inundables, sin acceso a servicios públicos y con roedores y alimañas en sus cercanías. Contrariando todo aquello que remarca Gialdino: "[Una vivienda para ser considerada adecuada] habrá de contar con "acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia" [25]

Una situación inédita para una ciudad y una provincia que aún no tenían este tipo de asentamientos; realidad que sólo se veía en otros lugares del país.

---

[24] LA PODEROSA, consultado el 8 de Julio de 2021 a través de https://lapoderosa.org.ar/2019/07/el-nuevo-salitral-es-un-viejo-sufrimiento/

[25] GIALDINO, Ob. cit.

Este escenario local y nacional, es recogido por el informe del "Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas", que, extractado por Valles y Zárate, dice:

> "Debido a la falta de ingresos, millones de personas se ven obligadas a ocupar viviendas sórdidas y otros no tienen hogar. Las consecuencias de la precariedad de las viviendas son múltiples: promiscuidad, mayor vulnerabilidad a las enfermedades, dificultad para que los niños hagan sus tareas escolares, peligro de incendios, conflictos familiares, menor interacción social, etc… Con frecuencia, los sistemas sanitarios son insuficientes, no hay agua potable disponible o está demasiado alejada, la evacuación y la asistencia son difíciles en caso de urgencia. Por otra parte, los barrios pobres suelen carecer de escuelas, zonas de juego, instalaciones deportivas, lugares de ocio y pueden llegar a ser peligrosos. La falta de acceso a los transportes y al teléfono complica la búsqueda de empleo y el ejercicio de una actividad económica independiente..."[26]

## 4. **ProCreAr 2012-2015.**

En este contexto, en junio de 2012, el gobierno nacional anuncia el Programa ProCreAr, con el objetivo principal de participar activamente en políticas urbanas, reafirmando el rol del Estado tanto en materia de planificación y uso del suelo, como así también como dinamizador de la economía, siendo un complemento del FONAVI, y para fomentar el acceso a la vivienda de los sectores medios. Esto, porque como dicen Barenboim y Elinbaum, "El acceso a la vivienda propia de las familias argentinas es desigual, especialmente para la clase media, a diferencia de la clase alta que tiene el problema de la vivienda resuelto y de la clase baja que es un sector que el Estado contiene con planes sociales específicos"[27]

El financiamiento se realizó con la participación de diferentes organismos públicos, entre ellos la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES) y el Ministerio de Economía

---

[26] VALLES y ZÁRATE, Ob. Cit.

[27] BARENBOIM, Cintia - ELINBAUM, Pablo, *Plan Pro.Cre.Ar como instrumento de política habitacional e inclusión social a través del acceso a la vivienda. El caso del Área Metropolitana Rosario, Argentina, Cambridge,* Lincoln InstituteofLandPolicy, 2017.

y Finanzas Públicas (MECON). El Tesoro nacional realizó un aporte inicial para la conformación del patrimonio del Fondo Fiduciario y garantizó todas las emisiones de deuda del mismo. A su vez, el Estado Nacional otorgó tierras fiscales urbanas de gran valor patrimonial para la conformación inicial del patrimonio de ese fondo. El Fondo Fiduciario del ProCreAr emitió deuda por oferta pública, calificada, por cotización en el Mercado de Valores (Merval), con garantía del Estado Nacional, y con una duración de 30 años. La ANSES invirtió a través del Fondo de Garantía de Sustentabilidad (FGS) en el Fondo Fiduciario de acuerdo a criterios de rentabilidad y seguridad adecuados durante los primeros 5 años. Además, cualquier inversor privado pudo invertir, dado que se trataba de una oferta pública. Por último, el Banco Hipotecario implementó el otorgamiento y cobro de los créditos, garantizando la ejecución del Programa y constituyéndose legalmente en el fiduciario del Fondo.

En 2016, y ya bajo un nuevo gobierno nacional, se modificó "el financiamiento del sector que utilizaba los fondos jubilatorios públicos, por financiamiento aportado por los bancos públicos y privados, diversificando así los aportes y reduciendo la deuda contraída con el Fondo de Garantía Social. De esta forma, el acceso al crédito para la compra o construcción de una vivienda única, familiar y de ocupación permanente, incorporó la ecuación del esquema Ahorro + Subsidio + Crédito, en donde el ahorro es el aporte que realiza el beneficiario, el Estado Nacional otorga un subsidio al capital de carácter no reembolsable y el crédito corresponde a un préstamo hipotecario otorgado por alguna de las entidades financieras adheridas al programa. La participación de otras entidades financieras, permitió la multiplicación de recursos aplicados a las políticas de vivienda, para no depender sólo del presupuesto del Estado Nacional". [28](Vivienda, 2019)

Además de esta diferencia, a partir del 2016, los nuevos créditos estaban atados a UVA (Unidades de Valor Adquisitivo) "Durante el segundo semestre de 2018 y primer semestre de 2019 fue creciendo el descontento de los tomadores de créditos UVA, dado el desfasaje producido entre los ajustes salariales y el aumento sostenido

[28] PORTAL OFICIAL DEL ESTADO ARGENTINO, consultado el 8 de Julio de 2021 a través de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informedegestion2015-19.pdf

generalizado de precios, el cual no encuentra un nivel de estabilidad con las decisiones de política económica llevadas a cabo por el Estado Nacional. Los bancos ante las condiciones de volatilidad del contexto económico y para disminuir el riesgo de morosidad e incobrabilidad restringieron el acceso a los créditos aumentando las tasas de interés y los ingresos mínimos necesarios para abrir la carpeta de crédito". (Marisquerena, 2019) Y agrega: "En agosto de 2019, ante los resultados de las elecciones nacionales primarias, la cotización de las divisas y el riesgo país, sufrieron un fuerte incremento. En consecuencia, el gobierno de turno desplegó una serie de medidas paliativas a nivel económico para contener la inflación y disminuir el impacto en el poder adquisitivo de los consumidores, entre las cuales incluye la decisión de congelar el ajuste de las cuotas de los créditos UVA hasta enero de 2020 (debiéndose pagar por los períodos hasta dicha fecha el valor de la cuota de agosto) … La diferencia entre las cuotas de servicio contractuales ajustadas de los períodos en los que rige el congelamiento y las abonadas por los beneficiarios, son abonadas por el Estado a las entidades financieras prestamistas".

A diferencia de los créditos hipotecarios tradicionales e incluso del mismo ProCreAr, de 2016 en adelante, la primera etapa del programa, del 2012 al 2015, priorizó dos características que ilustran su compromiso con el derecho a la vivienda para el conjunto de la población: la accesibilidad y la igualdad.

> "Desde la perspectiva del Programa, la idea de igualdad no equivale necesariamente a dar o hacer lo mismo para todos, sino que tiene que ver más con un concepto de equidad. Esto implica beneficiar a quienes se encuentren en condiciones "de partida" desfavorables para lograr como resultado una situación de igualdad efectiva. Al respecto, la Presidencia de la Nación… comenta en relación a los sorteos, para la adjudicación de la posibilidad del crédito, el siguiente criterio: "... se construyen grupos prioritarios de acuerdo a criterios socioeconómicos y poblacionales como el déficit habitacional de la región, la edad, el nivel de ingresos, la cantidad de niños y personas con discapacidad en el grupo familiar, a fin de alcanzar mayores niveles de igualdad social reales." La accesibilidad se garantiza a partir de la inexistencia de un tope mínimo de ingresos para solicitar el crédito, distinguiéndolo de otros créditos privados. La apertura del Programa resulta imposible de encontrar en el sistema financiero y en la banca privada... También, la accesibilidad se establece a través de tasas de interés anual bajas en comparación con las existentes en el mercado, que van desde el 2 al 14-11 % para las líneas de construcción y ampliación/terminación y del 7 al 18% para la línea refacción. Finalmente, la edad tampoco constituye un límite para el acceso a la vivienda, dado que

además de tener créditos para personas de hasta 65 años de edad, como ciertos bancos locales, el ProCreAr amplia el rango de los adultos mayores en la línea refacción hasta 74 años… El uso social de la tierra favorece el acceso al suelo urbano a precios razonables, reduciendo la especulación inmobiliaria y generando nuevas oportunidades para el posterior acceso a la vivienda. En este sentido, la Presidencia de la Nación… señala que: "...Pro.Cre.Ar es un plan diseñado para que todas las familias, más allá de su condición social y situación económica, puedan acceder a la casa propia"". [29]

Por ello,

"desde su lanzamiento y hasta diciembre de 2015, los créditos del Pro.Cre.Ar se asignaron por medio de un sorteo público entre los solicitantes, quienes previamente se enteraron de la existencia a partir de la publicidad oficial (y, en menor medida, por los discursos de la entonces presidenta de la nación) y se inscribieron… de forma mucho más sencilla y con menos requisitos que en otros créditos. El sorteo fue resaltado por la casi totalidad de los beneficiarios como un mecanismo transparente…Además, el Pro.Cre.Ar. se distribuyó **en vivo**, frente a miles de espectadores vía la lotería nacional. **Visibilidad y azar,** entonces, marcaron el proceso de selección y asignación de créditos y tuvieron efectos potentes en la legitimación de esta política".[30]

El plan se caracterizó, además, por su federalismo. Justamente una de las observaciones de la Relatora Especial de ONU en 2011. "Se ve una importante descentralización geográfica de los créditos que impulsó la gestión de Fernández de Kirchner**.** Así, las provincias más beneficiadas, fueron La Pampa (con casi 15 créditos por cada mil habitantes), Neuquén (con 10 créditos por cada mil habitantes) y Santa Fe (con 9 créditos por cada mil habitantes), mientras que las que menos recibieron fueron Río Negro, Formosa, Santiago del Estero y Corrientes (todas con cerca de dos créditos por cada mil habitantes). La Ciudad y la Provincia de Buenos Aires obtuvieron menos créditos por habitantes que el promedio nacional"**.**[31]

---

[29] BARENBOIM y ELINBAUM, Ob. Cit.

[30] Cosacov, Natalia y Segura, Ramiro, *Pro.Cre.Ar-Bicentenario. Azar, temporalidades y sentidos*, Buenos Aires, Bordes. Revista de política, Derecho y Sociedad, 2017.

[31] CHEQUEADO, consultado el 8 de Julio de 2021 a través de https://chequeado.com/el-explicador/radiografia-de-los-creditos-hipotecarios-en-

Los beneficiarios del mismo plan, con las modificaciones introducidas desde 2016 en adelante, son tapa de los diarios de todo el país desde hace un tiempo. Si bien les fueron entregadas sus propiedades, las sumas de las cuotas mensuales son impagables. Aquello que el valor de las cuotas sería el equivalente al costo mensual de un alquiler, no se cumplió. Esto contraría la Observación General 4, donde "El Com/DESC ha asentado el "principio de la posibilidad de costear la vivienda" el cual, en una de sus manifestaciones, significa que los gastos que entrañe la satisfacción del derecho a la vivienda no deben impedir el goce de otras necesidades básicas" y continúa: "Los trabajadores, enuncia la Recomendación Nº 115 de la OIT, "no deberían pagar por un alojamiento adecuado y decoroso más que un porcentaje razonable de sus ingresos, ya sea por concepto de alquiler o en forma de pagos que deban hacer para adquirir dicho alojamiento" [32]

A los efectos de entender lo importante de las políticas de Estado es que he ido comparando algunos de los aspectos más relevantes de ambos planes de vivienda, entre el período 2012-2015 y 2016-2019.

Por ello "en un período en el que cada vez hay más gobiernos que "coquetean" con las políticas del "libre mercado", tendencia evidente tanto en los países que adoptan políticas de "ajuste económico" como en otros que optan por "delegar en el sector privado", se presenta el resultado que reduce seriamente las sumas asignadas a los sectores que influyen en la vivienda (salud, empleo, medio ambiente, etc.). En un contexto de globalización de los mercados de vivienda y finanzas inmobiliarias y de políticas como la antedicha, las ciudades se han vuelto incosteables para sus habitantes de más bajos ingresos y, cada vez más, para los grupos de medianos ingresos. En la mayoría de los países, el mercado se ha convertido en la institución reguladora, que fija los parámetros de precios, ubicación y disponibilidad de viviendas y parcelas, así como los precios de alquiler de las viviendas, mientras que el Estado ha ido abandonando la gestión de la vivienda de protección oficial.

---

la-argentina-que-paso-en-los-ultimos-anos/

[32] Gialdino, Ob. Cit.

Esto ha contribuido a que se arraigue la idea de que la vivienda es una simple mercancía y un activo financiero". [33]

> "Durante la última Presidencia de Cristina Fernández de Kirchner (específicamente, entre junio de 2012 y diciembre de 2015) se invirtieron U$S 2.922 millones ($38.090 millones a valores actuales) en la línea Desarrollos Urbanísticos de PROCREAR, con el objetivo de construir un total de 30.010 viviendas en 79 predios distribuidos en distintos puntos del país. En contraste, durante el gobierno de Mauricio Macri (concretamente entre diciembre de 2015 y 2019), sólo se invirtieron U$S 32 millones ($646 millones a valores actuales) en esta línea, iniciando la construcción de tan sólo 130 viviendas en un nuevo predio. Simultáneamente, se decidió dar de baja 6.354 viviendas de las 30.010 proyectadas originalmente por el programa". [34]

Esta misma fuente remarca la afectación que sufrieron los puestos de trabajo vinculados al plan, en ambos períodos: "durante el período junio 2012/diciembre 2015, 8.000 obreros trabajaron en los predios, mientras que entre diciembre 2015 y diciembre 2019 la cifra bajó a la cuarta parte, registrándose sólo 2.000 obreros para esta línea" en referencia a Desarrollos Urbanísticos.

Continúa con otra de las líneas de plan:

> "En cuanto a las líneas de crédito lanzadas originalmente para la construcción de vivienda en lote propio, y ampliación o refacción de la vivienda ya existente y habitada, se otorgaron durante el período que va de junio de 2012 a diciembre de 2015, 110.751 créditos por un total de U$S 5.745 millones (es decir, $43.704 millones a valores actuales). Entre diciembre de 2015 y diciembre de 2019, en tanto, se decidió pasar a un esquema de subsidios en lugar de créditos, otorgando un total de 32.000. La inversión en este caso fue de sólo U$S 511 millones ($10.724 millones)". Y respecto a los trabajadores de esta modalidad: "durante junio 2012/diciembre 2015 se generaron 350.000 puestos de empleo directos y 220.000 indirectos, totalizando así 570.000 personas empleadas para construir, ampliar o refaccionar viviendas. Entre diciembre 2015/diciembre 2019, en cambio, sólo se lograron crear 125.000 empleos directos y 75.000 indirectos,

---

[33] Gialdino, Ob. Cit.

[34] PORTAL OFICIAL DEL ESTADO ARGENTINO, consultado el 8 de Julio de 2021 a través de- https://www.argentina.gob.ar/noticias/comparativa-procrear-ultimas-dos-gestiones.

totalizando 200.000 puestos de trabajo generados". Y concluye "En total, durante la gestión de Cristina Fernández (junio 2012/diciembre 2015) se invirtieron U$S 2.993 millones ($38.939 millones a valores actuales) para generar 39.897 soluciones habitacionales PROCREAR (entre viviendas de Desarrollos Urbanísticos y Lotes con Servicios) en 143 predios distintos a lo largo del país. En contraste, durante el gobierno de Mauricio Macri (diciembre 2015/diciembre 2019) se invirtieron solamente U$S 32 millones ($646 millones) en iniciar 130 soluciones (todas nuevas viviendas de DDUU) en un solo predio".

"En cuanto a la producción de insumos para la construcción, Procrear demandó (entre líneas individuales y la línea de Desarrollos Urbanísticos) 1.5 millones de toneladas de cemento y más de 400 millones de ladrillos", a lo que agrega 14 millones de cerámicos, 2 millones de toneladas de hierro".[35]

Quizás el problema más grave que enfrentó el plan fue

"el incremento de los precios del suelo y de los materiales, que se transformaron en un obstáculo o un límite para la expansión del programa. Justamente una de las observaciones finales del cuarto informe periódico sobre nuestro país por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al igual que el informe de la Relatora Especial de ONU sobre el derecho a la vivienda adecuada refieren sobre esta problemática. Aquí también las cifras son sorprendentes. Según el entonces titular de la ANSES, Diego Bossio, un relevamiento realizado por el organismo arrojó que los precios de los terrenos se incrementaron entre el 80 y el 110 % en todas las provincias del país durante el primer año de implementación del programa… Ante este escenario, la existencia de una gran cantidad de beneficiarios del programa en busca de un terreno para construir desató un fuerte proceso especulativo por parte de los propietarios en un contexto de escasez relativa de tierras.

De esta manera, la principal debilidad del programa –que ayuda a explicar sus sucesivas transformaciones, como la posterior inclusión de nuevas líneas de crédito como compra de terreno, compra de vivienda a estrenar y producción de lotes con servicios- se relacionó con las crecientes dificultades para acceder a suelo urbano, tanto por

[35] CENTRO HÁBITAT INCLUSIVO, consultado el 8 de Julio de 2021, a través de http://www.habitatinclusivo.com.ar/hi/09/articulos/HI_09_procrear_como_politica_anticiclica.pdf

su escasez relativa como por el exponencial proceso de especulación inmobiliaria que se registró en todo el país, acompañado por un correlativo incremento en la demanda y los precios de los materiales de construcción".[36]

## 5. Conclusión.

ProCreAr surgió como una política de Estado, con carácter inclusivo, para hacer frente a un panorama económico adverso, tanto en el plano nacional como internacional y transformarlo en una oportunidad de satisfacer la amplia e histórica demanda de vivienda social, una asignatura pendiente de Argentina. En este caso, pensado más para la clase media. Sin dudas, el programa cumplió su objetivo. Permitió a muchísimas familias llegar a su hogar, se activaron los mercados de materiales relacionados a la construcción y aumentó la ocupación de personas en este rubro.

Claro que habrá cosas por corregir. A modo de ejemplo, deberá tenerse en cuenta la especulación financiera en los aumentos de los terrenos, o procurar que la inflación no convierta en irrisorio el precio de las cuotas a devolver en períodos tan largos, para permitir, que ese dinero que recobre el Estado, sea invertido en planes similares.

Esto es una prueba más que los mercados por sí solos son incapaces de lograr la vivienda adecuada para todos.

Sin dudas el saber acumulado a partir del análisis de diversas experiencias concretas que permitió identificar potencialidades, limitaciones y omisiones en las políticas de vivienda, debería retroalimentar la formulación, el diseño y la implementación de futuras políticas públicas del sector, articulando de manera virtuosa investigación, innovación y transformación social y urbana.

■■■

[36] Segura, Ramiro y Cosacov, Natalia, Políticas públicas de vivienda: impactos y limitaciones del Programa ProCreAr, Buenos Aires, *Ciencia, tecnología y política*, 2019, p. 42-52.

# INTERSECCIONALIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU CORRELACIÓN CON LOS ACTOS DE MALTRATO Y CRUELDAD ANIMAL

*Cecilia Inés Domínguez* [*]

*La crueldad ha maldecido a la familia humana durante incontables eras. Es casi imposible que alguien sea cruel con los animales y amable con los humanos. Si a los niños se les es permitido ser crueles con sus mascotas y otros animales, aprenderán fácilmente a adquirir el mismo placer de la miseria humana. Estas tendencias pueden fácilmente concluir en el crimen.*
*(Frederic Addison McGrand)*

## 1. Introducción.

Desde hace algunos años, he comenzado a realizar una investigación en relación a los efectos que tiene para un niño, niña y adolescente (en adelante "NNyA") ser testigo de actos de maltrato o crueldad animal. Toda esta inquietud, surgió a raíz de un video que llegó en forma anónima a mi cuenta de Facebook en el año 2018 donde se podía apreciar a un niño de aproximadamente ocho o diez años como empuñan un cuchillo con sus manos contra un jabalí que se encontraba tirado en el suelo mientras era mordido en sus extremidades por diferentes tipos de canes, que son entrenados para realizar actos de cacería en jauría.

---

[*] Abogada (UBA) Diplomada en Derecho Animal, Diplomada en Derecho de la Niñez. Delegada de AFADA Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales.(Argentina).

El hecho fue oportunamente denunciado sin haberse podido realizar ningún tipo de investigación al respecto.

No obstante, y a raíz de este suceso, es que comencé a indagar y a buscar más información relacionada con la temática, debido a que es un tópico que aún no se ha llegado a visibilizar en nuestro país y que de alguna forma también trae como correlato que muchos NNyA crezcan naturalizando la violencia no solamente hacia animales no humanos (en adelante ANH), sino también hacia humanos.

Entiendo que debemos comenzar a analizar la interseccionalidad que existen entre las diferentes ramas del derecho, e incluso con el Derecho Animal. En relación a esta situación tenemos dos sujetos de derechos, los NNyA y los ANH ambos víctimas de este tipo de acciones. Es de esta forma, que este trabajo procura abordar esta otra arista que es la protección del Derecho de las Infancias en articulación con el Derecho Animal.

## 2. Las familias como primer núcleo de escolarización de las infancias.

Muchas veces, cuando hablamos en materia y en clave de protección de niñez, debemos evaluar los valores o el contexto en el cual se está desarrollando esa infancia. Y para este caso hay una frase con la cual siempre me gusta empezar a desarrollar este tipo de trabajos que es de Bradley Millar y dice así: “Enseñarla a un niño, a no pisar una oruga, es tan importante para el niño como para la oruga”.

Esta frase resulta tener una relevancia intrínseca debido a que todos los NNyA crecen en un entorno familiar, social o cultural, y éste resulta ser siempre el primer núcleo de escolarización siendo la primera esfera de contacto con la sociedad que tienen durante su etapa de desarrollo. En ella se le enseñan valores, conceptos y comienza también a tomar decisiones incluso por ellos mismos en el marco de su autonomía progresiva.

Por tal motivo resulta primordial que nos detengamos un poco y nos enfoquemos a analizar que valores o enseñanzas le estamos transmitiendo como familia o sociedad a esos niños, niñas u

adolescentes que están creciendo en determinados vínculos sociales y contextos culturales.

Si quienes cumplen el rol de progenitores a cargo del cuidado de los hijos le transmiten valores que sean contraproducentes, no solamente en relación a su educación sino también al trato que posteriormente deberán tener con su entorno social, de alguna manera estamos educando a humanos que en su etapa adulta carecerán de empatía para poder comprender el dolor que pueda estar sintiendo cualquier otro ser vivo, sea de la especie humana o no. Muchas veces este tipo de acciones a posteriori y en lo futuro termina incluso desarrollando personas que luego se vean motivadas a realizar diferentes acciones violentas hacia otros individuos debido a que durante su niñez naturalizaron la cosificación el maltrato que pueden realizar sobre cualquier ser vivo. Carecerán de frenos inhibitorios que le permitan tener ese sentimiento de piedad y reconocimiento hacia el valor inherente que posee ese otro per se.

Todo este análisis se fundamenta en que el desarrollo de lo que nosotros vamos adquiriendo, en materia de enseñanzas, confianza, valores, sentimientos, empatía, etc, desde la niñez luego repercute en la conformación de ese adulto.

**2.1 Sobre la posible disfuncionalidad del núcleo intra-familiar.** De esta forma, se logra descubrir que no siempre la violencia que un niño pueda emplear o dirigir hacia un ser vivo de una especie diferente a la humana es síntoma de que exista una disfunción en el núcleo intra- familiar. Es decir, diversos y múltiples tipos de desórdenes que pueden tener la familia como puede ser por ejemplo en el consumo de estupefacientes, consumo excesivo de alcohol, prostitución, abuso sexual infantil, etc; y que lleven a que ese NNyA adquiera determinado tipo de comportamientos o patrones en relación a aquello que percibe en el marco de ese medio ambiente en el que se encuentra.

Es entonces que me pregunto: ¿El maltrato o crueldad animal realizado por NNyA, es siempre sintomatología de este tipo de disfunciones dentro del núcleo familiar? Y la verdad es que no podemos dar una respuesta afirmativa, no podemos afirmar que

siempre que haya maltrato o crueldad animal, realizada por NNyA, sea un síntoma de una disfunción a nivel familiar.

No siempre el indicador de violencia animal configura que exista violencia entre los miembros del grupo familiar. ¿A qué se debe esta situación?

Analicemos un par de ejemplos: regularmente nos encontramos con diversos tipos de familia, en donde en el marco de sus relaciones familiares construyen un vínculo sólido y fuerte entre sus miembros, donde existe el amor, y compatibilidad de objetivos, pero sin embargo le estamos brindando enseñanzas negativas.

Imaginemos la situación de un padre que un fin de semana y luego de una jornada semanal intensa decide compartir un día con su hijo lo invita a pescar con el propósito de compartir un momento de esparcimiento y unión entre ambos. Dicha acción en el fondo podría configurar un acto de violencia en tanto se le está enseñando implícitamente a esa niña, niño o adolescente que no respete la vida de ese ser vivo que está siendo cruelmente retirado de su hábitat, siendo asfixiado y causándole la muerte. El mensaje que transmite esta acción es, uno puede tomar a un ser vivo que se encuentra en estado plácido en su hábitat, clavarle un anzuelo, quitarlo de ese lugar a tu antojo, asfixiarlo, y matarlo.

Pensemos en otra situación. Aquí por ejemplo, en la provincia de La Pampa donde, y a pesar de la existencia de la ley provincial 1.194, muchos padres llevan a sus hijos a realizar actos de cacería; una suerte de "bautismo de fuego" para el joven cazador. Pese a todo, la enseñanza que deja al final del día es: uno puede tomar a ese ser vivo, subirte arriba de su lomo y clavarle un puñal cuantas veces quiera mientras el animal está chillando y sufriendo de dolor, dominarlo y obligarlo a hacer aquello que uno quiera. En definitiva no deja de ser más que un acto en el que se le enseña a naturalizar la matanza y cosificación de otro ser vivo, despojándolo de todo este carácter que posee como ser sintiente y de su propio valor inherente que tiene por ser poseedor de una vida.

En países hermanos como México, Colombia, o España podemos observar como se les enseña desde pequeños a los NNyA a realizar actos de tauromaquia. En dichos estados, incluso existen escuelas que los preparan para convertirse en toreros adultos.

La Fundación Franz Weber, ha realizado campañas de concientización y protección hacia los Derechos Humanos, Ambiente, Protección de la Niñez y Defensa de los Animales. En México por ejemplo ha realizado la campaña: "Infancias SIN viOLEncia", la cual tiene por objetivo alejar a la infancia de la observación y participación de actos y espectáculos que supongan el sufrimiento y maltrato de animales como forma de conseguir una sociedad futura pacífica y con mayor empatía hacia el sufrimiento ajeno que rechace cualquier forma de violencia, sea quien sea la víctima".[1]

Este tipo de acciones se pueden relacionar por ejemplo con una actividad "tradicional" que sucede en Argentina, la jineteada, doma, carrera de caballos, cuadreras, etc; donde se comienza a inculcar a los niños desde las infancias la realización de estas "destrezas criollas"[2], en detrimento de los derechos de ese ser vivo de una especie diferente a la humana, pero también del propio NNyA. Tracción a sangre en donde son utilizados y explotados NNyA quienes circulan arriba de un carro recolectando residuos junto con sus familias, siendo privados en la mayoría de las veces de sus derechos al juego, educación y en condiciones de absoluta insalubridad; tanto para ese niño, como su progenitor e incluso ese ANH víctima también de la explotación y marginalidad.

Respecto del uso de las gomeras, las cuales atentan contra la vida de la fauna silvestre, sobre los animales liminales que son aquellos animales con quienes compartimos el ambiente, como por ejemplo lo son las palomas, cotorras, ardillas, etc. Y sin embargo, como adultos en lugar de inculcarle a ese niño que realizar ese acto es incorrecto y daña a un ser vivo, produciéndole un dolor físico y

---

[1] Arribas, Anna Mulà y Guerrero Gustavo Lozano (2016). Infancia SIN viOLEncia UNA TRAYECTORIA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Entre Textos abril – junio 2016. Accedido el 05 de marzo de 2021 https://coppaprevencion.org/infancia-sin-violencia-una-trayectoria-desde-el-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/

[2] Córdoba 24 noticias. *¡Un pequeño gran jinete! El video de un niño domando un caballo de juguete.* 2019. https://www.cba24n.com.ar/sociedad/-un-pequeno-gran-jinete--el-video-de-un-nino-domando-un-caballo-de-juguete_a5de57a1fd91dda498913cf53 yEl Sol Tv - *Jineteada de Petisos en La Ponderosa.* Accedido el 05 de julio de 2021 https://www.youtube.com/watch?v=U1W1y_XKuzE&t=142s

psíquico en virtud de su integridad animal, muchas veces se lo termina fomentando.

Respecto de todos estos tipos de acciones: pesca, caza, tauromaquia, jineteada, doma, carrera de caballos, tracción a sangre, uso de gomeras, me lleva a sostener que la sociedad mantiene aún hoy, una mirada tolerante sobre situaciones de maltrato. Es una mirada que justifica ciertas formas de violencia y que se convierte así en cómplice silenciosa.[3]

Debemos tener como eje central que acá las víctimas no solo son esos animales son humanos que son explotados, torturados o asesinados, sino que también y con mayor recelo hemos de enfocarnos en esas niñas, niños y adolescentes que se encuentran recibiendo estos valores incorrectos desde la niñez, y que luego posiblemente desencadenarán en actos de maltrato y crueldad animal.

Un estudio realizado por la Dra. Núria Querol Viñas en articulación con el FBI UCR y NBRIS WorkinGroup ¨La Violencia hacia los animales relacionada con la violencia interpersonal¨ [4] ha demostrado que el maltrato animal es indicador de violencia interpersonal, en consideración a que el 46% de las personas que se encontraban acusados o condenados por delitos graves (violentos) maltrataba animales durante la adolescencia.

Pareciera ser entonces, que muchas veces el problema no es la existencia de una disfunción del núcleo intra familiar, sino que en familias en la cuales todos sus miembros coexisten en forma armoniosa se pueden enseñar valores que no son adecuados en clave de respeto y consideración hacia el resto de las especies.

Precisamente la niñez es una etapa en la cual las niñas, niños y adolescente se encuentran en formación de valores y conceptos a fin de adquirir las herramientas necesarias que le servirán para el

---

[3] UNICEF. *Por qué, cuándo y cómo intervenir. Desde la escuela ante el maltrato a la infancia y la adolescencia.* Guía Conceptual, Maltrato Infantil, 2011, Pág 26.

[4] Viñas Núria Querol. *La Violencia hacia los animales relacionada con la violencia interpersonal.* FBI UCR y NBRIS WorkinGroup, 2010, Accedido el 9/2/2018 en

https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2016/11/10/documentos_fbiviolenciahaciaanimalesypersonas_7443ccba.pdf

resto de sus vidas. Es fundamental que durante esta primera etapa de desarrollo (cognitivo), reciban aquellas herramientas base que logran de alguna manera construir un tipo de pensamiento empático para con el resto de las especies, e incluso también para con su misma especie.

Por consiguiente este proceso de crecimiento y desarrollo de incorporación de pautas que luego serán las normas sociales y de conductas que se adquieran que de alguna forma confluyen con la normativa legal en la cual posteriormente también afectan el trato que tengan con sus pares.

¿Bajo que parámetro como progenitores estamos criando a los NNyA? ¿En uno sobre el parámetro de respeto y consideración hacia la vida de ese ser sintiente y los derechos que posee ese ser vivo? ¿O no? ¿Con que parámetros de conducta estamos criando a las futuras generaciones que luego se convertirán en adultos?

## 3. La protección de los Derechos de la Niñez en el marco de un análisis psicológico y sociológico

Este tipo de educación violenta va construyendo y afectando la perspectiva psicológica de NNyA que empiezan a crecer de esta forma.

Tal como mencione anteriormente, existen determinadas actividades que en principio parecen ser naturalizadas por parte de la sociedad, e incluso hasta permitidas, pero que consiguientemente pueden generar un tipo de persona violenta a posteriori. No todo individuo que haya maltratado a animales acabará siendo un asesino en serie, pero casi todos los asesinos en serie cometieron actos de crueldad con animales[5]

Tal como menciona el Dr. Rodrígues Vítor José F., en referencia y relación a la tauromaquia[6]; pero así también como sucede en

[5] Randall Lockwood, *Cruelty to animals interpersonal violence: Readings in research and application.* Wets Lafayette, IN: Purdue UniversityPress. 1998.

[6] Rodrigues Vítor José F. *De la violencia en las corridas de toros a la educación violenta: una perspectiva psicológica*, 2014. Accedido el 20 de mayo de 2021

nuestro país con la caza de jabalíes, las jineteadas, domas, pialadas, etc; nos encontraos implícitamente, manifestándole al niño que tiene autorización por parte de su progenitor, de la sociedad en general y del Estado, para actual y realizar un acto de crueldad animal, azotándolo, clavándole un puñal clavándoles espuelas, latigazo, azuzar. Todas estas actividades las puede llevar a cabo porque nos encontramos en el marco de un evento de "celebración" en el cual se están desarrollando este tipo de acciones que se encuentran socialmente permitidas y también están institucionalmente permitidas por el Estado, porque el Estado no solamente apoya todo este tipo de operaciones sino que también las subvenciona económicamente, promulga, incentiva, declara de interés cultural, acepta, adhiere institucionalmente y promociona.

Un ejemplo de esto podemos encontrarlo en la provincia de Chubut en donde el Gobierno Provincial paga por cazar pumas y zorros.[7]

Cuál es el mensaje que estamos brindando sino otro que la aceptación y el festejo de la violencia. En el caso de las jineteadas, por ejemplo donde se realiza una celebración con eventos, música, bailes autóctonos, comidas tradicionales, encuentros familiares donde participan todos: adultos y niños, etc, también se están maltratando animales, entonces el mensaje que se le deja a ese niño es "está bien maltratar animales porque atrás hay un público que está celebrando y aplaudiendo este tipo de actos sociales", hay un clima de alegría, euforia, fiesta.

Existe un proceso de desensibilización emocional, debido a que si nosotros desde la niñez comenzamos a vislumbrar que los casos de tortura y maltrato animal son algo natural, en consideración cuando seamos adultos y veamos un caso de maltrato y crueldad animal también lo vamos a tomar como algo natural. Cuanta mayor desensibilización emocional, más frecuentes serán los episodios de violencia. "La exposición a la crueldad hacia animales así como a otras formas de violencia en edades tan tempranas y el hecho

---

https://coppaprevencion.org/extracto-del-texto-de-la-violencia-en-las-corridas-de-toros-a-la-educacion-violenta-una-perspectiva-psicologica/

[7] Fundación Vida Silvestre. *Leyes que atrasan: el Gobierno de Chubut paga por cazar pumas y zorros.* 2021. Accedido el 30 de junio de 2021 https://www.vidasilvestre.org.ar/?22060/Leyesqueatrasanpumasyzorros

plausible de desensibilizarse ante ello los convierte potencialmente en seres más tendientes a cometer también actos de violencia interpersonal."[8]

En consecuencia y en virtud de todas estas situaciones que son expuestas, es que de alguna forma aprendemos el ejercicio de la violencia, debido a que incorporamos en forma inconsciente que la misma está permitida, es correcta y es algo que se puede realizar. Este tipo de violencia también pareciera ser recompensada con algún tipo de premio o beneficio, gloria, festejo, prestigio, dinero, admiración, y de esta forma naturalizamos el hecho de obtener un "premio" por cometer un acto cruel en conjunto con un aumento gradual de la violencia, la cual se desarrolla y fomenta en forma espiralada.

Esta violencia es públicamente recompensada por los aplausos de la multitud además de que los "héroes" torero se presentan, desde el comienzo, ataviados de una guisa faustosa, exhibiendo esa misma riqueza que desean perpetuar (ya que no olvidemos que las corridas son espectáculos de masas que mueven mucho dinero e intereses). Al niño, por lo tanto, se le lleva a "apreciar" aquello que sus ídolos educativos, los encargados de su educación, les dicen que es bueno: la corrida.[9]

Se habilita el sentimiento sádico, dándole premiso a quien comete el acto para que continúe haciéndolo, azotar, drogar o picanear a un caballo, apuñalar a un jabalí, etc. Estableciendo entonces que el castigo que se le imparte hace ser vivo no sería algo reprochable dado que en mi inconsciente lo estoy considerando como una cosa, como un objeto al cual yo puedo manipular a mi antojo y dominar.

De igual forma estamos considerando como legítimo el hecho de tortura a un ser vivo bajo la consideración de tomar a este acto

---

[8] Wright, J., y Hensley, C., *From animal cruelty to serial murder: Applynig the graduation hypothesis.* International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 2003, 47 (1), 45-72

[9] Rodrigues Vítor José F. *De la violencia en las corridas de toros a la educación violenta: una perspectiva psicológica.* 2014. Accedido el 20 de mayo de 2021 .https://coppaprevencion.org/extracto-del-texto-de-la-violencia-en-las-corridas-de-toros-a-la-educacion-violenta-una-perspectiva-psicologica/

como algo permitido, en el marco de que uno con esa “cosa” puedo hacer y actuar de la manera que quiera debido a que ese acto está autorizado y consentido por parte del Estado. Yo puedo cazar, pescar, torturar, masacrar, linchar, porque el Estado a través de sus actos de gobierno (leyes, decretos u ordenanzas) lo autoriza a hacerlo.

El conflicto que se vislumbra en todo este análisis es la exposición que se realiza de ese NNyA a que interprete que existe una justificación a actuar de un modo violento en el marco de la celebración de una fiesta.

De hecho, una de las "justificaciones" de las corridas es que pueden ser un espectáculo divertido -transmitiendo implícitamente al niño la idea de que torturar y matar a un animal puede ser aceptable y divertido. [10]

Nos encontramos reunidos en una plaza en una gran jineteada o doma, en donde uno está viendo a un ser vivo que es torturado en público. Seguidamente el concepto que se transmite es que es bueno, positivo y socialmente permitido ser violento porque también obtenernos esa recompensa de la gloria, honor, dinero, apruebo social, admiración, respeto.

¿De qué sirve insistir en campañas contra la violencia de género cuando desde la niñez les estamos enseñando a miles de NNyA a que la violencia está autorizada, que sean violentos, que naturalice la violencia, que pueden descargar su violencia con otro ser vivo, que el Estado la permite y la legítima y a que siendo violentos contra todo ser vivo recibirá (acciones positivas)? ¿Estamos realmente atacando el problema de fondo?

Este año, en el marco de una causa judicial por violencia de género, en la cual un tropillero de la localidad de Las Varillas en la provincia de Córdoba de nombre Julio Saluzzo fue condenado por femicidio contra su esposa.

Para el fiscal, el hombre "colocó a Verónica en una relación de sumisión y postergación de su propio proyecto de vida, celándola, desvalorizándola e imponiendo su voluntad y dominación por sobre

[10] Idem.

ella, ejerciendo una persecución cada vez más intensa, revisando su celular y siguiéndola cuando salía de la casa".[11]

Por otro lado, pero no es un detalle menor, y quisiera hacer especial énfasis en las palabras "sumisión" e "imponiendo su voluntad y dominación" utilizadas por el MPF en relación al femicidio. No es para nada de extrañar que quien es cruel con los animales, es capaz de asesinar a alguien de su propia especie. Existen bastos estudios que lo han demostrado en numerosísimas oportunidades, pero quisiera traer a colación un artículo sobre el perfil psicológico de un maltratador de animales y las acciones que realiza, o el perfil de la víctima sobre la que actúa. En dicho artículo se menciona que numerosos estudios han demostrado que las personas capaces de cometer actos de crueldad hacia los animales, son capaces también de dirigir la violencia contra los seres humanos, en particular hacia los más vulnerables, incapaces de defenderse y más sumisos.[12]

## 4. La Protección de los Derechos de la Niñez frente a casos de maltrato y crueldad animal en el marco de nuestra legislación a nivel Nacional e Internacional.

Continuando con esta inteligencia, en el presente apartado desarrollaré una revisión sobre el marco normativo de protección legal, tanto en materia nacional, como internacional, que se brinda alos NNyA respecto de ser testigos de actos de maltrato o crueldad animal.

Si bien entrar a analizar cada uno de los artículos excedería por demás el objetivo y estudio de este artículo, la idea será ver o

---

[11] El Once. Condenan a tropillero por femicidio: estaba "muy vinculado a Urdinarrain". 2021. Accedido el 16/6/2021. https://www.elonce.com/secciones/policiales/671482-condenan-a-tropillero-por-femicidio-estaba-quotmuy-vinculado-a-urdinarrainquot.htm

[12] Barbieri Alberto. Este es el perfil psicológico de un maltratador de animales. La Vanguardia. 29 de Abril de 2016. Accedido el 12 de noviembre de 2019https://www.lavanguardia.com/natural/20160429/401449053985/perfil-psicologico-maltratador.html

mencionar a grandes rasgos aquellos que le brinda protección a la niñez.

**4.1 Análisis respecto de la Convención de los Derechos del Niño.** En el marco de lo establecido en nuestra Constitución Nacional, y a raíz de la reforma de esta, en el año 1994, es que la Convención de los Derechos del Niño [13] ha adquirido el carácter de Tratado con Jerarquía Constitucional según lo receptado en el art. 75 inc. 22 de la misma.

Entrándonos en un análisis respecto de lo establecido a lo largo de su articulado, podemos encontrarnos con que uno de los pilares máximos de la convención es precisamente el Interés Superior del Niño. Este concepto jurídico, poseedor de un carácter indeterminado muchas veces configura un tipo de norma abstracta que puede permitir la aplicación de un cierto margen de discrecionalidad por parte del magistrado que se encuentre a cargo de aplica la ley. Esto ya lo ha manifestado oportunamente la Dra. Mary Beloff al mencionar que

> La falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior del niño no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la obsoleta cultura tutelar (…) El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado –ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo– […] obrara con niveles discrecionales inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales.[14]

Es entonces que debemos tomar el término de Interés Superior del Niño como un resorte guía en tanto principio jurídico, como norma de fondo y de derecho sustantivo, pero también en el marco del procedimiento judicial.

---

[13] La Convención de los Derechos del Niño, la cual se encuentra aprobada por Ley 23.849, fue sancionada el 27 de Septiembre de 1990, promulgada el 16 de Octubre de 1990 y publicada en el Boletín Oficial el día 22 de Octubre de 1990.

[14] Beloff, Mary. *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p 15.

Sin embargo, debemos entender que ninguno de estos derechos se haría efectivo si no se pudiera contemplar el cumplimiento del derecho a la vida, dado que la operatividad de estos despenderá exclusivamente de que el NNyA se encuentre con vida.

> El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. (…) En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.[15]

En este artículo se observa la coordinación que existe relativa a los derechos del bienestar físico y psíquico en el marco de un desarrollo saludable e integral de sus emociones.

La exposición que padecen los niños que acompañan este tipo de eventos, ya sea la caza de jabalí, asistir a una jineteada o carrera de caballos, u otro acto en el cual se somete y explota a un ser vivo, no solamente le produce un daño en el marco de su integridad psicológica por la naturalización del ejercicio de la violencia dirigida hacia ese ANH, sino que también acompaña un posible daño hacia su integridad física, toda vez que estos eventos lejos están de garantizar, incluso, una adecuada protección hacia las personas adultas.

¿Cuántas veces vemos que concurre algún tipo de accidente en un "festiva" de doma o jineteada?

En el año 2018, ocurrió un trágico episodio a causa de la realización de un festival de destrezas criollas que se desarrollaba en la vecina comunidad de Villa Puente Picún Leufú[16]en la provincia

---

[15] Corte IDH, "Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala", 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

[16] Río Negro. *Murió el jinete que se accidentó mientras realizaba destrezas criollas*. 2007. Accedido el 06 de julio de 2021 https://www.rionegro.com.ar/un-chico-murio-aplastado-por-un-caballo-en-un-festival-gaucho-cerca-de-zapala-EE6143251/

de Río Negro. En el mismo, falleció, Román Ceballos, un niño de 14 años, quien se encontraba domando a un caballo, cuando el animal cayó sobre el cuerpo del joven jinete. Estos casos no solo será responsabilidad de los progenitores que se encuentran a cargo del cuidado de ese niño, sino también del propio Estado Nacional por no cumplir con la normativa de carácter internacional que brinda protección en materia de niñez, siendo esta una obligación asumida por parte del Estado el que ha ratificado e incorporado dicha Convención a su plexo normativo.

Aun siendo algo elemental, es necesario aclarar que cuando un niño sale a cazar jabalíes acompañado de sus progenitores, este también corre un grave peligro en su vida pudiendo ser herido tanto por el jabalí como por la jauría de canes en la caza con jauría.

Seguidamente, este deber de cuidado y protección hacia el derecho a la vida del NNyA, no solamente es una obligación por parte del Estado, sino también y tal como lo manifiesta el artículo 18 del mismo cuerpo legal, de los propios progenitores, constituyendo ésta una tarea de coparentalidad. Ambos progenitores tienen obligaciones respecto de la crianza y el desarrollo del niño.

Precisamente en este punto podemos ayudarnos utilizando la definición que brinda el artículo 638 de nuestro actual Código Civil y Comercial en tanto define a la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

> Esta norma acentúa el rol fundamental que debe cumplir la familia para el desarrollo adecuado de los niños durante su crecimiento. (...) Es importante que estos niños, que luego serán parte activa de la sociedad, reciban valores relativos a la consideración y el respeto hacia la vida de todas las especies que integran y forman parte del planeta Tierra.[17]

Pero así también podemos encontrar esta misma idea reforzada en la Observación General Nro 13 del año 2011, Comité de los

---

[17] Domínguez Cecilia. *La responsabilidad del adulto mayor en casos de crueldad y maltrato animal, cuando es visto por niños, niñas y adolescentes*. Revista Jurídica de San Luis - Número 6 - Octubre 2019.

Derechos del Niño, la cual recepta el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, y en su apartado Nro 14 menciona lo siguiente:

> La crianza del niño en un entorno respetuoso y propicio, exento de violencia, contribuye a la realización de su personalidad y fomenta el desarrollo de ciudadanos sociales y responsables que participan activamente en la comunidad local y en la sociedad en general. Las investigaciones muestran que los niños que no han sufrido violencia y crecen en forma saludable son menos propensos a actuar de manera violenta, tanto en su infancia como al llegar a la edad adulta. La prevención de la violencia en una generación reduce su probabilidad en la siguiente. Así pues, la aplicación del artículo 19 es una estrategia fundamental para reducir y prevenir todas las formas de violencia en las sociedades, "promover el progreso social y elevar el nivel de vida", y fomentar "la libertad, la justicia y la paz en el mundo" para una "familia humana" en la que los niños tengan un lugar y un valor igual al de los adultos (preámbulo de la Convención).[18]

Por otro lado, y en el marco de las acciones desarrolladas en México, específicamente en relación a los pedidos de informes que realiza la fundación Franz Weber al Comité de los Derechos del Niño sobre las actividades de tauromaquia que desarrollaban los NNyA en escuelas especializadas dónde se les brindaba desde la niñez educación sobre las actividades de tauromaquia; el Comité en su apartado nro 31 respondió a las mismas expresando que:

> Le preocupa la efectiva implementación de estos contenidos y la prevalencia de la impunidad frente a casos de violencia contra niñas, niños en el país. (...) El bienestar mental y físico de niñas y niños involucrados en entrenamiento para corridas de toros y en actuaciones asociadas a esto, así como el bienestar mental y emocional de los espectadores infantiles que son expuestos a la violencia de las corridas de toros.[19]

Seguidamente, y en el mismo análisis, la Organización Mundial de la Salud ya ha manifestado una definición en relación a lo que significa maltrato infantil de la siguiente manera: cualquier acción u

---

[18] Observación General Nro 13 del año 2011, Comité de los Derechos del Niño

[19] Comité de los Derechos del niño. Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto consolidados de México (CRC/C/MEX/CO/4-5).

omisión de acción que viole los derechos de los niños y adolescentes y afecte la posibilidad de que disfruten de un grado óptimo de salud, que afecte su supervivencia o su desarrollo.

Al considerar el artículo 27 podemos vislumbrar que una vez más la CDN hace referencia a la importancia de la protección y de brindar nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Deberíamos sentarnos a analizar si este tipo de acciones realmente contribuye a este desarrollo físico, mental, emocional de los NNyA. En principio debemos partir de la premisa en relación a lo que podemos entender como "nivel de vida adecuado". Ya se ha hecho alusión a que este principio parecería ser que a prima facie conculcaría varios derechos, por ejemplo a tener una vivienda digna, atención médica y en relación a la salud, alimentación, vestimenta, etc. No obstante ello, considero que nos estamos olvidando de un aspecto fundamental, en tanto el nivel de vida adecuado también integra la protección hacia su integridad psico-física. Garantizar un nivel de vida adecuado no debe únicamente hacer referencia a aquellos aspectos patrimoniales en relación al cuidado y protección de los NnyA, sino también a aquellos de carácter inmaterial como ha de ser su desarrollo y bienestar social, espiritual, moral y su salud física y mental.[20]

Para finalizar el análisis que realiza la CDN sobre los puntos en mención, en el artículo 29 tomo como acertada la consideración que se realiza en relación al Inc 1 punto e, en donde establece la jerarquía de educar al niño en respeto del medio ambiente natural. Según lo establece la Real Academia Española, se entiende por medioambiente al conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades.

**4.2 La protección a través de nuestro Código Civil y Comercial de La Nación.** En relación a lo que instituye la normativa de fondo específicamente hablando sobre nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, en el Título VII, Capítulo 3, Artículos 646 y 647 establece las reglas generales correspondientes a los deberes y derechos de los progenitores. Respecto del análisis

[20] Artículo 17 Convención de los Derechos del Niño.

sobre el artículo 646 y en la enumeración sobre los deberes de los progenitores, menester es destacar que parte de cuidarla hijo también es educarlo. Y respecto a este punto resulta fundamental que la educación que se brinde a ese NNyA, en el marco de la educación familiar como primer núcleo de escolarización, es que la misma debe ser en respeto y consideración hacia cualquier ser vivo, y no en detrimento de este valor, pues ya sabemos que quien naturaliza la violencia también pierde esa sensibilidad innata. Con relación a la interpretación que se realizar en el Tratado del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado se puede descartar que "se señala que deberá ser respetado su derecho a ser oído y a participar en su proceso educativo, fórmula con la que se excede la educación formal, siendo también comprensiva de la instrucción que se recibe cotidianamente en el seno del hogar. "[21]

Al hablar de educación, no podemos pensar solamente en la educación en el ámbito escolar, sino en toda la educación que recibe el NNyA, incluso aquella que corresponde únicamente al ámbito doméstico o respecto del quehacer diario.

Respecto a lo receptado por el artículo 647 del mismo código, si bien a primera vista el término hace referencia a la acción que produzca un daño en la esfera física del NNyA, no se debe descartar, tampoco, aquella órbita que produzca un daño en su integridad psicológica. Seguidamente, la interpretación que realiza el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, en su Tratado del Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, refiere a "evitar todo tipo de castigo físico dirigido contra los hijos. (…) Englobándose dentro de este concepto a todo acto lesivo de la integridad personal, moral o psicológica y de la dignidad de las niñas, niños y adolescentes. "[22]

Una vez más, una norma de carácter nacional busca brindar protección tanto hacia la integridad física como psíquica como así también su dignidad haciendo énfasis en la especial educación que deben recibir los niños, siendo éstos sujetos que se encuentran en pleno desarrollo. Cometer un acto de maltrato no es únicamente la

---

[21] Lorenzetti Ricardo Luis (Dirc.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2015. pág., 320.

[22] Lorenzetti Ricardo Luis (Dirc.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Editorial Rubinzal – Culzoni, 2015, pág., 323.

comisión de un acto de maltrato físico, sino también psicológico, y maltrato psicológico es educar y enseñarle a un niño que tiene como permitido causar actos de crueldad animal contra un ser vivo.

Dentro del listado de formas de maltrato hacia NNyA que UNICEF brinda, podemos apreciar una de ellas como el maltrato emocional/ psicológico.[23]

**4.3 Análisis respecto de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes 26.061.** En referencia a la Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, se puede apreciar un marco normativo muy similar al que establece la misma Convención de los Derechos del Niño. En el artículo 8 se vislumbra la protección sobre el derecho a la vida. En consonancia sobre este derecho, no debemos perder el eje central de protección de ella como garantía para el cumplimiento de los demás derechos.

Posteriormente en el artículo 9 se instituye el derecho a la dignidad y la integridad personal. ¿Cuál resultaría ser el valor fundamental de la dignidad como eje rector de este artículo? Por tanto, de alguna forma todo lo que implique un daño en su integridad física o psíquica de alguna manera vulnera la dignidad de ese niño. Resulta necesario que el Estado Nacional como órgano rector y controlador del cumplimiento de estos derechos y garantías, establezca políticas públicas de protección y cumplimiento estricto de estos derechos.

En correspondencia al artículo 21 se vuelve a mencionar el derecho al ambiente como derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como a la preservación y disfrute del paisaje. A los efectos de la interpretación de estos artículos me remito a lo ya mencionado sobre la Convención de los Derechos del Niño, en relación a la educación especial que hacer referencia en el artículo 29 inc. e, sino también a que en esta etapa es donde se construye y desarrollar esa personalidad del niño. Se entiende por Ambiente, no solo en el marco de aquello que lo rodea físicamente al NNyA, sino también al entorno en el que se encuentra y a la

[23] UNICEF, *Por qué, cuándo y cómo intervenir. Desde la escuela ante el maltrato a la infancia y la adolescencia. Guía Conceptual, Maltrato Infantil.* 2011. Pág 19.

educación que brinde la familia, como primer núcleo de escolarización. Esto será fundamental para las etapas posteriores de aprendizaje, en el marco de una crianza saludable y armoniosa con su entorno y con el resto de la sociedad.

**4.4 Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño.** Las Observaciones Generales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño, poseen un carácter vinculante y obligatorio para Argentina.

En relación a la Observación General Nro 1[24], la cual establece el propósito de la educación y amplía el concepto instituido en el artículo 29 de la CDN, menciona que el primer propósito de la educación es la dignidad humana, teniendo en cuenta que el objetivo es el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades[25]. La educación es la que debe girar siempre en torno al niño y no en sentido contrario. La formación en este punto no se basa estrictamente en la enseñanza formal de un establecimiento educativo, sino brindar los valores y habilidades sociales para su futuro desarrollo como humano adulto. Dichas nociones deberán converger en valores y principios éticos que hagan a la dignidad humana y el respeto hacia los derechos fundamentales.

> "Se hace hincapié en la necesidad de planear e impartir la educación de manera que promueva y refuerce la gama de valores éticos concretos consagrados en la Convención, entre ellos la educación para la paz, la tolerancia y el respeto del medio ambiente, de forma integrada y holística, lo que puede exigir un planteamiento multidisciplinario."[26]

En relación al derecho a la salud y el desarrollo instituido en la Observación General Nro 4 del Comité de los Derechos del Niño, en la misma se realiza un abordaje a los efectos de determinar aquellos aspectos que, en el marco del desarrollo de los NNyA y más específicamente en la adolescencia,deben fomentarse y protegerse a fin de gozar de un alto nivel de salud.

---

[24] Observación General No. 1, Comité de los Derechos Niño, Propósitos de la educación, 26º período de sesiones (2001), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 332.

[25] Ídem

[26] Ídem.

El Comité cree que los padres o cualesquiera otras personas legalmente responsables del niño están obligadas a cumplir cuidadosamente con sus derechos y obligaciones de proporcionar dirección y orientación al niño en el ejercicio por estos últimos de sus derechos.[27]

Es sabido que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades[28], a su vez, dicho entendimiento es dinámico y no estático y la afectación que se pueda producir hacia los NNyA respecto de las acciones que he mencionado a lo largo del trabajo, integra un grado de afectación en su integridad psíquica, y también muchísimas veces en su integridad física[29].

Con relación a todo este análisis, es fundamental y necesario establecer que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental[30]. Resulta esencial, que la educación que se le brinde a los NNyA se ajuste a los nuevos paradigmas imperantes en virtud del respeto a las demás especies, para ello será necesario que se le brinden las herramientas de conocimiento adecuadas a fin de que puedan elaborar un pensamiento crítico y renovado en consideración al reconocimiento de los derechos de todos los seres vivos. El acceso a la información que se menciona en el apartado número diez de la Observación General, también establece como eje fundamental "la promoción de medidas económicas, racionales, incluso a través de leyes, políticas y programas, con respecto a

---

[27] Observación General No. 4, Comité de los Derechos Niño, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003).

[28] Organización Mundial de la Salud. Accedido el 03 de julio de 2021https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions

[29] Río Negro. Murió el jinete que se accidentó mientras realizaba destrezas criollas. 2007. Accedido el 06 de julio de 2021 https://www.rionegro.com.ar/un-chico-murio-aplastado-por-un-caballo-en-un-festival-gaucho-cerca-de-zapala-EE6143251/

[30] Artículo 17 de la Convención de los Derechos del Niño

numerosas situaciones relacionadas con la salud, como (...) la protección contra prácticas tradicionales peligrosas".[31]

Uno de los fundamentos de esta Observación es la protección a los adolescentes contra toda forma de violencia[32], la protección hacia su integridad física, la adopción de medidas a los efectos de prevenir y prohibir todo tipo de violencia que atente contra su salud y vida.

Otro de los tipos de violencia a los cuales hacer referencia la presente Observación es sobre la violencia institucional. En el marco de lo analizado, el Estado a todas luces comete violencia institucional en tanto permite que miles de NNyA sean espectadores de actos de tortura y maltrato animal que son desarrollados en eventos como las domas, jineteadas, pialadas, caza de jabalíes, etc.

Este tipo de violencia muchas veces es incluso permitida por los Estados en el marco de sus legislaciones, las cuales no se ajustan a lo establecido tanto en la Convención de los Derechos del Niño, como así tampoco en las Observaciones Generales, la Ley de protección Integral y el Código Civil y Comercial de la Nación. A su vez, aún existiendo leyes que prohíban determinados actos, como es en el caso de la provincia de La Pampa con la Ley 1.194, el Estado no procura realizar los esfuerzos necesarios a fin de evitar que los NNyA asistan junto con sus progenitores a realizar este tipo de actos que pone en peligro sus vidas, su integridad física y psíquica.

En relación a la vulnerabilidad psíquica que les produce a los NNyA al asistir a estos eventos, se ha descubierto que este tipo de factores de maltrato y crueldad afectan gravemente la capacidad al momento de elegir comportamientos que sean sanos. En el marco de una evaluación realizada a NNyA sobre la sensación que les causaba presenciar las corridas de toros, se ha revelado que Grana et al. (2004) investigaron los efectos de su visionado recurriendo a un grupo equilibrado de 240 niñas y niños de entre 8 y 12 años de edad. Algunos de los resultados merecen especial consideración: el

---

[31] Observación General No. 4, Comité de los Derechos Niño, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, U.N. Doc. CRC/GC/2003/4 (2003).

[32] Ídem

56,3% de las niñas y niños que solían asistir a las corridas revelaron indiferencia al presenciarlas mientras que solo el 35,1% de las niñas y niños que nunca habían asistido en vivo revelaron el mismo sentimiento.[33]

Cuando mencionamos en la Observación General Nro 13 el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, decimos que ese niño debe crecer en un ambiente sano en el cual se lo proteja de los actos de violencia que puedan desarrollarse tanto en su núcleo familiar como en su ambiente de desarrollo. Y es obligación de los Estados Partes prevenir este tipo de acciones mediante la aplicación de políticas públicas concretas, efectivas y reales que protejan a los derechos de los NNyA tanto a nivel nacional, provincial como municipal.

En la sociedad hay actitudes y prácticas sociales y culturales generalizadas que toleran la violencia[34]. Este tipo de violencias, las encontramos a diario en los actos y eventos a los cuales concurren miles de NNyA tales como las mencionadas anteriormente. Son actos en los cuales muchas veces se hiera u hostiliza a los animales. Y donde ellos aprenden a cosificar y naturalizar este maltrato.

Este tipo de violencia psicológica y emocional también puede llegar a corromper las conductas naturales que puedan tener a su edad. Las consecuencias de naturalizar la violencia desde las infancias causan un perjuicio en su desarrollo posterior y también en la sociedad en general.

Seguidamente, la Observación General Nro 17, en relación a derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes, cuyo objeto es aumentar la comprensión de la importancia del artículo 31 para el bienestar y el desarrollo del niño; asegurar el respeto y reforzar la aplicación de los derechos consagrados en ese artículo, así como de

---

[33] Rodrigues Vítor José F. De la violencia en las corridas de toros a la educación violenta: una perspectiva psicológica., 2014. En URL https://coppaprevencion.org/extracto-del-texto-de-la-violencia-en-las-corridas-de-toros-a-la-educacion-violenta-una-perspectiva-psicologica/

[34] Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 13, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, U.N. Doc. CRC/C/GC/11 (2011).

los otros derechos que se reconocen en la Convención, y poner de relieve lo que ello implica.[35]

Plantea un dato no menor, y es que además de plantear el derecho del niño al juego como acción de desarrollo que ayuda a desarrollar su interés, potenciar su capacidad de liderazgo, trabajo en equipo, brindando herramientas para resolver conflictos; contribuye a mejorar su comunicación de ideas, experiencias, le brinda un soporte para establecer una posición social, jerarquizar el juego como un estímulo positivo para el desenvolvimiento de acciones positivas en el desarrollo de la niñez; pero a su vez, menciona la importancia de que los niños puedan tener oportunidades de experimentar e interactuar con entornos naturales y con el mundo animal y de jugar en ellos[36], es decir, la Observación General a que ese niño que se encuentra en desarrollo pueda interactuar con el mundo animal, comprenderlo, entenderlo, percibirlo, asimilarlo e interactuar como parte de ese ambiente, en una relación sana y de desarrollo mutuo. La Observación General, ve y analiza esto como positivo para lograr una crianza sana.

## 5. Conclusión.

Es necesario comenzar a analizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes desde una interseccionalidad de sus derechos en forma articulada con el derecho Animal. Actualmente bajo ningún concepto podemos alegar que no existe una interrelación entre las conductas de maltrato y crueldad animal y como afectan las mismas en el marco de la niñez y de los derechos de los NNyA.

Todavía resta mucho por analizar y estudiar; pero también por implementar. Por aplicar políticas públicas efectivas en el marco de los derechos de los NNyA y las obligaciones asumidas como Estado Parte.

---

[35] Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 17, sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31), U.N. Doc. CRC/C/GC/17 (2013).

[36] Ídem.

Nos encontramos ante una situación donde no existe una sola víctima, sino que hay dos, tanto los NNyA que son expuestos a estos actos de violencia, internalizándola y naturalizándola, como también el resto de las especies que son quienes la sufren a diario en los hechos de explotación, maltrato y crueldad. ¿Cuánto más debemos esperar para terminar de analizar estos conceptos clave?

Existe una frase en la cual realmente desconozco al autor, pero que me parece hermosa y dice así: ¨Todo niño debería crecer con animales, aprendiendo desde pequeños que ellos también aman, sienten y sufren como lo hace cualquier humano; quizás así, en 15 años, una nueva generación ame más y mate menos. ¨

Quisiera que como adultos no nos demoremos más en aprender todos estos conceptos, a lo mejor de alguna manera serán los niños quienes el día de mañana terminen enseñándonos a nosotros.

■■■

# EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE ARGENTINA PARA LA PREVENCIÓN Y EL CONTROL DEL DOPAJE EN EL DEPORTE

*Juan Ignacio Ucha*[*]

## 1. Introducción.

En el siguiente trabajo se analizará el nuevo Régimen Jurídico de Argentina para la Prevención y el Control del Dopaje en el Deporte.

Primero se analizará el marco jurídico internacional del antidopaje. Se hará énfasis en el Programa Mundial Antidopaje y sus elementos principales en sus tres niveles: el Código Mundial Antidopaje (en adelante el Código), los Estándares Internacionales y documentos técnicos y los Modelos de prácticas óptimas y directrices. Se pondrá el foco en la Agencia Mundial Antidopaje (la denominada en inglés como la World Anti-Doping Agency y en adelante, la "WADA"), que entre sus funciones tiene la de elaborar el Código. Se pondrá énfasis en la última reforma que ha entrado en vigencia en enero de 2021. Tendrá lugar el análisis de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte que fue aprobada en la Argentina mediante la Ley Nacional número 26.161.

Luego, se hablará acerca de la Ley Nacional 27.619 que fue sancionada por el Congreso de la Nación en abril de 2021. Dicha ley vino a realizar modificaciones a lo dispuesto por la Ley Nacional 26.912.Su finalidad principal fue que la Argentina adapte su normativa antidopaje a los principios del nuevo Código Mundial Antidopaje, que entró en vigencia en enero del 2021. Se introducirán subsecciones para analizar detalladamente algunas de las modificaciones introducidas por dicha ley entre las que vale la

[*] Abogado autónomo, egresado de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

pena destacar la actividad de terceros, el principio de irretroactividad de la ley, la cuestión de la sustancia de abuso y el doping de los animales de competición.

Finalmente, se procederá a analizar la cuestión de la responsabilidad objetiva y la subjetiva del deportista, que ha sido siempre un eje de debate en relación al dopaje en el Derecho Deportivo. La mejora o no del rendimiento deportivo por la ingesta de determinadas sustancias es intensamente debatida por los profesionales de la salud con opiniones diversas en algunos casos. A eso debe sumársele que la cuestión de si favorece o no varía también dependiendo del deporte que se esté analizando, hay diversas variables.

## 2. Antidopaje. Marco jurídico internacional.

La WADA fue fundada en 1999 y tiene domicilio actual en Montreal, Canadá. Es una agencia internacional autónoma cuyas funciones son la promoción y seguimiento de la educación, la investigación del doping y especialmente el control del contenido y la elaboración del Código y su cumplimiento en el mundo. En el ámbito de los procesos jurídicos abiertos a nivel nacional e internacional frente a una presunta violación antidopaje puede apelar ante el Tribunal Arbitral del Deporte.[1]

El Programa Mundial Antidopaje abarca todos los elementos necesarios para lograr una armonización y unas prácticas óptimas en los programas contra el dopaje a nivel nacional e internacional.

El Código es el instrumento jurídico regulador más importante mundialmente en cuanto a antidopaje y fue aprobado por el Consejo de la WADA. Constituye un marco de referencia con disposiciones obligatorias y otras opcionales en cuanto a su aplicación. Está destinado a las organizaciones antidopaje signatarias responsables de la adopción, implementación y aplicación de las reglas antidopaje en sus respectivas esferas de autoridad como el Comité Olímpico Internacional y las federaciones

[1] Cf. Buen Rodriguez, Ricardo De. "Antidopaje. Marco Jurídico Internacional". En Ricardo FregaNevia (Director), *Cuaderno de Derecho deportivo número 17*. Buenos Aires: Ed. Ad.Hoc, 2019, pp. 220-221.

internacionales. Sus finalidades fundamentales son la protección del derecho de los atletas a participar en un deporte libre de dopaje y asegurar programas antidopajes armonizados y efectivos a nivel internacional y nacional, en relación con la detección, disuasión y prevención del dopaje.[2]

Al ser un órgano privado la WADA no puede exigirles a los Estados que reconozcan los principios reflejados en el Código. La exigencia de que se reconozcan a los mismos mediante la sanción de las leyes correspondientes viene de parte de las organizaciones deportivas que son de derecho privado y en su gran mayoría son signatarias del Código. Entre ellas se encuentras el Comité Olímpico Internacional, el Comité Olímpico Nacional y las Federaciones Internacionales, entre otras.

Estas organizaciones deportivas se obligan a utilizar la normativa del Código y otras normativas de grado inferior como lo son los Estándares Internacionales.

El Código no impide que cada organización antidopaje (entre las cuales se encuentra la Organización Nacional Antidopaje) cree sus propias normas antidopaje. En algunos casos hay entes a nivel nacional e internacional que en su reglamentación remiten directamente al texto del Código. Es el Código el que aclara cuales normas y principios deben aplicarse sin cambio alguno y cuáles pueden ser materia de flexibilidad.[3]

El artículo 23.2.2 del Código establece que artículos deben ser contenidos sin modificaciones en las normas antidopaje respectivas. Incluye:

- La definición de dopaje (artículo 1)
- Las infracciones de las normas antidopaje (artículo 2)
- La prueba del dopaje y la forma de analizar la carga de la prueba (artículo 3)
- Las sustancias específicas o métodos específicos (art. 4.2.2)

---

[2] Cf. Buen Rodriguez, Ricardo De. Op. Cit., pp. 221-222.

[3]Cf. Buen Rodriguez, Ricardo De. Op. Cit., pp. 221-222.

- Las sustancias de abuso (art. 4.2.3)
- La determinación por parte de la AMA de la Lista de Prohibiciones (art. 4.3.3)
- La Retirada del deporte (art. 7.7)
- La Anulación automática de resultados individuales (art. 9)
- Sanciones individuales (art. 10)
- Sanciones a equipos (art. 11)
- Recursos con la excepción de los apartados 2.2, 6 y 7 (art. 13)
- Efecto vinculante automático de las decisiones (art. 15.1)
- Plazo de prescripción (art. 17)
- Interpretación del Código (art. 26)
- Definiciones (anexo 1)

En la reforma del 2021 ha sido implementada el Acta de Derechos Antidopajes de los Deportistas. La primera parte del Acta establece los derechos que se encuentran en el Código y en los Estándares Internacionales. La segunda parte establece los derechos recomendados por los deportistas. Sin embargo, los derechos legales de los deportistas en el contexto del antidopaje son solo aquellos que se establecen en el Código y en los Estándares Internacionales

Los Estándares Internacionales se establecen para distintas áreas técnicas y operacionales. Deben ser desarrollados en consulta con los signatarios y gobiernos y deben ser aprobados por la WADA. Su finalidad es lograr la armonización de temas técnicos y operacionales en áreas claves de la lucha antidopaje. Constituyen documentos técnicos que reglamentan la cuestión del antidopaje en base a los principios que el Código impone. Las organizaciones deportivas signatarias del Código están obligadas a utilizar estas normativas de grado inferior. [4]

Tras la entrada en vigencia del nuevo Código en enero de 2021 ocho son los Estándares Internacionales vigentes. Los siguientes fueron incorporados en la última reforma:

---

[4] Cf. Buen Rodriguez, Ricardo De. Op. cit., pp. 223-224.

1) Educación: establece estándares obligatorios que deban ser utilizados por los signatarios para la implementación y la evaluación de programas educativos efectivos. Establece los principios y estándares mínimos que los Programas de Educación deben incluir mientras que las Guías para la Educación les impone a los Signatarios el deber de desarrollar y mejorar sus programas de educación. Prevé las definiciones terminológicas en el campo educacional y da claridad en cuanto a los roles de los Signatarios para planificar y evaluar los Programas de Educación. Exige a los Signatarios a que establezcan un grupo de educación que incluya a los atletas en un registro de testeo y a los deportistas que vuelvan de una sanción. También se alienta a que los Signatarios consideren el beneficio de educar a un mayor número de atletas mediante Programas de Educación basados en valores que promuevan el espíritu del deporte y promuevan un ambiente deportivo limpio.[5]

2) Gestión de los resultados: su propósito es establecer las principales responsabilidades de las Organizaciones Anti Dopaje respecto de la gestión de los resultados. Establece principios además de obligaciones aplicables a varias fases de la Gestión de Resultados. Se incluyen la revisión inicial, la notificación de potenciales violaciones de las normas anti-dopaje, las Suspensiones Provisionales, la afirmación de las violaciones a las normas antidopaje y la proposición de sus consecuencias, el Proceso de la Audiencia hasta la expedición y la notificación de la decisión junto a la eventual apelación.[6]

Los Modelos de mejores prácticas y directrices constituyen recomendaciones de la Agencia Mundial Antidopaje, no son obligatorios. La WADA ha desarrollado modelos de normas para federaciones internacionales y para organizaciones nacionales antidopaje, entre otras, para facilitar la aplicación del Código en cada una.[7]

---

[5] Cf. "International Standards", en la página web oficial de la Agencia Mundial Antidopaje, consultado el 27 de junio de 2021, accedido el 27 de junio de 2021 a través de la web https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/international-standards

[6] Cf. "International Standards", Op. Cit.

[7] Cf. Buen Rodriguez, Ricardo De. Op. Cit., pp. 224-225.

La Argentina aprobó la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte mediante la Ley Nº 26.161. Dicha Convención fue coordinada por la Unesco y suscrita en Paris en 2005. Su fines el de elevar a nivel de obligación de los países firmantes, el procurar la lucha antidopaje en cada uno de sus territorios. Se trata de un compromiso de cada Estado de aplicar regulaciones en la materia lo cual genera que cada uno esté obligado a sancionar leyes que reflejen una lucha antidopaje, contemplando normas obligatorias para todos los entes involucrados y otras normas en las que haya flexibilidad y discrecionalidad en su aplicación.[8]Existen áreas específicas en las que sólo los gobiernos poseen los medios necesarios para promover la lucha contra el dopaje.

## 3. Sanción de la Ley Nacional 27.619 modificatoria de la Ley Nacional 26.912.

La Ley Nacional 26.912 constituye la principal normativa vigente en lo que hace al Régimen Jurídico para la Prevención y el Control del Dopaje en el Deporte. Su última reforma tuvo lugar mediante la Ley Nacional 27.619 en 2021. La misma ha posibilitado la participación de las delegaciones argentinas en los Juegos Olímpicos de 2021. El Comité Olímpico Internacional es uno de los signatarios del Código. El pedido de distintas organizaciones deportivas antidopaje signatarias del Código para que se sancione una ley acorde las normas y principios obligatorios del nuevo Código fue determinante para que el Congreso de la Nación sancione esta Ley. La cuestión del dopaje es una de las notas relevantes de la especificidad del Derecho Deportivo.

**3.1 Objeto y ámbito de aplicación.** El artículo 4 de la ley 26.912 establece las obligaciones de los atletas. Fueron adicionadas tres obligaciones.

La primera consiste en que el atleta le comunique a su federación deportiva internacional y a la Comisión Nacional Antidopaje cualquier decisión adoptada por un no signatario con motivo de una infracción de las normas antidopaje cometida por el

[8]Cf. Buen Rodriguez, Ricardo De. Op. Cit., p. 222.

atleta en los últimos diez años. La segunda nueva obligación consiste en que colabore con las organizaciones antidopaje que investigan infracciones de las normas antidopaje mientras que la tercera le impone al atleta el deber de revelar la identidad de su personal de apoyo a petición de la Comisión Nacional Antidopaje o cualquier organización antidopaje con autoridad sobre él o la atleta.

**3.2 La situación de los terceros distintos a los deportistas.** Conforme al artículo 5 bis las personas involucradas distintas de los atletas deben estar informadas de todas las disposiciones antidopaje adoptadas de acuerdo al Código y en el presente régimen, que les sean de aplicación. Deberán comunicar a la Comisión Nacional Antidopaje o su organización nacional antidopaje, a su federación deportiva nacional y a su federación deportiva internacional, cualquier decisión adoptada por un no signatario con motivo de una infracción de las normas antidopaje que hayan cometido en los últimos diez años y colaborar con las organizaciones antidopaje que investigan infracciones a las normas antidopaje.

El artículo 12 de la Ley 26.912determina que constituye infracción a las normas antidopaje la manipulación o el intento de manipulación de cualquier parte del procedimiento de control de dopaje por parte del atleta u otra persona. La novedad radica en que la infracción la puede cometer además del atleta un tercero. Anteriormente había ocasiones en las cuales el atleta es el único condenado a pesar de haber sido presionado a realizar la manipulación del procedimiento de control de dopaje.

El artículo 13 detalla que la posesión de sustancias o métodos prohibidos por parte del atleta o del personal de apoyo a los atletas constituye infracción a las normas antidopaje. Conforme al artículo 14 constituye infracción a las normas antidopaje el tráfico o intento de tráfico de cualquier sustancia prohibida o método prohibido por parte del atleta u otra persona.

Según artículo 15 la administración o intento de administración, la complicidad, la asociación prohibida y los actos de intimidación o venganza constituyen infracciones a las normas antidopaje.

En el inciso a) se habla de la administración o el intento de administración de una sustancia prohibida o método prohibido.

Puede ser cometida no solo por el atleta sino también por un tercero que administre o intente administrar durante la competencia, una sustancia prohibida o método prohibido a un atleta. También está penado que un tercero administre o intente administrar a un atleta una sustancia prohibida o método prohibido (que estén prohibidos fuera de competencia) fuera de competencia.

El inciso b) reprime la asistencia, animación, ayuda, incitación, colaboración, conspiración, encubrimiento, participación o cualquier otro tipo de complicidad intencional o su intento de cometerla, en relación con una infracción de las normas antidopaje además de cualquier intento de infracción de las normas antidopaje. También constituye una infracción a las normas antidopaje cualquier tipo de colaboración que un tercero preste para que un atleta cometa una infracción al artículo 58 de la Ley 26.912 (situación del infractor de la suspensión o suspensión provisional).

El inciso c) introduce novedades en las formas de comisión de infracciones a las normas antidopaje y sus autores. Específica a la asociación prohibida como modo de cometer una infracción a las normas antidopaje, la cual puede ser no solo cometida por el atleta sino incluso por dos o más terceros. El caso típico lo constituye el del atleta o profesional de la salud (si está sujeto a la autoridad de una organización antidopaje en calidad de profesional) que se asocia con una persona de apoyo al atleta (estando ésta sujeta a la autoridad de una organización antidopaje) que esté cumpliendo un periodo de suspensión o cuando esta fue condenada o hallada culpable en un procedimiento penal, disciplinario o profesional por haber realizado conductas que hubiesen infringido las normas antidopaje si se hubiese aplicado el Código este segundo supuesto prevé que la persona del personal de apoyo no esté sujeta a la autoridad de una organización antidopaje y que la suspensión no fue aplicada en un proceso de gestión de resultados contemplado en el Código). Dicha persona se mantendrá como descalificada durante un período de seis años desde la adopción de la decisión penal, profesional o disciplinaria o mientras ella se encuentre vigente.

Las organizaciones antidopaje deberán notificar a la WADA de aquellas personas pertenecientes a personal de apoyo a los atletas sobre las cuales conozcan que estén cumpliendo un período de suspensión, o que fueron condenadas o halladas culpables en un procedimiento penal, disciplinario o profesional o de haber

realizado una conducta que hubiera constituido una infracción de las normas antidopaje, si se hubieren aplicado las normas del presente régimen.

El inciso e) señala como infracción a las normas antidopaje aquel acto a través del cual se amenace o intimide a otra persona a otra persona con el fin de que no comunique de buena fe una hipotética infracción a dichas normas a la WADA, a una organización antidopaje, a las fuerzas del orden o a un organismo regulador o disciplinario profesional, a un tribunal disciplinario o a una persona que lleve adelante una investigación en nombre de la citada agencia, o de una organización antidopaje

El inciso f) reprime el que se tome venganza contra una persona que ha informado de buena fe sobre una presunta infracción de las normas antidopaje o de un presunto incumplimiento del Código o al presente régimen a los entes mencionados en el párrafo anterior.

Para que se considere venganza, amenaza o intimidación conforme a los incisos e) y f) no debe haber justa causa. No la habrá si el denunciante actuó con buena fe o si la respuesta a ese informe constituye una respuesta desproporcionada.

**3.3 La vigencia del principio de irretroactividad de la ley.** Conforme al artículo 18 de la Ley 26.912 los cambios en la lista de sustancias y métodos prohibidos y en los documentos técnicos referentes a las sustancias de dicha lista no se aplicarán de manera retroactiva, salvo que en ellos se disponga específicamente algo distinto. Como excepción, cuando una sustancia prohibida haya sido suprimida de la lista de sustancias y métodos prohibidos, los atletas u otras personas que estén cumpliendo en ese momento períodos de suspensión por esa sustancia que anteriormente estaba prohibida podrán solicitar al tribunal disciplinario interviniente que considere la posibilidad de reducir el período de suspensión a la luz de la supresión de dicha sustancia de la lista de sustancias y métodos prohibidos.

El artículo 78 impone las reglas de interpretación de la Ley 26.912. Contiene varios supuestos en los cuales aclara que ley debe aplicarse. Dichas variantes son las siguientes:

- Frente a aquel caso que esté pendiente de resolución con anterioridad a la fecha en la cual las modificaciones del Código sean incorporadas al presente régimen y este entre en vigencia no se aplicarán el Código y el mencionado régimen a este caso con efecto retroactivo. Sin embargo, las infracciones de las normas antidopaje anteriores a la incorporación de las modificaciones del Código al presente régimen seguirán contando como "primera" o "segunda infracción" a los efectos de determinar las sanciones previstas en el capítulo 1 (sanciones individuales) del título III de la Ley 26.912, por infracciones cometidas luego de la entrada en vigencia de dicha incorporación.

- Frente a aquel caso de infracción de las normas antidopaje que se encontrara pendiente de decisión en la fecha de entrada en vigencia de una modificación del Código o del presente régimen y aquel caso de infracción de las normas antidopaje que sea notificada luego de la entrada en vigencia de dichas modificaciones y se encuentre sustentado en una infracción de las normas antidopaje cometida con anterioridad a esta fecha se regirán por las normas antidopaje sustantivas vigentes al momento de ejecución de la supuesta infracción de las normas antidopaje. No se regirá por las normas sustantivas contenidas en la modificación del Código o del presente régimen, salvo que el tribunal disciplinario que intervenga en el caso considere que puede aplicarse el principio de la ley más benigna. Se considerarán normas de procedimiento no sustantivas las que enuncien los períodos previos respecto de los cuales deban considerarse las infracciones en ellos cometidas a efectos de las infracciones múltiples con arreglo al artículo 48 y el plazo de prescripción que establece el artículo 77. Se aplicarán con carácter retroactivo junto a las demás normas de procedimiento del Código o del presente régimen que resulten modificadas. Sin embargo, el artículo 77 solo se aplicará retroactivamente si a la fecha de entrada en vigencia de estas modificaciones aún no ha culminado el plazo de prescripción.

- Aquel caso en el cual ya se ha dictado una decisión definitiva de existencia de infracción de las normas antidopaje antes de la entrada en vigencia de una modificación del Código o del presente régimen, pero el o la atleta u otra persona siguen sujetos a un período de suspensión vigente en esa fecha. Allí, ellos o ellas podrán presentar un recurso de apelación conforme al artículo 67 frente al

tribunal disciplinario interviniente para que considere la posibilidad de reducir el período de suspensión con sustento en la reforma del Código o del presente régimen. Tal solicitud debe realizarse antes de que haya expirado el período de suspensión en curso.

En el primer supuesto se veda la aplicación de la nueva ley aunque esta sea más benigna para la persona involucrada.

En el segundo caso si se permite la aplicación de la ley más benigna si es que el tribunal disciplinario interviniente considera que corresponde.

En el tercer supuesto al igual que en el anterior se permite la aplicación de la ley más benigna para la persona involucrada. Para ello deberán presentar un recurso de apelación, a diferencia del caso anterior donde el tribunal interviniente podía dictaminar la aplicación de la ley más benigna de oficio.

Más allá de las variantes enunciadas en estos tres supuestos y lo dicho en el artículo 18, el tribunal disciplinario interviniente no solo debería poder sino que debería estar obligado a aplicar siempre la ley que resulte más benigna para el involucrado, sea que esto implique que tenga lugar la retroactividad de la ley más benigna que permite su aplicación a un hecho anterior a su entrada en vigencia o su ultractividad que impida que una ley más severa sea aplicada a un hecho que se cometió cuando la ley que estaba vigente era la más benigna para la persona involucrada. Siguiendo estas reglas debería aplicarse siempre la ley más benigna cuando corresponda, incluso si esta hace lugar a la eliminación de una sanción anteriormente impuesta.

La defensa de la vigencia del principio de irretroactividad de la ley y sus variantes ha sido defendida por la doctrina. Sería justo para el atleta que en un futuro la vigencia de dicho principio se de en todo su esplendor.[9]

**3.4 La cuestión de la sustancias de abuso.** Debe diferenciarse el consumo de sustancias prohibidas a través de las cuales se obtiene una ventaja deportiva de las sustancias de abuso. Estas son las drogas sociales, su consumo no da lugar a una ventaja

[9] Cf. Outerelo, Norberto, *Justicia Deportiva*, Buenos Aires, 2009, p 178-179.

deportiva. Aún así su consumo da lugar a sanciones pero la directriz deseada es que estas no sean severas.

Diversos doctrinarios han recomendado que la WADA implemente una nueva categoría correspondiente a las sustancias de abuso, lo cual ha tenido lugar en la reforma de 2021.Se ha mencionado como un modelo a seguir al programa de sustancias de abuso implementado por la Liga Nacional de Hockey constituida por franquicias de Canadá y Estados Unidos. En dicho programa cuando un atleta da positivo por el consumo de una sustancia de abuso no comete una infracción a una norma antidopaje y es enviado a un programa de rehabilitación por consumo de sustancias de abuso y salud del comportamiento para disuadir un consumo futuro. Si el atleta involucrado sigue ese programa de rehabilitación en principio no tendrá suspensión alguna.

En el caso del futbolista argentino Brian Fernández del 2016, el panel de Tribunal Arbitral del Deporte ya había comentado que la WADA había considerado crear la categoría de sustancias de abuso.[10]

El artículo 19 bis dispone que a los efectos de la aplicación del capítulo correspondiente a las sanciones individuales, las sustancias de abuso incluyan las sustancias prohibidas que figuran específicamente como tales en la lista de sustancias y métodos prohibidos.

El artículo 19 ter dispone que si la WADA amplía la lista de sustancias y métodos prohibidos adicionando una nueva categoría de sustancias prohibidas o de métodos prohibidos, el Comité Ejecutivo de la citada agencia decidirá si alguna o todas las sustancias prohibidas o métodos prohibidos encuadrados dentro de esta nueva categoría se considerarán sustancias específicas o métodos específicos (artículo 19) o sustancias de abuso (artículo 19 bis).

---

[10] GREENE, Paul y VERMEER, Roy, "Why WADA Should Reclassify Cocaine As A "Scpecified Substance" – The Inequitable Case of José Paolo Guerrero", 19 de diciembre de 2018, en la página web "Lawin Sports". Consultado el 30 de junio de 2021 a través de la web https://www.lawinsport.com/topics/item/why-wada-should-reclassify-cocaine-as-a-non-specified-substance-the-inequitable-case-of-jose-paolo-guerrero#references.

Con anterioridad a la reforma, conforme al artículo 20 de la Ley 26.912 la determinación por parte de la WADA solo de las sustancias y los métodos prohibidos a incluir en la lista de sustancias y métodos prohibidos y la clasificación de las sustancias en las categorías de dicha lista eran definitivas y no podían ser cuestionadas por ningún atleta u otra persona fundándose en que la sustancia o método no era un agente enmascarador, no tenía el potencial de mejorar el rendimiento deportivo, no representaba un riesgo para la salud o no vulneraba el espíritu deportivo. Tras la reforma, dicho criterio de definitivo fue ampliado a lo que hace a la clasificación de una sustancia como prohibida siempre o solo en competencia y a la clasificación de una sustancia o método como sustancia específica, método específico o sustancia de abuso.

El artículo 24 de la Ley 26.912 enuncia las suspensiones impuestas por primera infracción en caso de presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un o una atleta; uso, intento de uso o posesión.

Se dan distintos supuestos de excepciones a la aplicación del período de suspensión impuesto por dicho artículo que en principio es de cuatro años. Conforme al inciso c) del artículo 24, una de las excepciones la constituye el consumo de una sustancia de abuso, allí el período de suspensión será de dos años.

Cuando la infracción de las normas antidopaje se deba a una sustancia de abuso, si el atleta puede demostrar que cualquier ingesta o uso ocurrió fuera de competencia y no guardaba relación con el rendimiento deportivo, el período de suspensión es de tres meses.

El período de suspensión precedentemente previsto podrá ser reducido a un mes si el atleta u otra persona demuestran que han realizado de manera satisfactoria un programa contra el uso indebido de sustancias aprobado por la Comisión Nacional Antidopaje con el asesoramiento de la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

Si la ingesta, uso o posesión tuvo lugar durante la competencia y el atleta puede demostrar que el contexto en el que se produjo no tenía relación con el rendimiento deportivo, estos hechos no se

considerarán intencionales a efectos del presente artículo y no podrán fundamentar la aplicación de circunstancias agravantes.

Conforme al artículo 98 las suspensiones provisionales deben ajustarse a diversos principios. En relación a las sustancias de abuso merece ser destacado lo siguiente: cuando se reciba un resultado analítico adverso o un resultado adverso en el pasaporte, tras haberse llevado a cabo el proceso de revisión de este último, debido a la presencia de un método o una sustancia prohibidos distintos de una sustancia específica o método específicos, el Tribunal Nacional Disciplinario Antidopaje deberá imponer una suspensión provisional inmediatamente después de la revisión y la notificación previstas en el artículo 97. Uno de los casos en los cuales puede revocarse la suspensión provisional obligatoria es aquel en el cual la infracción se refiriera a una sustancia de abuso y el o la atleta demostrare que la ingesta o uso ocurrió fuera de competencia y no guardaba relación con el rendimiento deportivo y realizara de manera satisfactoria un programa contra el uso indebido de sustancias aprobado por la Comisión Nacional Antidopaje, con el asesoramiento de la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

**3.5 Reducción de las sanciones y protección para las Personas Protegidas y Atletas Recreativos (no para los Atletas de Elite de dieciséis y diecisiete años).** Conforme al Código integran la categoría de "Persona Protegida":

- El deportista menor de dieciséis años
- El deportista menor de dieciocho años y no incluido en un Grupo Registrado de Control y que nunca compitió en ningún evento internacional
- Aquel deportista que, por razones distintas a la edad, se ha determinado que carece de capacidad jurídica en virtud de su legislación nacional

Persona Protegida es aquella que no es deportista de élite de dieciséis o diecisiete años y un "menor" es un deportista que tiene 17 años o menos.

"Deportista de nivel recreativo" es una nueva categoría de deportistas en el Código. Corresponde a cada Organización

Nacional Antidopaje definir quién será considerado un deportista recreativo. Sin embargo, esta definición no puede incluir a ningún deportista que, en los cinco años inmediatos anteriores a la comisión de una infracción a las normas antidopaje:

- Fue un deportista de nivel internacional o nacional.
- Representó a un país en un evento internacional en una categoría abierta.
- Fue parte de un Grupo Registrado de Control u otro grupo de localización/paradero mantenido por una Federación Internacional o una Organización Nacional Antidopaje.

El artículo 24 de la Ley 26.912 prevé las suspensiones impuestas por primera infracción en caso de presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un o una atleta; uso, intento de uso o posesión.

El artículo 25 prevé el periodo de las sanciones por infracciones de normas antidopajes distintas a las del artículo 24.Se aplicarán los distintos períodos que prevé para los distintos supuestos excepto que se cumplan los supuestos previstos en los artículos 28 (reducción del período de suspensión por ausencia de culpa o negligencia significativas) y 29 (reducción del período de suspensión por ayuda sustancial para el descubrimiento o la demostración de infracciones).

Ante el apartamiento, rechazo o incumplimiento de la obligación de someterse a la toma de muestras por parte de un atleta o ante una manipulación o intento de manipulación de cualquier parte del procedimiento de control de dopaje por parte del atleta u otra persona la suspensión será de 4 años. Entre una de las excepciones a la aplicación de dicho plazo está el caso en el que se afecta a personas protegidas o a atletas recreativos, en cuyo caso la sanción es de un máximo de dos años de suspensión y un mínimo de amonestación sin suspensión, dependiendo del grado de culpabilidad de los afectados.

El artículo 28 de la Ley 26.912 considera la reducción del período de suspensión por ausencia de culpa o negligencia significativas. Lo prevé frente a la comisión de alguna de las siguientes infracciones:

- Presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un atleta (artículo 8).

- Uso o intento de uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido (artículo 9).

- Posesión de sustancias o métodos prohibidos por parte del o de la atleta o del personal de apoyo a los o las atletas (artículo 13).

Para que tenga lugar dicha reducción alguna de estas tres infracciones debe ser cometida en determinadas circunstancias. Una de estas circunstancias es aquella en la cual la infracción de las normas antidopaje que no implique una sustancia de abuso sea cometida por una persona protegida o un atleta recreativo y ellos puedan demostrar que no medió culpa o negligencia significativas. En ese caso la sanción consistirá, como mínimo, en una amonestación sin período de suspensión y, como máximo, en dos años de suspensión, dependiendo del grado de culpabilidad de los autores.

El artículo 109 prevé el procedimiento de la divulgación de información sobre controles antidopaje. Esta divulgación pública obligatoria no procederá cuando el atleta u otra persona que han sido halladas culpables de haber cometido una infracción de las normas antidopaje, sean un menor, una persona protegida o un atleta recreativo. La divulgación opcional en casos que afecten a menores, personas protegidas o atletas recreativos será proporcional a los hechos y las circunstancias del caso.

Conforme al artículo 93 en el caso de que una organización antidopaje optara por recoger una muestra de una persona que no es un o una atleta de nivel internacional o nacional, y dicha persona estuviera usando una sustancia prohibida o un método prohibido por motivos terapéuticos, la organización antidopaje deberá permitirle solicitar una Autorización de Uso Terapéutico retroactiva.

No sería justo juzgar del mismo modo a un deportista profesional que a un deportista amateur o a una persona que pertenece a la categoría de protegida. Se debe tener en cuenta a la hora de analizar la responsabilidad de las personas involucradas entre otras cuestiones el nivel de competencia del atleta junto a la influencia que los distintos sujetos tienen sobre su accionar. No es

lo mismo un jugador de fútbol que se desempeña en divisiones inferiores que aquel que juega en primera división, debe ejercerse una contención y control mayor sobre los jugadores amateur. Los aspectos sociales también son determinantes y tanto el atleta recreativo como la persona protegida son más vulnerables que los profesionales. La búsqueda del triunfo por cualquier medio, incluso mediante la transgresión a normas antidopaje es aún más factible en atletas que no saben si podrán llegar a ser profesionales.[11] Debe buscarse la reinserción en el deporte por parte del atleta recreativo.

**3.6 Devolución del premio obtenido por el atleta que transgredió normas antidopaje.** El artículo 50 de la Ley 26.912 obliga a las federaciones deportivas nacionales, las organizaciones antidopaje u otros signatarios del Código que actúen en Argentina a que adopten las medidas necesarias para asignar y distribuir el premio que hayan recuperado como consecuencia de una infracción a las normas antidopaje entre los atletas que habrían tenido derecho a él si el atleta infractor no hubiera competido. La federación internacional de que se trate podrá decidir, en sus normas, si el dinero del premio redistribuido se considera a efectos de su clasificación de Deportistas. Gracias a la reforma, se incentiva a que los atletas participen en un deporte libre de dopaje y se resguarda el derecho a una sana competencia deportiva, debido a que se recompensa a los atletas que no violaron normas antidopaje.

**3.7 Productos contaminados.** El artículo 28 de la Ley 26.912 prevé la reducción del período de suspensión por ausencia de culpa o negligencia significativas frente a la comisión de algunas de las siguientes infracciones de las normas antidopaje:

- Presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un atleta

- Uso o intento de uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido

---

[11] Cf. Outorelo, Norberto. "Dopaje". En Daniel Crespo - Ricardo Frega Nevia (Directores), *Cuaderno de Derecho deportivo número 3*. Buenos Aires: Ed. Ad.Hoc, 2003, pp. 56-59.

- Posesión de sustancias o métodos prohibidos por parte del o de la atleta o del personal de apoyo a los o las atletas

Un supuesto lo constituye aquel en el cual el atleta u otra persona demuestre la ausencia de culpabilidad o de negligencia significativas y que la sustancia prohibida detectada, que no sea una sustancia de abuso, procedió de un producto contaminado. La sanción consistirá, como mínimo, en una amonestación sin período de suspensión y, como máximo, en dos años de suspensión, dependiendo del grado de culpabilidad del atleta o de la otra persona.

El artículo 98 prevé los principios a los cuales deben ajustarse las suspensiones provisionales. Uno de los casos en los cuales la suspensión provisional obligatoria puede revocarse es aquel en el cual el atleta demuestra ante el Tribunal Nacional Disciplinario Antidopaje que la infracción se debe probablemente a la presencia de un producto contaminado.

**3.8 El doping en los animales deportivos.** El animal deportivo por excelencia es el caballo. Su preparación para la competencia debe respetar los principios de sana competencia deportiva y salud de los equinos. Quien entrenó a su caballo para que llegue en las mejores condiciones, debe poder aprovechar esa ventaja. Si se permite que se recurra a medios de estimulación artificial se quebraría la igualdad de condiciones, propia de la competencia deportiva. Puede que la sustancia o método prohibido tienda a aumentar el rendimiento o a calmar un dolor. La primera alternativa no debe ser permitida en ningún caso y en el caso de la segunda habrá que analizar si no se debió a una causa injustificada como la falta de entrenamiento adecuado, o la falta de cuidado adecuado. No debe permitirse que se recurran a métodos y sustancias que quiten la sensación de cansancio o de dolor del caballo ya que estas son alarmas naturales que evitan que ponga en riesgo su salud.

Debe tomarse en cuenta a su vez en el caso concreto el efecto veterinario buscado con la droga suministrada como así también si

la competición tenía una restricción especial como Gran Premio con control antidoping.[12]

En el artículo 18 la ley 26.912 regula la cuestión del dopaje en los animales deportivos. Con anterioridad a su la reforma solo se obligaba a las federaciones nacionales e internacionales de deportes en los que participen animales o a las instituciones que ejerzan la fiscalización de dichas competencias a que establezcan la lista de sustancias y métodos prohibidos para dichos animales.

Ahora se les exige a las federaciones deportivas internacionales o nacionales de los respectivos deportes, las asociaciones hípicas o las comisiones de carrera, según corresponda, que establezcan y apliquen normas antidopaje para los animales participantes. Esas normas deben comprender no solo una lista de las sustancias prohibidas sino que también procedimientos de control adecuados y una lista de laboratorios aprobados para el análisis de muestras.

En cuanto a la determinación de las infracciones a normas antidopaje y las sanciones relacionadas con animales que participen en competencia, es función de las federaciones deportivas internacionales o nacionales de los respectivos deportes, las asociaciones hípicas o las comisiones de carrera, según corresponda, establecer y aplicar normas que se basen en lo pertinente en lo dispuesto por la Ley 27.619 en cuanto a la definición de dopaje, las infracciones en particular a las normas antidopaje y la prueba del dopaje. De la misma manera sucede con lo dispuesto por dicha ley sobre la anulación automática de los resultados individuales, las sanciones individuales y grupales, la infracción de una norma que tenga lugar durante un evento y el plazo de prescripción de la acción disciplinaria contra un atleta o contra otra persona fijado por una infracción de una norma antidopaje.

Con anterioridad a la reforma el Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca solo se limitaba a publicar las listas de sustancias y métodos prohibidos para animales que participen en competencias deportivas en el Boletín Oficial, mediante resolución. La ley 27.619 lo ha instituido como autoridad de supervisión en

---

[12] Cf. Méndez Cañas, Hernán. "Aspectos éticos y jurídicos del doping en animales deportivos". En Augusto Fonte, Ricardo Frega Navia y Norberto Outorelo (Directores), *Cuestiones Jurídicas del Derecho Deportivo*. Buenos Aires: Ed. Ad. Hoc, 2011, pp. 163-164.

materia de animales que participen en competencias deportivas. Esta función se le suma a la anteriormente descripta.

**3.9 Apelaciones.** Del artículo 65 debe destacarse que se haya especificado cual es ámbito de aplicación de la revisión en apelación ya que con anterioridad quedaba a criterio del sancionador, el cual podría no haber sido el mejor en determinados casos. Pudo haberse violado el principio de razonabilidad en esos casos, el cual debería estar vigente en el Derecho Deportivo. Conforme al mismo debe haber un límite a la comisión de excesos en la conducta del sancionador, se debe impedir que se lesionen derechos fundamentales, con restricciones abusivas o innecesarias. Que el sancionador tenga libertad para interpretar la ley, apreciar la prueba y los hechos no lo habilitan a cometer arbitrariedades o excesos.[13]

El ámbito de la revisión en apelación ahora incluye todos los aspectos relevantes del asunto, sin que se limite a los asuntos vistos o al ámbito de aplicación de la instancia responsable de la decisión inicial. Cualquiera de las partes de la instancia de apelación podrá presentar pruebas, argumentos jurídicos y alegaciones que no se hayan planteado en el procedimiento de primera instancia, siempre que se deriven de la misma causa o de los mismos hechos o circunstancias generales planteados o abordados en la instancia inferior.

El artículo 67 prevé los recursos contra las decisiones relativas a infracciones de las normas antidopaje, sanciones, suspensiones provisionales, ejecución de las decisiones y competencia. Con anterioridad a la reforma solo se podía imponer un recurso ante decisiones relativas a infracciones a las normas antidopaje, consecuencias y suspensiones provisionales.

**3.10 Responsabilidad objetiva y subjetiva.** Ambos criterios pueden ser observados en distintos artículos de la Ley 26.912. La incorporación del criterio subjetivo ha sido exigida por la Doctrina a la hora de analizar la responsabilidad por la presencia de una sustancia prohibida introducida en el organismo del atleta que

[13] Cf. Outerelo, Norberto, *Justicia Deportiva*, Buenos Aires, 2009, pp. 179-180.

fue detectada gracias a un testeo. Se mencionarán algunos supuestos. Conforme al artículo 8 constituye infracción a las normas antidopaje la presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un atleta.

Es obligación personal de cada atleta asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo. Los atletas son responsables de la presencia de cualquier sustancia prohibida, de sus metabolitos o de sus marcadores, que se detectaran en sus muestras. No es necesario demostrar su uso intencionado, culposo o negligente, ni el uso consciente por parte del atleta para poder establecer una infracción antidopaje. Este es un caso de responsabilidad objetiva.

Conforme al artículo 24 como principio el período de suspensión impuesto por una de las infracciones establecidas en los artículos 8 (presencia de una sustancia prohibida o de sus metabolitos o marcadores en la muestra de un atleta), 9 (uso o intento de uso de una sustancia prohibida o de un método prohibido) y 13 (posesión de sustancias o métodos prohibidos por parte del o de la atleta o del personal de apoyo a los o las atletas) es de cuatro años pero una de las excepciones mencionadas es que el atleta demuestre que la infracción de la norma antidopaje que no involucra una sustancia especifica no fue intencional. Este es un caso donde aparece la responsabilidad subjetiva.

El artículo 24 determina que el término “intencional” se utiliza para identificar a los atletas que infringen dolosamente las reglas antidopaje de un juego o de una competencia. Una infracción de las normas antidopaje que resulte de un resultado analítico adverso por una sustancia prohibida solo en competencia se presumirá no intencional, salvo prueba en contrario, si se trata de una sustancia específica y el o la atleta puede acreditar que dicha sustancia prohibida fue utilizada fuera de competencia. Una infracción de las normas antidopaje que resulte de un resultado analítico adverso por una sustancia prohibida solo en competencia no debe ser considerada “intencional” si la sustancia no es una sustancia específica y el o la atleta pueda acreditar que utilizó la sustancia prohibida fuera de competencia en un contexto sin relación con la actividad deportiva.

En lo que hace a la negligencia o culpa el artículo 27 prevé la anulación del período de suspensión por ausencia de culpa o de

negligencia. Por su parte el artículo 28, el cual fue modificado por la Ley 27.619, establece la reducción del período de suspensión por ausencia de culpa o negligencia significativas

La seguridad jurídica de los atletas exigía que se considere a la intención y negligencia a la hora de juzgar las infracciones. Antes la mera presencia de una sustancia prohibida ya constituía y sin excepciones una infracción. El régimen de responsabilidad objetiva incorporado al Código impedía considerar si el atleta había usado intencionalmente o no la sustancia prohibida, o fue negligente o actuó con falta. No resultaba justo que la regla incluya aquellos supuestos involuntarios o accidentales en los que la dosis registrada fue tan mínima que no pudo incidir en el rendimiento ni afectar la salud de la persona involucrada. Si no hay chances de que se desnivele la competencia a favor del consumidor accidental ni que se afecte su salud, no debería haber sanción. En los artículos que han sido citados como ejemplos de responsabilidad subjetiva ha podido observarse este espíritu. Por eso también se han atenuado las sanciones para esta clase de casos, incorporándose por ejemplo las amonestaciones. Hacia el futuro lo aconsejable sería que se dé lugar a la exculpación total cuando se cumplan los dos requisitos mencionados (no mejora del rendimiento y no afectación de la salud) y para todos los casos.[14]

■■■

[14] Cf. Moliné O´Connor, Eduardo. El caso "Puerta" y el Código WADC. "¿La represión ejemplarizadora o la justicia individual?". En Daniel Crespo y Ricardo FregaNavia (Directores), *Cuaderno de Derecho deportivo número 10*. Buenos Aires: Ed. Ad.Hoc, 2008, pp. 93-96.

PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

**justicia.lapampa.gob.ar**

Imprenta Judicial
La Pampa

CENTRO DE CAPACITACIÓN JUDICIAL