

N°1

2024

FDER

UNR



# Revista Enlace Jurídico

Revista Estudiantil de la Facultad  
de Derecho de la UNR





# Revista Enlace Jurídico

Revista Estudiantil de la Facultad  
de Derecho de la UNR



**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNR**

**Decano**

Dr. Hernán Botta

**Vicedecana**

Dra. María Emilia Barberis

**SECRETARÍA DE CIENCIA Y TÉCNICA DE LA FDER UNR**

**Secretaria de Ciencia y Técnica**

Dra. Paula Navarro

**CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES DE LA FDER UNR**

Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani

Dra. Sandra Ana Frustagli

Dr. Carlos Enrique Arcocha

Dra. Marianela Fernández Oliva

## **REVISTA ENLACE JURÍDICO**

### **Director**

Juan Ignacio Méndez

### **Vicedirector**

Lucas Navarro

### **Secretaria de Redacción**

Yamila Alegransa

### **Secretario General**

Juan Cruz Salinas

### **Integrantes de la Revista**

Agustina Suárez

Agustín Berdullas

Alejandro Ficarra

Alesandro De Piazza

Francisco Escobar

Isabella Repetto

Jerónimo Borga

Josefina Dal Lago

Juan Marcos Cravero

Juan Ruiz

Julián Larrivey

Manuela Ariza

Martina Vásquez

Martín Allegra

María Mónaco

María Terraza Justo

Nicole Villalta

Nicoletta Cignoli

Sofía Gracia

Tobías Martínez

Tomás López Imelio

Valentín Giuliani

Victoria Del Frade

## COMITÉ ASESOR DE LA REVISTA

Dra. Adriana Haydee Mack  
Dra. Adriana Noemí Krasnow  
Dra. Adriana Taller  
Dr. Alfredo Mario Soto  
Dra. Analía Sonia Antik  
Dra. Andrea Angélica Meroi  
Dr. Ángel Félix Angelides  
Dra. Araceli Díaz  
Dr. Carlos Alfredo Hernández  
Dr. Carlos Arcocha  
Dr. Claudio Rubén Díaz  
Dr. Enrique Andrés Font  
Dra. Eugenia Cozzi  
Dra. Gabriela Inés Tozzini  
Dra. Gabriela Silvina Calcaterra  
Dr. Germán Esteban Gerbaudo  
Dr. Gustavo Marcelo Nadalini  
Dr. Jorge Murillo  
Dr. Juan José Bentolila  
Dr. Luis Albino Francisco Facciano  
Dr. Marcelo Vedrovnik  
Dra. Margarita Elsa Zabalza  
Dra. Mariana Beatriz Iglesias  
Dra. Marianela Fernández  
Dr. Maximiliano Toricelli  
Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani  
Dr. Milton César Feuillade  
Dra. Noemí Lidia Nicolau  
Dra. Raquel Cynthia Alianak  
Dra. Sandra Analía Frustagli





## ÍNDICE

Primeras palabras, por HERNÁN BOTTA & PAULA NAVARRO .....	10
Presentación, por JUAN IGNACIO MÉNDEZ.....	12

### ARTÍCULOS

“Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, por ALEJANDRO FICARRA .....	16
“Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, por ASUNCIÓN CHAVAÑO, ALESANDRO DE PIAZZA & AIMARÁ GIMÉNEZ .....	56
“Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, por LEONARDO POSES STEKELBERG .....	90
“Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, por BRUNO SEBASTIÁN SARGIOTTI .....	110
“La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, por JAZMÍN MARÍN & JOSEFINA DAL LAGO .....	142
“Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, por VICTORIA FERNÁNDEZ .....	174
“La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, por FEDERICO JOSÉ SOLSONA & ANTONELLA PILAR CHIARELLO .....	188

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

“Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, por LUCAS NAVARRO .....	220
--	-----

### AMALGAMA

“Lo que es preciso olvidar”, por TOMÁS HODGERS .....	252
--	-----



“Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, por AGUSTINA SUÁREZ.....	258
“Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, por LISANDRO GARCÍA DE LA TORRE.....	282
“Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, por ANITA WANDZIK .....	298
“Payaso Juan”, por RODOLFO DARÍO RAMOS.....	306

### **FICCIÓN Y DERECHO**

“Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, por JULIÁN VALENTÍN LARRIVEY .....	316
--	-----

### **RECENSIONES**

“Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a ‘La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro’”, por RICARDO ALEJANDRO TERRILE .....	332
--	-----

### **ENTREVISTAS**

Entrevista a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI .....	344
Entrevista a AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI .....	364

### **INFORMACIÓN DE INTERÉS**

¿Cómo envío un trabajo a la Revista? .....	374
¿Cómo participo de la Revista?.....	378
Becas Estímulo a la Investigación Científica para Estudiantes de Grado.....	380

## PRIMERAS PALABRAS

En el ingreso a la Facultad de Derecho por calle Moreno hay dos citas del Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria de 1918. Una de ellas expresa “La juventud ya no pide. Exige que se le reconozca el derecho a exteriorizar ese pensamiento propio de los cuerpos universitarios por medio de sus representantes”.

Escribir palabras iniciales para el primer número de la primera revista institucional de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Enlace Jurídico, es ver reflejado el espíritu de la Reforma Universitaria a más de un siglo de tan significativo acontecimiento.

No solo porque un grupo de estudiantes de Abogacía ha concebido como espacio nuevo de participación del claustro estudiantil una revista que pone en valor la producción de conocimiento de los estudiantes; sino también porque esa orientación plasma la articulación entre docencia, estudio e investigación que es constitutiva de los principios que han signado la vida universitaria desde la Reforma.

A partir del primer contacto, en diciembre de 2021, con los estudiantes Juan Ignacio Méndez y Lucas Navarro, director y vicedirector de Enlace Jurídico e impulsores del proyecto, hemos celebrado y acompañado la iniciativa en cada una de sus circunstancias desde nuestras funciones como Decano de la Facultad de Derecho y Secretaria de Ciencia y Técnica, bajo cuya órbita funciona la revista. Con el mismo compromiso se expresó el Consejo Asesor de Investigaciones, integrado en ese momento por el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, la Dra. Noemí Nicolau, el Dr. Carlos Arcocha y la Dra. Marianela Fernández, quienes apoyaron la propuesta y colaboraron en su concreción y forma actual.

La creación de la revista, el 20 de marzo de 2023, aprobada de forma unánime por el pleno del cuerpo del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho (Resolución C.D. N° 125/2023), confirma la importancia de las acciones de fomento de la investigación entre los

estudiantes, en particular, los alcances formativos del Programa “Becas de estímulo a la investigación científica para estudiantes de grado” (Resolución C.D. N° 577/2016), del que han sido becarios no solo el director y vicedirector de la revista, sino también parte de su Consejo de Redacción. Estamos convencidos de que el espacio de y para estudiantes Enlace Jurídico constituirá un aporte significativo al desarrollo científico y tecnológico en nuestra casa de altos estudios.

Como cierre de estas palabras, compartimos nuestras expectativas ante el primer número de la revista Enlace Jurídico en el sentido que lo expresa Irene Vallejo sobre el comienzo de una obra: “Todo debería estar ahí —el tono, el sentido del humor, la poesía, el ritmo, las promesas—. Los capítulos todavía sin escribir deberían adivinarse ya, pugnando por nacer, en el semillero de las palabras elegidas para empezar” (El infinito en un junco, 2023, pp. 16 y 17).

En las páginas del primer número de la revista de estudiantes de la Facultad de Derecho “está todo”: el entusiasmo intacto de los orígenes del proyecto, el trabajo ininterrumpido de más de un año, el esmero en el proceso de referato y en el contacto con los docentes que conforman el Comité Asesor, el interés y el esfuerzo por publicar escritos diversos (artículos, comentarios de jurisprudencia, reseñas, entrevistas, textos literarios), la pasión por el conocimiento del derecho y el compromiso con su rol de estudiantes de la Universidad Nacional de Rosario.

Por todo ello, felicitaciones y gracias.

**DRA. PAULA NAVARRO**

Secretaria de Ciencia y  
Técnica de la Facultad  
de Derecho de la UNR

**DR. HERNÁN BOTTA**

Decano de la Facultad  
de Derecho de la UNR

## PRESENTACIÓN

La Revista Enlace Jurídico nació con el propósito de crear, en el seno de la Facultad de Derecho de la UNR, un espacio académico en donde los estudiantes -del primer al último año de la carrera- puedan incursionar en la investigación científica, intercambiar ideas, generar vínculos entre sí y fortalecer su formación jurídica, todo ello en el marco del proceso editorial de la Revista.

Un espacio que creímos necesario para que el estudiante cuente con un canal para expresar sus inquietudes y reflexiones académicas, reforzando la premisa de que los estudiantes son igual de aptos para recibir conocimientos como para producirlos.

En el mes de marzo del 2023, mediante la Resolución del Consejo Directivo N° 125/2023, se resolvió la creación de la Revista Enlace Jurídico, dando comienzo, así, a este nuevo y anhelado espacio integrado y dirigido por estudiantes.

La decisión de nuestra casa de estudios estuvo alineada a los principios de la Reforma Universitaria debido a que se confió en la aptitud del claustro estudiantil para la gestión y administración de una revista académica que operaría bajo el sello de la Facultad.

Este primer número es el fruto de esa confianza y del esfuerzo desinteresado de un grupo de estudiantes que, desde distintos lugares y durante más de un año, colaboraron activamente en su confección.

Respecto a su contenido, este número cuenta con trabajos que abarcan casi todas las secciones de la Revista. De esta forma, podrán leerse tanto artículos de investigación y comentarios de jurisprudencia como cuentos, poesías y entrevistas a personalidades jurídicas. Esto, lejos de ser un resultado fortuito, fue una de nuestras metas editoriales y tiene por finalidad mostrar a los lectores la diversidad de trabajos que pueden ser publicados en la Revista.

Cabe señalar que, en honor a la pluralidad de ideas, al diálogo y al pensamiento crítico que Enlace Jurídico promueve, los lectores se

encuentran invitados a formular réplicas o plantear disidencias respecto a las ideas vertidas en los trabajos publicados.

Además, se recuerda a los estudiantes que pueden participar en Enlace Jurídico de dos maneras: formando parte de la administración de la Revista y colaborando en la evaluación de los trabajos que se reciban y/o, por otro lado, enviando sus trabajos para ser publicados en la Revista. En ese sentido, es importante destacar que Enlace Jurídico cuenta con un sistema de tutorías destinado a orientar y guiar a quienes pretenden publicar por primera vez.

Dicho esto, corresponde agradecer al Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad, a los autores de los distintos trabajos que hoy le dan cuerpo a este primer número y a los integrantes de la Revista, principalmente a Yamila Alegransa, Secretaria de Redacción, y a Juan Cruz Salinas, Secretario General.

Agradecimiento especial al Dr. Hernán Botta, Decano de la Facultad, y a la Dra. Paula Navarro, Secretaria de Ciencia y Técnica de la Facultad. Ambos, desde que el proyecto de la Revista apenas era una idea, mostraron un continuo interés y colaboraron incansablemente para que la idea se convirtiera en realidad.

Asimismo, corresponde hacer un reconocimiento especial a Lucas Navarro, vicedirector de la Revista, quien, además de contribuir en la gestación de Enlace Jurídico, supo honrar con creces su función.

En conclusión, deseamos que Enlace Jurídico, a partir de este primer número, inicie un camino sostenido y fecundo de producción académica, y se convierta, de ese modo, en un espacio que potencie la formación jurídica de los estudiantes y la excelencia académica de la Facultad.

**JUAN IGNACIO MÉNDEZ**

Director de Enlace Jurídico

# Artículos





## HERRAMIENTAS PROCESALES FRENTE A LAS CIBERESTAFAS A CONSUMIDORES DE SERVICIOS BANCARIOS

por ALEJANDRO DANIEL FICARRA<sup>1</sup>

**Resumen:** Este trabajo analiza la utilidad de determinados institutos procesales en el marco de procesos relativos a estafas en operaciones financieras digitales con consumidores de servicios bancarios, a fin de detectar la eficacia de estos para garantizar un adecuado nivel de tutela de las vulnerabilidades implicadas. En él, se aborda la problemática vinculada a la desigualdad existente entre los consumidores clientes y las instituciones bancarias, evidenciada por la superioridad de éstas últimas en cuanto a medios, herramientas y posibilidades de sobrellevar los tiempos del proceso. Para ello, se expondrá primero sobre la tutela judicial del consumidor; seguidamente, sobre el rol de los procesos urgentes y las medidas cautelares frente a este tipo de fenómenos, reseñando algunas cuestiones generales sobre sus presupuestos, para luego adentrarnos en el análisis de cuatro herramientas en concreto: las medidas de aseguramiento de pruebas, las medidas innovativas en su modalidad anticipatoria, las medidas cautelares de no innovar y las medidas autosatisfactivas, abordando en cada caso sus requisitos de procedencia, su rol en concreto frente a la temática reseñada y, respecto de las últimas tres, su tratamiento jurisprudencial. Sobre esa base, se explicará cómo las herramientas mencionadas posibilitan la realización de la función preventiva de la responsabilidad civil y contribuyen a neutralizar la conducta que las entidades bancarias adoptan frente a este tipo de sucesos. Finalmente, se demostrará cómo contribuyen a construir soluciones procesales a las situaciones de urgencia que

---

<sup>1</sup> Estudiante de la carrera de Abogacía (UNR). Ayudante de cátedra de las asignaturas “Derecho Constitucional”, “Derechos Humanos” y “Derecho Procesal Penal”. Fue becario del “Programa de Becas de Estímulo a la Investigación Científica para Estudiantes de Grado” de la FDER-UNR (2022-2023).

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

atravesan los justiciables afectados por el fenómeno de las ciberestafas.

**Palabras clave:** Ciberestafas – Consumidores – Medida cautelar innovativa – Medida cautelar de no innovar – Medida autosatisfactiva

**Abstract:** This paper analyzes the usefulness of certain procedural institutes in the framework of proceedings related to scams in digital financial transactions with banking services consumers, in order to detect their effectiveness in guaranteeing an adequate level of protection of the vulnerabilities involved. It addresses the issues related to the inequality between consumer clients and banking institutions, evidenced by the latter's superiority in terms of resources, tools, and the ability to endure the process's duration. To do this, it will first discuss the particular characteristics of the judicial protection of the consumer; next, about the role of urgent processes and precautionary measures against this type of phenomena, outlining some general questions about their budgets, and then delving into the analysis of four tools in particular: evidence assurance measures, innovative measures in its anticipatory modality, the precautionary measures of not innovating and the self-satisfactory measures, addressing in each case their requirements of origin, their specific role regarding the subject reviewed and, with respect to the last three, their jurisprudential treatment. On this basis, it will be explained how the aforementioned tools make it possible to carry out the preventive function of civil liability and contribute to neutralizing the behavior that banking entities adopt in the face of this type of events. Finally, it will be demonstrated how they contribute to building procedural solutions to the urgent situations faced by individuals affected by the phenomenon of cyber scams.

**Keywords:** Cyber frauds – Consumers – Innovative precautionary measure – Precautionary measure not to innovate – Self-satisfying measure

**Sumario:** I. Introducción. II. La tutela judicial del consumidor. III. Las

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

herramientas procesales. 1. El rol de las medidas cautelares y los procesos urgentes frente a los inconvenientes procesales de las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios. 2. Los presupuestos de las medidas cautelares. 3. Las medidas de aseguramiento de pruebas. a. Sus requisitos. b. Su rol. 4. Las medidas innovativas. a. Sus requisitos. b. Su rol. c. Tratamiento jurisprudencial. 5. Las medidas de no innovar. a. Sus requisitos. b. Su rol. c. Tratamiento jurisprudencial. 6. Las medidas autosatisfactivas. a. Sus requisitos. b. Su rol. c. Tratamiento jurisprudencial. IV. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de las ciberestafas registra un crecimiento exponencial en los últimos años.

La irrupción de esta nueva modalidad delictiva en gran medida se vincula con la tendencia a la digitalización del sistema bancario, fenómeno que, con todos sus beneficios, también acarrea sus riesgos.

En medio de ello quedaron los consumidores, quienes se ven obligados a adaptarse a un modelo en el que los procesos de identificación respecto de las plataformas en las que se opera y los sujetos con quienes se interactúa son diferentes a los habitualmente utilizados<sup>2</sup>.

La realidad deja ver que los bancos no cuentan con sistemas de seguridad adaptados a esas circunstancias, dado que muchas veces dependen de información que el cliente conoce (sus claves de acceso) o tiene (códigos de seguridad enviados a su correo electrónico o teléfono celular).

---

<sup>2</sup> ARIAS, M. P. & MÜLER, G. “La obligación de seguridad en las operaciones financieras con consumidores en la era digital. Con especial referencia a la problemática del phishing y del vishing”, p. 2.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

En ese contexto, las vulnerabilidades del sistema son explotadas a través de técnicas de ingeniería social, empleadas para obtener las credenciales que el cliente utiliza para acceder a la plataforma digital del banco y efectuar transacciones haciéndose pasar por aquél, o bien, determinando su voluntad, para que el mismo consumidor las realice, obrando bajo una falsa representación de la realidad.

Para ello, generalmente se recurre a llamados telefónicos basados en engaños; se remiten correos electrónicos o mensajes de texto cuya apariencia está diseñada para hacerle creer al consumidor que provienen de un prestador de servicios que utiliza o de la entidad bancaria de la cual es cliente, alertándolo sobre una supuesta falla de seguridad o del inminente bloqueo de su cuenta e indicándole los pasos que debe seguir para evitarlo; o se utilizan sitios web idénticos al sitio del banco, a fin de captar los datos de acceso que allí introduzca bajo la creencia de que opera en el sitio que verdaderamente pertenece a la entidad, entre otras modalidades.

En algunos casos también se denuncia como extraviada la línea de teléfono celular del consumidor, lo que permite obtener un duplicado de su tarjeta SIM y, además, bloquear la que se encuentra en su poder.

De esa forma, se gana el control de la información necesaria para ingresar a la plataforma del banco y de la que posteriormente se necesitará para concretar la transacción, así como de los canales de comunicación del cliente con la entidad.

Finalmente, se detrae el dinero existente en la cuenta bancaria, o se toman préstamos en nombre de su titular, con el posterior redireccionamiento de los fondos acreditados. Y todo ello en cuestión de minutos.

Los casos que comentamos son, en definitiva, verdaderas situaciones de urgencia.

Por ello, en el presente trabajo nos centraremos en analizar la

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

utilidad de ciertos institutos procesales en el marco de procesos de consumo vinculados a la temática que comentamos, a fin de detectar su eficacia para garantizar un adecuado nivel de tutela de las vulnerabilidades implicadas.

## II. LA TUTELA JUDICIAL DEL CONSUMIDOR

En los supuestos que comentamos el vínculo que une al cliente con el banco se trata de una relación de consumo.

En efecto, al primero le cabe la calidad de consumidor, como persona física que adquiere y/o utiliza un servicio como destinatario final, en beneficio propio, y al segundo la de proveedor, por ser quien desarrolla de manera profesional su actividad en el rubro.

La injerencia que el sistema protectorio del consumidor tiene en la temática analizada no es para nada menor.

Ante todo, porque la introducción de medios digitales en la operatoria bancaria impone que a las asimetrías tradicionales de la relación de consumo deba adicionarse la generada por la desigualdad tecnológica, dado que la diferencia cognoscitiva entre el consumidor y el proveedor respecto de los medios utilizados es absoluta<sup>3</sup>. Por eso, Lorenzetti afirma que en este contexto el principio protectorio debe manifestarse con toda su potencia<sup>4</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Comisión n° 5 de Derecho de los consumidores en el marco de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, destacando la proyección y relevancia del principio protectorio en la contratación electrónica<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> ARIAS, M. P. & MÜLER, G., “La obligación de seguridad...”, p. 1.

<sup>4</sup> LORENZETTI, R., “Comercio Electrónico”, p. 49.

<sup>5</sup> Celebradas en la ciudad de Mendoza, los días 22, 23 y 24 de septiembre de 2022. Disponibles en: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/conclusiones>

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

La práctica deja ver que su aplicación puede incluso proyectarse al ámbito del proceso. Al respecto, numerosos precedentes destacan la importancia de que el examen acerca de los presupuestos de las medidas cautelares se efectúe a la luz del principio protectorio, otorgando prevalencia a la interpretación que sea más favorable al consumidor<sup>6</sup>.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe sostuvo, en un precedente vinculado a la temática bajo análisis, la existencia de una relación de consumo entre las partes pone en funcionamiento

*“...una especial argumentación en materia de normas y principios propios de tal microsistema que recae en manos de los magistrados y las magistradas encargados de aplicar el derecho vigente al caso, con la gravosa consecuencia que de no hacerlo -juzgar sin la perspectiva propia del derecho de consumo- se configuraría un supuesto de arbitrariedad normativa que habilitaría la presente instancia extraordinaria y tornaría descalificable la sentencia a tenor de la doctrina de la arbitrariedad”<sup>7</sup>.*

En línea con ello, también se ha dicho que

*“...cabe reconocer que desde el mero plano especulativo cualquiera de los posicionamientos argumentales volcados por las partes podrían resultar asequibles. No obstante, a los efectos provisionales del aseguramiento cautelar habrá de otorgarse*

---

<sup>6</sup> CNCiv. Com. Fed., Sala III, “Chibel, Luciana Itatí c/ Banco de la Nación Argentina s/ Medidas cautelares”, 09/08/2023; en el mismo sentido se pronunció en la causa Nº 65.941/2022, del 24/05/2023; también, Sala II en “Laguillón, Susana María c/ Banco de la Nación Argentina s/ medidas cautelares”, 13/10/2022 y “Martínez, Gustavo Hernán c/ Banco de la Nación Argentina s/ nulidad de contrato”, 19/11/2021, causa nº 5269/21; JCivyComLaPlata, “Nucera, Javier Hernán c. Banco BBVA Argentina SA s/ materia a categorizar, 09/06/2021”.

<sup>7</sup> CSJSF, “Batistuta María Delia c/ Nuevo Banco de Santa Fe - demanda de derecho de consumo - (CUIJ 21-25024575-8) s/ recursos de inconstitucionalidad (quejas admitidas)”, 05/12/2023, A. y S., t. 331, ps. 361/382.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

*prevalencia a la postura del accionante, a raíz de la especial tuitiva que depara el ordenamiento jurídico al consumidor -de rango constitucional-”<sup>8</sup>.*

También, se destacó que

*“...la naturaleza de la relación jurídica entre las partes que da cauce a la acción principal, coloca al actor en un marco protectorio especial, ya que se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la institución bancaria. [...]. Se trata en definitiva de cautelar a la parte más vulnerable dentro del vínculo jurídico y de proteger el salario del actor, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en el marco de la causa principal, lo que hace que deba atenerse a la solución más favorable al consumidor”<sup>9</sup>.*

Del mismo modo, se dijo:

*“...teniendo en cuenta el carácter de consumidora que detenta la promotora de la litis frente a la empresa demandada, lo cual en principio, impone una interpretación favorable a sus intereses (arg. LDC, 3, segundo párrafo, y CN 42), corresponde admitir la pretensión cautelar”<sup>10</sup>.*

Además del mentado principio, la normativa consumeril consagra otros dispositivos de índole procesal, orientados a garantizar la plena vigencia de los derechos que la ley 24.240 reconoce. Entre ellos, se destaca la gratuidad del servicio de justicia a favor de los consumidores, la simplificación y aceleración del proceso, la introducción de reglas sobre colaboración procesal y la carga probatoria

---

<sup>8</sup> CNCom., Sala F, “Novoa, Javier Segundo c/ Banco BBVA Argentina S.A. s/ medida precautoria, 18/06/2021.

<sup>9</sup> CFed. de Bahía Blanca, Sala I, “Picco, David Antonio c/ Banco de la Nación Argentina s/ daños y Perjuicios”, 26/10/2021.

<sup>10</sup> CNCom., Sala D, “Blasco, Aidé Beatriz c/ Banco Supervielle SA s/ medida precautoria”, 19/12/2023.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

y la simplificación de las formas<sup>11</sup>.

Como puede verse, la tutela jurisdiccional del consumidor busca eliminar los obstáculos para su acceso a una respuesta judicial oportuna y eficaz, en adecuado cumplimiento del mandato previsto en el artículo 42 de la Constitución nacional, en relación al establecimiento de “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”. Es a través de esa óptica, entonces, que debe mensurarse la importancia de las herramientas procesales que analizaremos a continuación.

### III. LAS HERRAMIENTAS PROCESALES

#### 1. El rol de las medidas cautelares y los procesos urgentes frente a los inconvenientes procesales de las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios

En sus orígenes, la tutela cautelar buscó asegurar la eficacia del proceso para satisfacer la pretensión del actor, a fin de impedir que el natural lapso de tiempo que transcurre entre su inicio y su desenlace volviera inoperante el pronunciamiento judicial definitivo.

Modernamente, esa necesidad suscitó la aparición de nuevos dispositivos procesales, orientados, por un lado, a evitar que la situación existente al momento de su petición pueda ser modificada, a través de las llamadas medidas cautelares de no innovar; y, por el otro, a consagrar protecciones más enérgicas que las nacidas en el ámbito de lo meramente “cautelar”, como la alteración del estado de hecho existente al momento en que se solicitan, a través de las medidas cautelares innovativas, e incluso el anticipo del resultado de la sentencia, mediante la denominada tutela anticipada. También se

---

<sup>11</sup> Para un estudio profundizado del tema ver MEROI, A., “Reglas y principios procesales en las relaciones de consumo”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo IV, pp. 33-79.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

consagraron, de forma diferenciada, las llamadas medidas autosatisfactivas, que se agotan en sí mismas y no dependen de otro proceso principal<sup>12</sup>.

En supuestos como los que comentamos, el paso del tiempo tiene una incidencia notable sobre la utilidad que la eventual solución de fondo pueda tener al momento de su dictado, ya que a menudo el accionante se enfrenta a la imposibilidad de disponer del dinero detraído de su cuenta durante el tiempo que dure el proceso, o a la carga de tener que transitarlo afrontando el pago de las cuotas correspondientes a préstamos que jamás solicitó.

Así, en el caso de una clienta a quién le fue sustraído casi la totalidad del saldo existente en su cuenta, se remarcó que se configuraba una

*“...afectación patrimonial directa, por montos elevados y con carácter de relativa permanencia [...] lo que implica que, de llevar razón la actora, la actuación de la justicia podría ser ineficaz en ausencia de una medida como la peticionada, máxime la falta de respuesta al traslado corrido a las entidades demandadas. Las particulares circunstancias del caso hacen denotar que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica ”*<sup>13</sup>.

El mismo enfoque se adoptó al remarcar, con especial atención las circunstancias del caso, que

*“...las sumas involucradas, la condición de la actora (jubilada), el carácter alimentario de su haber jubilatorio que*

---

<sup>12</sup> Cuyo máximo exponente entre nosotros fue Peyrano, como puede verse en PEYRANO, J., “Medidas autosatisfactivas”, por citar uno de sus numerosos aportes.

<sup>13</sup> JCiv. y Com. N° 2 de Rosario, “R., M. B. c/ Banco Supervielle y otros s/ demanda de derecho de consumo”, 08/07/2022, Resolución n° 864.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

*dice traído y el tiempo que presumiblemente puede llevar la obtención de una sentencia firme, permiten concluir que, tal como se explica en la demanda, el rechazo de la medida podría importar que necesidades básicas se vean desatendidas, lo que implica que, de llevar razón [...] la actuación de la justicia podría ser ineficaz en ausencia de una medida como la que aquí se despacha”<sup>14</sup>.*

En línea con ello, desde el campo del derecho de daños se ha destacado la importancia de prevenir el daño o su agravamiento, cometido que cuenta con un régimen propio en los artículos 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial, así como, en lo que aquí importa, en los artículos 52 y 53 de la ley 24.240, que admiten acciones judiciales cuando los intereses de los consumidores o usuarios se encuentren afectados o amenazados.

Tal cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la que venimos analizando, pues la eficacia de aquellas precisiones normativas requiere de dispositivos procesales que permitan concretarlas en un tiempo oportuno. De ahí nace la llamada “tutela inhibitoria”, en la que se agrupan, entre otros institutos, las medidas cautelares y los procesos urgentes<sup>15</sup>.

En este sentido, en el caso de una consumidora a quien se le otorgó un préstamo no solicitado, siendo el dinero acreditado en su cuenta posteriormente redireccionado a cuentas de terceros, con fundamento en el deber de prevención, sostuvo que

*“...dado que la acción es preventiva del daño solo se requiere la concurrencia y la probabilidad de ocurrencia o de un potencial daño no exigiéndose factor de atribución de responsabilidad alguno. Es dable suponer que la continuidad de*

---

<sup>14</sup> JCiv. y Com. N° 9 de Santa Fe, “D., V. N. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 04/05/2023, Resolución n° 164.

<sup>15</sup> PIZARRO, R. & VALLESPINOS, C., “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tomo I, p. 819.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

*los descuentos posiblemente ilegales o indebidos generen un daño de difícil reparación. Lo mismo cabría decir para la eventual notificación del estado de mora o atraso en el BCRA, cualquier información de esa índole es tomada por las agencias de información -nosis, veraz, etc.- haciendo sumamente dificultoso la reinserción comercial y crediticia de cualquier persona”<sup>16</sup>.*

En línea con ese criterio, también se remarcó que

*“En cuanto al peligro en la demora, va de suyo que el cobro de las cuotas mensuales (comprendidas de capital e intereses) como consecuencia del otorgamiento de un crédito impugnado en su legalidad, afecta el derecho de propiedad del actor, además de poder llegar a comprometer su subsistencia dado que debe destinar dinero propio para la cancelación de las mensualidades”<sup>17</sup>.*

Por otra parte, tampoco puede obviarse la conducta que generalmente adoptan las entidades bancarias frente a este tipo de sucesos, que si por algo se caracterizan es por su incertidumbre, agravada por el hecho de que gran parte de la información necesaria para despejarla se encuentra en poder de la contraparte, que frecuentemente elige no darse por enterada de lo que ocurre.

Es sabido -y la cantidad de precedentes que se registran en la materia lo comprueba- que muchas veces, lejos de procurar una solución conciliatoria, los bancos apuestan al cansancio del cliente, desentendiéndose de la situación, desoyendo sus reclamos e incluso endilgándole la responsabilidad por lo ocurrido, no dejándole otra alternativa que judicializar su planteo para obtener una respuesta.

---

<sup>16</sup> JCiv. y Com. Circ. Trib. Col. De Resp. Extracontractual y Reg. Pco. De Comercio de Feria, “P., M. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/01/2023, Resolución n° 20.

<sup>17</sup> CCiv. Com. Lab. y Minería de Neuquén, Sala II, “Blok, Julio Ángel c/ Banco Santander Rio SA s/ incidente de apelación”, 04/04/2024.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

Y ese comportamiento con frecuencia se replica en el plano del proceso, con el fin de convertirlo en una instancia para dilatar aún más el incumplimiento de sus obligaciones.

Creemos que las herramientas bajo análisis constituyen un medio adecuado para materializar la prevención del daño, acceder a los elementos de prueba indispensables para el posterior juicio principal y neutralizar las conductas economicistas que las entidades bancarias toman frente al tema.

## 2. Los presupuestos de las medidas cautelares

Antes de ingresar en el análisis de cada herramienta en concreto, recordamos que tradicionalmente se entiende que son tres los presupuestos exigidos para el dictado de las medidas cautelares: a) la verosimilitud del derecho; b) el peligro en la demora; y c) la contracautela<sup>18</sup>.

El primero de ellos refiere a la apariencia de buen derecho en relación a la pretensión de fondo, lo que ha sido definido como un “juicio hipotético de atendibilidad de la pretensión procesal”<sup>19</sup>. De ahí que Calamandrei enseñara que el análisis sobre su configuración no puede constituir un juicio de certeza<sup>20</sup>, ya que recién cuando se dicte la providencia principal se podrá comprobar si esa hipótesis corresponde a la realidad<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Sin embargo, en nuestros días se afirma que la contracautela en verdad es un recaudo para el cumplimiento de la medida, más no un requisito para su procedencia, como puede verse en CARBONE, C., “Revisión de los presupuestos de la teoría cautelar y su repercusión en el nuevo concepto de los procesos subcautelares e infra o minidiferenciados”, *Medidas cautelares: doctrina*, Tomo I, p. 133.

<sup>19</sup> MEROI, A., “Requisitos de procedencia de la pretensión cautelar”, en *Tratado de las medidas cautelares*, Tomo II, p. 220.

<sup>20</sup> CALAMANDREI, P., “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, p. 78.

<sup>21</sup> MEROI, A., “Requisitos de procedencia...”, en *Tratado de las medidas cautelares*, Tomo II, p. 220

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

El segundo de los presupuestos refiere al riesgo de que, en caso de no adoptarse la medida, sobrevenga un perjuicio que torne ilusorio el derecho de quien la solicita. Es en ese peligro donde reside el interés que justifica toda pretensión cautelar<sup>22</sup>, pues, como destacaba Chiovenda, “...la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón”<sup>23</sup>.

Finalmente, la contracautela refiere al otorgamiento previo de una caución por parte del beneficiario de la medida a favor de su contraparte, destinada a cubrir el resarcimiento de los posibles daños que aquella pueda generarle si es dictada sin derecho.

### **3. Las medidas de aseguramiento de pruebas**

Actualmente se afirma que los procedimientos preparatorios al juicio principal se encuentran inmersos en una tendencia expansiva, que fomenta la labor investigativa de las partes<sup>24</sup>.

En ese contexto, las medidas que en este punto comentamos se presentan como una herramienta de suma utilidad para asegurar y acceder a la prueba necesaria para fundar la pretensión que se deducirá en la futura demanda principal.

#### **a. Sus requisitos**

En Santa Fe, el artículo 272 del CPC, refiere que “...los que sean o vayan a ser partes en un proceso y tengan motivos para temer que la producción de las pruebas que les sean necesarias se haga difícil o imposible por el transcurso del tiempo, pueden solicitar el aseguramiento de dichas pruebas”.

---

<sup>22</sup> PALACIO, L., “Manual de Derecho Procesal Civil”, p. 821.

<sup>23</sup> CHIOVENDA, G., “Instituciones de derecho procesal civil”, Tomo I, pp. 185-186.

<sup>24</sup> LORENZETTI, R., “Comentario a los artículos 272 a 275”, en *Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe: Análisis exegético. Jurisprudencia. Legislación. Doctrina*, Tomo I, p. 773.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

A su turno, el artículo 273 señala que *“Igualmente, cuando por cualquier circunstancia alguna persona se halle en peligro de perder su derecho, si no se admite desde luego la verificación de un hecho, podrá producir sumaria información de testigos, prueba pericial y, cuando existiere urgencia de comprobar el estado de lugares o de cosas o la calidad de estas últimas, también, solicitar una inspección judicial; todo con citación de la persona a quien haya de oponerse o del ministerio fiscal en caso de no ser posible el comparendo de aquélla con la urgencia del caso”*.

De ello se infiere que las medidas de aseguramiento de pruebas requieren únicamente de la demostración del peligro en la demora, en relación a la fuente de la prueba. Así, el peticionante deberá acreditar: a) que existe una prueba disponible por una de las partes; b) que esa prueba es necesaria para demostrar la existencia de un supuesto de hecho o de un derecho y que no existen medios alternativos para su demostración; c) que el transcurso del tiempo hará imposible o difícil su producción<sup>25</sup>.

#### b. Su rol

Como adelantamos, esta nueva modalidad delictiva plantea ciertas dificultades a la hora de determinar la dinámica de su producción.

En efecto, generalmente el hecho es precedido por el acaecimiento de varios movimientos inusuales efectuados desde la cuenta bancaria del cliente, pudiendo además involucrar la manipulación de otros servicios a su nombre, como su línea de teléfono celular o correo electrónico, con el agravante de que la maniobra puede ejecutarse desde varias ubicaciones a la vez.

Desde luego, la falta de información dificulta el camino a seguir,

---

<sup>25</sup> Ibid.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

dado que cada caso puede ofrecer una amplia gama de interrogantes cuyo conocimiento resulta imprescindible para el diseño de una adecuada estrategia procesal que permita construir con precisión la imputación de la responsabilidad civil de la que será objeto la demanda.

A ese fin, ocurre que no es lo mismo un supuesto en el que existe un único aporte causal para la producción del daño (el incumplimiento del deber de seguridad por parte del banco) que uno en el que concurre otro hecho causal determinante (que la compañía telefónica haya facilitado a los autores del ilícito un duplicado de la tarjeta SIM correspondiente a la línea de teléfono celular del consumidor sin mayores controles, lo que, como dijimos al comienzo, les permite sortear los mecanismos de seguridad implementados por el banco).

Idéntica importancia reviste determinar las particularidades de las operaciones mediante las cuales se detrajo el dinero, el patrón habitual de transacciones del accionante, las medidas que el banco tomó en el caso concreto, así como conocer las características y movimientos de la cuenta destinataria del dinero.

De esa forma, las medidas que comentamos permiten conocer la verdadera dinámica del hecho, a fin de reducir los riesgos jurídicos del proceso principal y ganar cierta previsibilidad sobre su desenvolvimiento.

Al respecto, Vázquez Ferreyra señala que en estos casos el despacho de las medidas probatorias adelantadas no debe analizarse de forma restrictiva, advirtiendo sobre la dificultad que el consumidor puede enfrentar para acceder a este tipo de información si no lo es por medio de un aseguramiento de pruebas o prueba anticipada<sup>26</sup>.

No se descarta, sin embargo, que en algunos supuestos su utilización pueda resultar inconveniente, cuando, como ejemplo, se

---

<sup>26</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, R., “Ciberestafas bancarias y procesos de consumo”, en *La Ley*.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

encuentren involucradas entidades financieras o servicios electrónicos de pago con sede en otra jurisdicción, lo que lógicamente dificultará la producción de la prueba, dilatando notablemente la estrategia del caso.

#### 4. Las medidas innovativas

La medida cautelar innovativa fue definida por Peyrano como aquella “...*diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado*”<sup>27</sup>.

Hoy en día la doctrina diferencia entre cuatro tipos de medidas innovativas: la clásica, la anticipatoria, la generativa y la sucedánea.

La clásica busca provocar una modificación en la situación fáctica del pleito; lo mismo vale para la anticipatoria, con la particularidad de que su contenido coincide en todo o en parte con el objeto de la demanda -modalidad que cuenta con expreso reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>28</sup>; la generativa comprende aquella medida que hace revivir una situación jurídica que existió pero que se encuentra agotada, así como a la que permite un emplazamiento jurídico que no existía con anterioridad a su despacho; mientras que la sucedánea viene a sustituir, en un proceso actual, a la que podría formularse en otro tipo de proceso posterior<sup>29</sup>.

Como adelantamos, en el presente trabajo nos ocuparemos de la medida innovativa anticipatoria.

##### a. Sus requisitos

Se ha debatido acerca de si el despacho de la medida innovativa

---

<sup>27</sup> PEYRANO, J., “La medida cautelar innovativa: una realidad, una esperanza”, en *Medida innovativa*, p. 215.

<sup>28</sup> CSJN, “Camacho Acosta c/ Grafi Graf SRL y otros”, 07/08/1997, Fallos: 320:1633.

<sup>29</sup> EGUREN, M., “La medida cautelar innovativa ‘sucedánea’. El ‘leading case’: ‘D’ Ambrosio” en *Medidas cautelares: doctrina*, pp. 649-670.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

en su faz anticipatoria reclama la acreditación de un grado cognitivo mayor a la verosimilitud del derecho, sumado al peligro en la demora y a la exigencia de prestar contracautela.

En sentido favorable se ubica Rivas<sup>30</sup>, mientras que otros, dentro de este enfoque, diferencian según el tipo de tutela que se persiga, exigiendo verosimilitud para las medidas innovativas genéricas y certeza suficiente para su modalidad anticipatoria<sup>31</sup>.

Por el contrario, Palacio considera que el presupuesto de la verosimilitud del derecho se mantiene aún para las medidas innovativas que importan una anticipación de la sentencia de fondo<sup>32</sup>. En esa orientación, Camps afirma que la actual proliferación de vías de tutela acompañadas de una diversa gama de requisitos puede desembocar en la pérdida de derechos y de tiempo<sup>33</sup>.

Un excelente análisis del tema fue desarrollado por Meroi, quien advierte que las expresiones ensayadas por la doctrina se tratan de sintagmas abiertos, cargados de conceptos indeterminados, y pasibles de presentarse como una verdadera encrucijada interpretativa. Así,

---

<sup>30</sup> Quien afirma que el grado de certeza exigido para su despacho es mayor que la verosimilitud del derecho exigida para las medidas cautelares, pero menor que la certeza definitiva exigida para la sentencia de mérito. Así, en un punto medio, entiende que debe acreditarse un “grado de certeza impropia”, como puede verse en RIVAS, A., “La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional”, en *La Ley Actualidad*, p.1, citado por EGUREN, M. C., “La Jurisdicción Oportuna”, en *Sentencia Anticipada*, p. 301. Una manifestación de esta tendencia puede verse en el artículo 135 del Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que exige el grado de “certeza suficiente” para la procedencia de la tutela anticipada; a su turno, el artículo 231 del CPC de La Pampa exige “...verosimilitud del derecho en un grado mayor que en las medidas cautelares ordinarias”, y el artículo 242 del CPC de San Juan reclama “...convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta”.

<sup>31</sup> ARAZI, R. & KAMINKER, M., “Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata”, en *Medidas autosatisfactivas*, p. 44.

<sup>32</sup> PALACIO, L., “La venerable antigüedad de la llamada medida cautelar innovativa y su alcance actual”, en *Revista de Derecho Procesal*, p. 112.

<sup>33</sup> CAMPS, C., “Actualidad de la tutela anticipada”, pp. 26 y ss.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

luego de repasar las distintas fórmulas utilizadas, concluye: “¿Quién de todos nosotros se animaría a enumerar las expresiones que anteceden en un orden creciente de convicción acerca de lo que ‘realmente’ es o debe ser?”<sup>34</sup>. Por eso, señala que quizás lo más adecuado sea mantener el criterio sentado por la Corte Suprema en “Camacho Acosta”, donde se exigió una “mayor prudencia en la apreciación” de los recaudos de admisión de las medidas cautelares innovativas<sup>35</sup>.

En nuestro fuero se registran numerosos precedentes en la materia que analizaron su procedencia valiéndose de la categoría clásica de verosimilitud del derecho<sup>36</sup>, sin recurrir a otro tipo de fórmulas.

Un sector de la doctrina exige la concurrencia de un cuarto requisito denominado “peligro de daño irreparable” o “periculum in damni”<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> MEROI, A., “Requisitos de procedencia...”, en *Tratado de las medidas cautelares*, Tomo II, pp. 224-228.

<sup>35</sup> CSJN, “Camacho Acosta c/ Grafi Graf SRL y otros”, 07/08/1997, Fallos: 320:1633, considerando 6.

<sup>36</sup> JCiv. y Com. N° 14 de Rosario, “L., G. A. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ medida cautelar innovativa”, 18/11/2022, Resolución n° 1215; JCiv. y Com. N° 3 de Rosario, “A, R. c/ Banco Patagonia S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/08/2023, Resolución n° 377; “C. N., A. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 11/08/2022, Resolución n° 404; y “B., S. B. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 20/03/2023, Resolución n° 98; JCiv. y Com. N° 12 de Rosario, “R., M. E. c/ Banco Santander Río S.A. s/ medidas cautelares y preparatorias”, 14/05/2021, Resolución n° 575; JCiv. y Com. N° 1 de Rosario, “G., D. R. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda ordinaria”, 13/06/2023; JCiv. y Com. N° 2 de Rosario, “R., M. B. c/ Banco Supervielle y otros s/ demanda de derecho de consumo”, 08/07/2022, Resolución n° 864; JCiv. y Com. N° 9 de Santa Fe, “D., V. N. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 04/05/2023, Resolución n° 164; JCiv. y Com. N° 7 de Rosario, “D., B. E. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 06/09/2023, Resolución n° 914; y JCiv. y Com. Circ. Trib. Col. De Resp. Extracontractual y Reg. Pco. De Comercio de Feria, “P., M. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/01/2023, Resolución n° 20.

<sup>37</sup> PEYRANO, J., “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en *Medida innovativa*, p. 40; en el mismo sentido, DE LÁZARI, E., “La medida

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

Sobre este cuarto presupuesto Peyrano afirma que, a diferencia del peligro en la demora, que refiere a un riesgo de insolvencia del demandado, el peligro de daño irreparable responde a la situación del actor, quien si no obtiene rápidamente un remedio cautelar sufrirá un perjuicio irreversible, que convierte al pronunciamiento definitivo, aun favorable, en infructuoso<sup>38</sup>.

Otros, como Palacio, se pronuncian en contra del condicionamiento de su procedencia a la concurrencia de un cuarto requisito, señalando que la reiteración de esa exigencia puede derivar en la creación de una norma judicial adversa al despacho de la medida. De esa forma, concluye que el clásico presupuesto del peligro en la demora abarca una extensa gama de posibles daños derivados del no otorgamiento de la cautelar, comprendiendo no sólo los económicos, sino también los físicos, psíquicos y morales<sup>39</sup>.

En una posición intermedia se ubica Baracat, quien sostiene que el cuarto requisito es exigible cuando la medida innovativa importa un anticipo de jurisdicción, más no en su modalidad clásica<sup>40</sup>.

Actualmente, Peyrano afirma que dicha exigencia ha desaparecido casi por completo, cayendo en desuso, aunque advierte que todavía resulta conveniente su exigencia algunas áreas jurídicas<sup>41</sup>.

---

innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar”, en *Medida innovativa*, pp. 319-330.

<sup>38</sup> PEYRANO, J., “La palpitante actualidad...”, pp. 29-34.

<sup>39</sup> PALACIO, L., “La venerable antigüedad...”, p. 112; en el mismo sentido, KIELMANOVICH, J., “Medidas Cautelares”, p. 382 y CAMPS, C., “La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada”, p. 10. Por su parte, MEROI señala que, al igual que ocurre en relación a la verosimilitud del derecho, se tratan de distinciones que, si bien pueden efectuarse en el plano teórico, difícilmente habrán de deslindarse en el plano de la realidad, en MEROI, A., “Requisitos de procedencia...”, p. 238.

<sup>40</sup> BARACAT, E., “Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro”, en *Medida innovativa*, p. 60; criterio que es compartido por AIRASCA, I., “Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa”, en *Medida innovativa*, p. 162.

<sup>41</sup> PEYRANO, J., “Medida cautelar innovativa. Balance de situación...”, p. 48.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

Pese a ello, algunos precedentes sobre el tema que comentamos han exigido su acreditación<sup>42</sup>, mientras que otros se atuvieron a la existencia del peligro en la demora<sup>43</sup>.

#### b. Su rol

En concreto, la medida innovativa en su faz anticipatoria encuentra dos posibles campos de aplicación en los supuestos que analizamos.

Por un lado, como respuesta frente a los casos de sustracción del dinero existente en la cuenta bancaria del consumidor, para evitar que deba transitar el proceso sin poder disponer de sumas de dinero, generalmente de naturaleza alimentaria, necesarias para atender sus gastos corrientes; por el otro, como herramienta en los supuestos de otorgamiento de un préstamo no solicitado por el cliente seguido del redireccionamiento del dinero acreditado, en la medida en que el banco haya comenzado a debitar las cuotas del mismo al momento de la petición de la medida, a fin de que, además de ordenarse al banco que se abstenga de efectuar nuevas detracciones, se reintegren las sumas ya

---

<sup>42</sup> JCiv. y Com. N° 14 de Rosario, “L., G. A. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ medida cautelar innovativa”, 18/11/2022, Resolución n° 1215; JCiv. y Com. N° 12 de Rosario, “R., M. E. c/ Banco Santander Río S.A. s/ medidas cautelares y preparatorias”, 14/05/2021, Resolución n° 575; y JCiv. y Com. N° 1 de Rosario, “G., D. R. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda ordinaria”, 13/06/2023.

<sup>43</sup> JCiv. y Com. N° 3 de Rosario, “A, R. c/ Banco Patagonia S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/08/2023, Resolución n° 377; “C. N., A. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 11/08/2022, Resolución n° 404; y “B., S. B. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 20/03/2023, Resolución n° 98; JCiv. y Com. N° 2 de Rosario, “R., M. B. c/ Banco Supervielle y otros s/ demanda de derecho de consumo”, 08/07/2022, Resolución n° 864; JCiv. y Com. N° 9 de Santa Fe, “D., V. N. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 04/05/2023, Resolución n° 164; JCiv. y Com. N° 7 de Rosario, “D., B. E. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 06/09/2023, Resolución n° 914; y JCiv. y Com. Circ. Trib. Col. De Resp. Extracontractual y Reg. Pco. De Comercio de Feria, “P., M. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/01/2023, Resolución n° 20.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

descontadas.

### c. Tratamiento jurisprudencial

Numerosos antecedentes pueden verse en materia de sustracción del dinero ya existente en la cuenta bancaria del cliente.

En Rosario se hizo lugar a una medida innovativa anticipatoria, disponiendo que dos bancos restituyeran a la actora las sumas que fueron detraídas de su cuenta. En el caso, el dinero había sido transferido a otra cuenta bancaria que terceros abrieron a su nombre ese mismo día de forma online, sorteando la identificación biométrica requerida con la imagen de un masculino y un teléfono celular cuya característica pertenecía a otra ciudad<sup>44</sup>.

Idéntica posición se adoptó ante la sustracción de dinero de naturaleza alimentaria desde la cuenta del actor, mediante una transferencia por una suma no habitual<sup>45</sup>. Allí, se tuvo en cuenta que el actor acreditó la necesidad de hacer frente a importantes gastos médicos de carácter urgente.

También, en un caso de sustracción de dinero correspondiente al salario de la accionante, al comprobarse que las transacciones se efectuaron desde dispositivos identificados con una dirección de IP (código numérico que permite identificar a una terminal cuando se conecta a una red) que no coincidía con la que habitualmente utilizaba la actora para acceder a su home banking<sup>46</sup>.

Lo mismo se decidió respecto de una consumidora que sufrió la detracción de su haber jubilatorio. En relación a la contracautela se

---

<sup>44</sup> JCiv. y Com. N° 2 de Rosario, “R., M. B. c/ Banco Supervielle y otros s/ demanda de derecho de consumo”, 08/07/2022, Resolución n° 864.

<sup>45</sup> JCiv. y Com. N° 14 de Rosario, “L., G. A. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ medida cautelar innovativa”, 18/11/2022, Resolución n° 1215.

<sup>46</sup> JCiv. y Com. N° 7 de Rosario, “D., B. E. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 06/09/2023, Resolución n° 914.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

dispuso que la actora debía abonar un interés mensual equivalente al dos por ciento sobre la mitad del monto sustraído, aclarando que, de serle favorable la sentencia de fondo, el banco tendría que devolverle las sumas abonadas con más los intereses y que, en caso contrario, la entidad debería computar las sumas pagadas a cuenta de capital y solo podría percibir los intereses sobre las sumas prestadas<sup>47</sup>.

Dicho criterio fue reeditado meses después en un caso similar. En esa oportunidad, se sostuvo que “...*el peligro en la demora no queda reducido a la posible insolvencia del deudor sino que también abarca la necesidad del potencial acreedor de hacerse con lo sustraído, especialmente cuanto (sic) ello lo afecta en su vida cotidiana y ordinaria*”<sup>48</sup>.

Una solución novedosa pudo verse en el caso de una consumidora titular de dos cuentas bancarias. En una le era depositado su haber jubilatorio, mientras que la otra se encontraba inactiva, por tratarse de su anterior cuenta a sueldo. En ese contexto, fue engañada telefónicamente por terceros, quienes simularon ser representantes de la entidad bancaria, lo que resultó en la toma de tres créditos y la sustracción de más de cuatro millones de pesos, registrándose un total de cuarenta y tres operaciones -algunas registradas en la cuenta que se encontraba inactiva hace más de dos años-. Frente a ello, se ordenó a la entidad que constituyera un depósito a plazo fijo por la suma detrída, renovable automáticamente a treinta días y con la tasa pasiva preferencial más alta para ese tipo de operaciones, señalando que los intereses devengados serían de libre disponibilidad para la actora, mediante acreditación en su caja de ahorros y aclarando que dichas sumas serían computadas a cuenta de una eventual sentencia condenatoria; pero no así el capital, que quedaba indisponible para

---

<sup>47</sup> JCiv. y Com. N° 3 de Rosario, “B., S. B. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 20/03/2023, Resolución n° 98.

<sup>48</sup> JCiv. y Com. N° 3 de Rosario, “A, R. c/ Banco Patagonia S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/08/2023, Resolución n° 377.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

ambas partes<sup>49</sup>.

En Santa Fe, se despachó una medida innovativa anticipatoria a pedido de una damnificada que sufrió la detracción de sumas correspondientes a su haber jubilatorio, ordenándose al banco la devolución del dinero<sup>50</sup>.

También se registran precedentes de medidas innovativas anticipatorias en supuestos de otorgamiento de créditos no consentidos por el consumidor.

Así, en un caso donde las sumas acreditadas fueron luego redireccionadas a otras cuentas junto con dinero de la actora, se ordenó a la entidad bancaria que, por un lado, se abstenga de descontar las cuotas del préstamo y, por el otro, reintegre el dinero de propiedad de la actora a la cuenta de su titularidad<sup>51</sup>.

De la misma forma se resolvió el planteo de una actora frente al otorgamiento de dos préstamos sin su consentimiento, producto de un engaño telefónico<sup>52</sup>.

Un supuesto particular se vio en el caso de una consumidora que teniendo dos préstamos legítimos a su nombre se vio afectada por el otorgamiento de otros dos no solicitados. Antes de acudir a la vía judicial, la actora petitionó la suspensión de los débitos respecto de los créditos no consentidos. Pese a ello, el banco suspendió todos, no permitiéndole abonar las cuotas de los créditos tomados legítimamente. Ante tal situación, se ordenó al banco que le permita seguir pagando los

---

<sup>49</sup> JCiv. y Com. N° 1 de Rosario, “G., D. R. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda ordinaria”, 13/06/2023.

<sup>50</sup> JCiv. y Com. N° 9 de Santa Fe, “D., V. N. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 04/05/2023, Resolución n° 164.

<sup>51</sup> JCiv. y Com. N° 12 de Rosario, “R., M. E. c/ Banco Santander Río S.A. s/ medidas cautelares y preparatorias”, 14/05/2021, Resolución n° 575.

<sup>52</sup> JCiv. y Com. N° 3 de Rosario, “C. N., A. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 11/08/2022, Resolución n° 404.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

dos préstamos reconocidos, que mantenga la suspensión de las cuotas de los no consentidos y que se abstenga de informarla como deudora por estos últimos<sup>53</sup>.

Estos criterios también son compartidos por la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal<sup>54</sup>.

Lo mismo pudo verse en la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. En el caso, para valorar la verosimilitud del derecho se tuvo en cuenta que el crédito fue solicitado, aprobado, depositado y luego redirigido mediante transferencias sucesivas en un total de catorce minutos, sumado a que mediante un análisis de las direcciones de IP correspondientes a las operaciones registradas se pudo comprobar que se utilizó un dispositivo para solicitar el crédito y hacer la primera transferencia y otro diferente para concretar las siguientes, sin que el banco pudiera acreditar que alguno de los dos era usualmente empleado por la actora en sus operaciones bancarias. En base a ello, se ordenó a la entidad que cesara en el descuento de las cuotas relativas al pago del crédito<sup>55</sup>.

## 5. Las medidas cautelares de no innovar

La prohibición de innovar responde a la necesidad de evitar que una de las partes altere o modifique el estado de hecho existente al tiempo de iniciarse el proceso o durante su tramitación, de forma tal que desvirtúe la eficacia de la sentencia definitiva<sup>56</sup>.

### a. Sus requisitos

---

<sup>53</sup> JCiv. y Com. Circ. Trib. Col. De Resp. Extracontractual y Reg. Pco. De Comercio de Feria, “P., M. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/01/2023, Resolución n° 20.

<sup>54</sup> CNCiv. Com. Fed., Sala III, “Chibel, Luciana Itatí c. Banco de la Nación Argentina s/ Medidas cautelares”, 09/08/2023.

<sup>55</sup> CNCom., Sala A, “Marastoni, Víctor Enrique c/ Banco BBVA Argentina S.A. s/ Medida precautoria”, 14/04/2021.

<sup>56</sup> PALACIO, L., “Manual de Derecho Procesal Civil”, pp. 846-847.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

Rigen aquí los tres presupuestos clásicos de las medidas cautelares, sin mayores variantes, con la particularidad de que, lógicamente, el peligro en la demora estará vinculado a la posible frustración del derecho cuyo reconocimiento definitivo se aspira obtener en la sentencia de mérito en caso de alterarse la situación litigiosa existente.

Sin embargo, al igual que con la medida innovativa anticipatoria, la doctrina también ha debatido sobre la necesidad de acreditar la configuración del cuarto requisito denominado “perjuicio irreparable” a la hora de su despacho cuando la medida de no innovar importa un anticipo jurisdiccional y en los casos en los que media coincidencia entre el objeto de la medida y el de la demanda. Sobre esta cuestión, nos remitimos a las posiciones reseñadas en el punto 3. a.

En Santa Fe, estas medidas son reguladas por el artículo 289 del CPC, el que indica que *“En cualquier estado del proceso anterior a la sentencia definitiva, a petición de parte, y si a juicio del tribunal la medida fuere necesaria, podrá ordenarse la prohibición de innovar en lo que sea materia del pleito a todos los litigantes”*.

Algunos afirman, a partir del texto de la norma citada, que la admisibilidad de la medida está condicionada, además de la acreditación de los requisitos propios de todas las medidas cautelares, a la previa existencia de un proceso. Otros indican que aun cuando en el ámbito santafecino rija dicha limitación, suele no hacerse aplicación de la misma en casos en los que pueda resultar urgente evitar la modificación de la situación existente de forma preventiva, previo a la interposición de la demanda<sup>57</sup>.

A nivel nacional, si bien la normativa adjetiva no brinda una respuesta definitiva al debate, la doctrina se divide entre quienes consideran que es procedente la petición de la medida antes de la

---

<sup>57</sup> GARCÍA SOLÁ, M., “Prohibición de innovar”, en *Medidas cautelares*, p. 613.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

interposición de la demanda, como lo afirman Morello, Palacio, Kielmanovich, De Lázari y Peyrano, entre otros<sup>58</sup> y quienes, del otro lado, como Alsina, Spota, Podetti, Linares, Arazi y Rojas, entienden que la medida sólo puede ser decretada una vez iniciado el proceso o durante su curso.

#### b. Su rol

Particularmente, en el marco de los casos de obtención de créditos suplantando la identidad del consumidor que comentamos, las medidas de no innovar constituyen una herramienta eficaz para evitar el agravamiento del daño que potencialmente ocasionaría el descuento de sus cuotas.

Sin embargo, su conveniencia dependerá de si se han efectuado o no débitos por dichos préstamos al tiempo de su petición, lo que marca la diferencia entre una medida de no innovar, para evitar que se produzcan los descuentos inminentes, y una innovativa, para que, además de suspender los débitos en curso, se reintegren las sumas ya descontadas.

Por ello, cuando lo que se peticiona es una medida de no innovar, usualmente se persigue que el banco se abstenga de debitar las cuotas pendientes y de informar al cliente como deudor. También se registran casos en los que se solicitó que se impida a la entidad iniciar procesos judiciales para el cobro de las sumas pendientes de pago.

#### c. Tratamiento jurisprudencial

Un importante precedente en la materia pertenece a la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca. En el caso, se confirmó la decisión del Juez de grado que hizo lugar a la medida de no

---

<sup>58</sup> Un análisis pormenorizado de estas posturas puede verse en PEYRANO, J., “¿Constituye un presupuesto de admisibilidad de la prohibición de innovar la previa o concomitante existencia de interposición de la demanda? Estado de la legislación y doctrina autorral”, en *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, pp. 139 y ss.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

innovar y ordenó al banco que se abstenga de efectuar descuentos con motivo de un préstamo no solicitado por el actor. Allí, se ponderó especialmente la vulnerabilidad del actor, considerando no solo el factor socioeconómico, sino también su carácter de adulto mayor, la afectación de ingresos de carácter alimentario y el desconocimiento del ámbito digital<sup>59</sup>.

En Rosario, en un caso en el que al momento de peticionar la medida la actora no contaba con documental respaldatoria sobre la operación cuestionada, encontrándose aquella en poder del banco, se dispuso una solución adaptada a las especiales características de la situación. Así, se requirió previamente a la entidad bancaria que diera explicaciones sobre cómo se realizó la operación en el plazo de cinco días hábiles y, sin perjuicio de ello, también se le ordenó, como medida precautelar, que se abstuviera de realizar descuentos en la cuenta de la actora de forma provisoria<sup>60</sup>. Idéntica solución se adoptó tiempo después, en un caso de características similares<sup>61</sup>.

En Pergamino, se registra una línea jurisprudencial tendiente a receptar este tipo de medidas, haciéndose especial hincapié en la prevención del daño, siendo tales decisiones confirmadas en la instancia revisora<sup>62</sup>.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se conoció un caso en

---

<sup>59</sup> CFed. de Bahía Blanca, Sala I, “Reimondi, José Antonio c. Banco Nación Argentina s/ Ley de Defensa del Consumidor - Incidente de apelación”, 27/05/2021.

<sup>60</sup> JCiv. y Com. N° 14 de Rosario, “Serra, Dina c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 16/09/2021, Resolución n° 980. Allí se detalla que la medida precautelar se fundó en las previsiones del artículo 693 del CPCCSF.

<sup>61</sup> JCiv. y Com. N° 14 de Rosario, “L., A. M. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 14/04/2023, Resolución n° 305.

<sup>62</sup> JCiv. y Com. n° 1 de Pergamino, “Raggio, Alejandro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)”, 21/09/2020. Un racconto de la línea jurisprudencial seguida por la Cámara en lo Civil y Comercial de Pergamino en la materia puede verse en el Acuerdo del 27/09/2022 en autos “Piccardo María Albertina c/ Banco Santander Río S.A. s/ nulidad acto jurídico”.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

el que la esposa del actor realizó una consulta vía redes sociales para que se le indicara cómo realizar la “fe de vida” de su cónyuge. Aprovechando la situación, terceros se comunicaron telefónicamente con ella y, simulando ser representantes del banco, la engañaron indicándole que realizarían un “simulacro” de operación, cuando en verdad estaban haciéndole tomar un crédito pre aprobado a través de la cuenta de su esposo.

El actor solicitó que se ordenara al banco abstenerse de debitar las cuotas del crédito, de informarlo como deudor moroso y de efectuar reclamos extrajudiciales y/o acciones judiciales.

El juez de grado acogió parcialmente la medida, en relación a la abstención de descontar cuotas, aclarando que la limitación de iniciar acciones judiciales se admitía en la medida en que no existiera a la fecha un proceso en trámite por dicha cuestión, pero rechazó la petición sobre la abstención de informarlo como deudor, por considerarse que no se encontraba acreditado el peligro en la demora sobre tal cuestión<sup>63</sup>.

Siguiendo ese criterio, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmó la medida cautelar otorgada en primera instancia, sin exigir prestación de contracautela, afirmando que “...es deber de la judicatura el evitar la consumación de un daño mayor, en una operatoria amparada por una legislación de orden público, tal la ley 24.240”<sup>64</sup>.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en un caso en donde terceras personas solicitaron un préstamo en nombre de la actora, siendo el dinero luego transferido a tres cuentas diferentes pertenecientes a otra entidad, revocó la

---

<sup>63</sup> JCont. Adm. Trib. y Rel. Com. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 5, “Albarello, Juan c. Banco de la Nación Argentina SA s/ Incidentes - RC - Medida cautelar”, 30/11/2022.

<sup>64</sup> CNCom., sala D, “Arco, Elba Graciela c. BBVA Banco Francés S.A. s/ Ordinario s/ incidente de apelación”, 18/05/2021.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

decisión de primera instancia y ordenó al banco suspender los débitos en concepto de cuotas derivadas del crédito<sup>65</sup>.

Lo mismo pudo verse en La Plata, eximiéndose al actor de prestar contracautela<sup>66</sup>.

## 6. Las medidas autosatisfactivas

Se ha definido a estas medidas como “...un requerimiento ‘urgente’ formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota -de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable”<sup>67</sup>.

### a. Sus requisitos

La doctrina postula que para su despacho el peticionante debe acreditar dos presupuestos: la existencia de una fuerte probabilidad de que lo requerido es jurídicamente atendible y la urgencia en que su pedido sea atendido, ante el riesgo de sufrir un daño inminente e irreparable<sup>68</sup>.

A su turno, se considera que la posibilidad de exigir contracautela queda librada a criterio del juez.

En relación a su dictado inaudita parte, se sostiene que “...si bien la regla es el despacho inaudita et altera pars de la medida autosatisfactiva, puede aceptarse que en determinadas coyunturas el tribunal interviniente puede arbitrar alguna suerte de módica

---

<sup>65</sup> CNCiv. Com. Fed., Sala II, en “Laguillón, Susana María c/ Banco de la Nación Argentina s/ medidas cautelares”, 13/10/2022.

<sup>66</sup> JCiv. y Com. N° 1 de La Plata, “Nucera, Javier Hernán c. Banco BBVA Argentina SA s/ materia a categorizar”, 09/06/2021.

<sup>67</sup> PEYRANO, J., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, en *Medidas autosatisfactivas*, p. 13.

<sup>68</sup> VARGAS, A., “Teoría general de los procesos urgentes”, en *Medidas autosatisfactivas*, p. 154. En cuanto al debate sobre la conveniencia de utilizar este tipo de fórmulas, remitimos al lector a lo dicho en el punto 3. a.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

*sustanciación previa*”<sup>69</sup>.

#### b. Su rol

Originariamente, la medida autosatisfactiva vino a cubrir el vacío que generaba la accesoriedad de las medidas cautelares, en relación a la necesidad de promover un posterior juicio principal para justificar su procedencia, cuando en ellas se agotaba la pretensión.

Desde ese enfoque, es evidente su utilidad en cuanto a la prevención del daño, lo que en concreto puede lograrse con la restitución del dinero ilegítimamente sustraído de la cuenta del consumidor o con una orden dirigida a la entidad bancaria para que se abstenga de descontar cuotas correspondientes a préstamos no solicitados.

Sin embargo, dada su naturaleza, este tipo de medidas no admite la reparación del perjuicio ocasionado por la imposibilidad de disponer del dinero sustraído y su consecuente depreciación, o en razón de los descuentos efectuados en concepto de cuotas de créditos no solicitados, así como el daño extrapatrimonial y la aplicación del daño punitivo, a diferencia de las demandas de daños y perjuicios de las que son accesorias las medidas anteriormente analizadas.

Por otra parte, la cuestión probatoria plantea algunos interrogantes en este tipo de medidas.

Ante todo, porque para alcanzar el grado de cognición necesario para su despacho deberán acreditarse acabadamente los hechos que sustentan la satisfacción autónoma de la pretensión, tarea para nada sencilla en casos que, como dijimos, se caracterizan por su incertidumbre, sumado a que gran parte de la información se encuentra en manos de la contraparte.

---

<sup>69</sup> PEYRANO, J., “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, en *Medidas autosatisfactivas*, p. 33.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

Ante ello, nuevamente cobra protagonismo la utilidad de las medidas de prueba anticipada o de aseguramiento de pruebas (ver punto b. ii) las que, con viento a favor, permitirán al peticionante reunir el material probatorio necesario para respaldar su relato fáctico<sup>70</sup>.

En ese orden, creemos que este tipo de medidas encuentran su razón en casos evidentes, en los que exclusivamente se persiga la restitución de los fondos sustraídos, más no la reparación de otros rubros.

### c. Tratamiento jurisprudencial

El despacho de este tipo de medidas pudo verse ante la sustracción de dinero de carácter alimentario, por la suma de \$70.000 de la cuenta de una clienta que no registraba transferencias previas. Luego de la presentación, se corrió traslado al banco demandado. Finalmente, se hizo lugar a la medida, considerando acreditada la fuerte probabilidad de existencia del derecho y la situación de urgencia<sup>71</sup>.

Idéntica solución se adoptó en el caso de una consumidora que sufrió la detracción de la suma de \$100.000, corriéndose también traslado de la presentación a la entidad bancaria. En esa ocasión, la actora recibió un correo del banco que le informaba que el home banking perteneciente a Red Link dejaría de funcionar y se la invitaba a migrar sus datos al nuevo sistema de la entidad. Pese a que siguió los pasos indicados, no pudo ingresar al nuevo sistema, ya que el sitio le informó que su usuario y clave no eran válidos. Luego, el sitio le requirió que generara una nueva contraseña en un cajero automático. Así, la accionante se dirigió al cajero y realizó el trámite correspondiente. Horas después, al intentar ingresar al nuevo sitio del banco, se encontró con que se había efectuado la operación

---

<sup>70</sup> En este sentido, ver VARGAS, A., “Teoría general de los procesos urgentes”, en *Medidas autosatisfactivas*, p. 148.

<sup>71</sup> JCiv. y Com. N° 3 de Formosa, “González, Gladys Elvira c/ Banco de Formosa S.A. s/ medida autosatisfactiva”, 24/06/2022.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

mencionada. De las constancias acompañadas y del informe suministrado por el banco se pudo acreditar que los datos ingresados en el nuevo sistema no guardaban relación con los anteriormente registrados en el sistema de Red Link.

En esos términos, se tuvieron por acreditados los requisitos para su despacho y se ordenó al banco que restituyera el dinero sustraído<sup>72</sup>, siendo la decisión confirmada por la instancia revisora<sup>73</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Vimos que las herramientas analizadas posibilitan la realización de la función preventiva de la responsabilidad civil y que también contribuyen a neutralizar la conducta economicista que las entidades bancarias adoptan frente a este tipo de sucesos.

Asimismo, que permiten conocer de antemano las características del hecho fundante de la responsabilidad civil, a fin de reducir los riesgos jurídicos del posterior juicio principal y ganar cierta previsibilidad sobre su desenvolvimiento.

En concreto, detectamos que las medidas innovativas en su faz anticipatoria habilitan a los consumidores a recuperar los fondos sustraídos o descontados ilegítimamente de sus cuentas bancarias y que las medidas de no innovar ayudan a relevarlos de la carga de hacer frente a las cuotas de préstamos que no solicitaron durante la tramitación del proceso en el que se los cuestiona.

Finalmente, que las medidas autosatisfactivas son funcionales en casos evidentes, en los que la pretensión del cliente perjudicado se

---

<sup>72</sup> JCiv. y Com. N° 5 de Formosa, “Nissen, María Fernanda c/ Banco de Formosa S.A. s/ Medida autosatisfactiva”, 26/05/2022.

<sup>73</sup> CCiv. y Com. de Formosa, “N., M. F. c/ Banco De Formosa S.A. s/ medida autosatisfactiva”, 11/08/2022, Fallo n° 20.487.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

agote en sí misma.

Todo ello contribuye a la construcción de soluciones a nivel procesal que ofrecen un adecuado nivel de tutela a los impostergables intereses de los ciudadanos afectados por el creciente fenómeno de las ciberestafas.

Al cabo, importan una respuesta más a una novedosa manifestación de uno de los más antiguos dilemas del derecho procesal: el de cómo hacer coincidir los tiempos de las necesidades de los justiciables con los que necesariamente deben transcurrir para la obtención del resultado que persiguen.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AIRASCA, Ivana, “Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa”, en PEYRANO, Jorge, *Medida innovativa*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2003, Santa Fe.
- ARAZI, Roland & KAMINKER, Mario, “Algunas reflexiones sobre la anticipación de la tutela y las medidas de satisfacción inmediata” en PEYRANO, Jorge, *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2002, Santa Fe.
- ARIAS, María Paula & MÜLER, Germán, “La obligación de seguridad en las operaciones financieras con consumidores en la era digital. Con especial referencia a la problemática del phishing y del vishing”, cita online TR LALEY AR/DOC/1657/2021.
- BARACAT, Edgar, “Reflexiones sobre la medida innovativa: su pasado y futuro” en PEYRANO, Jorge, *Medida innovativa*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2003, Santa Fe.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

- CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Librería El Foro, 1996, Buenos Aires, traducción de AYERRA MERÍN, Marino.
- CAMPS, Carlos, “Actualidad de la tutela anticipada”, JA, 2003-II, fascículo 1.
- CAMPS, Carlos, “La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada”, JA 1999-III-1091.
- CARBONE, Carlos, “Revisión de los presupuestos de la teoría cautelar y su repercusión en el nuevo concepto de los procesos subcautelares e infra o minidiferenciados”, en PEYRANO, Jorge, *Medidas cautelares: doctrina*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2010, Santa Fe.
- CCiv. y Com. de Pergamino, “Piccardo María Albertina c/ Banco Santander Río S.A. s/ nulidad acto jurídico”, 27/9/22, cita online TR LALEY AR/JUR/149929/2022.
- CFed. de Bahía Blanca, Sala I, “Reimondi, José Antonio c. Banco Nación Argentina s/ Ley de Defensa del Consumidor - Incidente de apelación”, 27/5/21, cita online: TR LALEY AR/JUR/55446/2021.
- CFed. de Bahía Blanca, Sala I, “Picco, David Antonio c/ Banco de la Nación Argentina s/ daños y Perjuicios”, 26/10/2021, cita online: TR LALEY AR/JUR/176153/2021.
- CHIOVENDA, Giuseppe, “Instituciones de derecho procesal civil”, Tomo I, Revista de Derecho Privado, 2ª edición, 1954, Madrid, traducción de GÓMEZ ORBANEJA, Emilio.
- CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 13/10/2022, “Laguillón, Susana María c/ Banco de la Nación Argentina s/ medidas cautelares”, cita online TR LALEY AR/JUR/144031/2022.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

- CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 09/08/2023, “Chibel, Luciana Itatí c. Banco de la Nación Argentina s/ Medidas cautelares”, cita online TR LALEY AR/JUR/94506/2023.

- CCiv. Com. Lab. y Minería de Neuquén, Sala II, “Blok, Julio Ángel c/ Banco Santander Rio SA s/ incidente de apelación”, 04/04/2024, cita online: TR LALEY AR/JUR/38485/2024.

- CNCom., Sala A, “Marastoni, Víctor Enrique c/ Banco BBVA Argentina S.A. s/ Medida precautoria”, 14/04/2021, cita online TR LALEY AR/JUR/11756/2021.

- CNCom., Sala D, “Arco, Elba Graciela c. BBVA Banco Francés S.A. s/ Ordinario s/ incidente de apelación”, 18/05/2021, cita online: TR LALEY AR/JUR/30801/2021.

- CNCom., Sala D, “Blasco, Aidé Beatriz c/ Banco Supervielle SA s/ medida precautoria”, 19/12/2023, cita online: TR LALEY AR/JUR/175307/2023.

- CNCom., Sala F, “Novoa, Javier Segundo c/ Banco BBVA Argentina S.A. s/ medida precautoria, 18/06/2021, cita online: TR LALEY AR/JUR/95965/2021.

- CSJN, “Camacho Acosta c/ Grafi Graf SRL y otros”, 07/08/1997, *Fallos*: 320:1633.

- CSJSF, “Batistuta María Delia c/ Nuevo Banco de Santa Fe - demanda de derecho de consumo - (CUIJ 21-25024575-8) s/ recursos de inconstitucionalidad (quejas admitidas)”, 05/12/2023, A. y S., t. 331, ps. 361/382.

- DE LÁZARI, Eduardo, “La medida innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar”, en PEYRANO, Jorge, *Medida innovativa*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2003, Santa Fe.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

- EGUREN, M. C., “La medida cautelar innovativa ‘sucedánea’. El ‘leading case’: ‘D’ Ambrosio” en PEYRANO, Jorge, *Medidas cautelares: doctrina*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2010, Santa Fe.

- GARCÍA SOLÁ, M., “Prohibición de innovar” en PEYRANO, Jorge, *Medidas cautelares: doctrina*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2010, Santa Fe.

- JCiv. y Com. Circ. Trib. Col. De Resp. Extracontractual y Reg. Pco. De Comercio de Feria, “P., M. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/01/2023, vResolución n° 20.

- JCiv. y Com. N° 1 de La Plata, “Nucera, Javier Hernán c. Banco BBVA Argentina SA s/ materia a categorizar”, 09/06/2021, cita online TR LALEY AR/JUR/84966/2021

- JCiv. y Com. N° 1 de Rosario, “G., D. R. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda ordinaria”, 13/06/2023.

- JCiv. y Com. N° 12 de Rosario, “R., M. E. c/ Banco Santander Río S.A. s/ medidas cautelares y preparatorias”, 14/05/2021, Resolución n° 575.

- JCiv. y Com. N° 14 de Rosario, “L., A. M. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 14/04/2023, Resolución n° 305.

- JCiv. y Com. N° 14 de Rosario, “Serra, Dina c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 16/09/2021, Resolución n° 980.

- JCiv. y Com. N° 14 de Rosario, “L., G. A. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ medida cautelar innovativa”, 18/11/2022, Resolución n° 1215.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

- JCiv. y Com. N° 2 de Rosario, “R., M. B. c/ Banco Supervielle y otros s/ demanda de derecho de consumo”, 08/07/2022, Resolución n° 864.

- JCiv. y Com. N° 3 de Formosa, “González, Gladys Elvira c/ Banco de Formosa S.A. s/ medida autosatisfactiva”, 24/06/2022, cita online TR LALEY AR/JUR/85962/2022.

- JCiv. y Com. N° 3 de Rosario, “C. N., A. L. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 11/08/2022, Resolución n° 404.

- JCiv. y Com. N° 3 de Rosario, “B., S. B. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 20/03/2023, Resolución n° 98.

- JCiv. y Com. N° 3 de Rosario, “A, R. c/ Banco Patagonia S. A. s/ demanda de derecho de consumo”, 09/08/2023, Resolución n° 377.

- JCiv. y Com. N° 5 de Formosa, “Nissen, María Fernanda c/ Banco de Formosa S.A. s/ Medida autosatisfactiva”, 26/05/2022, cita online TR LALEY AR/JUR/89217/2022.

- JCiv. y Com. N° 9 de Santa Fe, “D., V. N. c/ Nuevo Banco de Santa Fe S.A. s/ demanda de derecho de consumo”, 04/05/2023, Resolución n° 164.

- JCiv. y Com. n° 1 de Pergamino, “Raggio, Alejandro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)”, 21/09/2020.

- JCont. Adm. Trib. y Rel. Com. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 5, “Albarello, Juan c. Banco de la Nación Argentina SA s/ Incidentes - RC - Medida cautelar”, 30/11/2022, cita online TR LALEY AR/JUR/172842/2022.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

- JNCom. Nro. 31, “T., R. B. L. c. Banco Supervielle S.A. s/ Medida precautoria”, 24/10/2022, cita online TR LALEY AR/JUR/152227/2022.

- KIELMANOVICH, J., “Medidas Cautelares”, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2000, Santa Fe.

- LORENZETTI, Ricardo, “Comercio Electrónico”, Abeledo Perrot, 1ª edición, 2001, Buenos Aires.

- LORENZETTI, Ricardo, “Comentario a los artículos 272 a 275” en PEYRANO, Jorge, *Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe: Análisis exegético. Jurisprudencia. Legislación. Doctrina*, Tomo I, Juris, 1ª edición, 2008, Rosario.

- MEROI, Andrea, “Requisitos de procedencia de la pretensión cautelar”, en CAMPS, Carlos, *Tratado de las medidas cautelares*, Tomo II, Abeledo Perrot, 1ª edición, 2012, Buenos Aires.

- MEROI, Andrea, “Reglas y principios procesales en las relaciones de consumo” en HERNÁNDEZ, Carlos & STIGLITZ, Gabriel, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo IV, La Ley, 1ª edición, 2015, Buenos Aires.

- PALACIO, Lino, “La venerable antigüedad de la medida cautelar innovativa” en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, 1998.

- PALACIO, Lino, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, 21ª edición, 2016, Buenos Aires.

- PEYRANO, Jorge, “La medida cautelar innovativa: una realidad, una esperanza”, en *Medida innovativa*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2003, Santa Fe.

- PEYRANO, Jorge, “¿Constituye un presupuesto de admisibilidad de la prohibición de innovar la previa o concomitante existencia de interposición de la demanda? Estado de la legislación y doctrina

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

autoral” en *Prohibición de innovar y prohibición de contratar*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2007, Santa Fe.

- PEYRANO, Jorge, “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución, en *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2002, Santa Fe.

- PEYRANO, Jorge, “La palpitante actualidad de la medida cautelar innovativa”, en *Medida innovativa*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2003, Santa Fe.

- PEYRANO, Jorge, “Medida cautelar innovativa. Balance de situación. Ajustes. Nuevos horizontes”, en *Medida innovativa*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2003, Santa Fe.

- PEYRANO, Jorge, “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas”, en *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2002, Santa Fe.

- PIZARRO, Ramón y VALLESPINOS, Carlos, “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2017, Santa Fe.

- RIVAS, Adolfo, “La jurisdicción anticipatoria y la cosa juzgada provisional” en *La Ley Actualidad*, Diario del 22 de febrero de 1996, Buenos Aires.

- STIGLITZ, Gabriel, “Acceso de los consumidores a la justicia”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo IV, La Ley, 1ª edición, 2015, Buenos Aires.

- VARGAS, Abraham, “Teoría general de los procesos urgentes”, en PEYRANO, Jorge, *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, 2002, Santa Fe.

FICARRA, A. D., “Herramientas procesales frente a las ciberestafas a consumidores de servicios bancarios”, pp. 16-55.

- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “Ciberestafas bancarias y procesos de consumo”, en *La Ley*, 30/8/2021, 1, cita online TR LALEY AR/DOC/1997/2023.

- XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión n° 5. Derecho de los consumidores. Principios del Derecho del consumidor. Proyección en las relaciones de consumo en entornos digitales. URL: <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/conclusiones>, consultado el 01/09/2023.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

## **DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS: UN DESAFÍO EN LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA**

por ASUNCIÓN CHAVAÑO<sup>1</sup>, ALESANDRO DE PIAZZA<sup>2</sup> & AIMARÁ  
GIMÉNEZ<sup>3</sup>

**Resumen:** En el presente artículo de investigación, nos proponemos analizar la posibilidad de que niños, niñas y adolescentes otorguen Directivas Médicas Anticipadas en la República Argentina. El interrogante surgió debido a la exigencia de capacidad plena (o mayoría de edad) establecida legalmente para efectuarlas. La incorporación de convenciones internacionales de Derechos Humanos, principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, y el avance del nuevo paradigma que reconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, nos han motivado a cuestionar la legislación vigente. Esta investigación se aborda en el marco del Derecho de la Salud, rama transversal que atraviesa y nutre a las demás denominadas “tradicionales” (Derecho Civil, Comercial, Penal, etc.). Por el carácter particular del instituto jurídico en análisis, primeramente, indagaremos acerca de la importancia y función de las Directivas Médicas Anticipadas y cómo fue su surgimiento histórico. Luego, nos abocaremos al estudio de la legislación específica aplicable. Por último, expondremos las posturas de distintos autores, tanto abogados como escribanos públicos, para luego afirmar nuestra posición, en torno a un interrogante común: ¿pueden los niños, niñas y adolescentes, a pesar de la expresa y estricta prohibición legal, otorgar Directivas Médicas Anticipadas válidas y vinculantes?

---

<sup>1</sup> Abogada (UNR).

<sup>2</sup> Abogado (UNR). Aspirante a adscripto de las asignaturas “Introducción a la Filosofía y a las Ciencias Sociales” y “Derecho Tributario” (FDER-UNR). Aspirante adscripto de la asignatura “Instituciones del Derecho Privado” (FCEyE-UNR).

<sup>3</sup> Abogada (UNR). Aspirante a adscripta de la asignatura “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños” (FDER-UNR).

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

**Palabras clave:** Directivas – Salud – Autoprotección - Niñez – Adolescencia.

**Abstract:** In this research article, we propose to analyze the possibility that children and adolescents grant Advance Medical Directives in the Argentine Republic. The issue arose due to the legally established requirement of full ability (or majority of age) to carry them out. The incorporation of international Human Rights conventions, mainly the Convention on the Rights of the Child, and the advance of the new paradigm that recognizes children and adolescents as subjects of rights, have motivated us to question the current legislation. This research is addressed within the framework of Health Law, a transversal branch that crosses and nourishes the other so-called "traditional" ones (Civil, Commercial, Criminal Law, etc.). Due to the particular character of the legal institute under analysis, we will first inquire about the importance and function of the Advance Medical Directives and how its historical emergence was. Then, we will focus on the study of the specific applicable legislation. Finally, we will expose the insights of different authors, both lawyers and notaries public, to then affirm our position, around a common question: can children and adolescents, despite the express and strict legal prohibition, grant valid and binding Advance Medical Directives?

**Keywords:** Directives – Health – Self-protection – Childhood – Adolescence.

**Sumario:** I. Las directivas médicas anticipadas. 1. Conceptualización. 2. Surgimiento histórico y recepción en nuestro país. II. Marco regulatorio en el derecho argentino. 1. Normativa específica aplicable. 2. Requisitos sustanciales. 3. Requisitos formales. 4. Registración de los actos de autoprotección. 5. El límite en las prácticas eutanásicas. III. La situación de niños, niñas y adolescentes. 1. Capacidad y competencia bioética. 2. Posturas que vedan el otorgamiento de DMA. 3. Posturas a

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

favor del otorgamiento de DMA. 4. Nuestra posición. 5. Soluciones alternativas. 6. ¿Y los niños y niñas menores de 13 años? IV. Colofón.

## I. LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS

### 1. Conceptualización

Podemos definir a las Directivas Médicas Anticipadas (en adelante, DMA), también denominadas Directivas Anticipadas de Salud, como aquellas manifestaciones de la persona que son expresión de cómo desearía ser tratada en ocasión de enfrentar situaciones de grave riesgo de muerte o discapacidad, para el caso de no encontrarse en condición de manifestarse o de que su manifestación sea tomada en cuenta. Así, expresa preferencias ante hipotéticas situaciones futuras “del final de la vida”<sup>4</sup>.

Al respecto, Luis Crovi las concibe como:

*“...las instrucciones que una persona efectúa, en previsión de su futura discapacidad, relativas al cuidado de su salud y de su propia vida, destinadas a ser cumplidas por un médico o al mandato designado al efecto, en el supuesto que el predisponente no pudiera expresarse por sí mismo”<sup>5</sup>.*

Por su parte, Sambrizzi nos dice que son:

*“...la posibilidad de poder válidamente la persona, con carácter obligatorio para los médicos que la atienden,*

---

<sup>4</sup> GARAY, O. E., “El consentimiento informado en el Código Civil y Comercial y en la ley de derechos de los pacientes”, en *Thomson Reuters* (cita online AR/DOC/1690/2017), p. 12.

<sup>5</sup> CROVI, L., citado en BERBERE DELGADO, J. C., “Las directivas anticipadas sobre la salud. La libertad para anticipar directivas sobre su salud y posibles tratamientos. Su encuadre y limitaciones. Un constante debate”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, p. 230.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

*decidir con anticipación a sufrir una enfermedad grave que la haya dejado en un estado de salud tal que no pudiera expresar su voluntad, cómo desearía ser tratada en ese supuesto (...) como también –análogamente- la de poder designar a un tercero para que, de llegar a encontrarse en la situación señalada (de inconsciencia, demencia, etc.) decida en su nombre sobre dichas cuestiones. O, simplemente, para que interprete su voluntad en caso de duda sobre el alcance de las instrucciones...”<sup>6</sup>.*

Las DMA constituyen una especie dentro de los llamados “Actos de Autoprotección”. Estos fueron definidos en la XXXV Jornada Notarial Bonaerense, del año 2007, estipulándose que “...son actos voluntarios de carácter preventivo decididos libremente por una persona y expresados en forma inequívoca que contienen declaraciones, previsiones y directivas para que sean ejecutadas en el caso de que se encuentre imposibilitada de decidir por sí misma”<sup>7</sup>. Las declaraciones, previsiones y directivas plasmadas en estos documentos pueden referirse a cualquier aspecto de la vida cotidiana, a la elección y/o rechazo de un eventual administrador, curador o cuidador, a los bienes del sujeto, a cuestiones de salud, etcétera. En definitiva, se trata del derecho al más íntimo ejercicio de la libertad, en cuanto a disponer (y prever) cómo vivir la propia vida.

El avance tecnológico puede llevar a situaciones de mantenimiento de la vida a cualquier costo. Cada vez más tratamientos consiguen alargar su duración, empero no producen curaciones, sino que solo detienen temporalmente el hecho natural de la muerte sin que ello impacte positivamente en la calidad de vida de las personas.

---

<sup>6</sup> SAMBRIZZI, E., citado en BERBERE DELGADO, J. C., “Las directivas anticipadas...”.

<sup>7</sup> GÓMEZ HAISS, D., “Directivas anticipadas”, en *El Derecho*, p. 2.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

En estas circunstancias, surge la necesidad de conocer la voluntad de los sujetos para aceptar o rechazar determinadas prácticas médicas. Este es un aspecto que hace a la dignidad humana, ya que de poco vale prolongar la vida si va a ser insoportable de sobrellevar física y/o psicológicamente. O, al menos, resultaría valioso que dicha ponderación sea potestad exclusiva de la persona de cuya salud se trata, evitando dejarla al arbitrio de otros (familiares, médicos), quienes podrían tener una opinión distinta al respecto. En síntesis, y en lo que respecta a una primera aproximación, coincidimos con Berbere Delgado en que las DMA son:

*“...una exteriorización cruda de la voluntad donde los elementos propios de los actos jurídicos se manifiestan de manera previa a la realización del acto. Esta decisión, a priori, se constituye en un acto jurídico unilateral en su esencia, pero que debe complementarse con la participación de un profesional de la salud que cumple con la directiva final del paciente...”<sup>8</sup>.*

De las distintas definiciones, podemos extraer las siguientes características comunes: las DMA representan un acto jurídico formal (ya veremos más adelante esta cuestión), de ejecución diferida en el tiempo ante cualquier situación de imposibilidad de expresión válida de la voluntad, con contenido heterogéneo (que también será abordado en el presente artículo), que encuentra sustento en la autonomía y dignidad del paciente y se constituye como una excepción al régimen de representación (al ser única y directamente el paciente quien expresa su voluntad ante una eventual situación de incapacidad), resultando de carácter vinculante respecto al personal médico y demás terceros.

## **2. Surgimiento histórico y recepción en nuestro país**

---

<sup>8</sup> BERBERE DELGADO, J. C., “Las directivas anticipadas sobre la salud...”, pp. 229 y 230.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

Los antecedentes de este instituto tuvieron su origen a partir de la década de 1960, en el derecho de los Estados Unidos, con los denominados “*living will*” (testamentos vitales). La idea de su elaboración surgió en el año 1967, en el seno de la “*Euthanasia Society of America*”, con la tarea realizada por el abogado Luis Kutner de la ciudad de Chicago. Nació como un documento por medio del cual un sujeto podía manifestar su voluntad de no recibir determinados tratamientos en casos de enfermedades terminales.

El precedente legislativo más antiguo se encuentra en la “*Natural Death Act*” (Ley de Muerte Natural), aprobada en 1976 en California. En 1991 entró en vigencia la “*Patient Self-Determination Act*” (Ley de Autodeterminación del Paciente), que autoriza a que cada paciente exprese su voluntad respecto de la atención médica que desee (o no) recibir, la cual deberá ser considerada cuando acontezcan circunstancias que no le permitan expresarse en forma autónoma<sup>9</sup>.

En Argentina, la primera ley que reconoció específicamente derechos a los pacientes fue sancionada en el año 2009, con el número 26.529, y denominada “Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”. Esta norma fijó valiosos pilares jurídicos del Derecho de la Salud, tales como el consentimiento informado, la información sanitaria, la confidencialidad y el trato digno y respetuoso, entre otros. En su artículo 2, inciso “e”, establece expresamente el derecho de toda persona humana a decidir respecto de los procedimientos médicos a los que puede ser sometida, valorando la autonomía de la voluntad. En igual sentido, en su artículo 11 regula la posibilidad para la persona capaz de establecer las directivas de salud que estime convenientes ante el caso de su propia incapacidad. De este

---

<sup>9</sup> AIZENBERG, M. & REYES, R., “El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la ley 26.529”, p. 1.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

modo, la norma incorpora al ordenamiento una nueva figura, sin precedentes en la tradición jurídica argentina.

En el año 2012, dicha ley fue reformada por la 26.742, modificatoria del artículo 2 inciso “e”, incorporando un párrafo que otorga al paciente que se encuentra en situación terminal la potestad de rechazar procedimientos quirúrgicos e incluso de hidratación o alimentación cuando la situación sea irreversible. Asimismo, agregó un segundo párrafo al artículo 11, que determina la formalidad requerida para las DMA. Las formalidades luego fueron precisadas por el Decreto Reglamentario N° 1089/12.

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC) en el año 2015 se contemplaron nuevas disposiciones específicas acerca de las DMA, precisamente en su artículo 60. El nuevo Código no deroga la ley 26.529 ni su modificatoria 26.742, sino que legisla en forma general, ratificando el derecho del paciente a decidir sobre tratamientos médicos futuros.

## II. MARCO REGULATORIO EN EL DERECHO ARGENTINO

### 1. Normativa específica aplicable

Como vimos, encontramos regulado el instituto de las DMA dentro del capítulo III (“Del consentimiento informado”) de la ley de “derechos del paciente”, precisamente en su artículo 11, que establece:

*“Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.*”

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

*La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.*

Por su parte, el CCyC en su Libro Primero (Parte General), Título I (Persona Humana), Capítulo III (Derechos y Actos Personalísimos), artículo 60, dispone lo siguiente:

*“Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.*

*Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.*

Asimismo, consideramos de gran magnitud los aportes del CCyC en relación a la constitucionalización del Derecho Privado. Por un lado, en cuanto a lo dispuesto sobre las fuentes jurídicas y las reglas de interpretación de la ley, en los artículos 1 y 2 respectivamente, otorgando preponderancia a los Tratados de Derechos Humanos; por el otro, las reglas sobre el ejercicio de la capacidad de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA), establecidas en el artículo 26, consagrando su autonomía progresiva (conforme el análisis que realizaremos al final del artículo).

Por último, en cuanto a la aplicación de estas normas, coincidimos en que, en caso de existir diferencias o incompatibilidades

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

entre ambos textos (ley N° 26.529 y CCyC), hay que priorizar la norma más protectoria de los derechos en juego<sup>10</sup>.

## 2. Requisitos sustanciales

Las DMA, tal como resulta del tratamiento legislativo en nuestro CCyC, constituyen prerrogativas de carácter personalísimo, que indefectiblemente, para su validez legal, deben reunir ciertos requisitos sustanciales<sup>11</sup>. Uno de ellos es la voluntariedad, ya que nos encontramos ante una especie dentro de los “Actos Jurídicos”, lo cual implica que deben ser brindadas con plena intención, discernimiento y libertad. En caso contrario, serían susceptibles de ser declaradas nulas por estar viciada la voluntad de la persona otorgante. Esta, además, debe contar con capacidad suficiente para otorgarlas.

En principio, ambas normativas coinciden en la plena capacidad, por lo que a una persona menor de 18 años le estaría vedada su realización. A mayor abundamiento, el decreto N° 1089/2012, en su artículo 11, lo estipula expresamente. Aunque sobre este punto volveremos más adelante, desde ya adelantamos que de una interpretación armónica del ordenamiento normativo en su conjunto, surge que una persona que aún no ha cumplido 18 años igualmente estaría en condiciones de estipularlas, sin que la edad constituya un valladar infranqueable.

En cuanto al contenido, pueden disponerse directivas acerca del tratamiento de la salud (o incluso de otro tipo) de la persona otorgante, así como conferirse mandato a favor de otra persona para que decida respecto a la situación de salud o sobre cuestiones patrimoniales (de administración o disposición de bienes), o designarse curador (tal como

---

<sup>10</sup> LAMM, E., “Derechos y actos personalísimos (comentario al artículo 60)”, en CAMELO, G. & PICASSO, S. & HERRERA, M., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, p. 148.

<sup>11</sup> GÓMEZ HAISS, D., “Directivas anticipadas”, en *El Derecho*, p. 2.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

surge del artículo 139 del CCyC), y nada obsta a incluir a un sistema de apoyos para el caso en que acontezca una limitación de la capacidad. Estos agregados son sumamente útiles ya que el sujeto, al momento de redactar las DMA, sólo puede prever algunas de las situaciones en las que eventualmente pudiera verse comprometido<sup>12</sup>. El decreto N° 1089/2012 incluye la posibilidad de que el paciente designe un interlocutor para que, llegado el momento, procure el cumplimiento de sus instrucciones.

En lo relativo a las disposiciones sobre la salud, ambas regulaciones condenan las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, considerándose como no escritas o inexistentes, cuestión que será abordada más adelante en el presente capítulo.

Por último, está contemplada la revocabilidad, en todo momento, de las disposiciones contenidas en las DMA. Esta revocación debe ser hecha exclusivamente por quien las otorgó, ante un eventual arrepentimiento o incluso con la intención de rectificar su manifestación de voluntad con nuevas directivas.

Cuando nos encontremos con DMA, tendremos que advertir que su objeto puede exceder las cuestiones de salud. Es muy probable, desde ya, que contengan disposiciones relativas a cuidados personales, compañías determinadas, lugares de residencia, negativa o elección de instituciones, autorizaciones especiales, aceptación o rechazo de tratamientos médicos y condiciones de internación, entre otras<sup>13</sup>. Pero abrimos la imaginación y entendemos que la persona puede prever múltiples cuestiones más, en previsión de su estado de incapacidad, como ser la voluntad o no de desprenderse de ciertos bienes para costear su internación, instrucciones sobre el giro de sus negocios comerciales

---

<sup>12</sup> LAMM, E., “Derechos y actos personalísimos...”, p. 148.

<sup>13</sup> GÓMEZ HAISS, D., “Directivas anticipadas”, en *El Derecho*, p. 2.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

o hasta la designación de una persona que se encargue del cuidado de su mascota, para ejemplificar.

En síntesis, todo aquello que la persona en pleno uso de sus facultades quiera dejar previsto ante la pérdida de estas capacidades<sup>14</sup>, pudiendo contener, en tanto actos de autoprotección, manifestaciones de voluntad referentes a aspectos patrimoniales y/o extrapatrimoniales<sup>15</sup>. Son herramientas muy valiosas para mantener viva y genuina la voluntad del otorgante, llegado el caso en que esté impedido de manifestarla.

### 3. Requisitos formales

En relación a la forma, la ley N° 26.529 exige que las DMA sean otorgadas por escrito ante escribano público o juzgado de primera instancia, con la presencia de dos testigos. Por su parte, el CCyC nada dice en cuanto a las formalidades. La norma que se encarga de detallar los requisitos de forma es el decreto N° 1089/2012, reglamentario de la ley de “derechos del paciente”, en su artículo 11. De todas maneras, coincidimos en que el formalismo no debe imperar exageradamente en estos temas, puesto que conllevan el ejercicio de derechos personalísimos en cuanto a la salud del otorgante<sup>16</sup>.

El mencionado decreto exige que las DMA sean agregadas a la historia clínica del paciente, cuestión de suma importancia para su eficacia. Los médicos, además de observar el contenido de toda historia clínica, deberán acatar las disposiciones anticipadas que el paciente otorgó y que figuren allí, resultando un instituto de carácter vinculante

---

<sup>14</sup> BERENGUER, M. C., “Directivas anticipadas. Importancia social y familiar”, en *Lejister*, p. 4.

<sup>15</sup> LUCERO ESEVERRI, R. A., “El notario: intérprete necesario de voluntades autorreferentes”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, p. 83.

<sup>16</sup> LLORENS, L. R. & RAJMIL, A. B., “Las directivas anticipadas de salud en los actos de autoprotección. Requisitos de forma. Testigos. La ley 26.742”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, p. 134.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

no solo para las personas a quienes están dirigidas (médicos, apoyos o curadores), sino también por parte del propio Estado (Poder Judicial, jueces)<sup>17</sup> y, finalmente, para quienes acompañen al paciente en carácter de representantes legales, familiares o allegados (quienes no podrán dar instrucciones que contraríen la voluntad del otorgante).

En cuanto a su instrumentación, el decreto reitera que debe hacerse por escrito, con la presencia de dos testigos, ante escribano público o juzgado de primera instancia. Se agrega que el paciente debe observar que, en lo posible, sus DMA estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera. Asimismo, si otorga mandato en favor de otras personas, tiene que designarlas en ese instrumento y, aquellas, firmar para consentir dicha representación.

Por último, tanto la ley N° 26.529 como el CCyC contemplan la posibilidad del otorgante de revocar, en todo momento, las DMA. El decreto N° 1089/2012 reafirma esta cuestión, indicando que pueden ser revocadas por escrito (con la misma modalidad que se otorgaron) o hasta de manera verbal si se encuentra en situación de urgencia o internación, documentándose la decisión revocatoria en la historia clínica con la firma del profesional médico tratante y de, al menos, dos testigos.

A raíz de esta última exigencia, volvemos a afirmar que el formalismo debe ceder en determinadas circunstancias, por ejemplo, para el caso en que pueda firmar solo un testigo en lugar de dos, máxime cuando la legislación de fondo contempla de manera amplia a la revocación (libremente y en todo momento). Consecuentemente, se debe respetar la voluntad de una persona que ha dejado instrucciones previas pero que, al momento de ingresar a un centro de salud

---

<sup>17</sup> GÓMEZ HAISS, D., “Directivas anticipadas”, en *El Derecho*, p. 3.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

encontrándose lúcido y capaz, decide dejarlas sin efecto o establecer otras, aun cuando no tenga delante un escribano y dos testigos<sup>18</sup>.

Sin embargo, reconocemos que las formalidades están justificadas para respetar lo más fielmente posible la voluntad del paciente y, también, para proteger al personal médico ante el eventual cuestionamiento de su responsabilidad. Por lo tanto, y en la medida de lo posible, debe procurarse su cumplimiento.

#### 4. Registración de los actos de autoprotección

En la mayoría de las provincias de nuestro país existen registros de actos de autoprotección, fundados por sus respectivos colegios notariales y, algunos, respaldados por leyes que reconocen su existencia. Se encuentran vinculados por un Centro Nacional, creado por el Consejo Federal del Notariado Argentino en el año 2009<sup>19</sup> y que actúa como una especie de base de datos, centralizando toda la información de los actos otorgados en el país<sup>20</sup>. Todo ello con el fin de inscribir con la debida reserva, pero asegurando su publicidad para el caso de ser necesaria, aquellas escrituras donde el otorgante dejó asentada su voluntad para que sea reconocida y respetada en el futuro si, por la pérdida de su discernimiento, no puede expresarla por sí mismo<sup>21</sup>.

Podemos afirmar, entonces, que el derecho de autoprotección configura un bien registrable<sup>22</sup>, debido a la trascendencia que sus disposiciones pueden tener sobre la vida del otorgante y la necesidad de acceder a ellas de manera expedita ante la urgencia que demande su

---

<sup>18</sup> LAMM, E., “Derechos y actos personalísimos...”, p. 149.

<sup>19</sup> LLORENS, L. R. & RAJMIL, A. B., “Las directivas anticipadas de salud...”, p. 131.

<sup>20</sup> GÓMEZ HAISS, D., “Directivas anticipadas”, en *El Derecho*, p. 4.

<sup>21</sup> RAJMIL, A. B. & LLORENS, L. R., “Ley 26.529. Derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, p. 224.

<sup>22</sup> GÓMEZ HAISS, D., “Directivas anticipadas”, en *El Derecho*, p. 4.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

estado de salud. En estos registros, pueden inscribirse no sólo DMA, sino todas aquellas cuestiones de interés personal y/o patrimonial sobre las que cada una de las personas capaces desee disponer para su futura, eventual discapacidad<sup>23</sup>. Se ha afirmado que la registración permite conocer: a) la existencia de un acto de autoprotección; b) los datos que permiten individualizar la respectiva escritura pública; c) el lugar de guarda de la primera copia; d) su vigencia; y e) la legitimación del peticionante<sup>24</sup>.

En la provincia de Santa Fe, el Consejo Superior del Colegio de Escribanos creó el Registro de Autoprotección, en el año 2006, mediante un reglamento<sup>25</sup>. Su objeto es la registración de escrituras públicas que contengan instrucciones, directivas, decisiones o previsiones de personas para ser ejecutadas en circunstancias en que ellas se encuentren imposibilitadas, en forma transitoria o permanente, de hacerlo por sí mismas, cualquiera fuere la causa.

Consideramos que también deben registrarse aquellas DMA instrumentadas mediante actas judiciales, para cumplirse adecuadamente con lo normado a nivel nacional, ya que, de lo contrario, existirían desventajas prácticas por elegir una u otra formalidad. Esto queda implícitamente amparado en el mismo reglamento, al establecer quiénes son los sujetos legitimados para requerir la registración: además del escribano autorizante (o su reemplazante) y el Colegio de Escribanos (de oficio), el juez que así lo dispusiera.

## 5. El límite en las prácticas eutanásicas

---

<sup>23</sup> TAIANA DE BRANDI, N. A., cit. en BERBERE DELGADO, J. C., “Las directivas anticipadas sobre la salud...”, p. 239.

<sup>24</sup> LUCERO ESEVERRI, R. A., “El notario: intérprete necesario...”, p. 96.

<sup>25</sup> Denominado “Reglamento Registro de Actos de Autoprotección”. Invitamos a su lectura en el sitio web del Colegio de Escribanos de Santa Fe, Segunda Circunscripción, enlace: <https://escribanos-stafe2da.org.ar/registro-de-actos-de-autoproteccion/>.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

Tanto la ley N° 26.529 como el CCyC vedan la incorporación de prácticas eutanásicas en las DMA. Por ende, de estar presentes, se trataría de disposiciones nulas y no existentes<sup>26</sup>. Por su parte, el decreto N° 1089/2012 estipula que cuando el médico a cargo considere que las DMA implican el desarrollo de prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de Ética (de la institución respectiva o de otro establecimiento), podrá invocar la imposibilidad legal de cumplirlas.

Al no delimitarse en estas normas el concepto de “prácticas eutanásicas”, corresponde guiarnos por lo dispuesto en el artículo 2 inciso “e” de la ley de “derechos del paciente”, modificado por la ley N° 26.742 (“de muerte digna”), el cual, en lo pertinente, dispone:

*“El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad (...) En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones*

---

<sup>26</sup> RAJMIL, A. B. & LLORENS, L. R., “Ley 26.529. Derechos del paciente...”, p. 222.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

*para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.*

Así, vemos con mayor claridad cuál es el alcance que el legislador ha querido otorgar a este tipo de prácticas. La ley permite disponer acerca de lo que en doctrina se ha dado en llamar “ortotanasia”, entendida como la muerte que ocurre “en su tiempo cierto”, “cuando deba de ocurrir”. Por tanto, los profesionales de la salud están capacitados para otorgar al paciente todos los cuidados y tratamientos para disminuir el sufrimiento, sin alterar el curso de la enfermedad y, en consecuencia, el curso de la muerte<sup>27</sup>.

El paciente puede optar por evitar que se lleve adelante la “distanasia”, es decir, la prolongación innecesaria del sufrimiento de una persona con una enfermedad terminal mediante tratamientos que pretenden “calmar” sus síntomas (pero resultando en una prolongación de la vida sin tener en cuenta la calidad de vida del enfermo<sup>28</sup>); y/o, también, “el encarnizamiento terapéutico”, esto es, la insistencia en la aplicación de recursos médico-quirúrgicos que no sólo no mejoran en modo significativo la condición clínica del enfermo, sino que, además, empeoran la calidad de vida o prolongan una existencia penosa sin esperanzas de curación<sup>29</sup>.

Entonces, las prácticas eutanásicas que la ley prohíbe deben limitarse estrictamente a la denominada eutanasia activa y directa<sup>30</sup>, es decir, la acción positiva, directa e intencional tendiente a la terminación de la vida de una persona, realizada por un médico, ante el pedido

---

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ, S. E., “Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado; planificación vital y dignidad”, en *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo*, p. 174.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> HOOFT, I., “Derechos y actos personalísimos”, en RIVERA, J. C. & MEDINA, G., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, p. 239.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

expreso y voluntario del paciente<sup>31</sup>. Por lo tanto, el otorgante de DMA no podría estipular consideraciones del tipo: “*Si me encuentro enfermo de manera terminal, siendo la situación irreversible, mi deseo es que me suministren la droga X para provocarme la muerte*”. En dicho caso, esa disposición concreta dentro de las DMA se tendrá por no escrita y el médico, previa consulta al Comité de Ética, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplirla.

Cabe destacar que, según lo dispuesto en el decreto N° 1089/2012, en caso de que el paciente opte por evitar tratamientos distanásicos, igualmente el médico mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento, procurando la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar su higiene y confort.

### III. LA SITUACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

#### 1. Capacidad y competencia bioética

Para pensar en DMA otorgadas por NNyA primeramente es menester tener presentes (y diferenciar) dos conceptos indispensables como son la capacidad y la competencia bioética. Mientras que la capacidad implica la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones (de derecho) y la posibilidad de ejercerlos por sí (de ejercicio), la competencia supone la aptitud natural para comprender la información que se recibe en relación con determinadas acciones y consecuencias en un momento determinado. De esta forma, la

---

<sup>31</sup> LAMM, E., “Derechos y actos personalísimos...”, p. 149.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

competencia se vincula con el discernimiento y la comprensión, sin influir en la consideración la edad de la persona<sup>32</sup>.

La distinción entre capacidad y competencia se funda en la teoría de la mayoría médica anticipada, por medio de la cual se afirma que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes que su mayoría de edad. Tiene sus orígenes en el resonante caso “*Gillick*”<sup>33</sup>, en el que se discutió por primera vez la autodeterminación de los menores de edad en cuestiones atinentes a su salud sexual y reproductiva y la tensión que ello generaba con la autoridad paterna. Allí, la Corte de los Lores del Reino Unido resolvió que un menor de dieciséis años puede aprobar la realización de un tratamiento médico sobre su persona sin necesidad del consentimiento de sus padres, siempre que cuente con madurez y entendimiento suficiente<sup>34</sup>.

Fue así que, a partir de este caso, comenzó a utilizarse la expresión “*Gillick competence*” para referirse a aquellas personas menores de edad que poseen el grado de madurez suficiente para comprender el tipo, los alcances y las consecuencias del acto médico al que se van a someter, pudiendo dar por sí su consentimiento<sup>35</sup>. Entonces, la diferencia radica en que la capacidad es un término jurídico general, y la competencia bioética tiene sólo trascendencia en materia de salud y medicina.

Según lo normado por el CCyC, la capacidad de las personas, tanto de derecho como de ejercicio, es la regla. Y la capacidad de

---

<sup>32</sup> PARODI, M. C. & RADCLIFFE, M. S., “Adolescencia y directivas médicas anticipadas. Ensayando respuestas desde una interpretación integradora del sistema de fuentes”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, p. 390.

<sup>33</sup> United Kingdom House of Lords, “*Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*”, 17/10/1985.

<sup>34</sup> LARSEN, J., “Los adolescentes y el ejercicio de las directivas médicas anticipadas”, en *Revista de Derecho de Familia*, p. 374.

<sup>35</sup> BANCOFF, P., “Los menores de edad y el derecho a decidir en materia de salud”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, p. 30.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

ejercicio puede ser restringida por disposiciones expresamente previstas en el Código o en una sentencia judicial (arts. 22 y 23).

En cuanto a la capacidad de ejercicio por parte de NNyA, el CCyC, en su artículo 26, dispone como regla general: *“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”*. Sin embargo, en su segundo y tercer párrafo expresa:

*“No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.*

*La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”*.

Y, en sus párrafos siguientes, distingue la aptitud para ciertos actos del adolescente que cuenta con 13 a 15 años, de aquellos que se encuentran en el rango etario de 16 hasta adquirir la mayoría de edad, es decir, los 18 años (según art. 25). Así, establece:

*“Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.*

*Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.*

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

*A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.*

Por lo tanto, tratándose del ejercicio de derechos personalísimos, cabe preguntarse lo siguiente: un adolescente de 16 o 17 años, así como es considerado un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, ¿puede entonces otorgar DMA, en miras al futuro? ¿Y un adolescente menor de 16, al cual el CCyC le reconoce ciertas facultades? ¿Y un menor de 13 años, es decir, niño o niña, a quien el CCyC parece no otorgar prerrogativa alguna en cuanto al ejercicio de sus derechos? Recordemos que el Código, en su artículo 60, expresa que la persona debe ser plenamente capaz para otorgar DMA, en concordancia con la ley N° 26.529 (que exige ser mayor de edad).

## **2. Posturas que vedan el otorgamiento de DMA**

Herrera considera que el otorgamiento de DMA excede el cuidado sobre el propio cuerpo<sup>36</sup>, límite que dispone el artículo 26 del CCyC como objeto sobre el que versa la capacidad progresiva de los NNyA, allí contenida. La misma autora junto a Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Fernández, indican que la interpretación correcta, a la luz de la normativa aplicable, es que las DMA sólo pueden ser otorgadas por personas plenamente capaces (mayores de edad)<sup>37</sup>.

Además, Lamm añade que, aunque el artículo 26 del CCyC reconoce la autonomía progresiva de NNyA y permite que con 16 años su consentimiento informado vincule al médico, ese supuesto se

---

<sup>36</sup> HERRERA, M., “Autonomía progresiva de niños y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re) construcción”, en *Revista Pensar en Derecho*, pp. 51-52.

<sup>37</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. & HERRERA, M. & LAMM, E. y otros., “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, p. 9.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

considera para actos actuales, que se diferencian de la posibilidad de emitir consentimientos informados anticipados vinculantes<sup>38</sup>.

En el mismo sentido, Garay, realizando un análisis exegético en cuanto a similitudes y diferencias de la regulación específica de las DMA (en la ley N° 26.529 y en el CCyC), concluye que, según ambas normas, los menores de 18 años no pueden conferir DMA<sup>39</sup>.

### 3. Posturas a favor del otorgamiento de DMA

Córdoba, por su parte, afirma que de una interpretación armónica y constitucional, favorable a la libre manifestación de los NNyA en lo que tiene que ver con su vida y salud, se desprende la plena participación en la toma de estas decisiones y la posibilidad de que sean receptadas en escritura pública<sup>40</sup>.

Por otro lado, encontramos a Hooft, quien sostiene que del juego armónico de los artículos 26 y 60 del CCyC, cabría concluir que un adolescente a partir de los 16 años se halla habilitado para anticipar sus directivas en materia de salud, pues el 26 lo reputa como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo<sup>41</sup>.

Siguiendo a esta autora, en el caso de un adolescente entre 13 y 16 años debe distinguirse si trata de adelantar su voluntad en lo que atañe a tratamientos no invasivos y que no comprometan su salud ni provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, o, por el contrario, si dichas directivas lo representan. Para el primer caso, el

---

<sup>38</sup> LAMM, E., “Derechos y actos personalísimos...”, p. 148.

<sup>39</sup> GARAY, O. E., “El consentimiento informado...”, en *Thomson Reuters* (cita online AR/DOC/1690/2017), p. 12.

<sup>40</sup> CÓRDOBA, M. M., “Acto de autoprotección y directivas anticipadas de salud con designación de interlocutor para los actos médicos otorgado por adolescente mayor de 16 años”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, p. 180.

<sup>41</sup> HOOFT, I., “Derechos y actos personalísimos”, en RIVERA, J. C. & MEDINA, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, p. 238.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

artículo 26 presume la competencia del adolescente, por lo que no habría óbice para que adelante sus decisiones; mientras que, para el segundo caso, se exige el consentimiento del adolescente con asistencia de sus progenitores, previendo que, de suscitarse un conflicto, ha de ser resuelto según su interés superior y con base en la opinión médica<sup>42</sup>.

En la misma línea Parodi y Radcliffe establecen que si la directiva se relaciona con un tratamiento invasivo los adolescentes de entre 13 y 16 años deberán efectuarlas con asistencia parental, aclarando que quien decide es el adolescente, cumpliendo los progenitores la función de asistir, acompañar y contener a sus hijos en el camino del ejercicio autónomo de los derechos personalísimos<sup>43</sup>.

Por último, autores que, a la vez, son escribanos públicos<sup>44</sup>, han sostenido que la asistencia es el único modo que tienen los niños y las personas con restricción a su capacidad de ejercer por sí los derechos personalísimos. Mencionan que se ha estipulado la imposibilidad de ejercerlos a través de representantes legales, por ejemplo, en el fallo “*Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina*”<sup>45</sup> (allí se afirmó que las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños en ejercicio de la patria potestad no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad, según

---

<sup>42</sup> Ibid.

<sup>43</sup> PARODI, M. C. & RADCLIFFE, M. S., “Adolescencia y directivas médicas anticipadas...”, pp. 394 y 395.

<sup>44</sup> CÓRDOBA, M. M. & ECHECURY, N. A. & GRAIZZARO, M. R. y otros, “Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida”, en *Lejister*.

<sup>45</sup> T.S.J. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ GCBA s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, 14/10/2003.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

el voto de la jueza Ana María Conde). Así, las personas con competencia bioética y discernimiento, con los apoyos que necesite, serán quienes otorguen el consentimiento informado actual y otorgarán, en su caso y si lo desean, DMA<sup>46</sup>.

#### 4. Nuestra posición

Por nuestra parte consideramos atinado realizar el análisis distinguiendo las franjas etarias indicadas por el CCyC, pauta que, a pesar de reñirse en ciertos casos con la competencia bioética, resulta necesaria para adecuar el instituto a la regulación legal vigente, en lo que atañe al ejercicio autónomo y progresivo de los derechos por parte de NNyA.

Por un lado, afirmamos que las personas que cuentan con 16 o 17 años de edad son competentes para emitir DMA, de la misma manera que las personas mayores de edad (o plenamente capaces). ¿Por qué? Como dijimos, las personas a las que nos referimos son competentes bioéticamente. Esta competencia atribuye la facultad para tomar decisiones respecto a cuestiones de salud, y de ningún modo puede confundirse con la capacidad regulada por el CCyC.

Además, el propio Código recepta expresamente esta cuestión al estipular, como vimos, que el adolescente de 16 y 17 años es considerado un adulto en lo que respecta a decisiones atinentes al cuidado sobre el propio cuerpo. Por supuesto que concebimos a las DMA como decisiones de ese tipo, su propio nombre así lo indica. Son disposiciones que, de manera previa a una eventual situación de pérdida de discernimiento, apuntan al resguardo de la salud del otorgante. Nadie mejor que éste, como persona bioéticamente competente, para prever qué es lo mejor para el cuidado de su salud.

---

<sup>46</sup> CÓRDOBA, M. M. & ECHECURY, N. A. & GRAIZZARO, M. R. y otros, “Sobre el carácter vinculante...”, en *Lejister*, p. 5.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

Por otro lado, en torno a aquellos adolescentes que tienen entre 13 y 15 años de edad, adherimos a las posturas que se inclinan por la validez de sus DMA. Al considerar que su contenido está relacionado con cuestiones de salud y cuidado del propio cuerpo, entendemos plenamente aplicables, por analogía, las presunciones del artículo 26 del CCyC.

Entonces, si su contenido versare acerca de tratamientos que no resulten invasivos ni comprometan su salud ni provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, nada impide la instrumentación en escritura pública o acta judicial. Por el contrario, si las DMA se dispusieren en torno a dichas circunstancias, la manifestación previa de la voluntad del adolescente deberá completarse con asistencia de sus progenitores, sin resultar la misma una sustitución ni adición de voluntad, sino implicando el acompañamiento y mero asentimiento en relación a esta cuestión. En caso de existir conflicto, resolverá el juez con base en el interés superior del adolescente y, también, en la opinión médica pertinente.

## 5. Soluciones alternativas

Para el supuesto de entender que las DMA no pueden ser otorgadas por NNyA se han pensado caminos alternos que buscan, de igual manera, propender a la participación de la persona de cuya salud se trata en la toma anticipada de decisiones, para el eventual supuesto de que no pueda expresar su voluntad. Por ejemplo, Fernández<sup>47</sup> expresa que la compatibilización entre las dos normativas (ya citadas) no dejaría dudas acerca de que las DMA requieren, indefectiblemente, la condición de plena capacidad civil, es decir, mayoría de edad, a

---

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ, S. E., “Derechos de niños, niñas y adolescentes...”, en *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo*.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

diferencia de la pauta empleada para el consentimiento informado en general (competencia o aptitud).

Esta autora, sin embargo, interpreta que no estarían impedidos los NNyA en cuanto a la expresión, en los propios espacios sanitarios, de aquellas decisiones que en las instancias finales de vida puedan asumir siendo maduros, relacionadas con la solicitud de cuidados paliativos, alivio del dolor, medidas de confort e incluso rechazo de tratamientos invasivos y desproporcionados (o suspensión de estos), acorde con las particulares circunstancias atravesadas en el caso concreto. Considera la autora que estas planificaciones, si bien difieren de las DMA, no contrarían la normativa del CCyC ni la ley de “derechos del paciente”, a la luz de una interpretación sistémica, razonable y coherente de todo el ordenamiento jurídico, según los principios y valores constitucionales en juego.

Por su parte, Larsen<sup>48</sup> afirma que la persona menor de edad (cualquiera sea su edad) titulariza y debería ejercer sus derechos personalísimos, y que, así como no se discute que se debe brindar información al paciente adolescente para que éste otorgue su consentimiento informado, con plena lógica debe admitirse su derecho a negarse, por ejemplo, a la realización de algún tratamiento distanásico, sin modificarse dicho esquema lógico por el caso de que la manifestación sea adelantada a través de una DMA a los efectores sanitarios. Propone la validez jurídica del proceso de “planificación anticipada de decisiones”, ubicando, como ejemplos, los deseos y preferencias mientras la calidad de vida sea aceptable, cuando la misma disminuya e, incluso, en caso de fallecimiento.

Son interesantes los aportes de ambas autoras, en tanto representan figuras no reconocidas legalmente pero que pueden resultar

---

<sup>48</sup> En LARSEN, J., “Los adolescentes y el ejercicio de...”, en *Revista de Derecho de Familia*.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

muy útiles dentro de los espacios sanitarios, para un mayor respeto a la autonomía y dignidad del paciente adolescente. Aunque su validez no resida en una norma legal, su instrumentación propende a generar alternativas válidas en el caso de que, por desconocimiento o negativa a su otorgamiento, no se brinden DMA propiamente dichas.

## **6. ¿Y los niños y niñas menores de 13 años?**

Respecto de este grupo etario, el Código no efectúa presunción alguna al receptar la autonomía progresiva, por lo cual otros deberían decidir por ellos procurando sus mejores intereses. Si bien los niños y niñas son titulares del derecho a la información sanitaria, el puntual ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad para las prácticas médicas sería ejercido a través de sus representantes legales<sup>49</sup>.

En otro sentido, Rosende<sup>50</sup> entiende que la decisión sobre la disposición de la propia vida no puede emerger de una presunción legal o judicial, ni resultar de la voluntad de representantes legales. Expresa que no admite subrogancias de ninguna especie, sino que debe ponerse a la mano de los niños y niñas la posibilidad de mirar esta realidad, dentro de un marco de absoluta contención afectiva y de tipo profesional, a fin de que sean ellos mismos quienes decidan cuál es el curso que debe darse al proceso de su enfermedad.

Esta autora afirma que aquellos niños y niñas que cuenten con competencia en virtud de su maduración personal para formar un juicio crítico, con el auxilio de información clara, pueden formular DMA respecto de su salud y bienestar físico y ellas deben ser consideradas, al resultar una expresión de la dignidad humana en su más alto nivel. Incluso propone un protocolo de actuación para la atención de salud de

---

<sup>49</sup> BANCOFF, P., “Los menores de edad ...”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, p. 33.

<sup>50</sup> En ROSENDE, M. C., “Directivas anticipadas emitidas por menores de 13 años”, en *Lejister*.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

niños y niñas, donde resalta la importancia de brindar información clara y concreta (con la utilización de medios adecuados para ello y la presencia de profesionales que brinden contención), de la confidencialidad de dicha información (incluso respecto de sus padres, en relación a los sentimientos acerca de la situación de salud que atraviesan) y de la contemplación de sus preferencias respecto al confort (gustos, la presencia o no de familiares, amigos o mascotas, la posibilidad de interactuar con la escuela, etc., dejándose constancia de ello en la historia clínica).

Aunque se nos presenten teorías más amplias, en la mayor parte de la doctrina se considera a los niños y niñas menores de trece años como personas con autonomía disminuida o carentes de ella, en función de su edad y grado de madurez. Tal es así que la discusión se centra en torno a qué opinión debería primar en caso de presentarse discrepancia entre médicos y padres<sup>51</sup>, desplazando al niño de la situación.

Si bien, en principio, no se les reconoce aptitud jurídica para decidir sobre su salud ni otorgar DMA, consideramos que deben tener la posibilidad de expresar su sentir antes de los 13 años. Este derecho a participar en las decisiones médicas supone una escucha atenta y profesional, y un trabajo interdisciplinario para su abordaje y acompañamiento. Sus opiniones acerca de los tratamientos médicos a los que se los somete y sus indicaciones para el final de la vida tienen que ser contempladas, aunque no tengan la validez de una DMA, especialmente cuando se trata de niños con enfermedades terminales.

Sus preferencias deben registrarse, preferentemente en la historia clínica y en un contexto de contención, información y comprensión adecuadas. Tanto respecto a lo que se viene mencionando como a la realización o no de tratamientos que supongan ciertos dolores o incomodidades, y cualquier otro aspecto que deseen dejar previsto.

---

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ, S. E., “Derechos de niños, niñas y adolescentes...”, p. 157.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

Por ejemplo, con relación al confort: el lugar en que habrá de realizarse los tratamientos, su ambientación, la posibilidad de escuchar una música particular y la presencia de familiares, amigos o mascotas que los acompañarán, entre muchos otros.

Posteriormente, en el momento de llevarse adelante un tratamiento en relación al niño o niña, su voluntad deberá ser valorada. En el caso concreto, se seguirán los lineamientos del ordenamiento jurídico, resolviendo los eventuales conflictos teniendo en miras el interés superior del niño o niña, para lo cual deberá tenerse en consideración la opinión médica respecto de la realización o no del acto médico<sup>52</sup>.

Si existiese una contradicción entre lo manifestado previamente por el niño o niña y lo decidido por sus representantes legales al momento de la realización del tratamiento, creemos fundamental que el personal médico la evalúe, incluso por intermedio de un Comité de Ética, y, de decantarse su criterio por lo expresado por el niño o niña, acudir a un juez para que decida sobre la cuestión.

#### IV. COLOFÓN

El instituto de las DMA resulta de sumo interés e importancia en pos del respeto a la voluntad de la persona de cuya salud se trata, evitando posibles injerencias gravosas y arbitrarias, tanto sobre su cuerpo como sobre sus ideales más íntimos. Además, formando parte de los denominados actos de autoprotección, su contenido puede verse complementado por disposiciones patrimoniales o de cualquier otra índole, todo ello en previsión de la propia incapacidad. Vimos que las DMA se encuentran reguladas tanto en la ley de “derechos del paciente”

---

<sup>52</sup> BANCOFF, P., “Los menores de edad...”, p. 35.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

como en el CCyC, en cuanto a sus requisitos, límites y eventual revocación.

En definitiva, el tema central que nos motivó a investigar se originó en torno a la exigencia de mayoría de edad o plena capacidad, cuestión que desde el inicio nos generó inquietudes. No nos podíamos graficar la injusticia de vedar el otorgamiento de DMA a una persona en razón de ser menor de edad. Sin dudar, imaginamos que existirían debates, posiciones encontradas; y, desde ya, críticas u observaciones a las disposiciones legales en cuestión; más aún cuando el propio CCyC ha receptado el principio de autonomía progresiva, lo cual resulta claramente visible en su artículo 26.

En este artículo hemos determinado la diferencia entre conceptos muchas veces entendidos, erróneamente, como sinónimos. Capacidad civil no es lo mismo que competencia bioética. La primera se adquiere, plenamente, a los 18 años de edad, momento en el cual una persona es considerada adulta para todo tipo de actos. Y la segunda refiere a la aptitud para ejercer derechos en el campo de la medicina y la salud, y se adquiere en virtud de condiciones personales, y no exclusivamente en razón de la edad. Habiendo recorrido las posturas sostenidas por diversos autores hemos adelantado de cierta manera nuestra opinión, pero consideramos importante retomarla a continuación.

Los adolescentes de 16 y 17 años de edad están en condiciones de emitir DMA, ya que gozan de plena competencia bioética, en este caso reconocida por el propio CCyC. No hay óbice para que una persona que puede decidir sobre su propio cuerpo y salud en el presente, lo haga pensando hacia el futuro, en previsión de su eventual pérdida de discernimiento.

En relación a los adolescentes que aún no han cumplido los 16 años, entendemos que debe analizarse su competencia bioética en

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

particular. Según la pauta otorgada por el CCyC en su artículo 26 (el cual consideramos aplicable, analógicamente, a las DMA), aquella se presume si versa sobre tratamientos no invasivos. En cambio, si nos encontramos frente a tratamientos invasivos o que comprometen la vida o salud del adolescente, se requerirá el asentimiento (en términos de asistencia y acompañamiento y no de sustitución) de sus representantes legales, y, ante discrepancias, deberá decidir un juez.

Finalmente, al referirnos a los niños y niñas menores de 13 años de edad, coincidimos en que no cuentan con la posibilidad de otorgar DMA. Interpretando armónica y razonablemente la legislación vigente, no habría forma de instrumentarlas y de ninguna manera sus representantes legales podrían hacerlo por ellos, por la naturaleza del instituto. No obstante, afirmamos el derecho del niño o niña a ser escuchado, en orden a que se respeten sus decisiones en las situaciones límite de salud, referidas tanto a cuestiones invasivas o no invasivas, pero, también, respecto de todas aquellas preferencias que propendan a su salud emocional y a una mayor comodidad, registrándolas en la historia clínica.

En síntesis, bregamos para que en un futuro se acople la legislación específica al resto del ordenamiento jurídico, quedando expresamente reconocida la competencia para ser otorgadas por parte de adolescentes. Con respecto a niños y niñas, quizás pueda lograrse, con las debidas adaptaciones que se requieran, aunque vemos más factible la alternativa que mencionamos. Para ambos casos, queremos resaltar la necesidad de que los NNyA conozcan sus derechos y los mecanismos para ejercerlos. De poco serviría realizar esfuerzos legislativos si luego no se realizan esfuerzos en pos de la efectividad. Como afirma Cillero Bruñol:

*“La efectividad de los derechos a que hace referencia el artículo cuarto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño exige no sólo la recepción normativa de*

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

*los derechos sino la adopción de mecanismos efectivos de garantía por parte del Estado. Es decir, se requiere de una protección efectiva, una continuidad entre los derechos declarados y los mecanismos jurídicos para asegurar su protección”<sup>53</sup>.*

Los desafíos están a la vista. Consideramos necesarias las reformas legislativas y, además, una mayor difusión social sobre la existencia e importancia de las DMA, evitando que queden reservadas exclusivamente para mayores de 18 años. Son una valiosa herramienta brindada por el Derecho, que posibilita la realización personal y el resguardo más íntimo de la condición humana, resultando arbitrario negar su utilización libre y autónoma por una mera cuestión de tiempo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AIZENBERG, Marisa & REYES, Romina, “El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la ley 26.529”, cita IJ-DCCCLXIII-927.
- BANCOFF, Pedro, “Los menores de edad y el derecho a decidir en materia de salud”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, vol. 18, N° 4 (abril), 2016.
- BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “Las directivas anticipadas sobre la salud. La libertad para anticipar directivas sobre su salud y posibles tratamientos. Su encuadre y limitaciones. Un constante debate”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 2, N° 8, 2010.

---

<sup>53</sup> CILLERO BRUÑOL, M., “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en *Revista Pensamiento Penal*, p. 11.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

- BERENGUER, Marcela Claudia, “Directivas anticipadas. Importancia social y familiar”, en *ar.lejister.com* (cita: IJ-DCCLXXV-649), 2015, consultado el 28/02/2022.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, URL: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/28723-infancia-autonomia-y-derechos-cuestion-principios>, consultado el 01/03/2022.

- CÓRDOBA, María Mercedes, “Acto de autoprotección y directivas anticipadas de salud con designación de interlocutor para los actos médicos otorgado por adolescente mayor de 16 años”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, N° 12, año 9, 2017.

- CÓRDOBA, María Mercedes & ECHECURY, Natalia Andrea & GRAIZZARO, Marianela Rosana y otros, “Sobre el carácter vinculante de las directivas médicas anticipadas otorgadas por adolescentes y personas con capacidad restringida”, en *ar.lejister.com* (cita: IJ-CDLXXXIV-874), 2016, consultado el 28/02/2022.

- FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “Derechos de niños, niñas y adolescentes y final de la vida. Autonomía progresiva y consentimiento informado; planificación vital y dignidad”, en GROSMAN, Cecilia Paulina, *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo*, Rubinzal Culzoni, Tomo I, 2019, Buenos Aires.

- GARAY, Oscar Ernesto, “El consentimiento informado en el Código Civil y Comercial y en la ley de derechos de los pacientes”, cita online AR/DOC/1690/2017, consultado el 03/02/2022.

- GÓMEZ HAISS, Dante, “Directivas anticipadas”, en *El Derecho*, N° 293, 2021.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

- HERRERA, Marisa, “Autonomía progresiva de niños y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re)construcción”, en *Revista Pensar en Derecho*, N° 14, Eudeba, 2019.
- HOOFT, Irene, “Derechos y actos personalísimos”, en RIVERA, Julio César & MEDINA, Graciela (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, 1ª edición, 2014, Buenos Aires.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída & HERRERA, Marisa & LAMM, Eleonora y otros, “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, URL: <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-principio-autonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicaciondacf150461-2015-08-18/123456789-0abc-defg1640-51fcanirtcod>, 2015, consultado el 04/03/2022.
- LAMM, Eleonora, “Derechos y actos personalísimos (comentario al artículo 60)”, en CAMELO, Gustavo & PICASSO, Sebastián & HERRERA, Marisa (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo I, Infojus, 1ª edición, 2015, Buenos Aires.
- LARSEN, Jessica, “Los adolescentes y el ejercicio de las directivas médicas anticipadas”, en *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, 2019-II.
- LUCERO ESEVERRI, Roberto Augusto, “El notario: intérprete necesario de voluntades autorreferentes”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, N° 1, año 1, 2009.
- LLORENS, Luis Rogelio & RAJMIL, Alicia Beatriz, “Las directivas anticipadas de salud en los actos de autoprotección. Requisitos de forma. Testigos. La ley 26.742”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año V, N°1 (enero/febrero), 2013.

CHAVAÑO, A., DE PIAZZA, A. & GIMÉNEZ, A., “Directivas médicas anticipadas: un desafío en la niñez y la adolescencia”, pp. 56-89.

- PARODI, María Cecilia & RADCLIFFE, María Silvina, “Adolescencia y directivas médicas anticipadas. Ensayando respuestas desde una interpretación integradora del sistema de fuentes”, ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia organizada por la Universidad Nacional de Cuyo (agosto 2018), en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, 2019-II.
- RAJMIL, Alicia Beatriz & LLORENS, Luis Rogelio, “Ley 26.529. Derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud. Historia clínica y consentimiento informado”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, N° 3, año II, 2010.
- ROSENDE, María Celina, “Directivas anticipadas emitidas por menores de 13 años”, en *ar.lejister.com* (cita: IJ-XDII-551), 2018, consultado el 05/03/2022.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

## LOS LUDDITAS DEL SIGLO XIX Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ¿PODRÍA EMULARSE SU LEGADO EN UNA POTENCIAL REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y LABORAL EN EL SIGLO XXI?

por LEONARDO POSES STEKELBERG<sup>1</sup>

*“Hasta qué punto puede felicitarse la humanidad por la multiplicación increíble de estas máquinas, que colocan una fuerza ciega e insensible en el lugar de los brazos del hombre, y que deja al sorprendido trabajador sin el oficio con que sus antecesores se alimentaron”.*

FRANK EDWARD MANUEL, KEVIN ROBINS Y FRANK WEBSTER

**Resumen:** Este artículo examinará las similitudes entre el movimiento luddita del siglo XIX y las preocupaciones actuales sobre la automatización y robotización en el ámbito laboral. Se buscará analizar los paralelismos históricos en términos del impacto en el empleo, la desigualdad económica y los debates éticos. Además, se reflexionará sobre cómo abordar el avance imparable de las Nuevas Tecnologías, intentando extraer experiencias -positivas y negativas- de la lucha de los ludditas en relación con el diálogo y la adaptación, así como la importancia de las inversiones en tecnociencia, formación y educación.

**Palabras clave:** Ludditas – Nuevas tecnologías – Derecho del Trabajo – Inteligencia artificial – Robotización.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNR). Aspirante a adscripto de la asignatura “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Integrante del Grupo de Estudios UNR sobre Derecho y Nuevas Tecnologías, dirigido por la Dra. María Zanetti. Integrante del equipo académico de investigación UNR sobre proyectos de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, dirigido por la Dra. Andrea Meroi.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

**Abstract:** This article will examine the similarities between the Luddite movement of the 19th century and current concerns about automation and robotization in the labor market. It will seek to analyze historical parallels in terms of their impact on employment, economic inequality, and ethical debates. Furthermore, it will reflect on how to address the unstoppable advancement of new technologies, drawing lessons from the struggle of the Luddites regarding dialogue and adaptation, as well as the importance of investments in technology, training, and education.

**Keywords:** Luddites – New technologies – Labour Law – Artificial Intelligence – Robotisation.

**Sumario:** I. Introducción. II. Paralelismos históricos. 1. Impacto en el empleo. 2. Desigualdad económica y de oportunidades. 3. Debates éticos. III. Reflexiones sobre el avance tecnológico. 1. Beneficios y desafíos. 2. Nuevos modelos laborales. 3. “Aprendiendo” de los ludditas. a. Diálogo y adaptación. b. Inversiones en formación y educación. IV. Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

A comienzos del siglo XIX, en ciertas regiones de Europa los trabajadores se encontraron con un deterioro significativo en sus condiciones laborales y calidad de vida como resultado de la creciente utilización de maquinaria en los sectores agrícola e industrial. La introducción de estas innovadoras máquinas condujo a jornadas laborales extenuantes y prolongadas, disminución de la demanda de mano de obra y una fuerte reducción en los salarios. En medio de estas dificultades, surgió el movimiento luddita como una respuesta radical ante esta situación, adoptando la brutal estrategia de destruir deliberadamente la maquinaria utilizada en las fábricas<sup>2</sup>. El luddismo,

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ, F. “Luditas, la gran rebelión contra las máquinas del siglo XIX”, 13/05/2019.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

entonces, se refiere a la concepción de que el avance tecnológico, manifestado típicamente en el desarrollo de máquinas y automatismos cada vez más complejos, puede resultar disfuncional para el orden social establecido, por lo cual se sostiene la necesidad de controlar o incluso revertir dicho progreso.

El movimiento luddita, compuesto en su mayoría por obreros textiles y artesanos, consideraba que la introducción de la maquinaria y de la tecnología constituía una amenaza directa a sus medios de vida. Para ellos, la mecanización de las tareas laborales implicaba la pérdida de empleos y la devaluación de sus habilidades y conocimientos (adquiridos, por otra parte, a lo largo de generaciones). Además, la implementación de estos artefactos propició la explotación laboral mediante la imposición de jornadas laborales más extenuantes y salarios considerablemente más bajos.

La respuesta del mentado movimiento fue la destrucción de la maquinaria de fábricas e industrias como una forma de expresar su descontento y resistencia ante las condiciones laborales desfavorables impuestas por los avances tecnológicos. Armados con martillos y otros instrumentos, los ludditas llevaban a cabo actos de sabotaje contra las máquinas (y contra los inversores), en un intento de frenar su adopción, manifestando así sus reclamaciones contra la degradación de sus condiciones de trabajo.

Este conflicto, que fue sometido a una fuerte represión (alcanzando una dimensión tal que fueron necesarias más tropas para sofocarlos que las que en aquel momento estaban desplegadas en la Península Ibérica combatiendo a los regimientos napoleónicos<sup>3</sup>), provocó el surgimiento del primer gran debate intelectual en el mundo occidental sobre la cuestión de la maquinaria como factor de transfiguración económica y social. Durante este debate, surgieron partidarios y detractores del maquinismo, dando lugar a un discurso

---

<sup>3</sup> HOBBSBAWN, E. “Trabajadores. Estudios de historia de la clase obrera”, pp. 16-35.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

elaborado que ha perdurado hasta la actualidad, cuestionando las virtudes del industrialismo incipiente de aquel entonces.

Si bien las acciones ludditas no lograron detener el avance de la industrialización, su movimiento fue un grito de desesperación y un intento de preservar sus medios de subsistencia. Los ludditas representaron un símbolo de resistencia contra los efectos adversos del progreso tecnológico descontrolado, sobre todo en el ámbito laboral. Sus acciones reflejaron la lucha por proteger la dignidad y el bienestar de los trabajadores frente a los cambios impuestos por la maquinaria y la creciente mecanización de la producción.

Aunque el movimiento luddita fue en gran medida derrotado en su lucha contra la tecnología, podríamos decir que su legado ha perdurado a lo largo del tiempo. Su experiencia histórica nos invita a meditar sobre las implicancias éticas y sociales de la introducción de nuevas tecnologías en nuestro actual -y futuro- universo laboral. Además, nos desafía a considerar la necesidad de buscar un equilibrio entre el progreso tecnológico y el respeto por los derechos y el bienestar de los trabajadores actuales -y futuros-.

Siendo así, la historia nos ha brindado valiosas y profundas lecciones sobre el impacto de los avances tecnológicos en los entornos laborales<sup>4</sup> y las preocupaciones asociadas con la pérdida de empleos, convirtiendo muchas veces en obsoletas -simultáneamente- las habilidades del Hombre. En el siglo XIX, el activismo luddita surgió como respuesta a la introducción de maquinarias en la industria textil, entre otras. Destacando una semejanza, hoy en día nos enfrentamos a una nueva revolución laboral caracterizada por la rápida incorporación de tecnologías avanzadas -como la inteligencia artificial y la

---

<sup>4</sup> GONZÁLEZ, H. F., “Evolución histórica del trabajo y desarrollo en Argentina”, 02/03/2011.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

robotización-, que plantean desafíos y vacilaciones similares (aunque más complejos).

Por ello, este artículo buscará establecer enlaces entre los ludditas del pasado y los probables y justificados temores actuales en relación a la sustitución de trabajadores de carne y hueso, por innovaciones virtuales y maquinarias inimaginables de última generación.

## II. PARALELISMOS HISTÓRICOS

El sentimiento luddita, que se originó en ese pasado laberíntico, ha logrado resistir y perdurar hasta nuestros días, atrayendo la atención de una amplia gama de autores y pensadores que se encuentran ubicados en diversos puntos del espectro político. Aunque en sus inicios predominaban las posturas conservadoras es interesante notar que ha habido un cambio significativo en cuanto a la composición de sus seguidores<sup>5</sup>.

En la actualidad, la inclinación luddita se encuentra mayoritariamente arraigada en el ámbito de los movimientos ecologistas surgidos en la segunda mitad del siglo XX. Estos movimientos, caracterizados por su preocupación por la protección del medio ambiente y la sostenibilidad, han proporcionado un marco propicio para la reinterpretación y adopción de la ideología luddita.

Dentro de este contexto, destacan los movimientos de corte ecosocialista y antiglobalización, los cuales han surgido como una respuesta a las problemáticas ambientales y sociales generadas por el avance del industrialismo y del capitalismo intransigente<sup>6</sup>. Estos movimientos han heredado y revitalizado el discurso luddita,

---

<sup>5</sup> COTARELO, R. “La izquierda en el siglo XXI”, pp. 17-43.

<sup>6</sup> Ibid.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

enfaticando la necesidad de reevaluar y limitar el impacto (de las nuevas tecnociencias y el desarrollo industrial descontrolado) en la vida humana y en el entorno natural.

Sustancioso es mencionar que el derrumbe del comunismo a finales del siglo XX también ha influido en la evolución del sentimiento luddita. Como resultado de esta transformación política y filosófica, el pensamiento de izquierda, entendemos, ha experimentado una renovación y replanteamiento de sus principios, dando lugar a una corriente crítica hacia el industrialismo y la globalización, que posiblemente encuentre en el luddismo una fuente de inspiración para su lucha por la justicia social y ambiental.

### **1. Impacto en el empleo**

En paralelo al siglo XIX, la adopción masiva de tecnologías avanzadas en la actualidad ha despertado inquietudes acerca de la inevitable pérdida de trabajo humano<sup>7</sup>. Los ludditas del pasado se opusieron a las máquinas que automatizaban tareas, mientras que en la era actual (era 4 o 5.0), la inteligencia artificial y la robotización plantean una nascente amenaza de reemplazar a una cantidad preocupante de operarios y empleados de diversos sectores y en cualquier parte del mundo<sup>8</sup>. Este recelo se centra en la posible eliminación de empleos que demandan habilidades específicas y/o rutinarias, los cuales podrían ser suplantados por maquinarias más eficientes<sup>9</sup>.

El temor a la pérdida de empleos resulta comprensible en vista de los avances tecnológicos -por momentos sin control-, que han

---

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas, “Influencia de las tecnologías digitales”.

<sup>8</sup> En un estudio del año 2020 (“Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets”), los economistas ACEMOGLU y RESTREPO estiman que un robot adicional cada 1000 trabajadores reduce la tasa de empleo entre 0,18 y 0,34 puntos porcentuales, y los salarios entre 0,25 y 0,5 puntos porcentuales.

<sup>9</sup> WELLER, J. “Las transformaciones tecnológicas y el empleo en América Latina: oportunidades y desafíos” en *CEPAL*, pp. 13-19.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

permitido la automatización y maquinización en muchas áreas de producción. Con el ingreso de sistemas altamente sofisticados, como la inteligencia artificial, los robots, el aprovechamiento del big data, los softwares extremadamente potentes (entre otros), existe un creciente recelo por el reemplazo de trabajadores humanos por artefactos capaces de realizar tareas con mayor rapidez, precisión y eficiencia. Esto plantea, reitero, una novedosa e impredecible “contienda” para aquellos empleos que dependen de habilidades peculiares y experiencias humanas, pero que -por lo menos en principio- no serían fácilmente replicables por las máquinas.

La eliminación o mutación de empleos que requieren habilidades especializadas puede tener un impacto significativo en la fuerza laboral y en la micro y macro economía. Los trabajadores que han invertido tiempo y recursos en desarrollar destrezas específicas podrían encontrarse desplazados, enfrentando también dificultades para encontrar nuevas oportunidades de empleo<sup>10</sup>. Además, la pérdida de puestos de alta calidad podría contribuir a un aumento de la desigualdad económica, ya que aquellos que no presenten la capacidad de adaptarse a los cambios tecnológicos verían fuertemente limitadas sus perspectivas de ingresos y su bienestar general.

Es esencial abordar estas preocupaciones actuales y futuras, persiguiendo soluciones que permitan una transición justa y equitativa hacia una economía cada vez más automatizada y robotizada. Esto implica, por ejemplo, la implementación de políticas y programas que fomenten la reconversión y reentrenamiento de los trabajadores afectados, brindándoles las habilidades y conocimientos necesarios para amalgamarse a las nuevas -y posibles- oportunidades laborales emergentes en este entorno tecnológico, que se halla en continua evolución. Igualmente, se deben explorar enfoques estatales que

---

<sup>10</sup> RUSSO, A. “La recesión y la automatización cambian nuestro futuro laboral, pero hay trabajos que se aviecinan, afirma un informe”, 20/10/2020.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

promuevan la colaboración (retroalimentación) entre humanos y dispositivos, en donde las habilidades humanas únicas, como la creatividad, el pensamiento crítico y las destrezas interpersonales, se combinen con las capacidades tecnológicas para crear entornos laborales más eficientes y productivos.

## 2. Desigualdad económica y de oportunidades

La introducción de tecnologías avanzadas puede ampliar la brecha entre aquellos que tienen acceso a estas herramientas tecnocráticas y aquellos que no, con lo cual, inevitablemente, se generaría una división económica similar a la que existía en el siglo XIX entre artesanos (mano de obra humana, doméstica y de baja escala) y dueños de fábricas (inversores capitalistas de producción automatizada). La desigualdad podría acentuarse aún más si no se adoptan medidas para garantizar un acceso equitativo a las nuevas tecnologías, y mientras no se promueva la distribución justa - homogénea- de los beneficios generados por todos aquellos intervinientes.

Una forma de abordar esta desigualdad es mediante políticas y programas que fomenten la inclusión laboral y digital. Esto implica, por ejemplo, proporcionar acceso a internet y a tecnologías asequibles a comunidades y sujetos que se encuentren rezagados en términos de acceso; lo que podría lograrse a través de la expansión de la infraestructura de telecomunicaciones, la implementación de programas de alfabetización digital<sup>11</sup> y el acercamiento ilimitado a dispositivos innovadores.

Además, es importante promover la educación y la capacitación en habilidades digitales: esto garantizaría que las personas estén preparadas para aprovechar las oportunidades que brindan las nuevas

---

<sup>11</sup> Ver, entre otros, REYES, C. E. & AVELLO-MARTÍNEZ, R. “Alfabetización digital en la educación. Revisión sistemática de la producción científica en Scopus”, en *Revista de Educación a Distancia*, pp. 3-12.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

tecnologías; al mejorar la alfabetización digital y las habilidades técnicas, se brinda a las personas las herramientas necesarias para competir en el mercado laboral y participar activamente en la economía digital. Posiblemente, de esta manera, no resulte tan practicable el desplazamiento de puestos de trabajo humano por la incorporación de robots o de IA.

Otra estrategia para abordar la desigualdad económica es promover la innovación inclusiva. Esto implica fomentar la creación y adopción de tecnologías que beneficien a un amplio espectro de la sociedad y no solo a unos pocos. Las políticas de fomento de la innovación inclusiva pueden incluir incentivos para que las empresas desarrollen soluciones tecnológicas que aborden desafíos sociales y económicos, así como políticas de adquisición pública que prioricen la contratación de empresas que promuevan la equidad y la inclusión.

### **3. Debates éticos**

Al igual que los ludditas cuestionaron la deshumanización del trabajo en manos de las máquinas, la actual revolución laboral plantea inquietudes morales respecto al impacto en la calidad de vida de los trabajadores y la posible pérdida de habilidades productivas humanas. Se discute si la automatización excesiva y la eliminación de trabajadores en favor de la eficiencia de las máquinas es honestamente justificable<sup>12</sup>.

La ética de la deshumanización del trabajo en manos de máquinas y robots ofrece una serie de dilemas profundos y complejos que requieren una cuidadosa reflexión. A medida que avanzamos en la era de la automatización y la inteligencia artificial, es crucial considerar los impactos éticos que esta transformación tiene en la experiencia humana del trabajo y en la sociedad en su conjunto.

---

<sup>12</sup> RUSSO, A. “La recesión y la automatización cambian...”, 20/10/2020.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

Desde una perspectiva deontológica, se plantea la cuestión de si la privación del trabajo del hombre es intrínsecamente problemática o si puede ser aceptable bajo ciertas condiciones. Algunos argumentan que la automatización puede liberar a los seres humanos de trabajos repetitivos y tediosos, permitiéndoles dedicarse a tareas más creativas y significativas. En este sentido, la tecnología podría mejorar la calidad de vida y promover el desarrollo humano al liberar tiempo y recursos para actividades más enriquecedoras<sup>13</sup>.

Sin embargo, también existen preocupaciones éticas importantes relacionadas con la pérdida de empleo, la alienación y la devaluación del trabajo del individuo. La automatización masiva podría resultar en una gran cantidad de trabajadores desplazados y en una creciente desigualdad económica. Además, la deshumanización del empleo puede socavar la conexión y el propósito que las personas encuentran en su labor, ya que -en el mejor de los casos- podrían verse reducidas a meros supervisores o controladores de las máquinas, perdiendo la autonomía y la realización personal asociadas con un trabajo significativo.

Otro aspecto filosófico relevante se centraría en la distribución justa de los beneficios y costos de la automatización: si los avances tecnológicos y la implementación de robots y máquinas conducen a mayores ganancias para las empresas (disminuyendo significativamente los quehaceres del dependiente), surge la cuestión de si se podría asegurar que los mencionados provechos sean compartidos equitativamente y que se brinde apoyo a aquellos afectados negativamente por el desplazamiento laboral.

Desde una perspectiva moral, también es relevante considerar la noción de la dignidad del hombre en relación con la deshumanización del trabajo. ¿Cuál es el impacto en nuestra concepción de la dignidad y

---

<sup>13</sup> MC. KAY, D., “Se necesitan seres humanos: ¿por qué la automatización no acabará con su trabajo?”, 23/01/2019.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

el valor intrínseco del trabajo humano cuando éste es desplazado por máquinas? ¿Podemos mantener o anhelar una sociedad virtuosa y equitativa sin un trabajo humano preponderante y sin la oportunidad de contribuir activamente al bienestar común?

En última instancia, la ética de la deshumanización del trabajo en manos de máquinas y autómatas nos desafía a repensar los fundamentos mismos de nuestra concepción del trabajo, la relación entre tecnología y humanidad, y las obligaciones que tenemos hacia aquellos que son afectados por estos avances. Requiere un enfoque integral y equilibrado que valore tanto los beneficios potenciales como las implicaciones éticas y sociales de la creciente automatización.

### III. REFLEXIONES SOBRE EL AVANCE TECNOLÓGICO

#### 1. Beneficios y desafíos

La rápida evolución tecnológica y la creciente automatización mundial han generado debates intensos en relación con los beneficios y desafíos que surgen del empleo de nuevas tecnologías en la cadena de producción laboral, especialmente en lo que respecta al reemplazo de trabajadores humanos por robots<sup>14</sup>. Esta dinámica plantea cuestiones éticas, económicas y sociales que merecen una profunda reflexión (en otro artículo).

En cuanto a los beneficios, el empleo de nuevas tecnologías y la introducción de robots en la producción industrial, por ejemplo, ofrecen una serie de ventajas significativas. La automatización puede aumentar la eficiencia y la productividad, reducir los errores humanos y mejorar la calidad del producto final. Los robots son capaces de realizar tareas repetitivas y monótonas de manera rápida y precisa, liberando a los

---

<sup>14</sup> SANTAMARÍA, J., “La automatización del trabajo: ¿oportunidad o amenaza?”, 04/10/2022.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

trabajadores de carne y hueso de labores tediosas, permitiéndoles enfocarse en ocupaciones que reclaman discernimiento humano. Además, estas tecnomáquinas no se ven afectadas por factores como el cansancio o las limitaciones físicas, lo que puede mejorar la seguridad en el entorno laboral.

No obstante, el reemplazo de trabajadores humanos por nuevas tecnologías también suscita desafíos profundos. Uno de los principales retos (como se ha ido mencionando a lo largo de esta exposición) es la pérdida de empleos y la consecuente preocupación por el impacto comunitario y económico que esto inevitablemente conllevaría. A medida que las tecnologías avanzan y los robots se vuelven más sofisticados, existe el riesgo de que ciertos puestos de trabajo desaparezcan por completo (y es lo que lamentablemente se estima para los próximos diez años), lo que generaría altas tasas de desempleo, aumentando las desigualdades económicas y sociales<sup>15</sup>.

Otro desafío -que entendemos primordial- se relaciona con la adaptación y la capacitación de los trabajadores. A medida que la automatización se supera, es fundamental que los empleados adquieran nuevas habilidades y se capaciten en áreas que complementen y se integren con las tecnociencias emergentes. Esto implica una inversión significativa en programas de formación y reconversión laboral, así como la necesidad de fomentar una cultura de aprendizaje continuo.

## **2. Nuevos modelos laborales**

En lugar de percibir a la tecnología como una amenaza para el empleo humano, es fundamental adoptar una perspectiva que reconozca su potencial para impulsar y complementar las habilidades humanas en el hábitat laboral. Antes de “temer” a la automatización y al posible reemplazo de trabajadores por máquinas, es necesario explorar cómo

---

<sup>15</sup> VALLANCE, C., “IA podría reemplazar el equivalente a 300 millones de empleos: informe”, 28/03/2023.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

las nuevas herramientas tecnológicas pueden ser aprovechadas de manera estratégica para generar oportunidades laborales novedosas y mejoradas.

La adaptación a nuevos modelos laborales (que irán surgiendo de la mano del desarrollo técnico-científico) se vuelve imprescindible en este contexto. La integración de capacidades tecnológicas en los procesos de trabajo puede permitir una mayor eficiencia y productividad, emancipando a los dependientes de tareas repetitivas y tediosas. Al desplazar las labores mecánicas hacia artefactos de avanzada, se abre la posibilidad de que los seres humanos se enfoquen en actividades más creativas, estratégicas y que requieran habilidades específicamente humanas, como el razonamiento crítico, la toma de decisiones éticas y morales o la resolución de problemas complejos.

No obstante, para que esta transición sea exitosa, es fundamental brindar oportunidades de formación, reinserción y capacitación idóneas para todo humano trabajador. La adquisición de nuevas habilidades, como el dominio de tecnologías emergentes, el pensamiento vital y la necesaria capacidad de adaptación, se convierte en un requisito esencial; las instituciones educativas y los programas de reconversión laboral deben estar preparados para proporcionar los utensilios necesarios para enfrentar los desafíos del mundo laboral en constante cambio, promoviendo la colaboración entre hombres y máquinas de manera efectiva.

### **3. “Aprendiendo” de los ludditas**

#### **a. Diálogo y adaptación**

La historia de los ludditas del siglo XIX nos brinda una perspectiva valiosa para reflexionar sobre los desafíos actuales y futuros relacionados con la posible pérdida de empleos humanos debido a la automatización y a la introducción de nuevas tecnologías. Si bien es importante reconocer las diferencias contextuales y las características

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

únicas de cada período histórico, podemos encontrar similitudes que nos permiten extraer lecciones significativas buscando fomentar un diálogo constructivo entre todas las partes involucradas.

Al igual que los ludditas de antaño, aquellos que puedan verse afectados -en el presente o en un futuro no muy lejano- por la sustitución de empleos humanos por tecnologías emergentes, posiblemente experimentarán sensaciones de incertidumbre, amenaza y preocupación por su sustento económico. Sin embargo, en lugar de adoptar una actitud de confrontación o resistencia, podríamos intentar aprender de la vivencia luddita y enfocarnos en el diálogo y en la adaptación para abordar esta transformación laboral.

El diálogo se vuelve fundamental para comprender las preocupaciones y necesidades de todos los actores involucrados. Escuchar y dar voz a los trabajadores afectados, así como a los desarrolladores y líderes de la industria, nos permitirá encontrar (o por lo menos intentar hallar) soluciones más equitativas y sostenibles en materia social, ambiental y financiera. Además, repitiendo algo que a nuestro entender resulta basal, dicho encuentro entre partes facultaría la identificación de oportunidades de reasignación y reconversión laboral, donde las habilidades humanas puedan complementar y potenciar las capacidades tecnológicas -y viceversa-.

La familiarización también desempeña un papel crucial en este proceso. Al igual que los ludditas -si hubiesen tenido la posibilidad- podrían haberse adaptado a las transformaciones de la Revolución Industrial en lugar de resistirlas (por desconocimiento o temor), nosotros también debemos estar dispuestos a adquirir nuevas habilidades y conocimientos que sean compatibles con las demandas del mercado laboral actual y futuro. La formación continua, la capacitación y la actualización constantes se vuelven indispensables para asegurar una transición exitosa hacia un entorno laboral cada vez más tecnológico.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

## b. Inversiones en formación y educación

Así, como seguramente nuestros protagonistas revolucionarios del siglo XIX hubieran obtenido beneficios significativos de haber recibido una preparación más adecuada para adaptarse a los cambios tecnológicos de su época, en la actualidad resulta imperativo invertir de manera resuelta en formación y educación para asegurar que los empleados estén debidamente preparados -profesional y psicológicamente- para enfrentar las demandas de la economía digital en constante evolución. La capacitación continua y la adquisición de habilidades (distintas, nuevas, destacadas) se erigen inexorablemente como pilares fundamentales para afrontar la incertidumbre laboral - inherente a esta era de transformación- y, al mismo tiempo, para capitalizar las oportunidades nacientes.

Resulta innegable que la rápida evolución tecnológica y la creciente automatización están transformando rápidamente el panorama laboral; necesario es, ante este escenario, la peculiar formación y educación relevantes, como herramientas cruciales para garantizar una mudanza fluida y exitosa hacia un entorno ocupacional altamente digitalizado. Los trabajadores deben tener acceso a programas de formación y capacitación actualizados, diseñados específicamente para desarrollar las habilidades requeridas en el nuevo paradigma laboral. Esto implica tanto el fortalecimiento de competencias técnicas relacionadas con las tecnologías emergentes, como la mejora de habilidades transferibles, como el pensamiento crítico, la resolución de problemas y la capacidad de adecuación.

Además de la formación, la educación desempeña un papel fundamental en la preparación de los dependientes para los oficios económico-digitales. Los sistemas educativos de cualquier nivel deberían adaptarse y enfocarse en fomentar el pensamiento creativo, el espíritu empresarial y la alfabetización digital (preferentemente desde una edad temprana). Asimismo, se requiere una mayor colaboración

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

entre instituciones educativas, empresas, desarrolladores e inversores, con el fin de establecer programas de aprendizaje práctico y experiencial que vinculen la teoría con la práctica, buscando fomentar la empleabilidad e integración de los futuros graduados<sup>16</sup>.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de la experiencia luddita del siglo XIX nos brinda una visión iluminadora para comprender y abordar los desafíos planteados por la revolución laboral actual, donde la pérdida de empleos humanos en favor de nuevas tecnologías se ha vuelto una realidad material. Al igual que los ludditas europeos de hace dos siglos, quienes se vieron gradualmente invadidos por tecnologías disruptivas que desconocían o no comprendían en su totalidad, nuestra sociedad contemporánea se encuentra inmersa en un entorno saturado de conceptos intangibles como “blockchain”, “big data”, “inteligencia artificial”, “robotización” y “machine learning”, por mencionar solo algunos.

La historia nos enseña que los temores y los desafíos asociados con la llegada de nuevas tecnologías son similares a lo largo del tiempo. Sin embargo, aprender de las luchas y errores del pasado puede allanar el camino hacia un futuro laboral más justo y ecuánime. En este sentido, el diálogo constructivo se erige como un elemento clave para fomentar la comprensión mutua entre los actores involucrados: trabajadores, desarrolladores tecnológicos, líderes empresariales y responsables de políticas públicas. La comunicación abierta y colaborativa permitiría identificar preocupaciones legítimas, resolver conflictos potenciales y forjar soluciones que beneficien a todos los implicados.

Además del diálogo, la adaptación se presenta como una habilidad esencial en el contexto de la revolución laboral actual -y

---

<sup>16</sup> HERNALZ, I., “Las Nuevas Tecnologías y la Calidad Educativa. El desafío de la equidad”, 14/05/2009.

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

futura-. La capacidad de los trabajadores para adaptarse a los cambios tecnológicos y adquirir nuevas habilidades se vuelve fundamental para asegurar la empleabilidad en un entorno en constante transformación. En este sentido, es imperativo que las empresas y las instituciones educativas proporcionen oportunidades de formación y desarrollo profesional, así como programas de reconversión laboral, que permitan a los trabajadores adquirir las competencias necesarias para prosperar en el novedoso panorama ocupacional.

Sin embargo, es importante destacar que el acceso equitativo a las nuevas tecnologías y las oportunidades que brindan, constituye un aspecto crítico en esta revolución laboral. La brecha digital y las desigualdades en el acceso a la educación y la capacitación pueden exacerbar aún más las disparidades sociales y económicas. Por lo tanto, se requieren fuertes inversiones en políticas públicas que promuevan la inclusión digital, la alfabetización tecnológica y el acceso a oportunidades de formación para todos los sectores de la sociedad, con especial atención a aquellos grupos que corren el riesgo de quedar rezagados.

En conclusión, al reflexionar sobre las problemáticas presentes en la pérdida de trabajo humano en reemplazo de nuevas tecnologías, podemos aprender valiosas lecciones del pasado, especialmente de los ludditas del siglo XIX. El diálogo constructivo, la adaptación, la equidad en el acceso a las tecnologías y las inversiones en formación y educación se convierten en pilares fundamentales para asegurar que la revolución laboral del siglo XXI sea inclusiva, beneficiosa y éticamente justa para todos los trabajadores. Solo a través de una aproximación colaborativa y consciente podremos construir un futuro del trabajo que equilibre los avances tecnológicos con la protección y el bienestar de los seres humano.

## **BIBLIOGRAFÍA**

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

- ACEMOGLU, Daron & RESTREPO, Pascual, “Robots and jobs: Evidence from US labor markets”, en *Journal of Political Economy*, Vol. N° 128 (6), 2020, pp. 2188-2244.

- COTARELO, Ramón, “La izquierda en el Siglo XXI”, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, 2006, Bogotá.

- GONZÁLEZ, Hugo, “Evolución histórica del trabajo y su desarrollo en Argentina”, URL: <https://www.gestiopolis.com/evolucion-historica-del-trabajo-desarrollo-argentina/>, consultado el 05/06/2023.

- HERNAIZ, Ignacio, “Las Nuevas Tecnologías y la Calidad Educativa. El desafío de la equidad”, 14/05/2009, URL: [https://iesparanars.infod.edu.ar/aula/archivos/repositorio/0/168/Las\\_nuevas\\_tecnologias.pdf](https://iesparanars.infod.edu.ar/aula/archivos/repositorio/0/168/Las_nuevas_tecnologias.pdf), consultado el 09/06/2023.

- HOBBSAWN, Eric, “Trabajadores. Estudios de historia de la clase obrera”, Crítica, 1ª edición, 1979, Barcelona.

- MANUEL, Frank Edward & ROBINS, Kevin & WEBSTER, Frank, “Máquina maldita. Contribuciones para una historia del luddismo”, Alikornio, 1ª edición, 2002, Barcelona.

- MC. KAY, David, “Se necesitan seres humanos: ¿por qué la automatización no acabará con su trabajo?”, 23/01/2019, URL: <https://es.weforum.org/agenda/2019/01/se-necesitan-seres-humanos-por-que-la-automatizacion-no-acabara-con-su-trabajo>, consultado el 10/06/2023.

- Organización de las Naciones Unidas, “Influencia de las tecnologías digitales”, URL: <https://www.un.org/es/un75/impact-digital-technologies>, consultado el 06/06/2023.

- REYES, Carlos Enrique & AVELLO-MARTÍNEZ, Raidel, “Alfabetización digital en la educación. Revisión sistemática de la producción científica en Scopus”, en *Revista de Educación a Distancia*, N° 66, Vol. 21, 2021, pp. 1-21

POSES STEKELBERG, L., “Los ludditas del Siglo XIX y la inteligencia artificial: ¿Podría emularse su legado en una potencial revolución tecnológica y laboral en el siglo XXI?”, pp. 90-108.

- RUSSO, Amanda, “La recesión y la automatización cambian nuestro futuro laboral, pero hay trabajos que se avecinan, afirma un informe”, 20/10/2020, URL: <https://es.weforum.org/press/2020/10/la-recesion-y-la-automatizacion-cambian-nuestro-futuro-laboral-pero-hay-trabajos-que-se-avecinan-afirma-un-informe>, consultado el 06/06/2023.

- SÁNCHEZ, Ferran, “Luditas, la gran rebelión contra las máquinas del siglo XIX”, 13/05/2019, URL: [https://historia.nationalgeographic.com.es/a/luditas-gran-rebelion-contra-maquinas-siglo-xix\\_14175](https://historia.nationalgeographic.com.es/a/luditas-gran-rebelion-contra-maquinas-siglo-xix_14175), consultado el 01/06/2023.

- SANTAMARÍA, Jorge, “La automatización del trabajo: ¿oportunidad o amenaza?”, 04/10/2022, URL: <https://www.wolterskluwer.com/es-es/expert-insights/la-automatizacion-del-trabajo>, consultado el 04/06/2023.

- VALLANCE, Chris, “IA podría reemplazar el equivalente a 300 millones de empleos: informe”, 28/03/2023, URL: <https://www.bbc.com/news/technology-65102150>, consultado el 11/06/2023.

- WELLER, Jürgen, “Las transformaciones tecnológicas y el empleo en América Latina: oportunidades y desafíos” en *CEPAL*, N° 130, 2020, pp. 7-27.



SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

## CEMENTERIOS PÚBLICOS: MITOS URBANOS SOBRE SU RÉGIMEN JURÍDICO Y EL PROBLEMA DE LAS CONCESIONES A PERPETUIDAD

por BRUNO SEBASTIÁN SARGIOTTI<sup>1</sup>

*A mis padres, por haberme dado la invaluable posibilidad de incursionar en una carrera universitaria.*

*A María Belén y Martina, por su paciencia y amor incondicional.*

*A quienes fueron mis docentes de grado y posgrado de mi querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, por guiarme en este camino de aprendizaje constante, por compartir sus conocimientos y transmitirme su pasión.*

**Resumen:** El artículo ensaya y trata de poner de relieve cuál resulta ser el régimen jurídico aplicable a la hora de legislar localmente en torno al uso de los cementerios públicos como bienes integrantes del dominio público estatal, desterrando o dando por superadas algunas prácticas reglamentarias que intentan instalar la posibilidad de que puedan concretarse negocios jurídicos incompatibles en virtud de la calidad del bien, desconociendo su afectación en miras de satisfacer el interés general. En este punto la jurisprudencia nacional comienza a hacerse eco de la opinión de la doctrina mayoritaria respecto al tema y a pronunciarse aportando soluciones con base en un análisis serio del instituto en cuestión. Las concesiones de carácter perpetuo son

---

<sup>1</sup> Abogado (UNR). Notario público (Universidad Blas Pascal). Cursando la Especialización en Derecho Administrativo (UNR). Juez Administrativo de Faltas Municipal. Asesor del Departamento Ejecutivo Municipal (Sastre y Ortiz – Santa Fe).

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

postuladas como embrionarias de al menos dos problemas: por un lado la administración, mantenimiento y expansión de los cementerios públicos no resulta sustentable en el tiempo; y por otro, generan en el ideario colectivo una suerte de mito “propietarista” respecto a la relación jurídica que une al ciudadano con la res pública, situación que resulta potenciada por las confusas regulaciones locales, así como también por los usos y costumbres que se arrastran desde antaño ante la inexistencia de aquellas. No obstante todo lo anterior, la normativa comparada nacional e internacional, da cuenta, con mayores o menores precisiones y aciertos, de que la tendencia regulatoria gira en torno a consagrar regímenes de concesiones de uso en los cementerios públicos, de carácter temporario; esbozándose una breve aproximación a los lineamientos generales y a la naturaleza jurídica de la denominada delegación transestructural de cometidos como figura apta para aquellos casos donde los entes territoriales, por diversos factores, no pueden hacerse cargo total o parcialmente de todo lo concerniente a los sitios de enterramiento.

**Palabras clave:** Bienes de dominio público – Cementerios públicos – Concesiones de uso.

**Abstract:** The article tries to highlight the applicable legal regime at the time of legislating locally on the use of public cemeteries as assets of the state public domain, banishing or overcoming some regulatory practices that attempt to install the possibility that incompatible legal transactions can be carried out by virtue of the quality of the asset, ignoring its affectation in order to satisfy the general interest. At this point, the national jurisprudence begins to echo the opinion of the majority doctrine on the subject and to pronounce itself by providing solutions based on a serious analysis of the institute in question. Perpetual concessions are postulated as embryonic of at least two problems: on the one hand, the administration, maintenance and expansion of public cemeteries is not sustainable in time; and on the other hand, they generate in the collective ideology a sort of

SARGIOTTI, B., "Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad", pp. 110-141.

"proprietary" myth regarding the legal relationship between the citizen and the public property, a situation that is enhanced by confusing local regulations, as well as by the uses and customs that have been dragging on since long ago due to the non-existence of such regulations. Notwithstanding the above, the national and international comparative regulations, with greater or lesser precision and success, show that the regulatory trend revolves around the establishment of temporary concession regimes for the use of public cemeteries, outlining a brief approach to the general guidelines and legal nature of the so-called trans-structural delegation of duties as a figure suitable for those cases where the local authorities, for various reasons, cannot take full or partial charge of everything related to the burial sites.

**Keywords:** Public Property – Public cemeteries – Concessions of use.

**Sumario:** I. Introducción. II. Marco normativo. 1. Legislación de fondo. 2. Legislación provincial. III. Bienes de dominio público. 1. Caracteres. 2. Usos. IV. Tendencia regulatoria en materia de concesiones de uso en torno a los cementerios públicos. a. Ley N° 4977 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) b. Ordenanza N° 6484/1997 (Rosario – Santa Fe) c. Ordenanza N° 545/1915 (Lomas de Zamora – Buenos Aires) d. Ordenanza N° 68/1973 (Río Grande –Tierra del Fuego) e. Ordenanza N° 784/1976 (Tres Arroyos – Buenos Aires) f. Ordenanza N° 410/1982 (Tigre – Buenos Aires) g. Guía para la elaboración de reglamentos u ordenanzas de cementerio (octubre de 2022) V. ¿Qué tiene para decirnos la jurisprudencia? VI. La delegación transestructural de cometidos. VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Sin perjuicio de la notoriedad, cabe destacar que, con la simple lectura del título, queda a salvo que excede al tema planteado en este trabajo todo lo concerniente a los cementerios privados, figura

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

receptada en los artículos 2103 a 2113 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Efectuada esta aclaración previa, el problema del régimen jurídico aplicable a los cementerios municipales (y comunales) en sí mismos como bienes pertenecientes al dominio público, se encuentra resuelto sin ambages por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a cuáles son las reglas que gobiernan la materia. Lo mismo no sucede en torno al real alcance dentro de dicho régimen respecto al uso que los particulares pueden hacer de tales lugares y el tipo de relación “ciudadano – res pública” que se origina.

Dicho lo anterior, y según el criterio que compartimos, en la mayoría de las regulaciones locales –municipales o comunales– el tópico que nos ocupa se encuentra (en mayor medida) encuadrado correctamente dentro del universo jurídico, no obstante, en otras la confusión regulatoria y terminológica utilizada surge manifiesta, a lo que debemos sumar aquellos lugares donde la materia se rige por usos y costumbre de larga data. Sin embargo, lo antedicho no es óbice para que se apliquen sin más las reglas jurídicas pertinentes.

Ahora bien, sin importar la buena, mala, regular o inexistente regulación sobre el tema, subsisten en el ideario colectivo mitos y creencias respecto al vínculo jurídico que une a las personas con el bien de dominio público al cual nos referimos. Mitos y creencias que se acentúan en aquellos lugares donde el producto normativo es malo, regular o inexistente. Este inconveniente, como veremos, no solo acaece en nuestro país.

Mención aparte merece la situación de aquellas localidades en donde, por falta de recursos técnicos, humanos y económicos, la expansión, construcción y administración de los lugares de enterramiento o sepultura en cementerios locales se delega (o mejor dicho, como veremos, se encomienda) a personas humanas o jurídicas ajenas a la persona estatal, todo lo cual merecerá algunos comentarios

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

respecto a los contornos de dicha actividad, los cuales también resultan fuente de confusiones.

Por otro lado, las concesiones de sepulcros con la modalidad “a perpetuidad” han sido una constante en nuestro derecho local, acarreado, desde nuestro punto de vista, dos problemas fundamentales: 1) la decreciente disponibilidad de espacio físico para la expansión de los cementerios y los elevados costos de mantenimiento y construcción de las unidades destinadas al alojamiento de personas fallecidas que conspira contra la sustentabilidad del sistema y 2) la sensación de dominio pleno que genera en las personas la relación con el objeto de concesión.

El primero de los problemas comentados, si bien puede ser de afectación en localidades de variada densidad poblacional, creemos que se presenta con mayor asiduidad en aquellas ciudades en que confluyen un mayor número de habitantes, donde en un principio los cementerios públicos que se ubicaban en las periferias quedaron absorbidos por el avance, desarrollo y expansión territorial de los ejidos urbanos, sumado a que los costos de construcción y mantenimiento, hoy en día, son elevados en cualquier parte del país. El segundo problema, por otra parte, es de incidencia común.

Habiendo hecho una breve introducción respecto a los problemas que nos inquietan, intentaremos exponer sucintamente las reglas que consideramos aplicables a estos particulares lugares; las tendencias regulatorias locales -en el derecho interno y comparado- en torno a las concesiones de uso de bienes del dominio público; y la opinión de la jurisprudencia nacional e internacional en la resolución de conflictos entre particulares y administraciones públicas.

## **II. MARCO NORMATIVO**

### **1. Legislación de fondo**

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

Tratando de seguir una lógica deductiva podemos comenzar haciendo alusión a lo que el CCCN tiene para graficarnos respecto al tema que no ocupa y poder empezar a delinear los contornos normativos aplicables a los cementerios públicos.

La concepción del Código Civil –y en la misma línea, el Código Civil y Comercial– responde a la llamada tesis propietarista que entiende al dominio público como un derecho real administrativo o público, caracterizado por las notas de indisponibilidad, inembargabilidad y sujeción a un régimen especial basado en la afectación a un uso común.

Respecto a la naturaleza jurídica del dominio público, sostiene Marienhoff que, como el Código Civil se refiere a dicho dominio, se ha pretendido considerar que este instituto es de naturaleza civil. El dominio público no es una institución de naturaleza civil: es de derecho público y, más concretamente, de derecho administrativo. Si el Código Civil hace referencia al dominio público no es para atribuirle naturaleza civil. Cuando dicho Código establece qué cosas pertenecen al dominio público y cuáles al dominio privado, lo hace al solo y único efecto de deslindar ambos tipos de dominio, estableciendo así la distinción o clasificación básica en la condición legal o naturaleza jurídica de las cosas<sup>2</sup>.

Así, el artículo 235, inciso f), de la norma de fondo establece que:

Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales: (...) las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común (...); en tanto, el artículo 237 dispone: “Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce. Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las

---

<sup>2</sup> MARTÍNEZ, H., “Derecho Administrativo”, Tomo II, pp. 107-108.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

disposiciones generales y locales. La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los artículos 235 y 236.

El inciso citado, en primer término, contiene la referencia al dominio público “artificial” ya que las obras enunciadas son “construidas” por el hombre. Marienhoff advierte que también pertenecen al dominio público aquellas obras “organizadas” o “formadas” como un museo o una biblioteca. A su vez, no es necesario que haya sido el Estado el que las haya construido, sino que pueden haber sido terceros y, luego, el Estado haberlas adquirido<sup>3</sup>.

En cuanto a los caracteres de la res pública, el autor citado define al dominio público al tiempo que señala los cuatro elementos constitutivos de la dominicalidad. De esta forma, el dominio público es un conjunto de bienes (elemento objetivo) que, de acuerdo al ordenamiento jurídico (elemento normativo o legal), pertenecen a la comunidad política pueblo (elemento subjetivo), hallándose destinados al uso público -directo o indirecto- de los habitantes (elemento teleológico o finalista)<sup>4</sup>.

Además, podemos observar cómo el artículo 237 -transcripto ut supra- dispone que será la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local los que determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes; como, así también, que el uso y goce que las personas hagan de los bienes de carácter público estarán sujetos a las disposiciones de la normativa civil y comercial y a las ordenanzas generales o locales.

Más adelante, nos ocuparemos de los tipos de uso que se pueden ejercer sobre los bienes que estamos comentando y el impacto de los

---

<sup>3</sup> PÉREZ PEJIC, G., “Comentarios al artículo 235”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo I, p. 389.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 393.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

caracteres descriptos a la hora de disipar la nube de mitos que creemos existente. Ahora, cabe detenernos por un instante en el elemento finalista que nos remarca el autor en su definición, siendo la clave de distinción respecto de los bienes de dominio privado, esto es, su afectación al uso público.

La inclusión de un bien del Estado dentro del dominio público difiere según se trate de un bien natural o artificial. En nuestro caso, y como ya lo dejáramos planteado, los cementerios públicos constituyen bienes de tipo “artificial” para los cuales, y a diferencia de los naturales (que su estatus se consagra legislativamente), necesitamos la acción de “afectar” a partir de lo cual, dicho bien queda destinado al uso y goce de la comunidad.

Para que un bien artificial del Estado quede afectado al dominio público debe existir un pronunciamiento expreso o implícito, emergente este de hechos inequívocos (afectación tácita) de la Administración, y que dicha afectación sea efectiva y actual. En concreto “(...) la cosa debe ser puesta efectivamente a disposición del uso público”<sup>5</sup>.

A la inversa, un bien puede desafectarse del dominio público de la misma manera que puede afectarse. En concreto: desafectar significa sustraer un bien del Estado de su destino de uso público e ingresarlo a su dominio privado. Se trata, en rigor, de una alteración o variación de su destino y de su condición jurídica, que siempre se corresponde con una manifestación estatal expresa o tácita<sup>6</sup>.

Como indicáramos, así como la afectación difiere según se trate de bienes naturales o artificiales, lo mismo sucede con la desafectación formal que se concreta a través de una manifestación de voluntad estatal.

---

<sup>5</sup> MARTÍNEZ, H., “Derecho Administrativo”, Tomo II, p. 123.

<sup>6</sup> Ibid., p. 127.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

Para los primeros, la desafectación es competencia de la Nación y se materializa mediante ley del Congreso nacional. En cambio, tratándose de bienes artificiales previamente afectados mediante acto administrativo formal, se desafecta de la misma forma y por la misma autoridad que lo afectó. Con ello, es obvio, participamos de la línea de pensamiento que admite la desafectación tanto de bienes del dominio público artificial como del natural. Como se ha dicho, no existen bienes del dominio público por su propia naturaleza<sup>7</sup>.

Por otro lado, la eventualidad de la desafectación tácita o por hechos -es decir, sin necesidad de acto expreso- ha dado lugar a divergentes opiniones. Bielsa niega esta posibilidad. Marienhoff la acepta (aunque esta forma de desafectación no abarca a los bienes naturales)<sup>8</sup>.

A su vez, no puede entenderse como tácitamente desafectado del dominio público un bien mediante actos irregulares o contrarios a la ley (vgr. venta directa de bienes del dominio público), ya que estos actos son nulos y no producen efectos<sup>9</sup>.

A todo lo anterior podemos agregar que la desafectación no extingue el dominio, sino que modifica su condición jurídica, además, cesan *ipso jure* el uso común propio del dominio público y el uso especial que hubiera sido concedido -por vía de concesión o permiso a particulares-, todo ello sin necesidad de resolución expresa.<sup>10</sup>

## 2. Legislación provincial

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 128.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid., pp. 128-129.

<sup>10</sup> Ibid., p. 131.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

Bajando un escalón, en el plano provincial<sup>11</sup>, tanto en la Ley Orgánica de Municipalidades N° 2756 (LOM) como en la Ley Orgánica de Comunas N° 2439 (LOC) encontramos marcadas pautas respecto a la competencia que detentan los entes territoriales para avocarse a la regulación, administración y a todo ámbito que incumba respecto a los cementerios públicos.

Así, podemos mencionar que:

- las municipalidades administran libremente sus bienes (art. 2 LOM);
- se declaran bienes del dominio público municipal, entre otros, los cementerios (art. 43 LOM);
- los particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos municipales, sujetándose a las restricciones reglamentarias que se dicten al efecto (art. 44 LOM);
- como atribución y deberes de los Concejos: conservación y atención de los cementerios (art. 39, inc. 59, LOM);
- como atribución del Intendente: conservación y reglamentación de cementerios (art. 41 inc, 24, LOM); y
- son atribuciones de los municipios: (...) las referentes a cementerio (art. 43, inc. 1, LOC).

Todo ello ha llevado a que, en mayor medida, los entes territoriales menores dicten sus propias ordenanzas de reglamento de cementerio municipal, tal como lo veremos al analizar la normativa municipal comparada en torno a la tendencia regulatoria respecto al régimen de concesiones, la cual nos servirá para completar el tercer nivel normativo.

---

<sup>11</sup> Haremos alusión a la normativa de la Provincia de Santa Fe.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

### III. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

#### 1. Caracteres

El principal carácter de los bienes de dominio público es su afectación al uso directo de la población, de modo que toda ella, en el marco de una razonable reglamentación, pueda tener acceso al bien para su uso y goce<sup>12</sup>.

Tal y como lo dejáramos expuesto en la transcripción del artículo 237 del CCCN, los bienes del dominio público son inalienables; razón por la cual, el mito o creencia de que una persona humana o jurídica -distinta al ente territorial (municipio o comuna)- sea propietaria de la parcela para construir o del lugar de enterramiento que les ha sido adjudicado, debe caer.

Solo excepcionalmente un bien de dominio público puede ser objeto de un acto jurídico, como el otorgamiento de derechos especiales de uso o ser susceptible de expropiación. La inalienabilidad desaparece con la desafectación ya que el bien pasa al dominio privado del Estado. Por ello, la venta de un bien del dominio público es nula. La inalienabilidad es inherente al régimen de dominio público, es de la esencia de la dominialidad; sin que ello signifique que estén totalmente excluidos del régimen contractual, como en el caso del otorgamiento de concesiones y permisos de uso<sup>13</sup>.

También son imprescriptibles ya que los bienes del dominio público no están en el comercio y sobre las cosas que no están en el comercio no puede ejercerse una posesión útil. La imprescriptibilidad de los bienes del dominio público es correlato de la inalienabilidad ya que los mismos no pueden adquirirse por usucapión o prescripción

---

<sup>12</sup> MARTÍNEZ, H., “Derecho Administrativo”, Tomo II, p. 116.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 117.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

adquisitiva. Los eventuales actos posesorios que se realicen sobre bienes del dominio público carecen de toda eficacia<sup>14</sup>.

Son inembargables, y ello es explicable, porque el embargo es el paso previo a la ejecución forzosa de un bien, y esta es improcedente respecto de bien de dominio público. La inembargabilidad es una consecuencia directa de la inalienabilidad<sup>15</sup>.

## 2. Usos<sup>16</sup>

Para introducirnos al tema, podemos decir que las normas aplicables a los cementerios municipales o comunales -como bienes integrantes del dominio público y, por consiguiente, también lo relativo a los derechos que emergen de su ocupación por los particulares a los efectos del depósito de restos mortales- incumben al derecho administrativo en general y, en especial, a las normas locales.

En el contexto referenciado, parece surgir claramente que los cementerios públicos pertenecen al dominio público local, quedando los inmuebles fuera del comercio privado dado que, como ya precisamos, son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. En cuanto a las sepulturas, el derecho otorgado sobre las mismas por el Estado a los particulares constituye una concesión de uso, de índole administrativa, que como tal se enmarca dentro de los llamados “derechos personales de uso”. Finalmente, los actos vinculados con la actividad funeraria están regidos por el poder de policía mortuoria, que es ejercido por los estados locales, en especial los Municipios.

Así, podemos continuar especificando que los usos de los que son susceptibles las cosas del dominio público se dividen en dos grandes grupos: comunes y especiales, que difieren entre sí no solo por

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 118.

<sup>15</sup> Ibid., p. 119.

<sup>16</sup> En virtud de la claridad y síntesis explicativa, el apartado es elaborado en base a extractos de: THOMAS, G., “Derecho Administrativo. Medios materiales de la Administración Pública. Dominio Público”, p. 36 y ss.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

la índole del aprovechamiento, sino también por el contenido jurídico y naturaleza del derecho de los usuarios; ubicándose las concesiones otorgadas respecto a cementerios públicos, dentro del segundo.

El uso especial es el que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente. No es un uso general de la colectividad, como el uso común, sino un uso privativo, exclusivo, que ejercen personas determinadas. Contrariamente al uso “común”, no se trata de una prerrogativa correspondiente al hombre por su sola calidad de tal.

Los usos especiales no tienen un titular determinado a priori: su eventual titular puede ser cualquier miembro de la comunidad. La adquisición del derecho de uso especial o privativo de los bienes del dominio público requiere, indispensablemente, un acto expreso del Estado, en cuyo mérito ese derecho resulte otorgado o reconocido.

Dentro de los mencionados usos especiales, la forma más simple de otorgar derechos de uso especial sobre dependencias del dominio público, consiste en el permiso de uso, la cual constituye una simple situación precaria (derecho imperfecto), que carece de plazo de vigencia y que su uso puede ser extinguido en cualquier momento por la Administración cuando ella invoque para ello una justa causa o una razón atendible.

Otro de los medios para obtener el uso privativo de bienes del dominio público es la concesión. En el otorgamiento de estos derechos de uso, el Estado actúa como persona de derecho público ejercitando sus potestades de poder público. Trátase de una función típicamente estatal.

Las concesiones de uso son constitutivas de meros derechos de uso; por ende, no son traslativas de dominio. El concesionario no adquiere derecho alguno de propiedad sobre la dependencia dominical,

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

lo que es así cualquiera sea la duración atribuida a la concesión. El derecho que la concesión de uso le crea al concesionario es de naturaleza real, es un derecho real administrativo, pudiendo ser temporario o perpetuo; uno u otro sistema no constituye una cuestión de principios jurídicos, sino de política y de criterio legislativo.

Como lo mencionamos más arriba, el Código Civil y Comercial en su artículo 237, al mencionar el uso y goce de los particulares respecto de los bienes del dominio público del Estado, alude a los denominados “usos comunes”, como, por ejemplo, la posibilidad de beber o de sumergirse en las aguas públicas, de transitar por calles y caminos públicos. En contraposición a los llamados “usos comunes”, existen los usos especiales de los que goza una o más personas determinadas en virtud de un “permiso de uso” o de una “concesión de uso”.

Todo lo anteriormente afirmado, encuentra respaldo en la doctrina clásica. Así, Marienhoff define a los usos comunes como aquellos que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad.

Uso especial, por otra parte, es el que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente. No es un uso general de la colectividad, como el uso común, sino un uso privativo, exclusivo, que ejercen personas determinadas.

En cuanto a las formas de otorgar el derecho de uso especial, se encuentra el permiso, el cual no genera un derecho subjetivo para su titular y cuya esencia es, de acuerdo a Marienhoff, la posibilidad de ser revocado en cualquier momento por la autoridad pública que lo confirió.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

Por otro lado, se encuentra la “concesión”, la cual constituye un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones, es decir: es un acto administrativo que posee carácter bilateral y produce derechos subjetivos. Como señalara el autor, la voluntad del particular interesado es fundamental: sin tal voluntad no hay concesión. En otras palabras, la concesión se asemeja a un contrato, aunque técnicamente no lo sea, ya que este pertenece al derecho privado y aquella al derecho público.

#### **IV. TENDENCIA REGULATORIA EN MATERIA DE CONCESIONES DE USO EN TORNO A LOS CEMENTERIOS PÚBLICOS**

Habiendo puesto de manifiesto en el apartado anterior que la concesión de uso es un derecho real administrativo, pudiendo ser temporario o perpetuo, y que uno u otro sistema no constituye una cuestión de principios jurídicos, sino de política y de criterio legislativo, a riesgo de ser tediosos, citaremos normativa municipal e internacional comparada para poder apreciar la tendencia hacia la temporalidad por sobre la perpetuidad de la concesiones que, creemos, responde a los dos problemas planteados en la introducción en torno a este tópico, sobre todo, con miras a una racional utilización de los recursos por parte de la Administración.

Además, las citas efectuadas servirán para completar el marco normativo descrito en el apartado II, en torno a la regulación que sobre el tema efectúan los entes municipales, dejando aclarado que, en virtud de todo lo desarrollado hasta ahora, alguna terminología utilizada no nos parece la más acertada.

##### **1. Legislación/reglamentación comparada**

a. Ley N° 4977 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires):

SARGIOTTI, B., "Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad", pp. 110-141.

Art. 4.- En los cementerios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que sean bienes del dominio público del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los particulares no tienen sobre las sepulturas otros derechos que aquellos derivados del acto administrativo que los otorgó, sin que, en ningún caso, tales actos administrativos importen enajenaciones o transmisiones de dominio. Los Cementerios pertenecen al dominio público sin más distinción de sitios que los destinados a sepulturas, nichos, bóvedas, panteones, osarios y cinerarios sin que ello genere derecho real alguno.

Art. 31.- Las sepulturas se concederán previo pago de la tarifa que establezca la Ley Tarifaria vigente al momento de efectivizarse el mismo (...) Los plazos de otorgamiento serán los siguientes:

- Por el término de cinco (5) años para cadáveres de personas mayores de cuatro (4) años de edad.
- Por el término de tres (3) años para cadáveres de personas hasta cuatro (4) años de edad inclusive.

Art. 34.- A los cadáveres procedentes de la Morgue Judicial o establecimientos hospitalarios que no fueren reclamados, se les dará sepultura individual y gratuita por el término de cuatro (4) años.

Art. 43.- Los nichos de ataúd se darán en arrendamiento por el término de uno (1) a quince (15) años, los nichos de restos y cenizas por el término de uno (1) a diez (10) años, como plazos mínimos y máximos respectivamente, renovables sucesivamente, previo pago de los derechos que fije la Ley Tarifaria vigente al momento de efectivizarse el mismo.

Art. 44.- Transcurridos quince (15) años desde la fecha de fallecimiento el cadáver se pondrá a disposición de la familia para su posterior destino, salvo que, por razones de disponibilidad general, pueda otorgarse la renovación del arrendamiento por periodos de uno (1) a cinco (5) años y hasta un máximo total de treinta (30) años.

Art. 77.- El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrá otorgar a entidades mutualistas, instituciones de beneficencia y/o ayuda social, asociaciones civiles representativas de profesiones

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

liberales o gremiales de trabajadores, concesiones de terrenos, con carácter gratuito y por el término de sesenta (60) años, para la construcción de panteones que serán utilizados en beneficio de sus afiliados.

**b. Ordenanza N° 6484/1997 (Rosario – Santa Fe):**

Art. 1.- Los cementerios son un bien público de la Municipalidad conforme con el artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades. El uso de estos bienes públicos por parte de los particulares no tiene otro carácter que el de un derecho de concesión de uso reglamentado por el Municipio. Las Concesiones de Uso se extenderán por 50 años, entendiéndose por este lapso lo que se haya otorgado con carácter de perpetuidad. Vencido este término la Municipalidad de Rosario retomará plena posesión de los sepulcros y terrenos concesionados con todo lo edificado, clavado y plantado sobre los mismos. Ninguna Concesión a perpetuidad podrá extenderse más allá del 1 de enero del año 2051, independientemente del término o plazo transcurrido desde el momento de su adjudicación. (...)

Art. 2.- Los cementerios Municipales conservaran su actual superficie territorial no pudiendo extenderse por ningún concepto la misma, ni anexarse inmuebles o propiedades linderas con destino al funcionamiento de los cementerios.

Art. 22.- Están autorizadas las reducciones en sepulturas edificadas, nichos o panteones, una vez transcurrido un mínimo de 15 años desde la fecha del fallecimiento.

Art. 33.- La concesión de uso temporaria de nichos será simultánea con la ocupación del mismo, por el término que establezca la Ordenanza General Impositiva anual, previo pago del derecho que exige la misma, siendo renovables por períodos sucesivos iguales hasta un máximo de 20 años. Cumplido dicho plazo deberá ser desocupado. En caso de que no se haya completado el proceso biodegradativo, la Dirección General de Defunciones y Cementerios, concederá un último plazo de concesión de uso no superior al término establecido en la Ordenanza General Impositiva anual.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

Art. 34.- Los nichos urnas podrán cederse en concesión de uso por el término que establezca la Ordenanza General Impositiva anual, renovables por períodos sucesivos hasta un máximo de 16 años.

Art. 36.- Cuando un nicho o nicho urna se desocupe antes del término de la concesión de uso temporaria, el titular pierde todo derecho y la Municipalidad podrá disponer de la misma no devolviendo importe alguno. En otro orden de ideas, en el Capítulo IV referido a Mutuales se deja claro el carácter de concesión de uso de los terrenos y el plazo para su explotación por parte de la persona jurídica:

Art. 93.- Las concesiones de uso de terrenos serán adjudicados por el Departamento Ejecutivo con la aprobación del Honorable Concejo Municipal, previa solicitud de la institución interesada, la que deberá haber dado estricto cumplimiento a lo prescripto en el artículo anterior.

Art. 94.- Las concesiones de uso de terrenos se extenderán por 50 años; entendiéndose por este lapso lo que se haya otorgado con carácter de perpetuidad. Vencido este término la Municipalidad de Rosario retornará plena posesión de los terrenos con todo lo edificado, clavado y plantado sobre los mismos.

**c. Ordenanza N° 545/1915 (Lomas de Zamora – Buenos Aires):**

Art. 19.- La enajenación de sepulturas se efectuará de cinco en cinco años, quedando abolida la venta a perpetuidad de dichas sepulturas.

Art. 21.- Las concesiones serán renovables a solicitud del concesionario o de su familia, caducando por el nuevo transcurso del término y volviendo a ser propiedad de la Municipalidad (...).

**d. Ordenanza N° 68/1973 (Río Grande – Tierra del Fuego):**

Art. 37.- Los derechos de uso de nichos, panteones y fosas deberán renovarse dentro de los treinta (30) días siguientes a su vencimiento; si esto no se efectuase, los cadáveres respectivos serán exhumados y destinados al osario.

Art. 57.- La Municipalidad dispondrá libremente de los nichos municipales y tierra para sepulturas concedidas en derechos de uso

SARGIOTTI, B., "Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad", pp. 110-141.

desde el momento en que fueren desocupados y los concesionarios perderán todo derecho a indemnización o devolución.

Art. 58.- El tiempo mínimo del derecho de uso de las sepulturas será de diez (10) años y el de nichos de quince (15) años.

e. Ordenanza N° 784/1976 (Tres Arroyos – Buenos Aires):

Art. 30.- a) La concesión para la inhumación de los restos en sepultura o nicho se otorgará por períodos de cinco, diez o quince años, renovables hasta un plazo de treinta (30) años, vencido el cual se procederá a la reducción del cadáver para ser colocado en urnas o bien en el osario general, según el caso, siempre que las condiciones de conservación de los cadáveres lo permita. Si no se da la condición, se deberá cambiar el cajón y poner en tierra, por otro período de cinco (5) años, con cargo al deudo o interesado.

f. Ordenanza N° 410/1982 (Tigre – Buenos Aires):

Art. 45.- La adjudicación se hará en forma directa por vía administrativa y los plazos de concesión se establecerán de la siguiente forma: a) Terrenos para bóvedas, mausoleos y panteones: hasta un máximo de cincuenta (50) años. b) Terreno para nichos comunes y para restos reducidos: por cinco (5) años. c) Terrenos para sepulturas: por cinco (5) años.

g. Guía para la elaboración de reglamentos u ordenanzas de cementerio<sup>17</sup> (octubre de 2022):

Art. 13.- Contenido del derecho funerario. El derecho funerario es la concesión administrativa temporal de carácter privativo que atribuye a la persona titular el derecho al uso del espacio o unidad de enterramiento sobre el que se constituye, con el único fin permitido de inhumación de cadáveres, cenizas y/o restos, así como otras operaciones de cementerios, durante el plazo fijado en la concesión y con sujeción al resto de condiciones de esta. El derecho funerario, así como los cadáveres, restos humanos o cenizas, están

---

<sup>17</sup> Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y Asociación de Funerarias y Cementerios Municipales (AFCM), "Guía para la elaboración de Reglamentos u Ordenanzas de cementerio y de crematorio", pp. 35 y 44.

SARGIOTTI, B., "Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad", pp. 110-141.

excluidos del comercio. Queda prohibida cualquier enajenación onerosa de los mismos.

Art. 19.- Duración del derecho funerario. El derecho funerario se extenderá por todo el tiempo fijado a su concesión, y cuando proceda, a su ampliación, sin perjuicio de las causas de extinción anticipada. La concesión del derecho funerario podrá otorgarse por:  
1. Periodo inicial de cinco años para el inmediato depósito de un cadáver, prorrogable por anualidades, y hasta un máximo de cincuenta (50) años (...)

## V. ¿QUÉ TIENE PARA DECIRNOS LA JURISPRUDENCIA?

Grisela Alejandra García Ortiz en su artículo titulado "Los cementerios públicos. Una asignatura pendiente para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Del Plenario 'Viana' a la actualidad"<sup>18</sup>, nos advierte que, más allá de las implicancias del precedente mencionado (al cual nos referiremos en base a un fallo reciente), encontramos en Argentina fallos, votos alentadores y la opinión de la doctrina mayoritaria para echar luz sobre el tema.

En este sentido, la citada autora mencionó lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "A", en autos "Centro de Suboficiales del Ejército y Aeronáutica c/ Círculo Suboficiales de las Fuerzas Armadas"<sup>19</sup>:

Los cementerios son bienes públicos que integran el dominio municipal, razón por la cual su régimen no debe ser considerado a partir de la normativa propia del Derecho Civil, sino desde la óptica

---

<sup>18</sup> GARCÍA ORTIZ, G., "Los cementerios públicos. Una asignatura pendiente para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Del Plenario 'Viana' a la actualidad", en *Revista Abogados del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal*, p. 8.

<sup>19</sup> Ibid.

SARGIOTTI, B., "Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad", pp. 110-141.

del derecho administrativo, en especial en todo lo relacionado con el sistema de las concesiones de las sepulturas o sepulcros<sup>20</sup>.

Similar criterio se manifestó en el precedente "López de Pereira, Emilia y otros c/ Municipalidad de la Capital" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", al sostenerse que:

Los cementerios son de dominio público municipal. El título en virtud del cual el particular adquiere el derecho respecto de la sepultura erigida en el recinto del cementerio, es, por tanto, un acto administrativo traducido por una concesión. (...) Debe pues acudirse en primer lugar a las disposiciones específicas de índole administrativa y sólo en su ausencia recurrir a las reglas del Código Civil<sup>21</sup>.

En tal sentido, cualquier tipo de "boleto de sepultura" que se pretenda invocar como título no es más que una constancia de una concesión administrativa de uso, sin perjuicio que en las ordenanzas municipales anteriores al Código Civil de Vélez, e incluso posteriores, se utilizaba la palabra "venta" a los efectos de transmitir derechos a los particulares autorizados por el Estado.

Sostiene la autora que, quizás, ello fue el error interpretativo inicial que llevó a una corriente jurisprudencial a sostener que dichos instrumentos significaban la transmisión de un derecho real de dominio, sin adentrarse en un análisis teórico serio del instituto, su naturaleza de orden público y los requisitos para su transmisión<sup>22</sup>.

En el derecho extranjero, los problemas que se suscitan en torno a la temática que nos proponemos abordar no son menos complejos que en nuestro país.

---

<sup>20</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "A", "Centro de Suboficiales del Ejército y Aeronáutica c/ Círculo Suboficiales de las Fuerzas Armadas", 16/07/1996.

<sup>21</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "E", "López de Pereira, Emilia y otros c/ Municipalidad de la Capital", 10/02/1983.

<sup>22</sup> GARCÍA ORTIZ, G., "Los cementerios públicos. Una asignatura pendiente...", en *Revista Abogados del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal*, p. 9.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

En España, por ejemplo, se plantea la cuestión en un escrito titulado “Sepulturas, panteones y nichos: ¿A perpetuidad? ¿En propiedad?”, donde, a modo de introducción de los criterios jurisprudenciales, la autora se pregunta: ¿los ayuntamientos pueden “vender a perpetuidad” terrenos para sepulturas, panteones o nichos a los particulares?; y reflexiona<sup>23</sup>:

Si preguntamos a los vecinos de nuestro municipio, un porcentaje casi absoluto nos dirá que sus terrenos para sepulturas, panteones o nichos los han adquirido con título de propiedad y, por ello, “para siempre”, porque, ¿qué puede haber en esta vida más eterno que el último lugar de descanso? La lógica de la ciudadanía es aplastante, pero, como otras tantas veces, choca con las disposiciones legales y la nota de la inalienabilidad de estos bienes de dominio y servicio público que son los cementerios municipales. Así pues, y en supuesto de que se le haya dado el tratamiento de “venta en propiedad” ¿es nula por tratarse de cosas fuera del comercio? (...) [L]a realidad es que en nuestros municipios se plantean con bastante frecuencia cuestiones relacionadas sobre todo con la “propiedad” y la “perpetuidad” de estos lugares.

En la jurisprudencia del país europeo podemos encontrar los siguientes pronunciamientos a los que hacer referencia brevemente la autora española<sup>24</sup>:

La Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de mayo de 2004 desestima una petición de expedición de título de propiedad de unas sepulturas en el cementerio, considerada por el Ayuntamiento como concesión. Trata el tema de los enterramientos a perpetuidad y se centra en la figura del negocio jurídico concesional sobre el dominio público reiterando anterior jurisprudencia que estima que no cabe su otorgamiento por un plazo superior a 99 años ni, por tanto, su transmisión en propiedad<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> SERRANO FERRER, M., “Sepulturas, panteones y nichos: ¿a perpetuidad? ¿En propiedad?”, 02/11/2007.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sentencia del 26/05/2004.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 del noviembre de 2003 en relación con un cambio de titularidad de sepulturas y de enterramientos a perpetuidad reitera las ideas expuestas que se acaban de exponer. (...) [S]e declara que, no obstante la mención de la propiedad, y a pesar de la terminología utilizada, ello no significa que se acordase una enajenación. Pues se encontraba entonces vigente el Estatuto municipal de 1924, cuyos preceptos establecían que los cementerios, desde luego de propiedad municipal, tenían carácter de servicio público<sup>26</sup>.

En las Sentencias del Tribunal Supremo del 2 de junio de 1997<sup>27</sup> y 14 de diciembre de 1998<sup>28</sup> se sostiene que la cesión de sepulturas es un negocio jurídico concesional sobre el dominio público, y que la expresión “a perpetuidad” no puede interpretarse literalmente ya que en cualquier caso los derechos sobre el dominio público no pueden otorgarse durante un plazo superior a 99 años, siendo conforme a derecho que los Ayuntamientos establezcan un plazo menor.

Dicho esto, vemos cómo parte de la jurisprudencia nacional y extranjera concluyen en aplicar a los cementerios municipales - incluidos los lugares de enterramiento y sepultura- las reglas jurídicas y los criterios doctrinarios que hemos venido desarrollando hasta el momento, los cuales compartimos.

En otra línea interpretativa, encontramos la postura que seguidamente detallaremos la cual, según nuestra opinión, es fuente de confusiones a la hora de estudiar el instituto en cuestión.

---

<sup>26</sup> Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sentencia del 24/11/2003.

<sup>27</sup> Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sentencia del 02/06/1997.

<sup>28</sup> Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sentencia del 14/12/1998.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

Retomando con lo que dijimos al inicio de este apartado, no podemos dejar de hacer alusión al plenario “Viana”<sup>29</sup>, y lo haremos a la luz del precedente “Den Baas Pierre y otros c/ Palacio Enrique”<sup>30</sup>.

Allí, el tribunal de alzada, confirmando lo resuelto por el tribunal a quo, continuó con la tesitura plenaria -la cual no compartimos- disponiendo que:

Al adquirir la propiedad de una parcela en un cementerio público no se obtiene el dominio del bien en los términos del artículo 2506 y concordantes del Código Civil, sino sólo la titularidad de lo allí construido (o por construir) y la autorización administrativa para que allí se pueda honrar a los deudos.

La fracción de terreno que constituye el bien de que se trata continúa siendo de dominio público, pero es el referido derecho real administrativo el que es objeto de transmisión o adquisición por prescripción.

De acuerdo a la doctrina plenaria sentada por la Cámara Civil en la causa “Viana, María Angélica y otros”, las sepulturas son susceptibles de ser adquiridas por la prescripción, desde que reconocen como título originario una adquisición por venta otorgada por la Municipalidad de la Capital.

Nada obsta a que un derecho real administrativo pueda ser adquirido por prescripción, en tanto una ley especial no disponga lo contrario.

## VI. LA DELEGACIÓN TRANSESTRUCTURAL DE COMETIDOS

En uno de los apuntes introductorios, hacíamos referencia a aquellas ciudades y pueblos que, por insuficiencia en sus recursos

---

<sup>29</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Viana María Angélica y otros s/ Prescripción – Sepulcros”, 21/08/1942.

<sup>30</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “Den Baas Pierre y otros c/ Palacio Enrique s/ Prescripción adquisitiva”, 15/12/2021.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

técnicos, humanos y económicos, delegan -dicho de forma correcta, encomiendan- la expansión, construcción y administración de los cementerios locales en personas humanas o jurídicas ajenas a la Administración.

Pues bien, a los fines de que no se susciten los inconvenientes interpretativos que se presentan en la relación “Administración – ciudadanía” respecto al régimen jurídico que resulta aplicable a los lugares de enterramiento, corresponde hacer un brevísimo análisis de las reglas que se aplican en la relación “Administración – personas humanas o jurídicas delegadas – ciudadanía” para los cometidos arriba enunciados.

Es así como, exorbitando el marco de la Administración tanto centralizada como descentralizada, aparece la delegación transestructural de cometidos, que implica la asignación de funciones públicas específicamente determinadas a personas humanas o jurídicas para el logro de un cometido concreto, asignación que se concreta por una norma jurídica, normalmente con jerarquía de ley, o bien, con jerarquía de acto administrativo amparado en una ley genérica previa<sup>31</sup>.

La delegación transestructural de cometidos que hemos caracterizado, no constituye propiamente transferencia de competencia, sino de asignación del ejercicio de funciones -públicas por su naturaleza- a personas privadas.

“Cometidos”, en rigor, no es competencia, sino que tiene una clara connotación finalista, donde la titularidad de la competencia genérica continúa siendo pública, aunque el ejercicio concreto de ciertos y específicos cometidos, se delega, más precisamente, se encomienda en cabeza de determinados sujetos pertenecientes al sector privado. Estos actúan, en tales condiciones, como una suerte de sujetos auxiliares de la administración pública, en la medida que, al realizar

---

<sup>31</sup> MARTÍNEZ, H., “Derecho Administrativo”, Tomo II, p. 117.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

aquellos cometidos delegados, colaboran con ella en la ejecución de las competencias de la misma, aunque sin incorporarse, desde ya, a la estructura administrativa, es decir, sin dejar de ser sujetos del derecho privado, pertenecientes al sector privado del ordenamiento<sup>32</sup>.

Las relaciones emergentes de la delegación transestructural de cometidos se rigen por el derecho público, tanto la existente entre delegante y delegado, como la que se crea entre delegado y tercero administrado, que es una persona privada y continúa siéndolo aún en ejercicio del cometido, ya que el delegado actúa sustituyendo a un sujeto público delegante estrictamente para el cometido delegado.

Naturalmente, serán de derecho público aquellas actuaciones del delegado que refieren estrictamente al cometido encargado. Se trata, pues, de aplicar principios y normas de derecho público a una relación que, en lo formal, se traba entre dos sujetos de derecho privado<sup>33</sup>.

En virtud de ello, mal podrían predicar las personas humanas o jurídicas a las cuales se les ha encomendado un cometido público, que esa delegación constituye una venta del bien del dominio público (en nuestro caso, parcelas de cementerio destinadas a construir sitios de enterramiento o delegación de los ya construidos para su administración), debiendo sujetarse, en primer lugar, a las normas que surgen del acto administrativo que encomienda las tareas y, en segundo lugar, a las normas de derecho administrativo plasmadas en el reglamento interno de cementerio municipal o comunal.

## VII. CONCLUSIONES

Todo lo que hemos podido analizar en el presente trabajo, en lo que a nosotros respecta, es fruto de la experiencia profesional que

---

<sup>32</sup> Ibid., pp. 129-130.

<sup>33</sup> Ibid., p. 130.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

llevamos a cabo en un pequeño municipio de la provincia de Santa Fe donde, al día de hoy, continúa vigente una ordenanza que solo regula las concesiones de nichos del cementerio municipal con la modalidad “a perpetuidad”. A ello se le suman largos años de prácticas y creencias que, en general, resultan incompatibles con los parámetros reseñados.

Esto ha hecho que, desde el Departamento Ejecutivo Municipal, se ponga énfasis en dotar a dicho lugar de un reglamento que, entre otras cosas, tenga como eje un cambio hacia el paradigma de la concesiones por tiempo determinado y, en lo posible, deje en claro y accesible para el común de la ciudadanía las reglas jurídicas aplicables (para el otorgamiento de concesiones de uso, construcciones dentro del ámbito cementerial, relaciones con los sujetos de derecho privado a los cuales se les encomienda cometidos públicos en la materia, etc.), todo lo cual no se ha podido lograr aún.

Lo que sí creemos oportuno señalar es que, el cambio de modelo concesional que mute de “la perpetuidad” al “plazo determinado” no puede ser impuesto sin más como ocurre en el caso de la Ordenanza rosarina, ya que, habiendo afirmado más arriba que la concesión constituye un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones, esto es, que nos encontramos frente a un acto administrativo que posee carácter bilateral y produce derechos subjetivos, mal podría decirse que este cambio en las condiciones de relacionarse no conlleve algún tipo de compensación para el particular que había ingresado al sistema de “la perpetuidad” y por el cual había pagado el canon fijado; por ende, pensamos, debería poder optar, al menos, entre una indemnización equivalente al valor de una concesión por el plazo máximo previsto en la nueva normativa o el inicio de un nuevo plazo sujeto al máximo regulado sin costo alguno; excepto, constancias indiscutibles de que el uso especial se había otorgado como “permiso de uso” que, como también remarcamos, constituye una simple situación precaria (derecho imperfecto), que carece de plazo de vigencia y que su uso puede ser extinguido en cualquier momento por

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

la Administración, siempre con el requisito de la acreditación de justa causa o causa atendible.

En cuanto a los mitos señalados, el diálogo que recrea la autora española con la población<sup>34</sup> es fácilmente palpable para nosotros, encontrándonos con respuestas similares, para no decir idénticas, en las cuales el ciudadano de a pie tiene asumido que lo que ha abonado por su lugar de descanso final lo hizo a título de compraventa y que, por consiguiente, resulta dueño del mismo.

Luego, los problemas de la necesidad de construir continuamente unidades para albergar personas fallecidas, como consecuencia del régimen de concesiones a perpetuidad y de supuestas “ventas” a particulares de parcelas o sepulcros (ya que no se opera la rotación de las personas alojadas), nos permiten hacernos algunas preguntas: ¿qué ocurrirá cuando las construcciones lleguen a los límites del inmueble municipal y ya no haya más espacios donde construir?

Claro está que se podría decir que el municipio cuenta con facultades para realizar reducciones de cuerpos, todo lo cual necesita, a nuestro entender, de al menos dos condiciones.

La primera, es que tal posibilidad esté prevista en una ordenanza general donde quede establecido claramente a partir de qué momento y cumpliendo qué requisitos se puede proceder a realizarla, a los fines de no guiarse por usos y costumbres en un tema sumamente sensible.

La segunda, es contar con una base de datos (actualizada) de los familiares de las personas que se encuentran ocupando un sepulcro en aras de notificar la actividad a realizar (sin perjuicio de las publicaciones en boletines oficiales y medios de comunicación) evitando que, a posteriori, se presenten a reclamar por los restos y los mismos no se hallen en el lugar respectivo y en las condiciones

---

<sup>34</sup> SERRANO FERRER, M., “Sepulturas, panteones y nichos: ¿a perpetuidad...”, 02/11/2007.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

esperadas, todo lo cual podría generar acciones contra la administración municipal o comunal.

Del interrogante anterior nos surgen otros: agotados los espacios para edificar, ¿se va a obligar a la administración municipal a tener que adquirir terrenos privados lindantes? ¿Y si el privado lindante no desea enajenar su propiedad? ¿Expropiación? Y, aun suponiendo que el propietario contiguo asienta la venta o la expropiación sea viable, ¿hasta qué límites se aceptaría el crecimiento de la necrópolis?

Todo lo cual acarrea un desmesurado aumento de los costos de expansión y mantenimiento conspirando contra la sustentabilidad del sistema, económico-financiera y ambiental. Es por ello, que entendemos que todas estas aristas deben ser tenidas en cuenta a la hora de planificar la administración de estos lugares a los fines de no encontrarnos con los problemas planteados.

En relación a lo anterior, vimos cómo la ciudad de Rosario resuelve el problema en su ordenanza local disponiendo, en primer lugar, que “los cementerios municipales conservarán su actual superficie territorial no pudiendo extenderse por ningún concepto la misma, ni anexarse inmuebles o propiedades linderas con destino al funcionamiento de los cementerios”, y, en segundo lugar, adoptando el régimen general de concesiones a plazo determinado.

Por lo demás, nos inscribimos con aquella parte de la doctrina y la jurisprudencia que sigue sosteniendo la vigencia de los caracteres de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad, tanto del cementerio en sí -como bien perteneciente al dominio público- como también de los lugares de sepulcros que, independientemente del título que se les haya dado -ya en la regulación normativa general, ya en el acto administrativo particular-, constituyen concesiones de uso especiales otorgadas al ciudadano, el cual para acceder a ellas debe, previamente, reunir una serie de requisitos, sumado a que, como señalamos, para transmitirse en propiedad, previamente debe efectuarse

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

la desafectación del bien dominical para que su condición jurídica cambie a bien privado del Estado, no siendo aceptable que dicha desafectación se produzca tácitamente mediante actos irregulares o contrarios a la ley.

Por último, hemos de considerar que la delegación transestructural de cometidos esbozada, constituye una valiosa herramienta de la cual pueden servirse aquellas administraciones que, como dijimos, no cuentan con los recursos técnicos, humanos y económicos para hacer frente a la administración, expansión y mantenimiento de sus cementerios, todo lo cual conlleva a que la persona humana o jurídica privada delegada quede sujeta a normas de derecho público, tanto en su relación con el Estado delegante como en la relación que se establezca con la ciudadanía en general, a la postre, potenciales concesionarios de uso de estos bienes del dominio público.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “A”, “Centro de Suboficiales del Ejército y Aeronáutica c/ Círculo Suboficiales de las Fuerzas Armadas”, 16/07/1996.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “Den Baas Pierre y otros c/ Palacio Enrique s/ Prescripción adquisitiva”, 15/12/2021.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “E”, “López de Pereira, Emilia y otros c/ Municipalidad de la Capital”, 10/02/1983.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Viana María Angélica y otros s/ Prescripción – Sepulcros”, 21/08/1942.
- Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y Asociación de Funerarias y Cementerios Municipales (AFCM), “Guía

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

para la elaboración de Reglamentos u Ordenanzas de cementerio y de crematorio”, 1ª edición, 2022, Barcelona, URL: <http://femp.femp.es/files/566-3254-archivo/Guia%20Reglamentos%20u%20Ordenanzas%20de%20Cementerio%20y%20de%20Crematorio.pdf>, consultado el 22/09/2024.

- García Ortiz, Grisela, “Los cementerios públicos. Una asignatura pendiente para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Del Plenario 'Viana' a la actualidad”, en *Revista Abogados del Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal*, N° de Julio del 2020, pp. 1-17.

- MARTÍNEZ, Hernán, “Derecho Administrativo”, Tomo II, Nova Tesis, 1ª edición, 2017, Rosario.

- PÉREZ PEJICIC, Gonzalo, “Comentario al artículo 235” en HERRERA, Marisa & CAMELO, Gustavo & PICASSO, Sebastián, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Tomo I, Infojus, 1º edición, 2015, Buenos Aires.

- SERRANO FERRER, María, “Sepulturas, panteones y nichos: ¿a perpetuidad? ¿En propiedad?”, 02/11/2017, URL: <https://www.administracionpublica.com/sepulturas-panteones-y-nichos-%C2%BFa-perpetuidad-%C2%BFen-propiedad/>, consultado el 22/09/2024.

- THOMAS, Gustavo, “Derecho Administrativo. Medios materiales de la Administración Pública. Dominio Público”.

- Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sentencia del 02/06/1997.

- Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sentencia del 14/12/1998.

- Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sentencia del 24/11/2003.

SARGIOTTI, B., “Cementerios públicos: mitos urbanos sobre su régimen jurídico y el problema de las concesiones a perpetuidad”, pp. 110-141.

- Tribunal Supremo del Reino de España, Sala Tercera (Contencioso Administrativo), Sentencia del 26/05/2004.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

## LA MUJER TRABAJADORA, NUEVOS PARADIGMAS Y LA LICENCIA A PERSONAS NO GESTANTES

por JAZMÍN MARÍN<sup>1</sup> & JOSEFINA DAL LAGO<sup>2</sup>

*A la universidad pública, por brindarnos  
la posibilidad de formarnos en términos  
académicos y humanos, y transformar  
nuestro pensamiento desde una mirada  
crítica, feminista y social.*

*A la Revista Enlace Jurídico, por buscar  
que la investigación llegue y se expanda  
hacia todos los estudiantes de nuestra  
casa de estudios.*

**Resumen:** Las obligaciones relacionadas con las tareas domésticas y de cuidados en los hogares condicionaron, a lo largo de la historia, la participación en el mundo laboral de las mujeres bajo una división sexual del trabajo. Hoy contamos con legislación en el ámbito del Derecho del Trabajo que, en miras a garantizar una igualdad, en muchos aspectos cristalizan desigualdades, como lo es el caso de las licencias de “maternidad” extensas para las mujeres y acotadas para las personas no gestantes. Si bien es importante reconocer que a lo largo de la historia la finalidad del legislador fue conceder beneficios y brindar protección a las mujeres, hoy en día denota una clara discriminación y estigmatización para con ellas. Tenemos la convicción de que es tiempo de reconstruir el ordenamiento jurídico de nuestro país, adoptar los estándares internacionales en base a la constitucionalización y

---

<sup>1</sup> Abogada (UNR). Adscripta de la asignatura “Derecho de la Seguridad Social” – CFE en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>2</sup> Abogada (UNR). Adscripta de la asignatura “Derecho Constitucional”. Fue becaria de las Becas Estímulo a la Investigación Científica de la FDER-UNR (2022-2023). Fue becaria de las Becas Estímulo a la Vocación Científica del CIN (2022-2023).

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

convencionalización de nuestro ordenamiento y, así, modificar el lugar cotidiano de las mujeres y personas gestantes, tanto en el ámbito público como en el privado, que actualmente se sigue sosteniendo en base a conceptos sociales y culturales que llevan a una maternalización de las mujeres. Es importante, al abordar la lectura del presente artículo, preguntarnos: ¿nos protegen las normas o nos discriminan?

**Palabras clave:** Personas no gestantes – Mujeres – Tareas de cuidado – Igualdad – Licencia.

**Abstract:** Obligations related to domestic tasks and care in homes have conditioned, throughout all history, the participation in the world of work of women under a sexual division of labor. Today, we have regulations in Labor Law that, with a view to guaranteeing equality, in many aspects crystallize inequalities as in the case of extensive “maternity” leaves that are extended to women and with no reason limited to non-pregnant people. Although it is important to recognize that, throughout history, the purpose of the legislator was to grant benefits and protection to women; today, in our opinion, it denotes clear discrimination and stigmatization towards them, contrary to its real intention. We are convinced that it is time to rebuild the legal system of our country, adopt international standards based on the constitutionalization and conventionalization of our law system, and thus modify the daily place of women and pregnant people, both in the public sphere and in the private one, which are currently following the social and cultural concepts that lead to a “maternalization” of women. It is important, as studying the present day, to address the reading of this question: does our law protect us or discriminate against us?

**Keywords:** Women – Non-pregnant people – Care tasks – Equality – License.

**Sumario:** I. Introducción. II. Evolución Legislativa -¿proteccionista?- en Argentina. La constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado y del Derecho Laboral y la aplicación del Derecho

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

Internacional del Trabajo. III ¿Existe la igualdad en materia de género en nuestro Derecho? Muestras del fenómeno. IV. ¿Las normas nos protegen o nos discriminan? V. Licencia por maternidad y licencia por paternidad en la legislación Argentina y en el derecho comparado. 1. Derecho comparado: Sistemas de licencias por maternidad y paternidad en la Unión Europea, Islandia y España 2. La situación en América Latina. El caso de Paraguay, Cuba, Chile, Colombia, Uruguay, Perú y Ecuador. 3. La necesidad de cambios: Proyecto de Ley “Cuidar en Igualdad”. 4. El proyecto en la actualidad. VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante este artículo intentaremos desarrollar una de las problemáticas que se manifiestan en el ejercicio del Derecho Laboral, centrándonos en las dificultades de acceso y la falta de igualdad de oportunidades que atraviesa hoy en día un sector de la sociedad: las mujeres.

Las obligaciones relacionadas con las tareas domésticas y de cuidados en los hogares condicionaron, a lo largo de la historia, la participación en el mundo laboral de las mujeres bajo una división sexual del trabajo que consistió en el desarrollo de las mujeres como madres y esposas, lo cual, al menos para las mujeres casadas, sería incompatible o no recomendable con el hecho de tener un empleo. El empleo femenino, entonces, solo sería circunstancial y complementario al masculino ya que la responsabilidad de las mujeres se centraría principalmente en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos e hijas.

A pesar de que actualmente las familias son cada vez más igualitarias, las tareas del hogar se comparten y el trabajo remunerado es tanto para hombres como para mujeres, esta evolución encuentra su límite cuando, por ejemplo, se decide proyectar en base a la maternidad o paternidad. En esos casos, es la mujer, por imposiciones

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

socioculturales, quien asume la tarea de cuidado y crianza teniendo consecuencias y efectos directos en su desarrollo profesional, social y económico.

Como consecuencia, las mujeres comenzaron a reclamar por el reconocimiento de sus derechos y, específicamente en Argentina, transcurrieron varias décadas desde los primeros reclamos hasta que estos derechos comenzaron a ser reconocidos.

En este orden de ideas, buscaremos comprobar que fue la sociedad patriarcal la que instituyó la división sexual del trabajo, confinando a las mujeres al espacio privado para desarrollar tareas domésticas y de cuidado, y dejando el trabajo remunerado y público para los hombres.

A su vez, a través del presente buscaremos demostrar que, si bien dentro de la regulación tanto internacional como nacional existe una protección y una regulación en pos de garantizar una igualdad real, a la hora del acceso a los puestos de trabajo, la realidad es otra y la legislación que busca proteger a las mujeres termina, muchas veces, discriminando. Evidenciamos, desde un primer análisis, que las tareas de cuidado no se deben únicamente al orden social y cultural, sino también al legal. Hoy contamos con normas en el Derecho del Trabajo que, en miras a garantizar una igualdad, cristalizan desigualdades asignando, por ejemplo, licencias de “maternidad” extensas para las mujeres, acotadas para las personas no gestantes y que no contemplan la multiplicidad de posibilidades de la actualidad. De esta manera, intentaremos relacionar las normas y la regulación laboral con la causa de por qué son las mujeres las que finalmente se encargan de esas tareas.

De esta manera, los interrogantes que estructuraron este artículo fueron los siguientes: ¿la regulación de las licencias de forma diferenciada se debe únicamente a cuestiones biológicas y/o reproductivas o a roles de género asignados con naturalidad? ¿Por qué

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

se asignan licencias de maternidad tan extensas para las personas gestantes y acotadas para personas no gestantes?

## **II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA -¿PROTECCIONISTA?- EN ARGENTINA. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y DEL DERECHO LABORAL Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

En nuestro país, específicamente en 1907, se sancionó la Ley N° 5.291 la cual reguló el trabajo de mujeres y menores, iniciando una tradición legislativa que llega a nuestros días: la creación de una regulación diferenciada en relación al trabajo de la mujer y al del hombre.

En la actualidad, contamos con una Ley de Contrato de Trabajo, la cual dedica una sección especial y específica al “Trabajo de mujeres”, sosteniendo a la mujer como el eje del cuidado y crianza de los hijos desde lo conceptual.

A partir de la reforma de 1994, se configuró un nuevo sistema de fuentes del derecho a través de la inclusión de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional en nuestra Carta Magna, provocando un cambio de paradigma y otorgando más protección a la persona humana<sup>3</sup>. Se habla de un proceso de humanización del Derecho que tiene a la persona como el fin último del sistema. El paradigma que se ha impuesto es humanizar al Derecho, constituyendo al ser humano en el epicentro de nuestra ciencia.

Este cambio de paradigma se ve reflejado en las distintas ramas y materias del Derecho Privado y, correlativamente, en el Derecho

---

<sup>3</sup> TERRILE, R., “Derecho Constitucional: conceptos y contenidos fundamentales”, p. 100.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

Laboral a partir de lo que se denomina la “Constitucionalización del Derecho Privado”. Los casos de Derecho Laboral, Familia o incluso Comercial deben ser resueltos interpretándose conforme a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Se trata de un punto de inflexión en la historia del Derecho Argentino, ya que los principios del Derecho Público van a “inundar” todo el derecho privado, razón por la cual se debe partir de este sistema para interpretar y aplicar el Derecho.

Sin embargo, en la actualidad no se trata únicamente de la constitucionalización, sino también de lo que se denomina la “Convencionalización del Derecho Privado”, ya que nos encontramos frente a una nueva concepción fruto del ensanchamiento evidente de los derechos sociales y la constitucionalización de numerosos derechos a partir de la incorporación de Tratados Internacionales a lo que se denomina el “Bloque de Constitucionalidad”. De esta manera, podemos asegurar que nos encontramos frente a una “reconstitucionalización del Derecho del Trabajo”, producto de una nueva cúspide jurídica en nuestro ordenamiento y el surgimiento de un Derecho Internacional del Trabajo.

“El derecho internacional del trabajo y los derechos humanos laborales se fundieron con el derecho interno constitucional del trabajo, conformando una nueva valoración de los hombres laboralmente dependientes y sus reglas protectorias. Más allá de las controversias y lo opinable de determinadas decisiones normativas y jurisprudenciales, de las deudas del sistema jurídico laboral en adoptar los estándares de derechos esenciales universales y regionales y su ejecutividad práctica, la reforma que cumple dos décadas ha operado una positiva, profunda y amplia reconstitucionalización del Derecho del Trabajo”<sup>4</sup>.

En este sentido, es loable destacar la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”

---

<sup>4</sup> TERRILE, R., “Derecho Constitucional: conceptos y contenidos...”, p. 100.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

que encomienda a los Estados Parte la adopción de medidas apropiadas para acabar con la discriminación contra la mujer en el empleo con el fin de asegurarle, en condiciones de igualdad, los mismos derechos que a los hombres.

A su vez, en nuestro país, a partir de la reforma constitucional de 1994, los convenios de la OIT aprobados por el Congreso Nacional tienen jerarquía superior a las leyes, es decir, superior a la mismísima Ley de Contrato de Trabajo, piedra angular del Derecho del Trabajo Argentino. Es por esto que resulta de vital importancia analizar los pronunciamientos de la OIT en lo relacionado a las licencias de las personas no gestantes.

“Estos tratados fueron el N° 3 relativo al empleo de mujeres antes y después del parto y el N° 4 concerniente al trabajo nocturno de las mujeres. En relación con esta última cuestión, años después se suscribió el Convenio N° 89 que revisó el antes mencionado y estableció la posibilidad de que la prohibición de trabajo nocturno de las mujeres se suspendiera por una decisión del gobierno, previa consulta a las organizaciones interesadas de trabajadores y empleadores”<sup>5</sup>.

En 1981, el Convenio N° 156 se encargó de establecer pautas acerca de la igualdad de oportunidades y trato a la que deben acceder los trabajadores y trabajadoras cuando tengan responsabilidades familiares. A modo ejemplificativo, el artículo 3° del Convenio establece que cada Estado Firmante debería incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

---

<sup>5</sup> Ibid., p. 100.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

Además de los convenios precisados, que se encargan específicamente del trabajo de las mujeres, existen recomendaciones que persiguen su protección:

1. Recomendación N° 4, del año 1919, sobre la protección de las mujeres antes y después del parto aplicable a la agricultura.
2. Recomendación N° 13, del año 1921, sobre el trabajo nocturno de las mujeres en la agricultura.
3. Recomendación N° 19, del año 1942, sobre la protección a la maternidad.

De esta manera, es que existe hoy una posibilidad de remitirse al Derecho Internacional del Trabajo para la interpretación del Derecho Laboral nacional, ya que contamos con un novedoso refuerzo y complemento: fuentes internacionales que pueden utilizar los jueces para resolver en casos concretos y combinarlos con el derecho interno. Un juez en Argentina podrá secundar avances y tendencias, como el caso de la licencia de personas no gestantes, que aún no se encuentran consolidados en el derecho positivo interno -por ejemplo, en la Ley de Contrato de Trabajo- valiéndose de fuentes jurídicas internacionales complementarias.

### **III. ¿EXISTE LA IGUALDAD EN MATERIA DE GÉNERO EN NUESTRO DERECHO? MUESTRAS DEL FENÓMENO**

La igualdad se encuentra garantizada en nuestro país desde la constitución histórica de 1853/1860 en el artículo 16. Sin embargo, con el surgimiento del “constitucionalismo social” y las nuevas teorías intervencionistas y asistencialistas por parte del Estado, se comienza a analizar, ya no desde una faz formal y meramente declarativa, sino desde la realidad y los hechos, ya que la prerrogativa de la igualdad formal cristalizaba una situación que en la realidad no se daba e,

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

incluso, muchas veces lo convalidaba o acentuaba perpetuándose en el tiempo. El nuevo paradigma era que el Estado tenía el deber no solo de suprimir los obstáculos, sino un rol más activo.

El énfasis se ponía en la realidad y de esta manera comienza a surgir, a partir de diversas cuestiones sociales, lo que en la actualidad se conoce como “igualdad real”, “igualdad material” o “igualdad sustancial” ya que, claramente, se podían visualizar las desigualdades existentes y las relaciones asimétricas a pesar de que ya se contaba con una declaración expresa que establecía que todos los habitantes eran iguales ante la ley. Este postulado no alcanzaba para que los derechos allí reconocidos se hagan efectivos.

La igualdad real para una tutela efectiva se incorpora finalmente en nuestro ordenamiento jurídico interno, a partir de la reforma constitucional de 1994, a través de numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y por medio del artículo 75, inciso 24. Se trató un cambio de paradigma y un punto de inflexión en la forma de analizar el concepto de igualdad tradicional que comenzó a verse complementada con acciones positivas que aseguran una igualdad real y ya no solo formal.

Sin embargo, las cuestiones y estructuras sociales -dentro de estas, particularmente, las desigualdades de género- son fenómenos que “inundan” todos los ámbitos y todas las relaciones sociales, incluido el Derecho. El Derecho del Trabajo no es ajeno a esto y, a pesar de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado que llevó a reformas en todo nuestro sistema, actualmente existen en nuestras normas laborales muestras de este fenómeno abarcativo y silencioso.

Una clara manifestación de este fenómeno se presenta en la Seguridad Social y en materia previsional. El artículo 22 bis, incorporado a la Ley 24.241 por Decreto 475/2021, establece que, para acreditar el mínimo de servicios necesarios para el logro de la

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

Prestación Básica Universal, las mujeres y/o personas gestantes podrán computar un año de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida. En caso de adopción de personas menores de edad se amplía y establece que la mujer adoptante computará dos años de servicios por cada hijo y/o hija adoptado y/o adoptada. Además, se les reconoce un año de servicio adicional por cada hijo y/o hija con discapacidad que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada que sea menor de edad.

En este ejemplo podemos ver claramente cómo en materia previsional se computa un año de servicio por cada hijo y/o hija a los fines de calcular la jubilación. Pero este beneficio es única y exclusivamente para las mujeres y/o personas gestantes, incluso habla de “mujer adoptante” en el caso de adopción.

En los mismos considerandos del Decreto 475/2021 establece:

“Que la implementación de una política que permita reconocer períodos de servicio a las mujeres y/o personas gestantes por las tareas de cuidado de sus hijos e hijas a lo largo de la vida podría garantizar, de manera inmediata, que más de la mitad de las mujeres identificadas pueda acceder a su jubilación.”.

Agrega que:

“La situación de quien tiene el cuidado del niño y/o de la niña torna más complejo el acceso al mercado laboral y, en consecuencia, poder completar los requisitos que se exigen para el acceso a las prestaciones previsionales.” (p.2) y establece que: “Las tareas de crianza y cuidado demandan una enorme cantidad de horas a quienes las realizan y resultan una condición indispensable para el desarrollo de las sociedades...”.

Quedando claro que la finalidad del legislador, y coherentemente con todo el resto del ordenamiento jurídico, fue conceder beneficios a las personas que se encargan de las tareas de cuidado y de crianza. Pero únicamente se nombra a “mujeres y/o

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

personas gestantes” o “mujeres adoptantes”, lo cual denota una clara discriminación y estigmatización.

El presente artículo favorece a las mujeres y/o personas gestantes porque se les brinda un beneficio de un año de servicios por hijo y/o hija, pero a la vez las perjudica porque estigmatiza, clasifica y etiqueta a las mujeres y/o personas gestantes como las únicas que tienen derecho a este beneficio. Los hombres, las personas no gestantes e, incluso, los “padres adoptantes” no son concebidos en nuestro ordenamiento jurídico como asociados a tareas de cuidado.

De esta manera, nos encontramos frente a una norma que intenta beneficiar a las mujeres y/o personas gestantes, pero que acentúa desigualdades de género en sus propios considerandos y fundamentos.

El cuidado es un derecho fundamental, un bien público y una necesidad de todas las personas -en algún momento de su ciclo de vida- que no debe ser reconocido solo a mujeres y/o personas gestantes. No debemos seguir sosteniendo una organización social en la que el cuidado está marcado por profundas desigualdades de género. Nuestro Derecho le asigna las responsabilidades familiares a la mujer y/o personas gestantes, que no solo responde a circunstancias históricas delimitadas por una clara división sexual del trabajo, sino que no se condice con la situación actual.

A pesar que el Derecho del Trabajo ha sufrido cambios y reformas, podemos concluir a lo largo del presente artículo que existen todavía diferencias que hacen a una clara violación al principio de igualdad que lleva implícito el principio de no discriminación. A la rama en cuestión, principalmente a la Ley de Contrato de Trabajo, le falta todavía un largo camino para afirmar que tuvo las reformas necesarias para consagrar la igualdad real entre personas gestantes y no gestantes, un claro ejemplo de esto son la existencia de licencias por paternidad tan acotadas que no permiten la vinculación, la crianza y el cuidado de la persona no gestante con el recién nacido de forma igualitaria.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

#### IV. ¿LAS NORMAS NOS PROTEGEN O NOS DISCRIMINAN?

Si bien es cierto que en los últimos años ha habido un notable incremento de la participación femenina en el mundo laboral, no podemos negar que la violencia y la segregación están todavía presentes en la estructura social, no solo de nuestro país, sino del mundo. La división sexual del trabajo continúa actuando como pauta en la división del trabajo de cuidado y otras tareas domésticas.

En la esfera laboral, esta realidad se manifiesta en aspectos como la brecha salarial, la tasa de desempleo y el tipo de contrataciones, siendo las mujeres las que representan mayoritariamente la modalidad a tiempo parcial o jornadas reducidas. A estos datos de carácter económico, se suman otras diferencias en el ámbito familiar que contribuyen a que la discriminación continúe; la diferencia de tiempo dedicada por hombres y mujeres a las tareas domésticas, cuidado de niños o personas mayores, licencias, entre otros.

Faur, llama a las mujeres como las “malabaristas de la vida cotidiana” o todoterreno, porque deben articular el trabajo remunerado con los cuidados que aparecen denominados como “natural” y hasta “femenino” y ello suma tensiones cruzadas, reduce su descanso y el ocio en sus vidas, renunciando a veces a obtener un mejor empleo o salario para mantener este equilibrio, mientras que las trayectorias laborales de los varones suelen ser más lineales y no se interrumpen por los eventos de la vida cotidiana, porque en la mayoría de los casos la paternidad se ejerce en los ratos libres<sup>6</sup>.

“Desarrollar paternidades cuidadoras es una cuestión de justicia pero también de bienestar, porque permite a los hombres desarrollar habilidades y emociones que les permiten una vida más plena y los

---

<sup>6</sup> FAUR, E., “El cuidado infantil en el siglo XXI. Mujeres malabaristas en una sociedad desigual”, p.70.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

alejan de comportamientos de riesgo para su salud y sus vidas, en la medida que se sienten más felices personalmente y en sus vidas familiares al mismo tiempo que con su ejemplo reproducen en sus hijos e hijas patrones de igualdad, superando modelos estereotipados de género y masculinidades, porque el cuidado no sólo ni siempre es amor. Y si es obligación, debe ser compartido...”<sup>7</sup>.

La autora sigue desarrollando que se requiere una aceleración en materia de cambios con políticas públicas integrales para alcanzar una corresponsabilidad social ampliando, por ejemplo, el esquema de licencias de paternidad y parentales y de permisos familiares, para que los hombres puedan disponer de más tiempo para cuidar, asumiendo las tareas de cuidado con naturalidad, como un rasgo propio de las mujeres, o sea, como parte de la vida de todos y no preferentemente de las mujeres. En la actualidad, sólo el 48% de los países tienen licencia por paternidad, pero menos de la mitad de los padres se toman los días que les corresponden<sup>8</sup>.

Las cuestiones sociales y culturales como, por ejemplo, las tareas de cuidado son un claro ejemplo de esto ya que se refleja en la forma de regular en el Derecho. En los resultados definitivos de la “Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2021”, publicada en octubre del 2022 por INDEC, se revela que las mujeres ocupan casi el doble de horas en tareas de cuidado en comparación a los varones, concretamente: 6:31 hs. por día contra 3:40 hs<sup>9</sup>.

El trabajo revela información sobre cómo los argentinos distribuyen el día para las actividades cotidianas y deja ver las diferencias marcadas entre los géneros para las tareas no remuneradas, es menester resaltar que el 91,7% de las mujeres realiza trabajo doméstico, de cuidado o de apoyo a otros hogares, mientras que, en el caso de los varones, esa cifra asciende al 75,1%. Es decir que,

---

<sup>7</sup> ASEFF, L., “Trabajo de mujeres”, p. 15.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> INDEC, “Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2021: resultados definitivos”, p. 11.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

independientemente del nivel educativo alcanzado y del trabajo con el que cuentan, las mujeres casi duplican su intensidad horaria promedio en relación con los varones.

El Derecho, en muchos casos, toma lo que sucede en la realidad social y lo traslada al orden jurídico. Desde nuestra perspectiva, el Derecho no solo debe replicar lo que ocurre, sino que también debe ser el instrumento y generador de condiciones propicias para cambiar la realidad social, como instrumento de cambio de las estructuras sociales, como, por ejemplo, a partir de otorgar una licencia a las personas no gestantes.

En concordancia con los cambios sociales, culturales y el nuevo rol del padre en el seno familiar, nuestra legislación debe modificarse y adaptarse tal como lo ha hecho el Código Civil y Comercial, principalmente en materia de Derecho de Familia a partir de la constitucionalización del Derecho Privado.

Estas reformas podrían constituirse como una herramienta para que las personas gestantes accedan a un empleo sin discriminación y que no sean estigmatizadas bajo la idea de que serán quienes llevarán a cabo las tareas de cuidado del recién nacido. Pero también es una forma de que las personas no gestantes se involucren en las tareas de cuidado del hogar, dejando de cristalizar desigualdades que, a lo largo de la historia, se convirtieron en la regla. Es tiempo de reconstruir y modificar el lugar silencioso y cotidiano de las mujeres en las casas, dejando de lado conceptos sociales y culturales que como sociedad aún tenemos arraigados y que llevan a una maternalización de las mujeres.

Se trata de un reto y de una oportunidad para lograr la igualdad de género. Es por este motivo que cabe preguntarnos: ¿protegen las normas, por ejemplo, de licencia por maternidad a las personas gestantes o las discrimina? ¿Afectan las políticas públicas en la configuración de responsabilidades diferenciales según el género? ¿En qué medida el Estado, mediante arreglos normativos, se adaptó a las

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

nuevas necesidades surgidas a partir de transformaciones sociales? ¿Hasta qué punto es contraproducente que las mujeres tengan una licencia por maternidad más extendida?

## **V. LICENCIA POR MATERNIDAD Y LICENCIA POR PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y EN EL DERECHO COMPARADO**

La licencia por maternidad, según la OIT, fue concebida para proteger a las trabajadoras durante el periodo de embarazo y de recuperación después del parto<sup>10</sup>. Por dicho motivo, el artículo 177 de la LCT, contenido en el capítulo dedicado al “Trabajo de Mujeres”, regula, de manera prohibitiva, el trabajo de la mujer respecto al periodo pre y post parto.

A su vez, en el artículo 177 de la LCT, en su párrafo 3, garantiza la estabilidad del empleo durante la gestación y la consecuencia de su violación está prevista en el artículo 178 de la misma, creando, a tal fin, una presunción de despido por causa de embarazo y se impone una indemnización agravada en tal supuesto. También el capítulo IV del Título VII, bajo la denominación “Del estado de excedencia”, regula tres situaciones distintas por las que puede optar la mujer trabajadora después de concluida la licencia por maternidad.

Por otro lado, en relación a la licencia por paternidad, concibe a la misma como período de tiempo remunerado que se otorga al trabajador con motivo del nacimiento del hijo, según lo definido por la OIT. Sin embargo, cuando se habla de licencias en el trabajo con motivo de un hijo, el tema naturalmente se asocia a las mujeres, pero,

---

<sup>10</sup> Cfr. OIT, Conferencia 87°, 17/06/1999.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

como dice Liliana Hebe Litterio, el varón que es padre y trabaja también tiene derecho a esas licencias<sup>11</sup>.

Para hacer referencia a este tipo de licencia, es importante destacar que existen dos necesidades básicas: en primer lugar, que el hombre comparta responsabilidades familiares de la mujer y, por eso, la licencia debe entenderse como un derecho específico del hombre que se constituye como intransferible y responde a la necesidad de fomentar la ampliación de los varones en el cuidado de sus hijos y en un reparto igualitario de las cargas familiares. La otra necesidad se fundamenta en que ambos progenitores puedan compatibilizar las responsabilidades familiares con las laborales.

Haciendo foco en el régimen de la LCT, encontramos que en el Título V se encuentra prevista legalmente una licencia por paternidad que solamente incluye supuestos de paternidad biológica. Específicamente, el artículo 158 establece un régimen de licencias especiales, regulando la licencia por nacimiento de un hijo por un lapso de 2 días corridos, salvo el supuesto del artículo 160 que prevé el supuesto que la licencia coincida con domingos, feriados o días no laborables en el cual deberá integrarse al menos por un día hábil.

Consideramos que, de ninguna manera, ese período acotado permite concretar el imprescindible contacto del nacido con su padre en el contexto de la relación paterno filial. Además, por lo establecido como excepción en el artículo 160, es importante afirmar, como lo hace Mario Ackerman, que, al “incluir necesariamente un día hábil, la norma pone en evidencia que su primer propósito no es permitir la presencia del padre en la familia, sino facilitarle la realización de trámites administrativos relacionados con el nacimiento”<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> LITTERIO, L., “El trabajo de las mujeres”, p. 205.

<sup>12</sup> ACKERMAN, M., “La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia Argentina”, en *Ley Mercado y Discriminación: el género del trabajo*, p. 25.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

Se hace notar que la exclusión del padre en la regulación legal y la existencia de licencias tan cortas provoca que no puedan dedicarse, de manera exclusiva, a la nueva realidad familiar. La exclusión del padre, tanto de la licencia por nacimiento como del “beneficio” de excedencia, permite advertir que, al no proporcionarse al hombre ninguna facilidad para satisfacer necesidades al grupo familiar, indirectamente aleja a las madres del empleo.

A su vez, si comparamos la licencia otorgada por nacimiento con otras licencias que concibe el mismo ordenamiento jurídico, las primeras son absurdamente cortas. Es decir, que según la regulación legal “si un hombre se casa, tendrá diez días corridos de descanso laboral; por el fallecimiento de su cónyuge, conviviente, ascendientes o descendientes, tres días; y hasta diez días por año calendario para rendir examen”<sup>13</sup>.

Consideramos que, al no proporcionarse al hombre ninguna facilidad para permanecer en el hogar, aleja a las mujeres del empleo. La regulación se transforma entonces en un doble condicionamiento negativo para las mujeres:

“Por un lado discriminatorio para el hombre, a quien su condición de padre solo le da eventuales ventajas económicas cuando es acreedor de asignaciones familiares pero no le otorga facilidades que le permitan el goce de derechos y la asunción de las responsabilidades inherentes al ejercicio de la paternidad y a su vez es un condicionamiento negativo para las mujeres, porque la menor onerosidad que significa para el empleador la contratación de varones se transforma en un nuevo argumento que desaconseja la contratación de la mujer”<sup>14</sup>.

A pesar del análisis que se realizará en el punto siguiente del derecho comparado, en la legislación argentina el trabajador varón

---

<sup>13</sup> SERVIDIO POZZI, F., “Licencias Laborales e Igualdad de Género”, p. 20.

<sup>14</sup> ACKERMAN, M., “Si son humanos no son recursos: pensando en las personas que trabajan”, p. 141.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

continúa teniendo una licencia especial acotada cuando se convierte en padre y, respecto de las licencias parentales, las mismas no son actualmente contempladas, en ninguna de sus formas.

Si bien resulta lógica la protección otorgada a la persona gestante al igual que finalidad que la motiva, que no es más que tener el tiempo suficiente para cuidar el embarazo y para recuperarse del parto, consideramos que no puede concebirse que la licencia por paternidad consagrada por ley difiera tan ampliamente con la licencia por maternidad, que fija 90 días en total para las mujeres gestantes.

Del análisis sostenemos, incansablemente, que la legislación debe adaptarse a las nuevas realidades sociales y que, con el devenir de los tiempos, el modelo tradicional de familia ha ido cambiando y la estructura familiar se ha diversificado. La conformación, las funciones y modalidades de organización familiar resultan en su mayoría ajenas al ordenamiento jurídico.

### **1. Derecho comparado: Sistemas de licencias por maternidad y paternidad en la Unión Europea, Islandia y España**

Es importante destacar que algunos países, principalmente los países europeos, además de regular las licencias por paternidad y maternidad, incorporan las licencias parentales.

Las licencias parentales son definidas por la Organización Internacional del Trabajo como “aquel período de licencia a más largo plazo, al que puede optar uno de los dos progenitores para cuidar del recién nacido o de un hijo pequeño, por lo general, una vez agotada la licencia de maternidad o paternidad”<sup>15</sup>.

La Unión Europea, en la Directiva 1158/2019, asume que el marco jurídico vigente de la Unión proporciona pocos incentivos a los

---

<sup>15</sup> OIT, “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”, 05/06/2014.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

hombres para que asuman la misma cantidad de responsabilidades en el cuidado de familiares, esto genera un incremento de los estereotipos y diferencias de género tanto en materia laboral como familiar. Asimismo, expresa que ha quedado demostrado que las fórmulas para conciliar la vida familiar y la vida profesional, como los permisos, tienen un impacto positivo en la reducción de la carga relativa de trabajo familiar no remunerado -que recae sobre las mujeres- y en dejar a las mujeres más tiempo para el empleo remunerado<sup>16</sup>.

“Un factor importante que contribuye a la infrarrepresentación de las mujeres en el mercado de trabajo es la dificultad para conciliar las obligaciones laborales y familiares. Las mujeres, cuando tienen hijos, se ven obligadas a trabajar menos horas en empleos retribuidos y a pasar más tiempo ocupándose de responsabilidades en el cuidado de familiares por las que no reciben remuneración. Se ha demostrado que tener un familiar enfermo o dependiente también repercute negativamente en el empleo femenino, con el resultado de que algunas mujeres abandonan por completo el mercado de trabajo”<sup>17</sup>.

Además, la misma Directiva establece una obligación en cabeza de los Estados parte de la Unión Europea, la de fijar un nivel de remuneración para el permiso de paternidad equivalente a las prestaciones por enfermedad, reconociendo que el permiso de maternidad y paternidad tienen objetivos similares: crear un vínculo entre el progenitor y el niño. También define, en el artículo 3, al permiso de parentalidad como “ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados”<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Parlamento Europeo, “Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo: Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”, 20/06/2019.

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> Ibid.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

La licencia parental, por su parte, se ha incorporado a las legislaciones internas de los países europeos a partir de la Directiva 96/34/CE de la Unión Europea, que dispone que se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. Con el objetivo de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, las partes firmantes consideran que el derecho de permiso parental debe concederse en principio de manera no transferible<sup>19</sup>.

El país pionero en establecer este tipo de licencias fue Islandia, que prevé en la actualidad cinco meses de licencia para cada progenitor y dos meses de licencia parental a repartirse entre ellos como deseen<sup>20</sup>. Un caso particular lo constituye Alemania, que estableció un permiso de doce a catorce meses sin distinción de sexo.

Uno de los últimos países en modificar su régimen fue España, que, a partir del año 2021, cuenta con un permiso parental intransferible que, como argumentó Pedro Sánchez, actual presidente del Gobierno de España, la sanción se realizó con el objetivo de equiparar el permiso de los varones al existente para las mujeres. En el desarrollo del proceso modificadorio español, “La licencia había pasado de dos a doce semanas, tras un proceso de aumento progresivo que inició en 2019, cuando el gobierno aprobó el “decreto ley sobre igualdad laboral”<sup>21</sup>.

Es una de las modificaciones más reconocidas a nivel mundial ya que al consagrar un derecho individual intransferible si uno de los

---

<sup>19</sup> Consejo de la Unión Europea, “Diario oficial de las Comunidades Europeas sobre Directiva 94/34”, 03/06/1996.

<sup>20</sup> Lanza “Diario de la Mancha”, “Islandia, un ejemplo de permisos parentales a imitar”, 15/11/2013.

<sup>21</sup> La Diaria, “España es pionera al igualar las licencias por maternidad y paternidad”, 08/01/2021.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

dos beneficiarios no puede utilizarla, se pierde. “Esta iniciativa pretende reducir la desigualdad de género a la hora de los cuidados, incentivar la responsabilidad de los varones en las crianzas y reducir el impacto de la maternidad para las mujeres en el mercado laboral”<sup>22</sup>.

## **2. La situación en América Latina. El caso de Paraguay, Cuba, Chile, Colombia, Uruguay, Perú y Ecuador**

En América Latina son 16 los países que tienen licencia paternal, un derecho que se extiende desde los 2 días hasta los 14. Según datos oficiales de UNICEF

“Un estudio de la Organización Internacional del Trabajo mostró que, en 2013, sólo 3 países analizados (Chile, Cuba y Venezuela) cumplieron la prescripción de 18 semanas de la Recomendación N° 191. Además, para cuando se realizó la investigación, sólo dos países (Cuba y Chile) ofrecieron permiso parental, al permitir que uno o ambos padres cuidasen de sus hijos”<sup>23</sup>.

A su vez UNICEF en su trabajo “Maternidad y paternidad en el lugar de trabajo en América Latina y el Caribe - políticas para la licencia de maternidad y paternidad y apoyo a la lactancia materna” entiende que los padres tampoco están teniendo la oportunidad de participar de manera significativa en el cuidado de sus hijos en los países de la región, ya que las licencias de paternidad, cuando existen, no superan los 5 días en la mayoría de los casos. Los permisos parentales remunerados son poco comunes y sólo se observan en Chile, Cuba y Uruguay<sup>24</sup>.

Respecto de la licencia por paternidad en América Latina, es importante destacar que en Colombia el padre goza desde 4 días hasta 8 días de licencia por nacimiento de su hijo; en Chile se otorgan 5 días, salvo, por supuesto, que la madre falleciera en el parto, situación en la que el progenitor gozará de toda la licencia materna no ocupada por

---

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> UNICEF, “Maternidad y paternidad en el lugar de trabajo en ALC”, 03/07/2020.

<sup>24</sup> Ibid.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

ella. En Ecuador la licencia es de 10 días, salvo que ocurra la situación descrita anteriormente. En Paraguay el progenitor podrá tomarse sólo 2 días, mientras que en Perú 4 días; y, finalmente, en Uruguay 3 días. Se destaca, entonces, que dentro de América Latina las licencias por paternidad son bastantes escasas y dignas de una modificación que las adapte a la realidad social que se vive en la actualidad<sup>25</sup>.

Es importante resaltar que, junto con Paraguay, Argentina es el país de América Latina con menos días de licencia por paternidad en todo Sudamérica.

Finalmente, las medidas laborales que incluyen el concepto de trabajador de ambos sexos con responsabilidades familiares son prácticamente inexistentes. Solo dos países en la región garantizan una licencia parental durante el período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad: Cuba y Chile. En Cuba, los padres pueden decidir que uno de ellos quedará en casa cuidando a su hijo/a hasta que cumple un año de edad, a cambio de una retribución equivalente al 60% del beneficio de la licencia maternal. En Chile, a partir de la modificación del Sistema de Protección de la Maternidad en el año 2011, si ambos padres trabajan de manera remunerada, la madre puede decidir traspasar hasta seis meses de su permiso postnatal parental al padre, quien recibe un subsidio equivalente a su salario con un tope mensual<sup>26</sup>.

“En Chile solo se beneficia a las madres, que, por doce semanas, podrán continuar con su licencia con derecho a subsidio que reemplaza la remuneración, pudiendo ser extendido por dieciocho semanas si trabaja media jornada recibiendo el 50% del subsidio, a su vez puede traspasar hasta seis meses de su permiso parental al otro progenitor, quien recibe un subsidio equivalente. En Cuba, las mujeres tienen dieciocho semanas de licencia posnatal, y además ambos progenitores pueden decidir tomar una licencia hasta cubrir

---

<sup>25</sup> UNICEF, “Maternidad y paternidad en el lugar...”, 03/07/2020.

<sup>26</sup> Ibid.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

el primer año del menor, a cambio de una retribución equivalente al 60% del beneficio de la licencia maternal”<sup>27</sup>.

### **3. La necesidad de cambios: Proyecto de Ley “Cuidar en Igualdad”**

En nuestro país existieron varios proyectos legislativos que, de una u otra manera, intentaron introducir algún tipo de licencias paternas, pero que, hasta el momento, no han tenido favorable acogida por las Cámaras del Congreso de la Nación.

En mayo de 2022, se envió al Congreso de la Nación el proyecto de ley “Cuidar en Igualdad”. El texto fue elaborado por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación junto con el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

El mencionado proyecto establece la creación del Sistema Integral de Cuidados de Argentina con perspectiva de género y la modificación del régimen de licencias en los sectores tanto públicos como privados, ampliando los derechos de quienes trabajan y son gestantes, no gestantes y también adoptantes que se desempeñen en dependencia o sean monotributistas, monotributistas sociales o autónomos/as.

A su vez, reconoce el derecho de todas las personas a recibir y brindar cuidados, y promueve la igualdad de género porque hace visible el valor social y económico de los cuidados y los reconoce como un trabajo. Como hemos explicado a lo largo del trabajo, gran parte del trabajo de cuidado se realiza de manera invisibilizada.

Además, tiene como objetivo superar la división sexual del trabajo, erradicando la idea de que existen trabajos para mujeres y trabajos para varones ya que, en la actualidad, esta división hace que las mujeres e integrantes de la comunidad LGTBI+ se desarrollen bajo

---

<sup>27</sup> SERVIDIO POZZI, F., “Licencias Laborales e Igualdad de Género”, p. 34.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

condiciones de precariedad laboral y que sea sobre ellos que caiga, en mayor medida, la carga de cuidados.

Podemos concluir, de esta manera, que el proyecto de ley promueve una organización social del cuidado más justa y con responsabilidades compartidas, involucrando a todas las personas, para que no recaigan únicamente en mujeres de la familia.

#### **4. El proyecto en la actualidad**

En el mes de agosto del 2023, las Comisiones de Legislación de Trabajo, la de Mujeres y Diversidad y la de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados emitieron un dictamen favorable para el proyecto que amplía las licencias familiares. Es importante destacar que el proyecto final recogió aportes del proyecto mencionado “Cuidar en Igualdad”, impulsado por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, y de más de 50 iniciativas que proponían modificaciones en las licencias.

El inicio del tratamiento en plenario de comisiones fue histórico ya que, según las fuentes oficiales del gobierno, hace 50 años que no se discutían cambios en las licencias en Argentina, a pesar de que, en esas mismas cinco décadas, las formas de construir familias cambiaron y las modalidades de trabajo también.

En caso de continuar con el trámite legislativo y convertirse en ley, sería un avance impensado hasta hace un tiempo ya que se modificaría la Ley de Contrato de Trabajo, la Ley de Asignaciones Familiares, la Ley Nacional del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones; habría cambios en la Ley de Obras Sociales y en la Ley de Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas particulares, entre otros.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

## VI. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo pudimos analizar en profundidad la historia de las mujeres en el ámbito laboral y las distintas aristas que rodean la problemática relativa a la licencia por maternidad y a la licencia por paternidad en el Derecho del Trabajo Argentino.

En un sistema que, a partir de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado, y la consiguiente incorporación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, se pone como centro a la persona y a sus derechos humanos, se convierte en una necesidad impostergable regular una licencia por paternidad más extensa en tiempo.

En la actualidad, el Derecho Laboral opera como instrumento que, en lugar de superar discriminaciones que vienen durante siglos, cristaliza, perpetúa y profundiza desigualdades de género. A pesar de que la regulación de una licencia por maternidad extensa tiene como objetivo primario e inmediato brindar beneficios a las personas no gestantes, estas medidas generan, como consecuencia mediata, evidentes desigualdades de género en términos de cuidado, crianza y tareas domésticas.

Las leyes encierran una fuerza simbólica, hecho que se observa en el instituto de la presunción de despido por matrimonio, consagrado en el artículo 180 de la LCT; o en el acceso a la Prestación Básica Universal del artículo 22 bis -incorporado a la Ley 24.241 por el Decreto 475/202; y, fundamentalmente, en la licencia por paternidad para hombres y personas no gestantes. Estas figuras e institutos generan estereotipos de género y continúan estigmatizando a hombres y a mujeres condenándolos a cumplir roles, funciones y modelos asignados históricamente.

Los mencionados roles y modelos asignados no corresponden a la realidad, vivimos en una época que entrecruza viejas y nuevas

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

miradas sobre las responsabilidades familiares y domésticas. Actualmente, fruto de diversas crisis económicas e históricas, las mujeres se encuentran insertadas en el ámbito público y del trabajo remunerado con jornadas similares a las de los hombres, dejando de lado el modelo de familia de “varón proveedor” y “mujer ama de casa” que se transformó de raíz.

Sin embargo, al colocar la lupa sobre las encuestas del uso del tiempo mencionadas a lo largo del presente trabajo<sup>28</sup>, las mujeres son las principales encargadas y responsables naturales del cuidado y crianza de sus hijos e hijas, fundado en el “amor”, el “instinto maternal” y, fundamentalmente, la predefinida maternalización de las mujeres. A la par de las nuevas realidades sociales, y a sabiendas que el modelo de ama de casa a tiempo completo se ha transformando, se conjugan viejas prácticas y representaciones que permean todo el sistema y colocan a la mujer como responsable principal del cuidado de niños, niñas y adolescentes.

El Derecho del Trabajo debe ajustarse y adaptarse a los cambios sociales y culturales y, en muchos casos, propiciar y motivar nuevos roles de los padres en el seno familiar, si lo que quiere es ser un transformador social. Debe dejar de lado el maternalismo sobreimpreso, tal como lo ha hecho el Código Civil y Comercial, principalmente en materia de Derecho de Familia a partir de la constitucionalización del Derecho Privado en general.

Por omisión, las instituciones del Derecho Laboral no estimulan el compromiso de los hombres y personas no gestantes en el cuidado de sus hijos, ya que no proveen los dispositivos necesarios para conciliar sus responsabilidades, brindándole solo dos días corridos de licencia por paternidad.

---

<sup>28</sup> INDEC, “Encuesta Nacional de Uso del Tiempo...”, p. 11.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

Por este motivo, es que consideramos vital que el Derecho sea una herramienta y transformador jurídico para el cambio social, generador de nuevas condiciones y estructuras sociales. Las distintas normas operan en la configuración de responsabilidades diferenciales según el género y es por esto que consideramos que se trata de un problema social y político, pero también académico y jurídico.

Las instituciones y el andamiaje simbólico en general determinan, en ciertos supuestos, qué roles, funciones y responsabilidades atañen a los distintos grupos. Así, el Estado, a través del Derecho, se convierte en uno de los actores principales y centrales para la construcción de distintos tipos de sociedad a partir de la arquitectura legal.

Una reforma laboral en este sentido traerá múltiples consecuencias beneficiosas e innovadoras. Por un lado, será un punto de partida fundamental y trascendente para luchar contra una división sexual del trabajo sumamente silenciosa pero notoria y una violencia simbólica arraigada, coadyuvando a modificar años de historia de discriminación, segregación y violación al principio de igualdad garantizado -desde nuestra Constitución histórica de 1853/1860- en nuestro ordenamiento jurídico.

Permitirá a hombres y personas no gestantes cumplir con el deber de cuidado y crianza de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que garantizará su derecho a cuidar y criar a sus hijos o hijas en virtud de principios de coparentalidad y corresponsabilidad, reconocidos tanto en nuestro derecho interno como en instrumentos internacionales. En este orden de ideas, colaborará finalmente a dejar atrás las relaciones asimétricas respecto a la carga del trabajo del cuidado y de las tareas domésticas del ámbito privado.

A su vez, cumplirá con los estándares internacionales de derechos humanos que establecen el derecho de todo niño a alcanzar un

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

pleno y armonioso desarrollo de su personalidad en el marco de un contexto familiar donde participen activamente sus dos progenitores.

A largo plazo, reformas laborales como las que fueron mencionadas en el presente trabajo permitirán un mayor ingreso y permanencia de mujeres o personas gestantes a puestos de trabajo. Ya que, lamentablemente, las preguntas reproductivas y relacionadas con la posibilidad de tener hijos o hijas en las entrevistas laborales siguen teniendo como destinatarias a las mujeres.

De esta manera es tiempo de reconstruir y modificar el lugar cotidiano de las mujeres y personas gestantes tanto en el ámbito público como en el privado basados en conceptos sociales y culturales que llevan a una maternalización de las mujeres.

Sin intenciones de dicotomizar y reconociendo la dificultad conceptual que este planteo conlleva, es fácilmente observable los costes de la división sexual del trabajo tradicional, hegemónica o normativa y sus consecuencias se extienden hasta la actualidad a pesar de la clara introducción de la mujer en el ámbito público y en el trabajo remunerado. Las normas legales reflejan y refuerzan claramente los roles y estereotipos de género.

Una licencia de paternidad más extensa permitirá a hombres y personas no gestantes a acompañar el período postparto de manera más extensa y contribuir al fortalecimiento de los vínculos primarios de crianza, visibilizando al padre en esta etapa y fortaleciendo los siguientes, produciéndose cambios familiares y domésticos.

Actualmente, contamos con una legislación que, desde 1947, se mantiene invariable, estableciendo que dos días corridos de licencia por paternidad son suficientes para que el padre pueda dedicarse exclusivamente a la nueva realidad familiar. Incluso, todas las licencias especiales que estipula la Ley de Contrato de Trabajo, salvo una, son

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

más extensas que la licencia por paternidad, por ejemplo, la Ley brinda hasta 10 días calendario para rendir exámenes.

Tal como lo expresa Faur, el tiempo para cuidar debe ser asignado con independencia del género, de modo de resquebrajar modelos anacrónicos y facilitar la elección de mujeres y hombres. Si la corresponsabilidad de género en la tarea de cuidar supone un cambio cultural profundo, este difícilmente se producirá si, desde las instituciones públicas, no se revisan los esquemas de licencias maternas y parentales<sup>29</sup>.

Es por todo esto que consideramos que la regulación de una licencia por paternidad más extensa en el tiempo es una, pero no la única medida, por la que debemos batallar, si pretendemos modificar viejas estructuras sociales y culturales heredadas que se encuentran arraigadas en el Derecho del Trabajo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Mario, “La discriminación laboral de la mujer en las normas legales y convencionales y en la jurisprudencia argentina”, en BIRGIN, Haydée, *Ley Mercado y Discriminación: el género del trabajo*, Biblos, 1a edición, 2000, Buenos Aires.
- ACKERMAN, Mario, "Si son humanos no son recursos: pensando en las personas que trabajan", Rubinzal–Culzoni, 2a edición, 2016, Santa Fe.
- ASEFF, Lucía María, “Trabajo de mujeres”, Juris, 1a edición, 2020, Rosario.
- Consejo de la Unión Europea, “Diario oficial de las Comunidades Europeas sobre Directiva 94/34”, 03/06/1996, URL:

---

<sup>29</sup> FAUR, E., “El cuidado infantil en el siglo...”, p. 85.

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

<https://boe.es/doue/1996/145/L00004-00009.pdf>, consultado el 24/09/2022.

- FAUR, Eleonor, “El cuidado infantil en el siglo XXI. Mujeres malabaristas en una sociedad desigual”, Siglo XXI Editores, 1a edición, 2014, Buenos Aires.

- INDEC, "Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2021: resultados definitivos", URL: [https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/enut\\_2021\\_resultados\\_definitivos.pdf](https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/enut_2021_resultados_definitivos.pdf), consultado el 30/06/2023.

- La Diaria, "España es pionera al igualar las licencias por maternidad y paternidad", 08/01/2021, URL: <https://ladiaria.com.uy/feminismos/articulo/2021/1/espana-es-pionera-al-igualar-las-licencias-por-maternidad-y-paternidad/>, consultado el 24/09/2022.

- Lanza “Diario de la Mancha”, “Islandia, un ejemplo de permisos parentales a imitar”, 15/11/2013, URL: <https://www.lanzadigital.com/general/islandia-un-ejemplo-de-permisos-parentales-a-imitar/>, consultado el 24/09/22.

- LITTERIO, Liliana Hebe, “El trabajo de las mujeres”, Rubinzal-Culzoni, 1a edición, 2017, Santa Fe.

- Organización Internacional del Trabajo, “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”, 05/06/2014, URL: [https://ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms\\_242618.pdf](https://ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_242618.pdf), consultado el 24/09/2022.

- Parlamento Europeo, “Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo: Conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores”, 20/06/2019, URL:

MARÍN, J. & DAL LAGO, J., “La mujer trabajadora: su protección en la legislación actual, nuevos paradigmas y la necesidad de licencia a personas no gestantes”, pp. 142-172.

<https://www.boe.es/doue/2019/188/L00079-00093.pdf>, consultado el 27/09/2022.

- SERVIDIO POZZI, Florencia, “Licencias Laborales e Igualdad de Género”, UNR Editora, 1a edición, 2022, Rosario.

- TERRILE, Ricardo Alejandro, “Derecho Constitucional: conceptos y contenidos fundamentales”, Astrea, 1a edición, 2019, Rosario.

- UNICEF, “Maternidad y paternidad en el lugar de trabajo en ALC”, 03/07/2020, URL: <https://www.unicef.org/lac/informes/maternidad-y-paternidad-en-el-lugar-de-trabajo-en-ALC>, consultado el 05/10/2022.



FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

## ANÁLISIS CRÍTICO-DOGMÁTICO DE LA REGULACIÓN SANTAFESINA DE LA LLAMADA DECLARACIÓN DE IMPACTO DE LA PERSONA VÍCTIMA

por VICTORIA FERNÁNDEZ<sup>1</sup>

*Este artículo va dedicado a quienes me ayudaron a crecer académicamente: a mi familia, a mis compañeros y compañeras de comisión y a mi pareja Bruno (quien me impulsó a escribir incansablemente). A todos ellos, gracias.*

**Resumen:** En este trabajo intentaré elaborar un análisis crítico a partir de la declaración de impacto de la víctima, que fue incorporada a raíz de la Ley Provincial 14.181, sancionada en diciembre del año 2022 e incorporada al Código Procesal Penal de Santa Fe. Para ello, primero abordaré conceptos básicos que permitirán una mejor comprensión del tema, sobre la base del marco normativo federal y local. En segundo lugar, la declaración de impacto de la víctima como un instrumento de afectación a la garantía de imparcialidad de la persona que juzga, a la inviolabilidad de la defensa de la persona imputada, así como al derecho de la persona víctima a que se le minimicen las molestias durante el transcurso del proceso penal. Luego reflexionaré en torno a la garantía que ya le es reconocida a la persona víctima de ser oída. Por último, discurriré de manera breve en torno a la generación de mayores conflictos en el proceso penal que se generan por la creación de este instrumento. En las conclusiones pretendo criticar su implementación y

---

<sup>1</sup> Abogada (UNR). Aspirante a adscripta de la asignatura “Derecho Procesal III” (UNR). Cursando la Especialización en Magistratura (UNR). Empleado del Poder Judicial de la Nación.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

proponer alternativas para tratar el conflicto de la persona víctima, desde el marco legal, constitucional, así como también desde un enfoque social e interdisciplinario.

**Palabras clave:** Víctima – Imparcialidad – Conflicto – Declaración.

**Abstract:** In this paper I will try to prepare a critical analysis based on the victim's impact statement, which was incorporated as a result of Provincial Law 14,181, enacted in December 2022 and incorporated into the Santa Fe Criminal Procedure Code. In order to do so, I will first address basic concepts that will allow a better understanding of the topic. Those concepts are mainly based on the federal and local regulatory framework. Secondly, I will refer to the victim impact statement as an instrument that affects the guarantee of impartiality of the person who judges, the inviolability of the defense of the accused person, as well as the right of the victim to be heard. minimize inconvenience during the course of the criminal process. Then I will reflect on the guarantee that is already recognized to the victim of being heard during the criminal process. Finally, I will briefly discuss the generation of greater conflicts in the criminal process that are generated by the creation of this instrument. In the conclusions I intend to criticize its implementation and propose alternatives to deal with the victim's conflict, from the legal and constitutional framework, as well as from a social and interdisciplinary approach.

**Keywords:** Victim – Impartiality – Conflict – Statement.

**Sumario:** I. Introducción. II. Marco normativo federal. III. Marco normativo local. IV. La declaración de impacto y la garantía de imparcialidad. V. Más conflictos que soluciones. VI. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

En los orígenes del Derecho Penal prevalecía la venganza como una manera de componer el conflicto que situaba a la persona víctima como principal encargada de hacerlo. Con posterioridad y con el surgimiento del Estado, que toma para sí la pretensión punitiva, se expropia el conflicto a la persona víctima en aras de la consagración de lo que se denominó "el bien jurídico protegido", y es aquí donde la persona imputada se establece como el centro o meollo de la cuestión, por ser la protagonista del delito. La persona víctima ocupaba en aquel entonces un lugar totalmente desprovisto de interés.

A mediados del siglo XX surgieron disciplinas como la victimología y la victimodogmática<sup>2</sup> que ubicaron a la persona víctima como sujeto esencial del proceso penal y merecedora de consideraciones que hasta ese momento no existían<sup>3</sup>.

Este trabajo se propone abordar brevemente ese reconocimiento legal hasta la sanción de la Ley 14.181 y la incorporación de la declaración de impacto de la víctima, para aportar luego una perspectiva crítica de la misma.

## II. MARCO NORMATIVO FEDERAL

La inquisición le expropió a la víctima su conflicto al instaurar la persecución penal pública, en la cual se privilegió el control del Estado sobre los súbditos, sin importar la reparación real del daño producido por el delito. En el marco del proceso penal, la persona

---

<sup>2</sup> Disciplinas orientadas al estudio de la influencia del comportamiento de la víctima en el delito y su influencia en la responsabilidad penal del autor.

<sup>3</sup> FIGARI, R.E., “Somero análisis de la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (ley 27.372)”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, p. 1.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

víctima aportaba información en forma secundaria para la “búsqueda de la verdad”<sup>4</sup>.

El surgimiento de la victimología puso una vez más a la persona víctima del delito en el centro de la atención científica, coadyuvando a ello la fuerza del movimiento de restitución americana que incitaba a la prueba de modelos de restitución del daño y la ampliamente demostrada ineptitud político-criminal de la pena de prisión y programas de resocialización. Se habla de un redescubrimiento, de su mejor protección, de sus posibilidades de obligar a la realización del proceso penal y su participación en él<sup>5</sup>.

A partir de la necesidad de incorporación de la persona víctima como actor esencial se configura una visión del delito como conflicto y no como infracción, que necesariamente supone la existencia del imputado, así como de la persona víctima. Surgieron respuestas alternativas a la pena que encuentran su base en los postulados de la justicia restaurativa y conducen en la práctica a la repersonalización del conflicto y posibles resarcimientos económicos o morales.

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional incorporó en 1994 los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y, a partir de lo normado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se advierten instrumentaciones con relación a los derechos de las personas víctimas<sup>6</sup>.

Estos estándares internacionales obligaron a nuestro país a realizar una labor de adecuación de la legislación interna a dichas normas. Si bien son numerosas, haré foco en la Ley 27.372. La

---

<sup>4</sup> BACLINI, J.C., “La víctima en el sistema penal”, en *Revista Pensamiento Penal*, p. 3.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>6</sup> FIGARI, R.E., “Somero análisis de la ley de...”, p. 4.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

denominada “ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos” menciona en su artículo 2 que se considera como tal a la persona ofendida directamente por el delito, así como a su cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

Si bien con este trabajo no pretendo transcribir el texto legal, me interesa remarcar que el artículo 4 menciona principios que deben respetar las distintas autoridades frente a una persona que se considera víctima de un delito: **rápida intervención, enfoque diferencial y no revictimización**. Este último es importante ya que establece que la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles.

Las discusiones dogmáticas de los últimos años, las reformas procesales y, sobre todo, el desarrollo de nuevos instrumentos teóricos para el análisis del injusto penal, situaron a la persona víctima en un lugar relevante, a tal punto que la victimodogmática comienza a representar un campo específico de principios y planteos<sup>7</sup>.

### III. MARCO NORMATIVO LOCAL

El artículo 80, inciso 11, del Código Procesal Penal de Santa Fe regula los derechos que le asisten a una persona que se considera víctima de un delito. Entre ellos, se encuentra el derecho a ser oída por un Juez en audiencia pública en forma previa al dictado de las resoluciones que versen sobre la aplicación de un criterio de oportunidad, la revisión de medidas cautelares personales, la

---

<sup>7</sup> Ibidem, p.1.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

suspensión del juicio a prueba, los supuestos de procedimiento abreviado, el sobreseimiento y el archivo jurisdiccional, o cualquier decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal. Igual derecho le asiste en la audiencia preliminar y en las audiencias de segunda instancia, y en el proceso de flagrancia.

El citado artículo responde a la visibilización que se le otorgó a la persona que se considera víctima, como respuesta a la exclusión que le generaba el sistema inquisitivo del proceso penal. El trato que recibía era tan despectivo que el artículo citado regula su derecho a ser tratada digna y respetuosamente.

En ese marco, el sistema de administración de justicia no debe potenciar las molestias sino reducirlas. De esta forma, observando el principio de trato digno, se debe evitar que comparezca varias veces a declarar, o que en caso de que haya padecido lesiones, sea revisada por varios profesionales, por ejemplo. La asistencia a la persona víctima debe ser integral, comprensiva del aspecto técnico (artículo 82 del Código Procesal Penal de Santa Fe) y de la asistencia médica física y psíquica en procura de la contención de quien se considera víctima de un delito y potencial objeto de revictimización institucional<sup>8</sup>.

En el artículo 83 del código citado se consagran actitudes positivas asumidas por el imputado dentro del proceso, que deberán operar favorablemente en distintas instancias, teniendo en cuenta que todas las situaciones que se enuncian allí pueden interpretarse como beneficiosas para la persona víctima<sup>9</sup>. Con el citado artículo refiero a que el sistema acusatorio – adversarial pretende componer el conflicto y ello se encuentra reflejado en la norma referida.

---

<sup>8</sup> BACLINI, J.C., “La víctima en el sistema penal”, en *Revista Pensamiento Penal*, p. 9.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 12.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

El 7 de diciembre del año pasado fue aprobada la Ley 14.181 denominada “derechos y garantías de las personas víctimas de delitos”. En el art. 3 menciona que

*“...a los efectos de la misma se considerarán:*

*a) Víctima directa: la persona que haya sufrido un daño directo por el hecho delictivo.*

*b) Víctima indirecta: cuando el resultado del delito sea la muerte de la víctima directa o cuando ésta hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos, se considerarán víctimas al cónyuge, el conviviente, los padres, el adoptante, los hijos, los hermanos, los tutores o guardadores o su principal referente afectivo.*

*Para los efectos de su intervención en el procedimiento, el ejercicio de los derechos establecidos en esta ley por los parientes de grado más próximo, el cónyuge o conviviente, excluyen a los de grado ulterior.*

*c) Víctimas de existencia ideal: las asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones, exclusivamente respecto de aquellos delitos que dañen bienes jurídicos que se vinculen directamente con su objeto social.”*

La Ley introdujo modificaciones al Código Procesal Local, incorporando a través del art. 4 inc. e):

*“...Es finalidad de la presente: ...e) Perspectiva de víctimas: las decisiones del Poder Ejecutivo y las resoluciones de los operadores del sistema judicial serán tomadas cumpliendo con los principios y parámetros de las normas de fondo y forma pero con*

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

*respeto y cumplimiento de los nuevos derechos y perspectiva de víctimas que la presente norma instituye.”*

Esto me conduce al tema principal de análisis en este artículo, ya que uno de sus institutos es la declaración de impacto de la víctima. Los artículos 329 bis y 401 bis del Código Procesal Penal de Santa Fe establecen:

*“...con posterioridad a la conclusión del debate, el Juez o Tribunal convocará a la víctima o víctimas para que sean escuchadas en relación a lo que tengan que decir respecto de la afectación provocada por el delito. En la audiencia sólo estará presente la víctima, y a los efectos del control de la naturaleza de la declaración estarán las partes técnicas. El imputado no participará excepto que la víctima lo autorice. La víctima podrá ser acompañada por una persona de su confianza o por un profesional que ella designe. En la misma, el Juez explicará sucintamente el estado de la causa y escuchará a la víctima respecto de la afectación o el impacto que el hecho delictivo le generó, sus vivencias, efectos, expectativas y demás circunstancias que quiera manifestar sobre el Impacto. A los fines de facilitar su escucha y en aras de evitar la revictimización o eventuales afectaciones, la víctima podrá hacer uso de este derecho por escrito o por medios audiovisuales que sean remitidos al Tribunal. Es condición para la validez de la sentencia la sustanciación de la declaración de impacto o su ofrecimiento de manera efectiva a la víctima si ésta no optó por ejercer este derecho”.*

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

El legislador provincial incluye con esta una instancia más antes de que la persona juzgadora dicte una sentencia. A mi parecer, ello no contribuye con la regla de celeridad que propone el sistema acusatorio – adversarial, así como tampoco con una mayor respuesta a la persona víctima, si tenemos en cuenta que el proceso penal debe causarle la menor molestia posible y procurarle una gestión eficaz del conflicto.

#### **IV. LA DECLARACIÓN DE IMPACTO Y LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD**

Una característica esencial de la persona que ejerce la magistratura es su imparcialidad. La misma es diferente a la independencia, aunque se relacionan entre sí. La independencia determina que el juez sólo esté sometido a la ley y a la Constitución. La imparcialidad significa que el juez no se dejará llevar por ningún otro interés fuera del de la aplicación correcta de la ley y la solución justa del litigio. Tan entrelazados están los conceptos, que el juez que no es independiente no es imparcial<sup>10</sup>.

A mi modo de ver, la instrumentación de la declaración de impacto de la víctima afecta la imparcialidad de la persona que juzga, ya que plantea como obligatorio el encuentro de la última con la presunta víctima y la afectación personal que considera que le causó el hecho delictivo. Si tenemos en cuenta que la Constitución Nacional plantea la igualdad entre las personas que habitan la Nación y la inviolabilidad de la defensa ¿cómo es posible sustanciar la declaración de impacto sin afectar garantías ya reconocidas? Una interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales y la Constitución Nacional, implica que no se deberían

---

<sup>10</sup> BINDER, A. M., “Introducción al derecho procesal penal”, p. 320.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

admitir leyes que contribuyan a la degradación de garantías reconocidas para la tramitación de un proceso penal.

Así establecida, la declaración implica que la persona que se considera víctima de un delito puede sentarse frente a una persona que integra el Colegio de Jueces y manifestarle, aún sin la presencia del imputado, la afectación que le produjo el delito. Trae varios inconvenientes ya que no garantiza una mayor composición del conflicto para la persona víctima, deja en una posición desventajosa a la persona imputada -quien puede presenciar o no la misma según la decisión que tome la persona víctima- y puede generar en la mente de la persona que juzga -recordemos que son seres humanos- una parcialidad hasta inconsciente.

## V. MÁS CONFLICTO QUE SOLUCIONES

El contexto sociopolítico en que surge el extraordinario protagonismo de la víctima suscita cierta desconfianza, que conlleva a sospechar que lo plasmado en la Ley 14.181 podría ser un nuevo ardid demagógico, por el cual se camuflan estrategias punitivas en desmedro de derechos y garantías de la persona imputada, e incluso para la persona víctima, quien muchas veces sufre de paternalismos capaces de sostenerla en una dirección exclusivamente inculpativa<sup>11</sup>.

Retomando lo dispuesto en el artículo 80 en cuanto a la instrumentación santafesina del derecho a ser oída que tiene la persona víctima, relacionado con la tutela judicial efectiva que la normativa supranacional le reconoce, se vislumbra que ya cuenta con una facultad que torna innecesaria y engorrosa a la declaración de impacto de la

---

<sup>11</sup> TASSINI, F.L., “El derecho a la víctima a ser oída. Confrontación con las garantías constitucionales del imputado”, en *Microjuris*, p. 5.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

víctima para el desarrollo del proceso, que pone en crisis a la persona imputada y resulta de complejo análisis para la persona que juzga.

La misma incluso podría llevar a planteos de inconstitucionalidad al tratarse de una instancia en la que puede o no estar presente la persona imputada, que resulta inmediatamente previa a la decisión final de la persona que juzga, máxime teniendo presente que durante todo el proceso la persona víctima tiene la posibilidad de expresarse sin limitaciones respecto del hecho presuntamente delictivo objeto del juicio.

## VI. CONCLUSIONES

El diseño normativo previo a la sanción de la Ley Provincial 14.181 ya establecía una gran cantidad de derechos a favor de la persona víctima y la importancia radica en tornarlos operativos. Desde la perspectiva del Dr. Baclini, ello le corresponde al Ministerio Público de la Acusación<sup>12</sup>.

Sus derechos importan desplazar al trámite excesivo y a la burocracia, a cambio de resultados y teniendo en cuenta a las personas<sup>13</sup>. Expresado esto, considero que la declaración de impacto de la víctima traerá más problemas que soluciones a la hora de gestionar el conflicto penal desde una perspectiva acusatorio-adversarial.

¿Es una herramienta procesal adicional una solución real para el conflicto de la víctima? Creo que podrían pensarse, sobre la base de los derechos ya reconocidos, estrategias que propendan al funcionamiento de canales de contención y protección para las personas víctimas, sin incurrir en la afectación de garantías constitucionales que se erigen

---

<sup>12</sup> BACLINI, J.C., “La víctima en el sistema penal”, en *Revista Pensamiento Penal*, p. 18.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

como la base de un proceso que respeta los derechos fundamentales de la ciudadanía.

El programa legislativo posmoderno debe adaptarse a las reglas del Derecho Penal constitucional y no al revés. Desde ese punto, considero que el reconocimiento legal de la víctima a través de la implementación de este instituto no implica la efectivización de ningún derecho real para las partes.

## BIBLIOGRAFÍA

- BACLINI, Jorge C., “La víctima en el sistema penal”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2012.
- BINDER, Alberto M., “Introducción al derecho procesal penal”, Ad-Hoc, 2ª edición, 1993, Buenos Aires.
- FIGARI, Rubén Enrique, “Somero análisis de la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (ley 27.372)”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, URL: <http://www.saij.gob.ar/ruben-enrique-figari-somero-analisis-ley-derechos-garantias-personas-victimas-delitos-ley-27372-dacf170377/123456789-0abc-defg773071fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal/proceso%20Openal/sujetos%20del%20proceso%20penal/v%EDctima%20del%20delito/protecci%F3n%20de%20la%20v%EDctima%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%7CJurisdicci%F3n%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=1#>, consultado el 10/07/2023.
- RAFECAS, Daniel, “Derecho Penal sobre bases constitucionales”, Ediciones Didot, 1ª edición, 2022, Buenos Aires.

FERNÁNDEZ, V., “Análisis crítico-dogmático de la regulación santafesina de la llamada declaración de impacto de la persona víctima”, pp. 174-186.

- TASSINI, Franco L., “El derecho a la víctima a ser oído. Confrontación con las garantías constitucionales del imputado”, en *Microjuris Online*, 2018, URL: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/02/20/el-derecho-a-la-victima-a-ser-oido-confrontacion-con-las-garantias-constitucionales-del-imputado/>, consultado el 10/07/2023.



SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

## LA OPINIÓN DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

por FEDERICO JOSÉ SOLSONA<sup>1</sup> & ANTONELLA PILAR CHIARRELLO<sup>2</sup>

**Resumen:** El presente trabajo consta de tres ejes de desarrollo. El primero, cumpliendo una función introductoria del tema que nos convoca, explica brevemente los dos paradigmas históricos en relación a los niños. Desde una concepción del niño objeto de protección a otra realidad distinta en donde el niño es sujeto de derecho. Por otra parte, se menciona normativa local e internacional haciendo especial hincapié en el proceso de constitucionalización del Derecho Privado que inspiró la reforma del Código Civil e implicó reformular sus normas según los principios de Derechos Humanos presentes en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. La segunda parte, se enfoca precisamente en la participación del Niño en los procesos, su derecho a ser oído, relevancia de su discurso y el vínculo estrecho con conceptos como autonomía progresiva, capacidad jurídica e interés superior del niño. Si bien, el tema parece zanjado, en los procesos de Restitución Internacional de los niños, la cuestión no está tan dilucidada ni resuelta, incluso la doctrina suele dividirse cuando hablamos de opinión del menor en esta clase de procesos. Finalmente se desarrollan una serie de fallos de esta temática, dando lugar a interpretaciones judiciales diversas respecto al artículo 13 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, ya que de la lectura gramatical del mismo,

---

<sup>1</sup> Abogado (UNR). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Especialista en Magistratura (UNR). Docente universitario. Adscripto de las asignaturas “Derecho de Daños” y “Derecho de las Obligaciones” (UNR). Prosecretario del Juzgado Civil, Comercial y Laboral de la localidad de Firmat.

<sup>2</sup> Abogada (UNR). Especialista en Abogacía Pública (ECAE). Especialista en Magistratura (UNR). Docente de la asignatura “Derecho Privado – Parte General” (UNR).

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

se comprende que los magistrados pueden negar la restitución en aquellos casos en que se compruebe que el propio niño o adolescente se opone a regresar al país del que ha sido sustraído, pero que esto sólo funciona como una excepción a la obligación de restituir. Por lo tanto, se trata de una interpretación restrictiva por parte del juez que puede lesionar derechos del niño sino se realiza una interpretación global con los restantes Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

**Palabras Claves:** Infancia – Derechos de los Niños – Autonomía Progresiva.

**Abstract:** This paper consists of three development axes. The first, fulfilling an introductory function of the subject that summons us, briefly explains the two historical paradigms in relation to children. From a conception of the child as an object of protection to a different reality where the child is a subject of rights. On the other hand, local and international regulations are mentioned, with special emphasis on the process of constitutionalization of Private Law that inspired the reform of the Civil Code and implied reformulating its rules according to the principles of Human Rights present in our Constitution and in the International Treaties with constitutional hierarchy. The second part focuses precisely on the participation of children in the proceedings, their right to be heard, the relevance of their speech and the close link with concepts such as progressive autonomy, legal capacity and the best interests of the child. Although the issue seems to be settled, in international child restitution proceedings, the question is not so elucidated or resolved, even the doctrine is usually divided when we talk about the child's opinion in this kind of proceedings. Finally, a series of rulings on this subject are developed, giving rise to different judicial interpretations with respect to Article 13 of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, since from the grammatical reading of the same, it is understood that the magistrates can deny the return in those cases in which it is proven that the child or adolescent is opposed to returning to the country from

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

which he/she has been abducted, but that this only functions as an exception to the obligation to return. Therefore, this is a restrictive interpretation on the part of the judge that can harm the rights of the child if a global interpretation is not made with the remaining International Human Rights Treaties.

**Keywords:** Childhood – Children's Rights – Progressive Autonomy.

**Sumario:** I. Un cambio de paradigma 1. Un verdadero cambio de paradigma en los derechos de los niños, niñas y adolescentes. 2. Derecho Interno: herramientas con las que contamos. II. El accionar de los Niños, Niñas y Adolescentes. 1. Autonomía progresiva y capacidad jurídica. 2. El derecho a la participación en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. Análisis del artículo 12 y el debido proceso. III. La opinión de los Niños, Niñas y Adolescentes en procesos judiciales. Su relevancia. 1. La importancia del interés superior de un/a niño/a en el marco de un proceso judicial. 2. Procesos en particular: Restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. 3. Diversos fallos sobre la ponderación judicial de la opinión del niño/a y su consecuente encuadre con el art. 13 de la Convención de la Haya. IV. Consideraciones finales.

## I. UN CAMBIO DE PARADIGMA

### 1. Un verdadero cambio de paradigma en los derechos de los niños, niñas y adolescentes

Una breve revisión histórica nos da lugar a plantear la afirmación de que hasta no hace mucho tiempo la incapacidad de los niños y niñas era una regla indiscutible que desconocía e ignoraba por completo sus derechos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Dignidad y Autonomía Progresiva de los niños” en *Revista Rubinza Culzoni*, p.113.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

En el transcurso del tiempo los conceptos de menor o niño se han ido modificando y adaptando a los momentos históricos. Ya en el año 1960 los pedagogos, psicólogos, pensaban en niños/as/adolescentes, mientras que los juristas, pensaban en “menores”. Habiendo muchas definiciones de niños/as y adolescentes, casi ninguna era de menor, ya que los juristas lo definían por lo que no es. La definición es una operación lógica que proporciona las notas esenciales de un objeto de conocimiento. Sin embargo, esto no se cumple cuando se define un objeto o sujeto diciendo lo que no es. En efecto, en esta temática se decía que “menor es aquél que no es mayor”.

Este inconveniente en la forma de definir refleja el vacío de su contenido. Ese vacío generó un sistema de exclusión social, políticas para menores, jueces para menores, institutos para los mismos, desde una perspectiva tutelar. Cuando se habla de menores se habla de lo que las personas no son, jamás de su esencia como sujeto. Aparece una característica típica de las leyes en 1920-30: las sociedades organizadas en Estado reflejaron esa incapacidad o inconveniencia propia de la ideología de aquellos tiempos en reconocer en los/as niños/as y en los adolescentes la sustancia, la identidad, la esencia del sujeto de Derecho, la esencia de tener, por sí mismo, sus derechos, en definitiva, la máxima de la Dignidad Humana.

Las sociedades establecen que por esa condición de minoría de edad (condición no definida o mal definida, por incapacidad o inconveniencia ideológica) los niños/as y adolescentes (condiciones discriminatorias e infamantes – abandonados, carentes, delincuentes, callejeros) pasan a ser, como individuos, tutelados por el Estado. La autoridad absoluta del Estado que encarna esa tutela en tal sistema es el Juez de Menores.

La persona biológica, psicológica, social, cultural, ética de un niño/a /adolescente pasa a ser tutelada por un agente o autoridad del

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

Estado, que delega funciones a burocracias. Todo eso en nombre de una concepción ficticia.

En una formación jurídica hablamos de menor, de la capacidad del menor, de sus derechos. El término menor es jurídicamente válido como herramienta del mundo jurídico, pero hay “cosificación” en este ámbito; además subyace la conciencia de que es “menor” aquel que no tiene en plenitud su capacidad de hecho<sup>4</sup>.

La historia nos indica que surgen dos tipos de paradigmas que son fundamentales para comprender el rol que se les da a los niños. Por un lado, tenemos el paradigma de la situación irregular y por otro el paradigma de la protección integral. El primero hace referencia a una situación de fragmentación de la infancia, políticas dirigidas a la misma, institucionalización, exclusión de la pobreza, negando sus derechos incluidos los derechos humanos. Por otro lado, el paradigma de protección integral implica el reconocimiento del niño, niña y adolescente como sujeto de derechos, ya no en el concepto vacío de “menor”.

El siglo XX ha sido testigo de un profundo y dinámico proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en 1989.

En 1924 la Sociedad de las Naciones adopta en su V Asamblea el primer texto formal, conocido como la Declaración de Ginebra; posteriormente en 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptará la Declaración Universal de Derechos del Niño.

Siempre nos parecen un gran logro los avances legislativos y normativos que amplían derechos, imponiendo al Estado el deber de promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. La CDN es un

---

<sup>4</sup> CARRILLO BASCARY, M “La protección legal de la vida: reflexiones sobre el concepto de “niño” y sus implicancias normativas”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, p. 866.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

instrumento destinado a la no discriminación, a la reafirmación del reconocimiento de los niños como personas humanas, y responde a la necesidad de contar con instrumentos jurídicos idóneos para proteger sus derechos<sup>5</sup>.

## 2. Derecho Interno: herramientas con las que contamos

En la reforma constitucional de 1994 se da la recepción en nuestro derecho interno de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos; aquí es cuando la Convención de los Derechos del Niño adquiere jerarquía superior a las leyes integrando el llamado bloque de constitucionalidad del artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna. Dicha jerarquía generó que la legislación interna por entonces vigente se vuelva obsoleta frente al requerimiento de congruencia constitucional, de aquí que la ley nacional 26.061, sancionada en nuestro país en el año 2005, recepta y sistematiza los principios de la Convención.

La ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes reconoce que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos, cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, que tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernen y en aquellos que tengan interés<sup>6</sup>.

Además, establece la obligación de garantizar a aquéllos el derecho de ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o

---

<sup>5</sup> CILLERO BRUÑOL, M. “Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios” en *Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez, Adolescencia y el grupo familiar*, p.1.

<sup>6</sup> TORRENS, M. & RAJMIL, A. B., "Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Capacidad Jurídica y autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista n° 8 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos 2ª Circunscripción*. pp. 31-32.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

administrativo y que, ante la omisión de poseer recursos económicos, sea el Estado el que deba otorgarle un letrado que lo patrocine.

Compartimos las palabras de la Dra. Silvina Andrea Alonso, quien menciona que el derecho del niño a ser oído establece la posibilidad de que el niño se exprese en cualquier especie de proceso en el cual esté en juego la afectación a sus intereses. Esto último se daría a través de instancias de diálogo entre los niños, niñas y adolescentes y la autoridad judicial o administrativa, respetándose los derechos fundamentales, con un procedimiento especial atento al carácter de menor de edad, que evite consecuencias estigmatizantes para el niño, niña y/o adolescente<sup>7</sup>.

El artículo 707 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente, y que su opinión sea tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Tanto la CDN como la ley nacional 26.061 receptan una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio, que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas<sup>8</sup>.

En cuanto al artículo 26 podríamos decir que donde se trata el “Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad” dispone que:

*“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En*

---

<sup>7</sup> ALONSO, S. A., “Derecho del niño a ser oído: ¿Derecho irrenunciable o carga procesal?”.

<sup>8</sup> MINYERSKY, N & HERRERA, M, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061” en GARCIA MENDEZ, E. (comp) *Protección Integral de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes Análisis de la Ley 26.061*, p. 54.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

*situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.*

La legislación civil y comercial adoptó un criterio flexible y se determinó tratamientos invasivos y no invasivos a los fines de poder dilucidar determinados actos que repercuten en la vida de los niños, niñas y adolescentes. Esto nos permite velar para que se cumpla con la protección del más débil, uno de los valores subyacentes en el CCyC; en variados supuestos, especialmente los que comprometen la salud de esas personas vulnerables, esa protección requiere autorizar a la persona menor de edad la realización de ese acto y evitar la judicialización<sup>9</sup>.

Para finalizar con este punto, no podemos dejar de mencionar el proceso de constitucionalización del Derecho Privado que inspiró la reforma del Código Civil e implicó reformular sus normas según los

---

<sup>9</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. & HERRERA, M & LAMM, E. y otros. “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación” en Sistema Argentino de Información Jurídica, 19/08/2015.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

principios de Derechos Humanos presentes en nuestra Constitución y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Se configura así una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado, de modo que implica repensar la agenda iusprivatista en cuestiones tradicionalmente alejadas del sistema, tales como los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos<sup>10</sup>.

## **II. EL ACCIONAR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

### **1. Autonomía progresiva y capacidad jurídica**

La edad y el grado de madurez son dos cuestiones a tratar a los fines de dilucidar el actuar de los menores de edad, y en la toma de decisiones en lo que a ellos les concierne. A los fines de comprender su importancia partimos de la denominada capacidad progresiva, la cual se manifiesta a través del ejercicio de los derechos que van adquiriendo los menores de edad a medida que avanza su edad y su grado de madurez.

Todo ello no se podría poner en práctica en nuestra sociedad ante los casos concretos si no tuviéramos instrumentos internacionales y legislación local que nos acompañen y amparen para su efectivización en miras de respetar el interés superior del niño.

Ahora bien, es de larga data que estos instrumentos internacionales tales como la CIDN, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los

---

<sup>10</sup> CIURO CALDANI, M. A. & NICOLAU, N. L & FRUSTAGLI, S. “Derecho Privado del siglo XXI. I”, p. 169.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

Jóvenes privados de libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad), son los instrumentos jurídicos (entre otros) que, acompañados por jurisprudencia y doctrina de gran alcance, constituyen la llamada Doctrina de las Naciones Unidas de Protección Integral de la Infancia, los cuales han cambiado la percepción del menor como objeto de tutela y represión ahondando en reconocerlos como sujetos plenos de derechos<sup>11</sup>.

Si entendemos que la infancia es una época de desarrollo efectivo y progresivo, tanto personal como social y jurídico, podemos comprender los objetivos que traza la Convención de los Derechos del Niño, en particular cuando afirma que los niños y las niñas tienen iguales derechos que todas las personas. Asimismo, busca regular los conflictos jurídicos, determinar los derechos propios, orientar las políticas públicas en relación a la infancia; y limitar las actuaciones de las autoridades<sup>12</sup>.

La CDN incorpora el principio de la autonomía progresiva, indicando a los Estados parte que deberán respetar los deberes y derechos de los padres, siendo la responsabilidad de estos la de guiar a los niños en la medida de su desarrollo, para que puedan ir aprendiendo y concretando el ejercicio de los derechos que la CDN titulariza<sup>13</sup>.

Asimismo, nos resulta interesante mencionar lo explicitado por la Dra. Torrens en su libro “Autonomía progresiva. Evolución de las

---

<sup>11</sup> LORA, L. N., “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*. pp. 479-488.

<sup>12</sup> CILLERO BRUÑOL, M., “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del niño n° 9*, UNICEF, p. 31.

<sup>13</sup> CAVAGNARO, M. V. & COLAZO, I. I., “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo materno: Una mirada a partir del interés superior del niño y de la capacidad progresiva”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica*, p. 3.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

facultades de niñas, niños y adolescentes” cuando cita a Lansdown al hablar de la importancia de la CDN, en tanto intermediación entre la realidad de la niñez y el respeto del ideal contenido en el concepto de autonomía, y así sostiene:

*“El art. 5° de la Convención no cancela totalmente la presunción de incompetencia en el caso de los niños, pero sí impone a los Estados partes la obligación de asegurarse de que sean respetadas las facultades del niño. De ese modo concede al principio de autonomía la capacidad potencial de extenderse más ampliamente a los niños, sin por ello dejar de proporcionar el marco protector necesario para evitar que padezcan explotación, daños o abusos”.*

## **2. El derecho a la participación en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño. Análisis del artículo 12 y el debido proceso**

En primer lugar, desde el punto de vista de la Convención, el Comité resaltó como principio concerniente a los NNyA el derecho a la participación, al que ya hemos hecho referencia, encontrándose previsto en el artículo 12. Este principio resulta clave y como bien lo ha señalado el Comité, es uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño<sup>14</sup>.

El derecho a la participación se consagra como la potestad del niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan. La Corte ha establecido que, con el objeto de atender primordialmente al interés del niño, y con el propósito de que este último sea escuchado con todas las garantías a fin de que pueda hacer efectivos sus derechos, se debe solicitar al juez de la causa que designe

---

<sup>14</sup> NACIONES UNIDAS, Observación General n° 12 (2009), “El derecho del niño a ser escuchado”, p. 5.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

un letrado especializado en la materia para que lo patrocine<sup>15</sup>. La convención señala que debe tenerse en cuenta dicha opinión en función de su edad y madurez. Esta regla no es absoluta y tampoco es una imposición, en el sentido de que el niño tiene derecho a no ejercer ese derecho.

Junto a esta idea, el niño puede expresar libremente sus opiniones sin presiones - en cuestiones de familia esto se torna muy dificultoso - por tanto, es importante detectar que el niño no sea manipulado ni esté sujeto a una influencia o presión indebida. La contracara es lograr que el niño no sea entrevistado con más frecuencia de la necesaria, en particular cuando se investiguen acontecimientos dañinos<sup>16</sup>. El proceso de "escuchar" a un niño es difícil y puede causar efectos traumáticos en este. Todo ello lleva a la necesidad de asegurar que el niño cuente con toda la información y asesoramiento suficiente para la toma de decisiones, todo ello en miras de alcanzar una que favorezca su interés superior<sup>17</sup>.

Asimismo, reafirma la idea de su participación en el procedimiento judicial o administrativo, en donde tiene la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Esta idea de expresar su opinión debe correlacionarse con la plena aplicación del artículo 12, en dónde se exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación tales como el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura, que conforman un canal de comunicación primordial dependiendo la edad de los niños. Es importante la precisión del artículo 12 de la Convención en lo que refiere al derecho a ser escuchado a todo niño "*...que esté en condiciones de formarse un juicio propio*". En este caso los Estados partes deben dar por supuesto que el

---

<sup>15</sup> CSJN, “B., C. I. c/ S., A. N. s/ cuidado personal del hijo (tenencia)”, 09/09/2021.

<sup>16</sup> Ibid., p. 10.

<sup>17</sup> Ibid., p. 8.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

niño tiene capacidad para formar sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas<sup>18</sup>.

La oportunidad de ser escuchado es indispensable en todos los procedimientos judiciales que afecten al niño. A modo de ejemplo podemos nombrar aquellos procesos en donde se discute cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, restitución internacional de niños, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo, refugiados y víctimas de conflictos armados.

En líneas anteriores se ha mencionado la participación que tienen los niños en los procesos que los atañen, y esto nos lleva a la necesidad de destacar dos cuestiones sumamente ligadas a la idea de una efectiva participación del niño en la esfera judicial. Por un lado, podríamos decir que la intervención del Ministerio Pupilar resulta clave, atento a que la falta de intervención para ejercer la representación promiscua cuando la resolución compromete en forma directa los intereses del menor de edad, no sólo menoscaba su función institucional, sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones. En este sentido, en “Carballo de Pochat” se resolvió declarar la nulidad de lo actuado desde el dictado del fallo de primera instancia y disponer que el Ministerio Pupilar tome intervención en el juicio<sup>19</sup>.

En este caso la figura del Defensor Oficial asumió la representación y se adhirió a la demanda interpuesta por la madre a los fines de que el Estado pague una indemnización por la muerte del progenitor. Sin embargo, pese a ello, no había tenido intervención alguna en dicha causa a partir del dictado de la sentencia de grado.

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 9.

<sup>19</sup> CSJN, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios”, 19/05/2009.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

En “Rivera” se mencionó que el Defensor de Menores es parte esencial y legítima en todo asunto judicial o extrajudicial en el que intervenga un menor de edad, e incluso puede deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa en juicio. En este caso se advierte que no se dispuso la participación del Ministerio de Menores y tampoco se le confirió intervención en aquellas decisiones que podían causar un gravamen de insusceptible reparación ulterior, y por tanto se decidió declarar la nulidad de las resoluciones dictadas sin esa participación previa<sup>20</sup>.

La jurisprudencia y la legislación nacional e internacional nos dejan entrever que aquella decisión judicial que no tenga en consideración primordial el interés superior del niño resulta por ello contraria a la Convención, y para que la misma no sea catalogada como arbitraria y discrecional debe erigirse sobre la base de un proceso que propicie la participación del niño, niña o adolescente y garantice su derecho a ser oído<sup>21</sup>.

Retomamos en este punto una clasificación que realiza la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien da cuenta de que la intervención de los niños, niñas y adolescentes como parte procesal es la manifestación más compleja del derecho a participar, sin embargo, no debe circunscribirse a la calidad de parte en el sentido estrictamente procesal. Para esto es importante reconocer que en la gran mayoría de los casos existe una esfera de actuación directa de parte del niño/a ejerciendo su "derecho a ser oído". En otras palabras, es preciso no quedarse con la idea de la participación del niño en el proceso como la única forma de ser parte

---

<sup>20</sup> CSJN, “Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/ daños y perjuicios - ordinario”, 06/07/2010.

<sup>21</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “A.C.M y otros s/ Divorcio (art. 214 inc. 2 Cód. Civil)”, 30/03/2010.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

en el mismo. Su peculiar condición impone al sistema jurídico habilitar, y, en algunos casos promover, otras posibles formas de intervención<sup>22</sup>.

### **III. LA OPINIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS JUDICIALES. SU RELEVANCIA**

#### **1. La importancia del interés superior de un/a niño/a en el marco de un proceso judicial**

A los fines de determinar la implicancia que tiene este principio en el proceso judicial podemos determinar previamente que el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño consagra que este principio, “el interés superior del niño”, será “una consideración primordial” en todas las medidas que le afectan. Ahora bien, entendemos que puede resultar compleja una definición del mismo y por tal motivo buscaremos una idea que nos lleve a acercarnos a la mayor aplicación que podemos hacer de él en las decisiones cotidianas que deben y pueden tomar los menores de edad.

Sin ánimos de redundar, recordemos que el concepto del interés superior del niño fue recogido del artículo 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959 que dispone que este debe ser “la consideración fundamental” únicamente en cuanto a “la promulgación de leyes” destinadas a la protección y bienestar del niño.

El art. 3 de la ley 26.061 establece que:

*“Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión*

---

<sup>22</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. & MOLINA DE JUAN, M. “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, en *Revista RCCyC*, p.3.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

*sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.*

Este principio de especial relevancia permite resolver conflictos de derecho a través de la ponderación de los derechos en conflicto. Se evitaría un uso abusivo estableciendo en la legislación nacional requisitos para que se utilice el principio cuando haya conflictos entre derechos como, por ejemplo, la reserva judicial, y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta<sup>23</sup>.

En consonancia con lo expuesto, hay que destacar los efectos positivos de una correcta aplicación de este principio, especialmente en sede judicial. Como mencionamos con anterioridad, se requiere que siempre se tome aquella medida que asegure la máxima satisfacción integral de los derechos que sea posible, tanto en su aspecto cuantitativo como en la calidad de los mismos<sup>24</sup>.

El Comité, a través de la Observación General n° 14 define el concepto de “interés superior del niño” como un derecho, un principio y una norma de procedimiento.

En primer término, como un derecho sustantivo, y manda precisamente a que su interés sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho

---

<sup>23</sup> CILLERO BRUÑOL, M., “El interés superior...”, p. 11.

<sup>24</sup> CILLERO BRUÑOL, M. “El interés superior del niño...” p. 69.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños, concreto o genérico, o a los niños en general. Por otro lado, un principio jurídico interpretativo fundamental: que esta interpretación siempre sea la que satisfaga de forma más efectiva este interés. Por último, menciona como una norma de procedimiento y esto quiere decir que, el proceso de adopción de decisiones, deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados<sup>25</sup>.

Ahora bien, como hemos adelantado, la cuestión se encuentra enmarcada en establecer cuál es el interés superior en el caso concreto de cada NNYA, y cuál es la repercusión que puede producir la resolución respecto de sus derechos fundamentales y la posibilidad de aquel de participar de las decisiones que se tomen en relación a su vida. Para esto es primordial ponderar las consideraciones del caso, en particular teniendo en cuenta el contexto en el que suscitaron los hechos. Todo ello acompañado por los máximos principios que rigen en materia de familia y, fundamentalmente, los que se encuentran consagrados constitucionalmente<sup>26</sup>.

## **2. Procesos en particular: Restitución internacional de menores**

Creemos que cada proceso tiene sus peculiaridades cuando se trata de la opinión del NNYA y la valoración que el juez debe efectuar a la misma. En efecto, no será lo mismo un proceso penal que un proceso enmarcado dentro del Derecho de Familia, atento a que cada uno tiene diversos principios que rigen la propia materia. En este sentido, el proceso que decidimos desarrollar y ahondar en el presente

---

<sup>25</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAD, Observación General n° 14, aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3°, párr. 1°).

<sup>26</sup> MENDEZ, R., “La participación del niño, niña o adolescente en los procesos de familia.”, en *Revista Interdisciplinaria de Familia*.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

trabajo posee ciertas características que hacen que la doctrina suela dividirse cuando hablamos de opinión del menor.

Para la síntesis de lo que venimos hablando nos parece relevante citar algunos fallos que suelen encontrar opiniones encontradas en los juristas del Derecho Internacional Privado sobre esta temática. En este sentido, la jurisprudencia como fuente del Derecho nos ayuda a comprender cuáles son los aspectos conflictivos de una aplicación tajante de la normativa, o más bien de una interpretación meramente gramatical.

En este análisis es necesario anticipar que los procesos de restitución internacional se inician generalmente cuando se efectúa un traslado de un niño/a de modo unilateral a un lugar diverso de su residencia habitual, y deviene de un ejercicio abusivo de los derechos de guarda o custodia de un progenitor en perjuicio del otro. La autora Zacur menciona que se inicia un proceso de estas características cuando se configuran dos conductas ilícitas: el traslado (si un niño es desplazado a un Estado distinto al de su residencia habitual sin autorización alguna del otro progenitor) y la retención (configurada por el desplazamiento a un Estado diferente al de su residencia habitual con autorización del otro progenitor, pero vencido el término estipulado en la misma, el niño no es regresado)<sup>27</sup>. Por consiguiente, ante esta situación el progenitor afectado tiene por objeto asegurar la restitución inmediata de los niños/as trasladados o retenidos en forma ilícita.

Las fuentes para resolver conflictos de este tenor son la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Una mención especial merece el artículo 2642 de nuestro Código Civil y Comercial indicado en el

---

<sup>27</sup> ZACUR, A., “Breves consideraciones en torno a la restitución internacional de niños.”, en *Revista de Abogacía de la Universidad Nacional de Jose C. Paz.* p.14.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

caso de los supuestos en que no resulta aplicable ninguna de las convenciones enunciadas. Este artículo establece que fuera del ámbito de aplicación de los instrumentos vigentes en la materia, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño<sup>28</sup>. Otros principios que deben aplicarse y respetarse en esta clase de procesos son el derecho del niño/a a tener contacto fluido con ambos progenitores, al juez natural en todos los procesos relativos a este (teniendo en cuenta su residencia habitual), y a obtener una rápida resolución del pedido de restitución, pues lo que está en juego es su centro de vida, su estabilidad, bienestar, y arraigo.

En algunos casos del Derecho Internacional Privado se ha dado lugar a la restitución internacional del menor teniendo en cuenta su residencia habitual, sin embargo, este concepto ha tenido diversas connotaciones y los fallos no han sido unánimes sobre la extensión de este concepto. Como mencionamos anteriormente, nunca debe perderse de vista el interés superior del niño, que puede no coincidir con que su lugar sea su residencia habitual.

En este sentido, en el artículo 13 de la Convención mencionada expresa:

*“La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de*

---

<sup>28</sup> Ibid.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

*cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.*

A su vez, el artículo 20 también establece que se podrá denegar la restitución “...cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Sin perjuicio de lo expuesto, la posibilidad de exceptuar la restitución inmediata del niño, como principio general en el ámbito de las convenciones en estudio, también cede cuando el interés concreto del niño, consagrado mediante su derecho fundamental a ser oído, así lo amerite en función de su edad y grado de madurez. Incluso la última parte del artículo 13 de la Convención de la Haya lo habilita, y además menciona que la autoridad judicial o administrativa “...podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”. Esto implica, como adelantamos en la primera parte de este trabajo, que el juez debe evaluar la capacidad del niño para formarse una opinión autónoma -sin injerencias externas- en la mayor medida posible; sin embargo, al ser una facultad, esta oposición no es directamente vinculante.

En definitiva, este reconocimiento universal ha traído aparejada la necesidad de precisar su alcance y unificar su interpretación, siendo de extrema necesidad los aportes doctrinarios y jurisprudenciales. Así, ha sido elaborada en el marco de la Asociación Internacional Mercosur de Jueces de Infancia y Juventud la Observación General n° 12, en la que se analiza este derecho y se arriba a conclusiones que pueden servir de sugerencias a la hora de resolver planteos de restitución internacional de niños<sup>29</sup>. Entre algunos puntos de relevancia se sostiene que el

---

<sup>29</sup> RUBAJA, N., “Restitución Internacional de Menores: una solución enfocada desde el procedimiento”, en *Revista SJA Jurisprudencia Argentina*, p.25.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

reconocimiento del derecho del NNyA a ser escuchado, establecido en la Convención de los Derechos del NNyA, no impone ningún límite de edad para ejercerse y, por lo tanto, desalienta a los Estados parte a introducir límites de edad, ni en derecho ni en la práctica, que puedan limitar el derecho del niño a ser oído en todos los asuntos que lo afecten. Ello resulta extensivo a los procesos de restitución internacional de niños. Especialmente, en el marco de la Convención de la Haya en análisis, en tanto debe tenerse en cuenta que si bien autoriza a negar la restitución en aquellos casos en que se compruebe que el propio niño o adolescente se opone a regresar al país del que ha sido sustraído, ello funciona como una excepción a la obligación de restituir y, como tal, debe ser interpretada restrictivamente<sup>30</sup>.

En resumen, puesto que los procesos de restitución de menores afectan primordialmente el interés de éstos, los magistrados tendrán el deber de tener en cuenta la opinión de estos al fundamentar sus decisiones. Para ello evaluarán y apreciarán en cada caso concreto, en función de la madurez del niño de que se trate, si este se niega a retornar al país de su residencia habitual y si tal negativa resulta suficiente para exceptuar la obligación de restituir. En esta evaluación, además del vínculo que posea la autoridad competente con el niño o adolescente, será de palmaria significación el aporte interdisciplinario que puedan brindar otros profesionales expertos en la temática<sup>31</sup> para interpretar su negativa, expresada verbalmente o no, o si ésta responde a su verdadero interés o a la influencia que puedan sufrir de alguno de sus progenitores.

### **3. Diversos fallos sobre la ponderación judicial de la opinión del niño/a y su consecuente encuadre con el art. 13 de la Convención de la Haya**

A modo de ejemplo, en el fallo “D.,H.A c/ L., EM s/ Restituc Internac de Menores”, se suspendió la orden de restitución a España de

---

<sup>30</sup> Ibid., p. 15.

<sup>31</sup> Ibid.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

dos hermanos de 15 y 13 años, otorgando especial relevancia a las opiniones formadas y fundadas de los jóvenes con posterioridad al dictado de la restitución, alegando la necesidad de aplicar los principios de capacidad progresiva que deben observarse en la materia.

Se resalta del fallo que, si bien escuchar y tener en cuenta las opiniones del adolescente no significa, necesariamente, hacer caso absoluto a lo que requiera, dado que las decisiones a tomarse deben tener como objetivo su interés superior, su parecer debe ser necesariamente considerado al momento de decidir, ameritando cada caso en su justa dimensión. Se dijo que *“El juez debe tener en cuenta sus manifestaciones y deseos, pero siempre que éstos sean el producto de una autonomía y libre expresión, pues el límite se encuentra en la configuración de un interés contrario que válidamente justifique el apartamiento de la voluntad del adolescente”*<sup>32</sup>.

Por otra parte, se marca que los niños no deben ser objeto de la controversia que se genere entre padres, y que para constituirse en auténticos sujetos cuya opinión sea debidamente valorada se debe habilitar su participación activa en el proceso.

Asimismo, en el fallo mencionado se hace una debida ponderación de las Convenciones que entran en juego, mientras la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional, la Convención De la Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores no la tiene, reconociendo de todos modos que la misma prevé en su artículo 4 que el Convenio no se aplicará cuando el menor alcance la edad de 16 años.

De esta lectura también se advierte cómo la ponderación de la opinión del niño no está estrictamente vinculada a la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, sino que está supeditada a la concurrencia de una verdadera oposición del niño,

---

<sup>32</sup> Juzgado Nacional Civil n° 4, “D., H. A. c/ L., E. M. s/Restitución Internacional de menores”, 10/07/2017.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

entendida como una negativa tajante a regresar al lugar de la residencia habitual, lo que, de verificarse, no daría lugar al mecanismo restitutorio. Y esto es sumamente importante, porque no está vinculado a un simple arbitrio o capricho del menor, o al menos no debería ser así.

En esta línea, se encuentra presente el fallo “A. G., L. I. c/ R. M., G. H. s/ restitución internacional de menores”, donde la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes, que no habían hecho lugar al pedido de restitución internacional de las niñas A.R. y N.R. a España, bajo el fundamento de tomar en consideración sus dichos y sus preferencias<sup>33</sup>.

En este sentido, la madre apelante de estos decisorios menciona en el recurso extraordinario que *“...lo manifestado por las niñas no tiene virtualidad para rechazar la restitución internacional solicitada, ya que trasunta una mera preferencia por el lugar donde se han acostumbrado a vivir, pero no un rechazo que importe un grave riesgo para las niñas”*.

La Corte, en este caso, ratifica que la regla es la inmediata restitución de la persona menor de edad al país de su residencia habitual, por lo tanto, la negación a esta debe ser una excepción de carácter taxativo e interpretada de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del convenio. En ese contexto, la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, citando al fallo Wilner<sup>34</sup>, sólo procede cuando el traslado les irrogaría a las personas menores de edad un grado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un cambio de lugar de residencia o de la ruptura de la convivencia con uno de los padres.

---

<sup>33</sup> CSJN, “A. G., L. I. c. R. M., G. H. s. Restitución internacional de menores”, 28/10/2021.

<sup>34</sup> CSJN, “Wilner Eduardo Mario c. Osswald María Gabriela”, 14/06/95.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

La Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, parte VI, artículo 13(1)(b), realizada en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado celebrada en el año 2020, establece pautas interpretativas para la excepción prevista en el artículo 13, inciso b, y entre ellas señala que el riesgo debe ser real y alcanzar cierto “grado de seriedad” para ser calificado de “grave”, y debe representar una “situación intolerable”, esto es, una situación que no se debería esperar que un niño tolere (punto 34).

Con todos estos argumentos, el tribunal revoca la sentencia apelada y, en los términos señalados, hace lugar a la demanda de restitución internacional iniciada por la progenitora. Entre los considerandos exponen que

*“...no consta agregada a la causa acta o registro que dé cuenta de las manifestaciones concretas de las niñas en la audiencia celebrada ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia y por lo tanto, no es posible determinar la existencia de una verdadera oposición en los términos requeridos por la Convención para la procedencia de la excepción”<sup>35</sup>.*

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar el fallo “M. S. G. contra F. M. V./Restitución Internacional de Menores”, donde el criterio de la Suprema Corte de Buenos Aires cambia. En el caso se rechazó la restitución solicitada, basándose en los deseos del niño de 11 años de quedarse en este país, en contra de toda la doctrina nacional e internacional en este punto.

Si bien las críticas a este fallo pasan por la excesiva demora de los tribunales en resolver, sin respetar la urgencia que debe otorgarse a este tipo de procesos conforme el compromiso internacional contraído

---

<sup>35</sup> Ibid.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

por nuestro país al ratificar el mencionado Convenio de La Haya, otra de las críticas es la que realiza la Dra. Quaini al analizar el fallo, donde expone que un niño de 11 años divisa un grado de madurez suficiente que lo hacía capaz de entender perfectamente la conflictiva que estaba padeciendo.

Esta situación hizo que el magistrado tenga la convicción de que el traslado reunía los requisitos necesarios para habilitar la vía de excepción contemplada en el penúltimo párrafo del art. 13 de la citada Convención.

Es así que el magistrado se apartó de la posición de la CSJN en cuanto a lo que veníamos exponiendo de que la excepción prevista en el artículo 13, cuarto párrafo, de la Convención de La Haya que se refiere a la opinión de los niños, solo procede frente a una verdadera oposición, entendida como un repudio tajante. Por lo que esas palabras que dijo el niño se consideraron como una debida justificación para negar la restitución.

La Dra. Quaini menciona que, si bien es real que los jóvenes de hoy en día no pueden ser obligados a subir a un avión a determinada edad, dar lugar a la simple preferencia de un niño de 11 años de edad pone en riesgo toda la aplicación del Convenio de 1980 y transmite una notable inseguridad jurídica a los padres que viven en otros países y que inician este tipo de procesos<sup>36</sup>.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

En el presente trabajo ratificamos que no hay incompatibilidad o contradicción entre el citado Convenio de La Haya de 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño, en razón de que ambas

---

<sup>36</sup> QUAIANI, F. M., “Un fallo controvertido de una restitución internacional por la ley 23.857 a España”, 31/07/2023.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

propenden a la protección del interés superior del niño. Sin embargo, destacamos que hay diversa jurisprudencia en relación a la interpretación del artículo 13 del Convenio y el valor respecto a la opinión del niño en este tipo de procesos que genera cierta inseguridad jurídica. Esto en razón de que la regla general en dicho convenio viene a ser la autorización de la restitución internacional de los niños en casos descriptos en su artículo 3. Pese a ello, la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución del menor si se comprueba que el propio menor se opone.

Dicho esto, parece de fácil lectura, pero cuando vemos los casos concretos devienen ciertos problemas. En la práctica nos encontramos con situaciones conflictivas en donde el niño, en muchas ocasiones, se encuentra en disputa por los intereses personales de sus padres. Las respuestas normativas y judiciales nos vienen a garantizar el resguardo de los derechos fundamentales de los niños logrando una protección integral en lo que respecta a su vida. Cada caso particular con múltiples entramados y conflictos subyacentes nos ubica en un escenario en donde actúa el Derecho Internacional Privado y la garantía y protección de los Derechos Humanos, constituyéndose los mismos en un pilar fundacional y a la vez una exigencia de ineludible cumplimiento.

La constitucionalización del Derecho Privado nos exige romper con los esquemas divisorios tradicionales de los códigos decimonónicos entre Derecho Público y Privado, haciendo especial hincapié en la interpretación. El modelo de “protección integral de derechos” que proclama la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente contiene un real desafío vinculado a lograr el equilibrio entre las nociones de autonomía y protección que debe ser conferido al niño, niña y adolescente. Estas nociones no resultan excluyentes entre sí, sino que se retroalimentan siempre y cuando el juez que intervenga en el caso pueda realizar una adaptación entre las fuentes aplicables, los principios generales de Derechos Humanos y las Convenciones aplicadas al efecto.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

No obstante la legislación pertinente, consideramos de un gran aporte doctrinario los estudios e investigaciones al respecto sobre el Derecho Internacional Privado en relación a los Niños y Niñas, que se pueden ver a través de fallos. Los casos mencionados con anterioridad generan una contradicción de opiniones e interpretaciones que han dado lugar a mencionar que el Convenio de La Haya no es compatible con la Convención de Derechos del Niño; sin embargo, nuestra opinión es que esto no es así.

En el caso de la opinión del niño/a en los procesos judiciales consideramos que siempre se debe tener en cuenta, mas no quiere decir que la misma sea estrictamente vinculante, ya que se pueden tomar decisiones que no sean las más favorables al niño/a. Es necesario entender cuál es el fundamento de la normativa, y por qué en los casos que hemos descripto la norma es estricta en cuanto a la excepcionalidad del rechazo de la restitución internacional.

A nuestro entender, es necesario brindar una seguridad jurídica y estabilidad a los padres, pero también a los niños. Por esto es que no puede negarse una restitución internacional porque el niño solo expresa meras preferencias, sino que habrá que escucharlo, intentando compatibilizar sus intereses con la normativa que, en definitiva, lo protege.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALONSO, Silvina Andrea, “Derecho del niño a ser oído: ¿Derecho irrenunciable o carga procesal?”, URL: [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/derecho\\_ni.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/derecho_ni.htm), consultado el 18/12/2023.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “A.G., L.I. c. R.M., G.H. s/ restitución internacional de menores”, 28/10/2021.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Carballo de Pochat, Violeta Sandra Lucía c/ ANSeS s/ daños y perjuicios”, 19/05/2009, Fallos 332:1115.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rivera, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado Mayor Gral. del Ejército Arg. s/daños y perjuicios – ordinario”, 06/07/2010, Fallos 333:1152.

- CARRILLO BASCARY, Miguel “La protección legal de la vida: reflexiones sobre el concepto de “niño” y sus implicancias normativas”, URL:

[http://derechoarchivos.weebly.com/uploads/2/0/4/5/20459918/unidad\\_1\\_la\\_construccion\\_historico\\_social\\_de\\_la\\_infancia.pdf](http://derechoarchivos.weebly.com/uploads/2/0/4/5/20459918/unidad_1_la_construccion_historico_social_de_la_infancia.pdf), consultado el 11/09/2023.

- CAVAGNARO, María Victoria & COLAZO, Ivana Inés, “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo materno: Una mirada a partir del interés superior del niño y de la capacidad progresiva Su abordaje desde la legislación vigente y proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la República Argentina”, URL: <http://www.saij.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-ninas-ninos-adolescentes-como-sujetos-derecho-frente-figura-usufructo-paterno-materno-una-mirada-partir-interes-superior-nino-capacidad-progresiva-su-abordaje-desde-legislacion-vigente-proyecto-reforma-codigo-civil-comercial-republica-argentina-dacf130019-2013-01-04/123456789-0abc-defg9100-31fcanirtcod>, consultado el 18/12/2023.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio & BELOFF, Mary A. (compiladores) en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis, Depalma, 1ª edición, 1998, Buenos Aires.

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención” En *Revista Justicia y Derechos del niño N° 9, UNICEF*, URL:

[http://www.iin.oea.org/Cursos a distancia/el interes superior.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf), consultado el 11/09/2023.

- CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios” en *Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez, Adolescencia y el grupo familiar*, Delta, N° 10, 1999, Paraná.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel & NICOLAU, Noemi Lidia & FRUSTAGLI, Sandra. “Derecho Privado del siglo XXI. 1”, Astrea, 2019, Buenos Aires.

- Juzgado Nacional Civil N° 4, “D., H. A. c/ L., E. M. ‘Restitución Internacional de menores’”, 10/07/2017.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & HERRERA, Marisa & LAMM, Eleonora y otros, “El principio de autonomía progresiva en el Código Civil y Comercial. Algunas reglas para su aplicación”, URL: <http://www.saij.gob.ar/principio-autonomiaprogresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacion-principioautonomia-progresiva-codigo-civil-comercial-algunas-reglas-para-su-aplicacionnv12411-2015-08-18/123456789-0abc-114-21ti-lpsedad Devon>, consultado el 18/12/2023.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida & MOLINA DE JUAN, Mariel “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, en *revista RCCyC* 2015, URL: <AKC-MMJ-La-participación-del-niño-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf> (colectivoderechofamilia.com), consultado el 18/12/2023.

- LORA, Laura N., “El Discurso Jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales*, X

SOLSONA, F. & CHIARELLO, A., “La opinión del niño en el marco de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes”, pp. 188-217.

Jornadas de Investigadores y Becarios, Ediciones Suarez, 2006, Mar del Plata.

- MINYERSKY, Nelly & HERRERA, Marisa “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061” en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. (comp), *Protección Integral de Derechos de Niños Niñas y Adolescentes Análisis de la Ley 26.061*, Editores del Puerto, 1ª edición, 2006, Buenos Aires.

- Organización de las Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12 (2009), “El Derecho del niño a ser escuchado”, GE.09-43702 (S) 051009 071009, 2009, Ginebra.

- RUBAJA, Nieve, “Restitución Internacional de Menores: una solución enfocada desde el procedimiento”, en *Revista SJA Jurisprudencia Argentina*, 2011.

- QUAIANI, Fabiana, “Un fallo controvertido de una restitución internacional por la ley 23.857 a España” en *Al día Argentina*, 2023, URL: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2023/07/31/101074/>, consultado el 12/09/2023.

- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “A.C.M y otros s/ Divorcio (art. 214 inc. 2 Cód. Civil)”, 30/03/2010.

- TORRENS, María Claudia & RAJML, Alicia, "Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Capacidad Jurídica y autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista N° 8 del Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos 2ª Circunscripción*, 2008, Santa Fe.

- ZACUR, Ana, “Breves consideraciones en torno a la restitución internacional de niños”, en *Revista de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz*, N° 2, mayo de 2018.

# Comentarios de jurisprudencia





NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

**ESTADO DE DERECHO Y LIBERTAD: CUANDO EL  
“FIN” NO JUSTIFICA LOS MEDIOS. ALGUNAS  
REFLEXIONES ACERCA DEL CASO “HABEAS  
CORPUS. SOLICITANTE: GAMBETTI, YANINA Y  
OTROS”**

por LUCAS NAVARRO<sup>1</sup>

*A la enseñanza pública, gratuita y de  
calidad, fuente inagotable de  
conocimiento y oportunidades.*

**Resumen:** El 23/01/2024 se resolvió un hábeas corpus preventivo y colectivo mediante el cual se pretendía que las fuerzas de seguridad federales se abstuvieran de llevar a cabo filmaciones y requisas respecto de las personas que se transportaran en colectivos y trenes con rumbo al Paro General de la CGT. Al hacer lugar a la acción, el juez federal Kreplak sostuvo que tales procedimientos se realizaban al margen de lo establecido en el artículo 230 bis CPPN, y que las fuerzas federales debían abstenerse de llevarlos a cabo en la movilización a realizarse el día 24. La sentencia en comentario, cuya solución compartimos, es analizada a la luz de la normativa vigente, partiendo de la base de que la libertad es el principio y su limitación la excepción, debiendo interpretarse los supuestos que la habilitan restrictivamente. Asimismo, se efectúa un repaso por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, la cual, aún desde una postura deferente con los procedimientos policiales, permite descalificar las prácticas aquí impugnadas. Finalmente se plasman los principales fundamentos de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Fernández

---

<sup>1</sup> Estudiante de la carrera de Abogacía (UNR). Ayudante de cátedra de las asignaturas “Derecho Constitucional” y “Derechos Humanos”. Fue becario de las Becas Estímulo a la Investigación Científica de la FDER-UNR (2021-2022). Fue becario de las Becas Estímulo a la Vocación Científica del CIN (2021-2022).

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

Prieto y Tumbeiro v. Argentina”, en el cual nuestro país fue condenado en sede internacional por no dar una respuesta satisfactoria, acorde al sistema interamericano, a este tipo de accionar policial.

**Palabras clave:** Estado de Derecho – Derechos Fundamentales – Fuerzas de Seguridad – Requisas.

**Abstract:** On 01/23/2024, a preventive and collective habeas corpus was resolved in which it was intended that the federal security forces refrain from carrying out filming and searches regarding people traveling on buses and trains heading to the General Strike of the CGT. In allowing the action, federal judge Kreplak held that such procedures were carried out outside the provisions of article 230 bis CPPN, and that the federal forces should refrain from carrying them out in the mobilization to take place on the 24th. The ruling in question, whose solution we share, is analyzed in light of current regulations, starting from the basis that freedom is the principle and its limitation is the exception, and the assumptions that enable it must be interpreted restrictively. Likewise, a review is carried out of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation on the matter, which, even from a deferential position with police procedures, allows the practices challenged here to be disqualified. Finally, the main foundations of the ruling of the Corte IDH in the case “Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina”, in which our country was condemned at international headquarters for not giving a satisfactory response, in accordance with the inter-American system, to this type of police actions.

**Keywords:** Rule of Law – Fundamental rights – Security forces – Requisitions.

**Sumario:** I. Introducción. II.- El caso “Hábeas corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros”. III. Límites a la intervención del Estado: por un accionar de las fuerzas de seguridad respetuoso de los derechos fundamentales. IV. Algunos precedentes de la Corte Suprema de

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

Justicia de la Nación en materia de detención y requisa de personas. V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

No puede soslayarse que los casos judiciales contienen un conflicto subyacente, con origen en la realidad social y alcanzado por el ordenamiento jurídico. Conflicto al cual los funcionarios judiciales procuran darle una solución pacífica de conformidad con los principios del Estado de Derecho.

El caso que diera lugar al fallo en comentario no es la excepción. Su identificación, sin embargo -y permítase aquí una breve digresión- nos ofreció algunas dificultades. En un primer momento, entendimos que existía una oposición entre el derecho a circular libremente y el derecho a la protesta, y en esa dirección confeccionamos la introducción del trabajo, refiriendo al carácter relativo de los derechos, la búsqueda del equilibrio en las demandas sociales a los efectos de otorgar eficacia a los derechos constitucionalmente garantizados, y la necesidad de la ponderación en la resolución de los casos “difíciles” por parte de los jueces. En esos términos, sosteníamos que el conflicto no podía resolverse en abstracto, y debía estarse a las particularidades del caso concreto. Finalmente, agregábamos que, más allá de las afinidades ideológicas con determinadas causas, o las resistencias con otras, correspondía atender a que nos rige una Constitución que da cabida a los derechos que nos incomodan, y cualquier posicionamiento que pudiera calificarse de serio debiera internalizar la dinámica del conflicto en estos términos, y hacer uso del principio de razonabilidad a los fines de alcanzar una resolución.

No obstante, el desarrollo de este comentario nos llevó a advertir que el enfoque resultaba erróneo, y que nuestro juicio había estado influenciado por el modo en que el conflicto se había insertado en la

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

agenda pública. En efecto, el núcleo esencial no estaba dado por la contraposición entre el derecho a la protesta y la libertad de circulación, sino más bien por los límites al accionar de las fuerzas de seguridad en el marco del Estado de Derecho. En este sentido, el hábeas corpus admitido por el juez federal de La Plata deja expuesto que existe una deuda pendiente respecto de la eficiente actuación de estos organismos en la prevención e investigación del delito; deuda que no ha sido saldada ni siquiera por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que, como veremos, terminó por convalidar procedimientos que avasallaron derechos constitucionales. Todo ello ha tenido por consecuencia que nuestro país fuera condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en septiembre de 2020, en el caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, lo cual posee particular relevancia en el abordaje de la cuestión.

Adelantamos que nuestra posición es coincidente con la adoptada por el juez Kreplak, y contraria a este tipo de prácticas arbitrarias que, de una vez y para siempre, corresponde desterrar.

## **II. EL CASO “HABEAS CORPUS. SOLICITANTE: GAMBETTI, YANINA Y OTROS”<sup>2</sup>**

El caso en comentario se enmarca en un contexto de tensión entre el gobierno nacional, que por medio del Ministerio de Seguridad dictó la resolución N° 943/2023, estableciendo el denominado “Protocolo antipiquetes” y su consiguiente aplicación, y distintas organizaciones sociales, gremiales y partidos políticos que, en el entendimiento de estar ejerciendo su derecho a la protesta, llevaron a

---

<sup>2</sup> Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 3 de La Plata, Causa FLP 422/2024, 23/01/2024.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

cabo concentraciones, marchas y actos en oposición a las políticas del gobierno recientemente electo.

En este contexto, con motivo de las movilizaciones realizadas los días 20 y 23 de diciembre, se difundieron videos e imágenes de los cuales surgía que agentes de las fuerzas de seguridad abordaban medios de transporte público, y en estas circunstancias filmaban y requisaban a los pasajeros<sup>3</sup>.

Así es que un conjunto de personas que se arrogaron la representación de los ciudadanos de la provincia de Buenos Aires que quisieran participar de la movilización del 24/01/2024, con motivo del Paro General de la Confederación General del Trabajo, presentaron un hábeas corpus preventivo y colectivo. El fundamento de la legitimación activa estuvo dado, según surge de la sentencia, por

“...la amenaza actual e inminente que padecen a partir del cercenamiento de su libertad ambulatoria, provocada por requisas personales y filmaciones sistemáticas, arbitrarias e inconstitucionales de las Fuerzas Federales de Seguridad de la Nación los días que se realizan convocatorias o movilizaciones populares como protesta social en la Capital Federal, sin fundamento ni motivación alguna ni orden judicial, en los transportes públicos (ómnibus y trenes) dentro de la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y en las cercanías de los accesos a la Capital Federal o bien en el acceso de las estaciones de distintas localidades bonaerenses...”.

Según señalaron los presentantes, tal accionar estaría vinculado a un modus operandi que las fuerzas de seguridad habrían comenzado a implementar a partir del mencionado protocolo del Ministerio de Seguridad de la Nación.

---

<sup>3</sup> Clarín, “Buenos Aires blindada por la marcha piquetera: controles en los colectivos, vallas en Casa Rosada y fuerte presencia policial”, 20/12/2023. Página 12, “Requisa en los colectivos y control policial: el protocolo "antipiquete" en acción”, 20/12/2023.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

Continuando con su relato, los accionantes refirieron haber sido víctimas de este tipo de conductas al participar en movilizaciones acaecidas los días 20 y 23 de diciembre del año 2023. En este sentido, en la presentación se acompañaron copias de imágenes, transcripciones y links, correspondientes a noticias publicadas por distintos medios periodísticos, en los que se hacía referencia a estas situaciones. Asimismo, los actores agregaron haber sido filmados por personal de fuerzas de seguridad federal, y, para aquellos que tuvieran signos de pertenecer a alguna organización social o política “se nos solicitó documentación y fuimos requisados cuando concurríamos en las líneas de transporte público, haciendo constar que en ningún momento se labró acta alguna”.

En los términos señalados, lo pretendido con la acción interpuesta era que el Ministerio de Seguridad de la Nación se abstuviera de llevar a cabo las conductas descriptas sin que existiera una orden judicial o hechos delictuales en flagrancia inmediatos que habiliten tal proceder. También se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2° de la Resolución Administrativa n° 943/2023, lo cual fue rechazado por el sentenciante y no será materia de este comentario.

Previo a resolver, el magistrado actuante requirió al Ministerio de Seguridad de la Nación que informe sumariamente si tenía previsto expedir una orden dirigida a las fuerzas de seguridad a los efectos de que en la movilización del 24 de enero se llevaran a cabo las conductas denunciadas. Desde dicha cartera se respondió que tal orden no existía ni se encontraba prevista su existencia.

Entre los fundamentos de su decisorio el juez Kreplak destaca que tales prácticas implicaban “un cercenamiento ilegítimo de la libertad ambulatoria, además de la afectación de otros derechos de raigambre constitucional”; a lo que agregó que tales irregularidades “se

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

verían aún más agravadas si tal intervención policial no se plasmara en acta para su posterior control policial”.

En esta dirección, el magistrado apuntó que los motivos expuestos para sostener que procedimientos de este tenor podrían llevarse a cabo el 24/01/2024 resultaban atendibles, sin perjuicio de poner de resalto lo informado por el Ministerio de Seguridad en cuanto a que tales prácticas no se encontraban previstas.

En razón de lo expuesto resolvió hacer lugar a la acción y

“...ordenar al Ministerio de Seguridad de la Nación que, en línea con lo informado por esa cartera ministerial a fs. 54, se abstenga de expedir órdenes a las fuerzas de seguridad de la nación que implique que el próximo miércoles 24 de enero, se filmen y/o se intercepten a personas en la vía pública -particularmente a bordo de transportes públicos o en los accesos a las unidades de trenes, todo ello dentro de la jurisdicción territorial de este Juzgado- con el fin de identificarlas y/o requisarlas sin orden judicial previa, y sin que se presenten algunas de las circunstancias previstas por el art. 230 bis CPPN”, a lo que agregó que “Asimismo, se requerirá a dicho Ministerio que se instruya específicamente a las fuerzas de seguridad bajo su órbita, para que, en todo caso en que se consideren configuradas las circunstancias previstas por el art. 230 bis, y en consecuencia el personal policial lleve a cabo requisas sin orden judicial previa, se labre el acta pertinente para el posterior control jurisdiccional, en cumplimiento de las previsiones legales vigentes”.

Habiendo adelantado nuestro posicionamiento favorable a la resolución alcanzada, corresponde abordar la temática implicada a la luz de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, advirtiendo, a su vez, acerca de la influencia que pudiera tener la condena recaída en el marco del sistema interamericano de Derechos Humanos, en donde se adopta una posición más protectoria de las libertades individuales por sobre el ejercicio del poder punitivo del Estado.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

Binder conceptualiza el conflicto trazado como una antinomia fundamental, dada por la contraposición esencial y básica entre la búsqueda de eficacia y los límites al poder punitivo; señalando en esta dirección que “las normas procesales deben ser vistas, o como herramientas de políticas criminal o como parte del sistema de garantías, es decir, como herramientas de protección del ciudadano”, debiendo analizarse las necesidades político criminales desde un punto de vista restrictivo, y las garantías desde uno expansivo<sup>4</sup>.

Atendiendo a tal conflictividad inherente a la materia procesal penal, ni de la jurisprudencia más permisiva del Tribunal cimero, ni mucho menos de la ley, surge que pueda darse una interpretación extensiva que habilite el denunciado accionar de las fuerzas de seguridad, claramente opuesto al espíritu liberal de nuestra Constitución, y avasallante de las libertades fundamentales de los individuos.

### **III. LÍMITES A LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO: POR UN ACCIONAR DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD RESPETUOSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Hace más de doscientos años el gobierno del primer Triunvirato dictó el denominado “Decreto de seguridad individual”, antecedente relevante de la institucionalización del país, en cuyos considerandos se señalaba que

“Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. La posesión de este derecho, centro de la libertad civil, y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama seguridad individual. Una vez que se haya violado esta posesión, ya no hay seguridad, se adormecen los sentimientos nobles del hombre libre, y sucede la

---

<sup>4</sup> BINDER, A., “Derecho Procesal Penal”, p. 100 y ss.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

quietud funesta del egoísmo. Solo la confianza pública es capaz de curar esta enfermedad política, la más peligrosa de los estados, y solo una garantía, afianzada en una ley fundamental, es capaz de restablecerla”<sup>5</sup>.

En sintonía con las premisas de la primera corriente ideológica del constitucionalismo, se pretendía poner un valladar al accionar del Estado, impidiendo los abusos de éste, y permitiendo el pleno ejercicio de las libertades del ciudadano.

Nuestra Constitución, en sus fundamentos ideológicos, marca una continuidad con el camino emprendido por el mencionado decreto. El artículo 18 consagra principios, derechos y garantías orientados a proteger bienes jurídicos trascendentales de los sujetos tales como su libertad física y/o ambulatoria y su intimidad.

No se trata de simples palabras volcadas en un papel<sup>6</sup>. La Constitución es la norma de máxima jerarquía de nuestro ordenamiento jurídico, debiendo adaptarse a ella toda norma y toda acción, tanto de los particulares como -principalmente- del propio Estado.

El artículo 19 también se erige como estandarte a los efectos de impugnar las prácticas que la Constitución pretendió desterrar (y que aún parecen azorarnos). Correctamente entendido se extrae que la

---

<sup>5</sup> Texto tomado de BUNGE, L., “El decreto de seguridad individual de 1811”, en *Las garantías penales y procesales - Enfoque histórico-comparado*, p. 3.

<sup>6</sup> Ya en 1875, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitía a las palabras del Procurador General al sostener que “la libertad del hombre es la primera de las garantías individuales para que pueda violarse por lijeros pretextos, ó por razones tan vagas é insuficientes...”, CSJN, “Criminal contra D. Carlos González por rebelión - Incidente sobre prisión”, 26/06/1875.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

intimidad del individuo no solo se encuentra protegida en el ámbito privado, sino también en los espacios públicos<sup>7</sup>.

Asimismo, especial trascendencia adquiere el artículo 28 de la Constitución nacional, en cuanto incorpora el principio de razonabilidad: los derechos reconocidos en la Constitución nacional no pueden ser desnaturalizados por las leyes que reglamenten su ejercicio; no pueden ser afectados en su “núcleo esencial”.

La interacción del individuo con el sistema penal actualiza y torna imperiosa la efectivización de un conjunto de principios y derechos orientados a evitar que el Estado actúe por fuera de los márgenes normativamente establecidos, y termine por cometer -aunque más no sea en el caso concreto- acciones arbitrarias que la organización constitucional y los límites al poder allí impuestos pretendieron evitar.

Este plexo de derechos, apuntalado y amplificado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos impide que, el orden social o el éxito en la persecución penal se garanticen a como dé lugar. Es un saber popular que, salvo supuestos taxativamente establecidos, la policía no puede allanar nuestro domicilio sin la orden de un juez. Sin embargo, la confluencia entre el sentido común y el Derecho parece fracturarse al momento de evaluar el desempeño de las fuerzas de seguridad en la vía pública. La mayoría de la población parece normalizar que un policía le requiera identificación a una persona que nada está haciendo, en ejercicio de su función de prevención, o que pueda palpar sus ropas, hurgar su mochila o revisar el interior de su automóvil. Como dijimos, las propias fuerzas de seguridad parecieran tener internalizada tal práctica como “lícita”.

---

<sup>7</sup> Una reflexión al respecto surge de los considerandos 12º) y 13º) del voto de la Dra. Argibay en la causa “Arriola”, CSJN, “Arriola, Sebastián y Otros s/ Causa N° 9080”, 25/08/2009.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

Si bien no pueden efectuarse valoraciones en abstracto, sí corresponde advertir que circular por la vía pública no puede constituirse en un factor que permita desatender los principios y derechos reconocidos constitucionalmente. No se pretende con esto obstaculizar el accionar de la policía, sino que su desempeño se efectúe conforme la ley que cumplen y deben hacer cumplir, evaluada desde la atalaya del principio de razonabilidad. En efecto, aún una norma que en la mayoría de los ordenamientos resulta reprochable por su excesiva laxitud, como lo es aquella que habilita la detención por “averiguación de antecedentes”, establece requisitos para proceder de ese modo.

Recordemos que el principio es la libertad, debiendo existir motivos suficientes y razonables para restringirlo<sup>8</sup>.

Una primera conclusión se impone: las normas, con menor o mayor rigor, establecen requisitos para habilitar el accionar de las fuerzas de seguridad; sin embargo, la realidad social y la aquiescencia de los Tribunales ante algunas arbitrariedades, terminan desnaturalizando los supuestos en los cuales ello se encuentra permitido.

Como bien señala el juez Kreplak, el artículo 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación regula los requisitos que deben encontrarse presentes para habilitar una requisita<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> En este sentido, el inciso 1° del artículo 5° del decreto ley 333/58, texto s. ley 23.950, establece como principio que la detención de una persona debe efectuarse mediante orden de juez competente, y que “si existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad, podrá ser conducido a la dependencia policial que correspondiese, con noticia al juez con competencia en lo correccional en turno y demorada por el tiempo mínimo necesario para establecer su identidad, el que en ningún caso podrá exceder de diez horas”.

<sup>9</sup> Se deja a un lado aquí la discusión planteada por CARRIÓ acerca de si la regulación de la requisita se limita al palpamiento del individuo o se extiende a la revisión de sus pertenencias o el interior de su vehículo, cosa que el citado autor descarta, para lo cual

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

La norma, que debe ser interpretada restrictivamente en cuanto afecta el derecho a la libertad de circulación y a la intimidad, no provee requisas a la marchanta. En primer lugar, principia por definir una finalidad específica: hallar cosas probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo.

Al comienzo de este trabajo anticipamos que la cuestión excedía del conflicto entre el derecho a la protesta y la libertad de circulación. Si bien el protocolo en el marco del cual se habrían realizado las requisas impugnadas busca garantizar el derecho a la libre circulación, allí se define cómo deben actuar las fuerzas federales ante la existencia del delito tipificado en el artículo 194 del Código Penal. El conflicto de derechos, extensamente tratado por Gargarella en su obra “Carta abierta sobre la intolerancia”, se ve desplazado en importancia por los límites al accionar de las fuerzas de seguridad<sup>10</sup>.

Ante las circunstancias que venimos reseñando se impone un primer interrogante: ¿Deberíamos suponer que toda persona que se dirige a una manifestación va a cometer un delito? Si no queremos que el derecho a la protesta se vea extinto, y que el Estado de Derecho se convierta en un Estado policial, corresponde descartar de plano tal posibilidad. A nuestro parecer, este sería uno de los principales argumentos para descalificar las conductas denunciadas. En efecto, estarían ausentes las “circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas”. En efecto, la persona que se dirige a la movilización, aunque tenga una bandera de un movimiento piquetero -señalado como el principal

---

exige el cumplimiento de requisitos más específicos. CARRIÓ, G., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, p. 251 y ss.

<sup>10</sup> GARGARELLA, R., “Carta abierta sobre la intolerancia”.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

destinatario de este Protocolo-, bien puede quedarse en la plaza sin turbar el tránsito.

Aun cuando pueda decirse -lo que no corresponde conforme los principios y derechos anteriormente mencionados-, que corresponde prevenir la comisión del delito que esa persona “seguramente se apresta a cometer”, difícilmente pueda cumplirse el objetivo que fundamenta la requisita, esto es, hallar una cosa proveniente o constitutiva de un delito, o que pueda ser utilizada para su comisión. En efecto, el artículo 194 no exige que el autor se sirva de ningún instrumento para su comisión, sino que el tipo penal se configuraría con el mero impedimento, turbación o estorbo del tránsito sin crear una situación de peligro común. No se requiere un “piquete” para que la conducta típica se realice. Y aun cuando por momentos sea identificada con el accionar de movimientos “piqueteros”, ¿qué puede hallarse entre las ropas o en la mochila de una persona que se transporta en un colectivo o tren? Difícilmente un encendedor pueda justificar el procedimiento. Tampoco lo hace la bandera de un movimiento u organización determinada. Por otra parte, lo que se halle tampoco ameritaría prescindir de la orden judicial para su secuestro<sup>11</sup>.

Asimismo, cabe destacar que la conducta típica tampoco posee un iter criminis de extenso desarrollo, que amerite su interrupción a varios kilómetros del lugar de concentración, y en los vehículos de transporte público. Existe la certera posibilidad de que las personas concurren a la Plaza de Mayo o a la Plaza del Congreso y se manifiesten

---

<sup>11</sup> CARRÍO refiere que “es perfectamente posible pensar en casos donde haya motivos previos, pero no urgencia, como, por ejemplo, si la policía ha detenido a una persona por entender fundadamente que tiene en su poder documentación falsificada, la cual se encuentra en el interior de un sobre cerrado dirigido a un tercero. En este caso, me parece, nada impediría que la policía secuestre el sobre y recabe del juez la pertinente orden para su apertura”. CARRÍO, G., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, p. 251.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

pacíficamente en dicho espacio, sin cortar el tránsito; su mera existencia llevaría a desechar toda intervención de este tipo.

Para mayor gravedad, tampoco se habían labrado actas de procedimiento pasibles de ser controladas judicialmente.

Ni siquiera la doctrina más permisiva de la Corte Suprema de Justicia, conforme su jurisprudencia, permitiría avalar tales procedimientos. En efecto, lo discutido en los casos que fueron resueltos por el máximo Tribunal giraba en torno a si resultaban válidas o no las pruebas del delito obtenidas en el marco de detenciones y/o requisas de personas. En otras palabras, se trataba de supuestos en los cuales, la defensa sostenía que la obtención de cosas vinculadas a la comisión de un delito se había dado a través de prácticas realizadas por fuera de la ley; supuestos que, como sostuviéramos líneas arriba, no se asemejan a los que dieran lugar al fallo en comentario.

#### **IV. ALGUNOS PRECEDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE DETENCIÓN Y REQUISA DE PERSONAS**

El primer precedente relevante del máximo Tribunal tras el retorno de la democracia fue “Daray”<sup>12</sup>. Una persona había sido detenida por la policía mientras conducía su vehículo por la mañana, a los efectos de requerirle los papeles. A raíz de ello, se lo “invitó” a trasladarse a la dependencia policial a los fines de una “mayor verificación”. En estas circunstancias, el implicado involucró “espontáneamente” a sus hijos en un delito, quienes accedieron a entrevistarse y fueron también trasladados a la sede policial. Tras ello, se llevó a cabo un allanamiento que culminó en la imputación de

---

<sup>12</sup> CSJN, “Daray, Carlos Ángel s/ presentación”, 22/12/1994.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

algunas personas, entre ellas un cónsul de Paraguay, lo que motivó la intervención de la Corte en instancia originaria.

El voto de la mayoría rápidamente destaca que las normas legales no autorizaban a la policía federal a restringir la libertad del Sr. Garbín, señalando que las circunstancias del caso de ningún modo podían equipararse a “los indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad” a que refiere la ley procesal, y que tampoco se daban los requisitos para habilitar una detención con fines de identificación. Del voto de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor y Levene, por otra parte, se extrae que

“...no basta la existencia de una ley para autorizar indiscriminadamente el empleo de la coacción estatal, sino que ésta debe limitarse a los casos en los que aparece fundadamente necesario restringir ciertos derechos de quien todavía aparece como inocente ante el sistema penal, pues de lo contrario las garantías del art. 14 serían letra muerta”<sup>13</sup>.

En esta dirección, van más allá y refieren a que el procedimiento escapó a los requisitos dispuestos por la norma, en tanto “no se advierte qué tiene de sospechoso que una persona conduzca su propio automóvil portando la documentación habilitante expedida a su nombre”. En cuanto a la norma que habilita la detención por “averiguación de antecedentes”, se concluye que

“Esta norma no constituye una autorización en blanco para detener a los ciudadanos según el antojo de las autoridades policiales, ella requiere que estén reunidas circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención. Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en

---

<sup>13</sup> Ibid., considerando 11.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad”<sup>14</sup>.

Este párrafo resulta ilustrativo del posicionamiento que defendemos.

Poco tiempo después de este pronunciamiento, la balanza se inclinaría en desmedro de las libertades individuales.

En “Fernández Prieto”<sup>15</sup>, la policía había interceptado un Renault 12 con tres masculinos que circulaban en “actitud sospechosa” por una zona poco concurrida de la ciudad de Mar del Plata, lo que derivó, luego de una requisa del automóvil, en el hallazgo de estupefacientes y armas. La Cámara había confirmado la resolución condenatoria, lo cual fue recurrido por la vía del recurso extraordinario.

Con cita de precedentes de la Corte norteamericana, se adopta un criterio flexible respecto de los supuestos que habilitan la requisa. Lo medular de la construcción argumental del fallo se encuentra en el considerando 15º), en el cual establece que

“el examen de las especiales circunstancias en que se desarrolló el acto impugnado resulta decisivo para considerar legítima la requisa del automóvil y detención de los ocupantes practicada por los funcionarios policiales. Ello debido a que éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron un automóvil al advertir que las personas que se encontraban en su interior se hallaban en “actitud sospechosa” de la presunta comisión de un delito, sospecha que fue corroborada con el hallazgo de efectos vinculados con el tráfico de estupefacientes y habiendo así procedido, comunicaron de inmediato la detención al juez”.

---

<sup>14</sup> Ibid., considerando 12.

<sup>15</sup> CSJN, “Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/ infracción ley 23.737 causa n° 10.099”, 12/11/1998.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

Para la mayoría, la existencia de “actitud sospechosa” se vio ratificada por el resultado obtenido, aunque no se explique en qué consistía esa “actitud sospechosa”; en otras palabras: el fin justificaría los medios. El fin, en estos términos, estaría dado por el “interés público” en la persecución penal.

Las disidencias planteadas en este precedente, en general, se sostendrán a lo largo del tiempo al momento de expedirse sobre casos similares. En su voto, Fayt destaca que no se explicitaron circunstancias que hicieran razonable la detención, a lo que agrega, en línea con la observación planteada líneas arriba, que “las razones justificantes del proceder policial deben existir en el momento en que se lleva a cabo y no posteriormente”. Por su parte, el ministro Petracchi recuerda que “toda medida de coerción en el proceso penal, en tanto supone una injerencia estatal en derechos de rango constitucional, se encuentra sometida a restricciones legales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que esa intromisión no sea realizada arbitrariamente”<sup>16</sup>. También resulta de interés lo señalado por Bossert, en cuanto a que

“siempre que un individuo es abordado por un funcionario policial que limita su libertad de alejarse voluntariamente, aunque sea brevemente, dicho proceder estará sometido al escrutinio del art. 18 de la Constitución Nacional para determinar que la intrusión en la libertad responda a una causa razonable de interés de la sociedad y no a un acto arbitrario o irregular”, para finalmente mencionar, en el considerando 10), que el procedimiento “se ha apartado ostensiblemente de las circunstancias establecidas por el legislador al sancionar el art. 4º de la ley de Procedimientos en Materia Criminal, pues resulta evidente que tres sujetos que se desplazan por la vía pública en horas nocturnas, en modo alguno pueden equipararse a las claras circunstancias establecidas por la ley para autorizar una detención. Si no se admitiera esto habría que concluir que toda persona que se desplaza por la ciudad, provoca, por el sólo

---

<sup>16</sup> Ibid., considerando 6.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

desplazamiento, indicios vehementes de culpabilidad, lo cual es inaceptable”<sup>17</sup>.

En “Tumbeiro”<sup>18</sup>, la policía había detenido a un masculino por considerar que tenía una actitud sospechosa al circular por la vía pública, poseer vestimenta inusual para la zona y mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero. Según surge del dictamen del Procurador, no obstante haber acreditado identidad con su documento, ante el nerviosismo “se lo condujo” al interior del vehículo policial a fin de determinar si tenía pedido de captura. En ese interín, se detectó que dentro del diario que portaba había una bolsita de cocaína. El Sr. Tumbeiro había sido absuelto por la Cámara de Casación, en razón de considerarse nula la prueba obtenida.

Al revocar la sentencia, la Corte entendió<sup>19</sup>, conforme “Fernández Prieto”, que el trámite de identificación llevado a cabo por la policía había sido legítimo,

“toda vez que éstos han sido comisionados para recorrer el radio de la jurisdicción en la específica función de prevenir el delito y, en ese contexto, interceptaron al encartado en actitud sospechosa, que fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de estupefacientes, y comunicaron de inmediato la detención al juez”<sup>20</sup>.

En “Monzón”<sup>21</sup>, se secuestraron al imputado tres cigarrillos de marihuana en el marco de una requisita realizada por funcionarios policiales frente a la estación del Ferrocarril Mitre. Primera instancia y Casación habían considerado nula la prueba obtenida. Además de

---

<sup>17</sup> Ibid., considerando 10.

<sup>18</sup> CSJN, “Tumbeiro, Carlos Alejandro s/ recurso extraordinario”, 03/10/2002.

<sup>19</sup> El precedente cuenta con la disidencia de los Dres. Fayt, Petracchi y Bossert, que, en línea con su voto en “Fernández Prieto”, proponen dejar firme la decisión del grado anterior mediante la aplicación del artículo 280 CPCCN.

<sup>20</sup> CSJN, “Tumbeiro, Carlos Alejandro s/ recurso extraordinario”, 03/10/2002, considerando 8.

<sup>21</sup> CSJN, “Monzón, Rubén Manuel s/ recurso de casación”, 12/12/2002.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

sostener la doctrina de los precedentes anteriormente mencionados, la Corte<sup>22</sup> agregó que “una solución diferente no implicaría un aseguramiento de la defensa en juicio, sino desconocer la verdad material revelada en el proceso, toda vez que se trata de medios probatorios que no exhiben tacha original alguna”<sup>23</sup>. Nuevamente, se adhiere a una suerte de criterio utilitarista en desmedro de las libertades individuales.

En “Szmilowsky”<sup>24</sup>, la autoridad policial había encontrado, en las inmediaciones de un paso peatonal del ferrocarril Sarmiento, a dos personas, una de las cuales demostró gran nerviosismo frente a la presencia policial, y, luego de requerir que exhibiera sus efectos frente a dos testigos, se le secuestraron casi 10 gramos de marihuana. La Cámara de Casación también había sostenido la absolucón. El máximo Tribunal sostuvo<sup>25</sup> que el a quo ignoraba “la legitimidad de lo actuado en prevención del delito, en circunstancias de urgencia y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas”.

En “Waltta”<sup>26</sup>, personal policial había interceptado a cuatro personas y, luego de requisarlas, halló en las ropas de una de ellas dos cigarrillos de marihuana. La Cámara Federal de Rosario había declarado la nulidad del procedimiento, por considerar que la presencia de varias personas que se hallaban sentadas en el umbral de una vivienda “amparados por la penumbra de la noche, en actitud sospechosa” no justificaba la detención y posterior requisa. Tal postura fue compartida por la Cámara de Casación.

---

<sup>22</sup> De igual modo, el fallo cuenta con las disidencias de Fayt, Petracchi y Bossert.

<sup>23</sup> CSJN, “Monzón, Rubén Manuel s/ recurso de...”, 12/12/2002, considerando 9.

<sup>24</sup> CSJN, “Szmilowsky, Tomás Alejandro s/ causa n° 4606/00”, 06/02/2003.

<sup>25</sup> Sin voto de Bossert, la disidencia quedó conformada por los Dres. Petracchi y Fayt.

<sup>26</sup> CSJN, “Waltta, César Luis s/ causa n° 3300”, 21/09/2004.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

La mayoría de los miembros de la Corte -con su nueva integración- consideró inadmisibile el recurso extraordinario, en virtud del artículo 280. Sin expedirse sobre el fondo, no convalidó el exceso de las fuerzas de seguridad, que, por fuera de las facultades habilitadas legalmente, procedieron a una requisita que no hallaba sustento en las circunstancias fácticas del caso. A diferencia de lo sucedido en otros precedentes, en los cuales se abrió la vía extraordinaria para revocar sentencias absolutorias, se dejó firme aquella en la que se consideraba nula la prueba obtenida.

En su disidencia, Maqueda propone, criticando la solución alcanzada en anteriores fallos de la Corte<sup>27</sup>, abrir la instancia extraordinaria y confirmar la sentencia. Pone de resalto que el legislador ha exigido un grado de sospecha para llevar a cabo la detención de una persona o una requisita y que, “más allá de la interpretación que se haga del grado de sospecha exigido por esas leyes para autorizar un arresto o una requisita, no hay dudas de que el policía no está autorizado a realizar detenciones indiscriminadas”<sup>28</sup>. Asimismo, cuestiona la interpretación dada por la Corte a los precedentes de su par norteamericana.

También se adopta una postura descalificadora del accionar policial en “Peralta Cano”<sup>29</sup>. Allí, un cabo de la policía había recibido una llamada anónima en la que se informaba que en la intersección de dos calles se encontraban dos jóvenes en actitud sospechosa. Con ese dato, interceptó a dos personas, las detuvo, las condujo al destacamento, y, luego de requisadas sus ropas, se encontraron 0,635 gramos de marihuana. La condena de Peralta Cano había sido confirmada por la Cámara de Casación. En el dictamen del Procurador, al cual la Corte

---

<sup>27</sup> En este sentido, llega a advertir que “el efecto práctico de esos últimos precedentes de nuestra Corte es que a través de un estándar confuso desdibujó el alcance de los poderes de la autoridad de la prevención, así toda detención pudo ser convalidada”.

<sup>28</sup> CSJN, “Waltta, César Luis s/ causa ...”, 21/09/2004, considerando 9.

<sup>29</sup> CSJN, “Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ Inf. Ley 23.737 -Causa n° 50176-“, 03/05/2007.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

remite por unanimidad, se lee que el accionar policial carecía de los estándares mínimos y la calidad procesal exigida por las leyes del caso, sosteniendo que “el proceso que culminó con la sentencia condenatoria de Peralta Cano, tuvo como única fuente, base y sustentación, la versión solitaria del policía Luis Rosales”. En lo sustancial, se concluyó que no se daban las excepciones previstas por el Código Procesal Penal de la Nación. No obstante establecer un nuevo límite al accionar de las fuerzas de seguridad, la Corte no abandona la doctrina indulgente que hemos criticado, dejando en claro expresamente que las circunstancias que allí justificaron la actuación policial no se encontraban presentes en el caso.

En “Ciraolo”<sup>30</sup> una persona que se encontraba en un bar fue abordada por personal policial; según refirieron, luego de identificarse el masculino se mostró ofuscado y nervioso, y habiendo solicitado que exhiba sus efectos personales se hallaron cinco cheques y fotocopias de cartulares, que fueron secuestrados. Ciraolo fue condenado por encubrimiento, hurto y estafa por la tenencia de esos cheques y la investigación abierta en consecuencia, lo cual fue confirmado por la Cámara Nacional de Casación Penal.

En disidencia con la opinión del Procurador la Corte desestimó la queja por considerar que no cumplía con el requisito de fundamentación autónoma. Vemos que, ante un supuesto en el cual la actuación policial no evidenció la arbitrariedad de los procedimientos anteriormente comentados, y el hallazgo estaba vinculado a delitos que tenían damnificados concretos, la Corte sostiene la postura deferente.

Existe una importante disidencia de los Dres. Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, en la cual reiteran que la policía no está

---

<sup>30</sup> CSJN, “Ciraolo, Jorge Ramón Daniel s/ Estafa en forma reiterada, encubrimiento y hurto -Causa n° 7137”, 20/10/2009.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

autorizada a realizar detenciones indiscriminadas y, retomando lo expuesto por Maqueda en “Waltta”, advierten que en el caso

“jamás fue mencionada una situación de peligro para la integridad física de los agentes policiales o de un tercero circundante, y tampoco puede considerarse que hubiera indicios vehementes de culpabilidad de la comisión de un delito por parte de Ciraolo...”<sup>31</sup>.

El análisis de la jurisprudencia de la Corte arroja que, en general, ha convalidado el accionar policial aún en circunstancias en las cuales los requisitos establecidos legalmente para proceder a una requisa resultaban difícilmente comprobables. Como bien indicaran Bossert en su disidencia en “Fernández Prieto”, y Maqueda en “Waltta”, ¿qué sospecha razonable podría surgir del hecho de que una persona transite en su vehículo con acompañantes en una zona alejada del centro de Mar del Plata? ¿Acaso toda persona en tales condiciones sería pasible de sufrir una requisa? Sin embargo, dando prevalencia al hallazgo de pruebas vinculadas a la comisión de un delito, y en mérito de la eficacia de la investigación penal como herramienta a utilizar en procura de garantizar un bien supraindividual como la “seguridad ciudadana”, tales procedimientos han sido admitidos. En estas circunstancias, resultó trascendente que la “intuición policial” fuera ratificada por la obtención de evidencias.

Sin embargo, cuando la intervención de las fuerzas de seguridad fue en extremo arbitraria, a tal punto de detener a personas por encontrarse en el umbral de una vivienda, sin la exteriorización de mayores motivos, el máximo Tribunal no permitió que las cosas obtenidas a raíz de la requisa fundaran una condena penal.

La jurisprudencia reseñada, sin embargo, podría sufrir alteraciones trascendentales en virtud de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fernández Prieto y

---

<sup>31</sup> Ibid., considerando 14.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

Tumbeiro vs. Argentina”<sup>32</sup>, en donde el Estado argentino asumió su responsabilidad internacional por esos casos.

En cuanto a la libertad personal, la Corte IDH analiza que el incorrecto actuar de las fuerzas de seguridad en la interacción con las personas a quienes debe proteger “representa una de las principales amenazas al derecho a la libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida”. En esta dirección se explicita que la restricción a tal libertad es únicamente viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por la Constitución o las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y, además, con sujeción estricta a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto formal), señalando que si la normativa interna no es observada al privar a una persona de su libertad “tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2”.

Así es que, en cuanto al caso Fernández Prieto, se considera que la omisión de justificar su detención en alguna de las causales legales era un incumplimiento del requisito de legalidad, y que los policías habían restringido la libertad personal de Fernández Prieto actuando más allá de las facultades habilitantes establecidas por la norma.

Asimismo, la Corte advierte que los tribunales internos que resolvieron sobre la legalidad del procedimiento no se expedieron sobre si aquel se encuadraba en alguna de las hipótesis previstas por el Código de Procedimientos en Materia Penal, sino que se limitaron a validarlo con afirmaciones genéricas.

En cuanto al caso “Tumbeiro”, la Corte recuerda que el accionar de las fuerzas de seguridad se basó en estereotipos y que ello “puede

---

<sup>32</sup> Corte IDH, “Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina”, 01/09/2020.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

dar lugar a actuaciones discriminatorias y, por consiguiente, arbitrarias”. En este sentido, se dijo que ante la ausencia de elementos objetivos “la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa” obedecía a las convicciones personales de los agentes y a prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual importaba un grado de arbitrariedad incompatible con el artículo 7.3 de la Convención. A ello se agregó que si ello se formula a su vez sobre prejuicios respecto de las características o conductas de determinada categoría o grupo de personas “pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención”.

Se destaca la importancia de restringir este tipo de prácticas en el contexto argentino, en donde algunas normas presentan cierta laxitud y

“la ausencia de parámetros objetivos que legítimamente pudiesen justificar una detención sobre la configuración de los elementos previstos por la normativa, y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisita con independencia de los resultados obtenidos por la misma, generaron un espacio amplio de discrecionalidad que derivó en una aplicación arbitraria de las facultades en cabeza de las autoridades policiales, lo cual además fue avalado mediante una práctica judicial que convalidó dichas detenciones sobre la base de criterios generales como la prevención del delito o ex post por las pruebas obtenidas”.

En cuanto al derecho a la intimidad, y en sintonía con la postura adoptada por Carrió, el Tribunal considera que

“las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, incluso cuando la persona se encuentra dentro de un automóvil, son bienes que, al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Por esta razón, no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o las autoridades”.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

También se establecen límites estrictos a las requisas que no se encuentran fundadas en una orden judicial debidamente motivada, estableciendo que éstas en ningún caso pueden resultar desproporcionadas, y tampoco pueden superar “el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad”.

Con motivo de lo expuesto, la Corte le ordenó al Estado crear e implementar un plan de capacitación de los cuerpos policiales, el Ministerio Público y el Poder Judicial sobre la necesidad de que su accionar se conforme a los parámetros establecidos en la sentencia.

## V. CONCLUSIONES

Para finalizar el comentario, se exponen algunas conclusiones.

En cuanto al fallo en comentario, lo sucinto de los fundamentos, así como también la deficiencia probatoria (solo se presentan algunos registros audiovisuales y notas periodísticas), puede resultar cuestionable, pero encuentra sentido en la naturaleza de la garantía utilizada -hábeas corpus preventivo y colectivo-. Lo importante es que el derecho que potencialmente será afectado, se encuentre debidamente resguardado, y tal es lo que parece haber sucedido, dado que no nos consta que se hubieren reiterado este tipo de prácticas.

Sumado a lo expuesto, el protocolo no contempla la realización de requisas vinculadas al delito tipificado en el artículo 194, y desde el Ministerio de Seguridad alegan la inexistencia de órdenes en tal sentido. En estas circunstancias, nos encontraríamos frente a actos materiales realizados por fuera de la ley, debiendo dar lugar a las responsabilidades penales y administrativas que correspondan.

Si bien el artículo 230 bis CPPN habilita la realización de requisas sin orden judicial, la efectivización de tales prácticas debe ser

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

orientada por el principio de razonabilidad en sentido técnico, entendido como la proporcionalidad de medios a fines. Si lo que se quiere es impedir la comisión del delito previsto en el artículo 194 del Código Penal a los efectos de garantizar la libertad de circulación, existen medios menos gravosos para alcanzar tal objetivo, y que no implican la flagrante afectación de derechos reconocidos constitucionalmente.

Cabe poner de resalto que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha otorgado, en muchas ocasiones, validez a pruebas obtenidas en el marco de procedimientos que resultaban arbitrarios, en tanto no existían motivos que justificaren el accionar policial, o los mismos no habían sido debidamente explicitados. Este aval ha otorgado un enorme poder a las fuerzas de seguridad, que excede del otorgado normativamente, y que pone en riesgo el pleno disfrute de los derechos fundamentales del individuo, tal como sucede en el caso en comentario.

Sin embargo, amén de la indulgencia evidenciada en la mayoría de sus precedentes, ante algunas situaciones determinadas que distinguió del resto -llamadas anónimas o ausencia total de fundamentos para proceder a la detención (como estar sentados en el umbral de una casa)-, el Tribunal cimero descalificó los procedimientos. Esto deja expuesto que, pese a una jurisprudencia permisiva, no se encuentra permitido que se practiquen requisas en cualquier circunstancia, aun cuando se obtengan pruebas de un delito.

No puede desmerecerse la importancia del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual se presenta como una buena “excusa” para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación abandone definitivamente su doctrina permisiva e impulse una adecuación de las prácticas de las fuerzas de seguridad a los estándares de la sentencia del Tribunal interamericano, que no son distintos a los establecidos por nuestra propia Constitución, como sostuvieran los

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

votos en disidencia de los casos “Fernández Prieto”, “Tumbeiro” y “Waltta”, entre otros. No se trata de obstaculizar el funcionamiento de las fuerzas de seguridad, sino que éstas se adapten a nuestro ordenamiento jurídico, generando, a su vez, seguridad jurídica en cuanto a que la prueba obtenida resultará útil para el éxito de la investigación penal.

Para finalizar, dejamos sentado que conforme las características del delito previsto en el artículo 194 del Código Penal, la realización de una requisita difícilmente se encuentre justificada, y mucho menos si se realiza de modo generalizado. En estos términos, las conductas denunciadas parecieran asemejarse más a un modo de disciplinamiento de ciertos sectores que a un procedimiento efectuado con fines de prevención y/o investigación del delito.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- BINDER, Alberto, “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Ad-Hoc, 2013, Buenos Aires.
- BUNGE, Luis María, “El decreto de seguridad individual de 1811”, en HENDLER, Edmundo, *Las garantías penales y procesales - Enfoque histórico-comparado*, Del Puerto, 1ª edición, 2001, Buenos Aires.
- CARRIÓ, Genaro, “Garantías constitucionales en el proceso penal”, Hammurabi, 5ª edición, 2010, Buenos Aires.
- Clarín, “Buenos Aires blindada por la marcha piquetera: controles en los colectivos, vallas en Casa Rosada y fuerte presencia policial”, 20/12/2023, URL: [https://www.clarin.com/ciudades/buenos-aires-blindada-marcha-piquetera-controles-colectivos-vallas-casa-rosada-fuerte-presencia-policial\\_0\\_i6cW2XCBdG.html](https://www.clarin.com/ciudades/buenos-aires-blindada-marcha-piquetera-controles-colectivos-vallas-casa-rosada-fuerte-presencia-policial_0_i6cW2XCBdG.html), consultado el 14/02/2024.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, 01/09/2020, Fondo y Reparaciones.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arriola, Sebastián y Otros s/ Causa Nº 9080”, 25/08/2009, Fallos 332:1963.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ciraolo, Jorge Ramón Daniel s/ Estafa en forma reiterada, encubrimiento y hurto -Causa nº 7137“, 20/10/2009, Fallos 332:2397.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Criminal contra D. Carlos González por rebelión - Incidente sobre prisión”, 26/06/1875, Fallos 16:210.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Daray, Carlos Ángel s/ presentación”, 22/12/1994, Fallos 317:1985.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/ infracción ley 23.737 causa nº 10.099”, 12/11/1998, Fallos 321:2947.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Monzón, Rubén Manuel s/ recurso de casación”, 12/12/2002, Fallos 325:3322.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Peralta Cano, Mauricio Esteban s/ Inf. Ley 23.737 -Causa nº 50176-”, 03/05/2007.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Szmiłowsky, Tomás Alejandro s/ causa nº 4606/00”, 06/02/2003, Fallos 326:41.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Tumbeiro, Carlos Alejandro s/ recurso extraordinario”, 03/10/2002, Fallos 325:2485.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Walta, César Luis s/ causa nº 3300”, 21/09/2004, Fallos 327:3829.

- GARGARELLA, Roberto, “Carta abierta sobre la intolerancia”, Siglo XXI, 2ª edición, 2015, Buenos Aires.

NAVARRO, L., “Estado de Derecho y libertad: cuando el “fin” no justifica los medios. Algunas reflexiones acerca del caso ‘Habeas Corpus. Solicitante: Gambetti, Yanina y otros’”, pp. 220-248.

- Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 3 de La Plata, Causa FLP N° 422/2024, 23/01/2024.

- Página 12, “Requisa en los colectivos y control policial: el protocolo "antipiquete" en acción”, 20/12/2023, URL: <https://www.pagina12.com.ar/697121-como-es-el-operativo-antipiquete-en-el-transporte>, consultado el 14/02/2024.



# Amalgama





## LO QUE ES PRECISO OLVIDAR

por TOMÁS HODGERS<sup>1</sup>

*A nuestra casa de estudios, que, a pesar  
de las carencias que todos conocemos,  
cuenta con mucha gente valiosa que se  
te impregna en el recuerdo.*

Yo tenía que ser abogado porque se me daba bien discutir. Tan triste como eso. Por supuesto que en algunos pasajes más optimistas de mi existencia intenté rasguñar razones más románticas para justificar mi elección. ¿Quién no lo hubiera hecho? Estar destinado a estudiar leyes es todavía peor que elegirlo sesudamente. Es una malformación congénita con la que uno tiene que lidiar todos los días de su vida, pero con el tiempo se termina por digerir. Algunos tienen la ventura de patear con sofisticación una pelota mientras que a otros nos toca interesarnos por los debates políticos en las sobremesas familiares. Zapatero a tus zapatos.

Con los años se me fue impregnando un desparpajo arrogante para dirigirme hacia los demás. La Facultad me encontró con un promedio intimidante, una retórica pulida y una familia que me había incorporado, desde rapaz, la virulencia de toda discusión política. Se me hacía difícil toparme con una oposición discursiva más o menos a la altura del personaje que me había esforzado en construir. Disfrutaba cada segundo de fricción contra aquellos que disentían, aunque sea en la más mínima coma, con alguna de mis tesis. Cuando ensanchaba la voz casi nadie se atrevía a poner en jaque mi abanico de certezas.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNR). Maestrando en Derecho Empresarial (Universidad de San Andrés). Durante la pandemia, comenzó a escribir cuentos e historias a través de Twitter, plataforma que lo llevó a alcanzar popularidad. Gracias a su éxito digital, ha participado en varias ferias del libro, podcasts y programas de radio. Recientemente, publicó su primer libro, "Hubiese Podido ser Usted", una colección de sus mejores historias digitales.

HODGERS, T., “Lo que es preciso olvidar”, pp. 252-257.

Naturalmente, fui sumando enemigos en las distintas materias que me tocó transitar a lo largo de la carrera, lo que a su vez me había hecho merecedor de cierta mala fama en los pasillos decimonónicos de la facultad de Derecho. Según me había comentado Andrés, quien estaba mucho más involucrado en la red de chimentos universitarios de lo que yo lo estaba, había un grupo de cuatro o cinco chicas que me tenían un particular desprecio. Me sorprendió que hubiesen llevado a un extremo tan personal la cuestión, pero lo cierto es que nunca desaprovechaban la oportunidad para dejar sentado toda la mugre que yo significaba.

Las recuerdo desfachatadas, con un andar insolente y, a su manera, también jactancioso. Me caían tan mal a la vista como yo a ellas. Era un rechazo tan recíproco como genuino. Llevaban un pañuelo verde atado al bolsillo de las mochilas que automáticamente me teletransportaba a la mesa familiar, a las aberraciones que decía el tío Ulises cuando veía a mi prima Cecilia con el mismo amuleto. Puedo verla llorando. Puedo ver ese rejunte de caras disgustadas y llenas de impotencia por no tener el coraje de salir al cruce. Puedo ver el atisbo de envidia que le tenía a esa adolescente tres o cuatro años mayor por el atrevimiento de exponerse a todo aquel circo.

Con el transcurso de los meses, tanto ellas como yo personalizamos el asunto. Siempre surgía, de una u otra manera, la brisa que avivaba el rescoldo. Me gustaba esperar el momento oportuno para demostrarles lo estúpidos e irracionales que eran sus reclamos, para hacerles ver que luchaban contra molinos de viento, que les habían construido un enemigo a su medida para entretenerlas mientras la gente real se ocupaba de cuestiones mucho menos etéreas, mucho más indispensables. Tenía estudiado un repertorio argumentativo impenetrable que la enorme mayoría de las veces dejaba a mis oponentes humilladas y cabizbajas frente a un salón repleto. Generalmente, reaccionaban a los gritos, alienadas por la causa, aunque en ocasiones también habían huido con lágrimas en los ojos. Entonces,

HODGERS, T., “Lo que es preciso olvidar”, pp. 252-257.

dejé de levantar la voz y las comencé a tratar con cierta displicencia, un poco de ironía y un tinte de lástima.

Algo en Magalí la hacía destacarse del resto. Tenía un aura particular, una vibración auténtica que todavía hoy me resulta difícil de explicar. Discutía con un énfasis que parecía brotarle de lo más profundo de las entrañas. Más de una vez las confrontaciones terminaban con alguien tratándola de loca y mandándola derecho al psiquiatra. Tuvo que cambiarse de comisión en Derecho Civil III por decirle “vos qué sabés de mí, viejo de mierda” a un profesor emérito de 82 años. Por eso la tenía muy presente. También por su notable belleza, por sus ojos pardos e intrigantes, por su andar armonioso y dulce, aunque todo eso en menor medida que el exabrupto del profesor.

Lo cierto es que nunca la había frecuentado demasiado, más allá de la vez que me trató de clasista y patriarcal, deseándome la más dolorosa de las muertes en una red social de alumnos. La terminé de conocer cursando Penal II en una cátedra conocida por ser brava. La clase se desarrollaba en el aula "Fontanarrosa", en medio de la tortura del calor rosarino de marzo. En verano, las paredes hervían y trasladaban todo su enojo a las cincuenta personas que nos amontonábamos ahí adentro. Lo primero que hacía los martes y jueves al mediodía, ni bien ponía un pie en aquella caldera, era ubicar a Magalí. Hacía un brevísimo paneo con el cogote y me sentaba justo enfrente. La mirada era fundamental. Buscaba algún yerro, algún argumento forzado, que me hiciera engordar el ego. Ella hacía lo propio. Cuando se presentó, dijo querer ser penalista y lo hacía notar en cada intervención. Yo le recalcabá que no tenía personalidad, que no podía sostener un debate en un salón de clase, mucho menos en una sala de audiencia.

Una tarde, el cruce estuvo más despiadado de lo normal. Los alumnos, e incluso el profesor, estaban expectantes de la ferocidad con la que debatíamos sobre la constitucionalidad de los femicidios. Ella vivía las discusiones con una intensidad inimaginable para mí. Se le ensanchaban las venas del cuello y se le afinaba la voz, lo que muchas

HODGERS, T., “Lo que es preciso olvidar”, pp. 252-257.

veces nos hacía reír, por más seria que fuese la cuestión. Entonces se ponía peor y empezaba a enrojecerse y a dibujar ademanes extraños con las manos. Esa vez los argumentos habían escalado a un tono por demás impetuoso cuando de repente clavó sus ojos castaños: “Lo que pasa es que vos sos un sorete”. Después, solo silencio. Se levantó de golpe, agarró con furia su mochila y, con una caminata ligera, abandonó la “Fontanarrosa”.

Pasaron varias semanas en una especie de tregua. Un alto el fuego necesario para ambos. Para cuando llegó el invierno el grupo se había reducido considerablemente y ya todos sabíamos quién era quien. El profesor decidió que los trabajos finales se harían en pareja. El viejo ladino dijo que ya habían sido sorteados tanto los temas como las parejas y que aquella decisión era inapelable. A alguno del fondo se le escapó una risa socarrona al escuchar que íbamos a tener que hacer un extenso análisis sobre la constitucionalidad de los femicidios con Magalí. “Muchachitos -soltó muy tranquilo el profesor ante nuestro reclamo- si no les gusta su pareja, pueden perfectamente recurrar la materia el próximo cuatrimestre, acá serán siempre bienvenidos”.

Las primeras reuniones fueron con la guardia alta. Ninguno estaba demasiado interesado en tender puentes más allá de la tarea. Fue complicado coordinar las primeras reuniones, ella era de un pueblito del interior de Santa Fe y tenía a su novio y amigas allá, por lo que solía escaparse inventando cualquier excusa. Si bien intentamos construir algo desde la tolerancia, la estrategia no funcionó. Apenas empezamos las reuniones ya nos estábamos acribillando. Yo no estaba dispuesto a ceder un ápice en mi postura: no había fundamento técnico-jurídico por el cual la muerte de una mujer en manos de un hombre, mediando relación de pareja, sea más severa que a la inversa. Fueron varias semanas en las que estuvimos empantanados en el punto de partida. Sin embargo, no me pregunten por qué, de alguna manera ambos nos fuimos tornando un poco más dóciles. De repente, como un imprevisto que ninguno buscó ni esperó, algún chiste al pasar nos sorprendía con

HODGERS, T., “Lo que es preciso olvidar”, pp. 252-257.

una sonrisa o nos encontraba arrebatándonos intimidades. Me vi esperando ansioso la próxima reunión, inquieto con la idea de lo efímero que resultaría todo. Me quedaba absorto algunos segundos mientras ella intentaba compartir algún concepto. Ya no me irritaba el pañuelo verde, ni los pines en la mochila ni las zapatillas de lona. Para ser sincero, creo que ella se había empezado a amigar con mi insípida formalidad de pantalones caqui y zapatos de vestir.

A falta de un mes el trabajo estaba listo. El femicidio era inconstitucional. Si bien había aceptado incorporar algunos teóricos que refutaban mi postura, se había puesto en tinta lo que esperaba. Faltaban pulir algunas nimiedades del trabajo, así que le propuse reunirnos el miércoles siguiente en casa, mi mamá llegaba a la noche y teníamos toda la tarde, ya de un invierno en plenitud, para terminar la tortura a la que habíamos sido condenados. Esa tarde no apareció. Tampoco contestó mi mensaje donde remarcaba su falta de respeto.

Pasó un tiempo prudencial, y varios días más. Tengo muy presente los ruidos. Mi vieja llegó del trabajo con la torpeza habitual, cerrando bruscamente la puerta, dejando caer con desdén sus aparejos sobre la mesa, como avisándole al mundo entero su arribo. Lo primero que salió de su boca, antes de cualquier aclamación, fue el grito desde el living. “¿Escuchaste lo que pasó en Frontera? Qué tragedia...”. Corrí hasta la computadora y las noticias empezaron a avasallarme. Esos ojos pardos, inertes en una imagen en blanco y negro, se me clavaron en la retina hasta arrancarme la respiración. “Se buscaba desde el 20 de junio” decía un título camuflado entre publicidades de pañales y resultados de fútbol. Me quedé unos minutos divagando en otra noticia que contenía una imagen del principal sospechoso, quien sonreía en una playa caribeña. “Había indicios de violencia precedente”. Cada epígrafe parecía un chiste de mal gusto. Me empezaron a arder los ojos y a molestar las piernas. Algún otro titular se refería a la cantidad de denuncias que había habido de por medio, otros se preguntaban cuántos antecedentes violentos son necesarios para hacer algo. Tremulante y sin reacción, no

HODGERS, T., “Lo que es preciso olvidar”, pp. 252-257.

pude ni intentar responder la pregunta de mi vieja sobre cómo estaba, pero sentí reposar su mano en el hombro. Me acuerdo poco lo que sigue de esa noche, solo rescaté aquel martes de verano cuando se apoderaba y abrazaba ese discurso que tan estúpido me parecía.

El mes se fue y presenté un trabajo excelente sobre la constitucionalidad del instituto del femicidio. No tengo dudas de que fue la mejor exposición que aquel profesor escuchó alguna vez de un alumno. Casi todos los argumentos se los robé a Magalí. Había recolectado tanta jurisprudencia, tanta doctrina y tanta información que el profesor no hubiese podido leer todo en un año.

Escribo esto diez años después, sentado en el cómodo sillón empresarial que tengo en mi oficina de Puerto Madero. Rosario me ha quedado lejos y he decidido no poner en la valija lo que es preciso olvidar. Pero un amigo me hizo llegar la noticia por WhatsApp. Se cumplió la condena. Le dieron homicidio simple y, sobre eso, la mínima. Consideraron que no había femicidio, ya que no mediaba relación de pareja entre ella y su novio.

Y entonces el viaje en el tiempo. El aula Fontanarrosa, el calor sofocante que vuelvo a sentir en cada rincón del cuerpo, la humedad pringosa que me hace querer arrancarme la camisa, esa voz finita llegando a los finales de la oración casi sin aire. Otra vez estoy atónito, perdido en esos ojos pardos, como si no hubiese pasado ni una gota por debajo del puente. Miro alrededor toda esta gente que no me interesa. Necesito que mi mamá me pregunte cómo estoy. Y sentir esa mano en el hombro.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

## HISTORIA DE LA VIOLENCIA ESTÉTICA Y LOS ESTEREOTIPOS DE BELLEZA EN OCCIDENTE

por AGUSTINA SUÁREZ<sup>1</sup>

**Sumario:** I. Introducción. II. Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza. 1. Edad Antigua. 2. Edad Media. 3. Edad Moderna. 4. Edad Contemporánea. 5. Panorama actual. III. Colofón.

### I. INTRODUCCIÓN

Previo a avanzar sobre la conceptualización de la violencia estética, es pertinente analizar la etimología de la estética. Del griego antiguo *aisthetike*, su significado se encontraba ligado a la idea de sensación o percepción. Asimismo, Manuel Milá y Fontanals, eximio filólogo y teórico de la estética, la definió en pocas palabras, como la ciencia o teoría de lo bello<sup>2</sup>.

En este sentido, la estética se halla subsumida en la belleza siendo ésta última una noción mucho más amplia, de manera que encuadra no sólo las obras realizadas por la mano del hombre, sino también cualquier objeto que se perciba o haya sido percibido como bello, incluso la propia figura del cuerpo humano.<sup>3</sup>

Por lo tanto, la belleza es un concepto que se encuentra presente de manera transversal en la historia de la humanidad, delineando

---

<sup>1</sup> Abogada (UNR).

<sup>2</sup> MILÁ Y FONTANALS, M., “Estética”, p. 5.

<sup>3</sup> PÉREZ PAREJO, R., “El canon de belleza a través de la Historia”; en *Revista Espéculo*, p. 3.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

imaginarios y concepciones aplicables a distintos contextos, de acuerdo al período histórico que decidamos analizar<sup>4</sup>.

En cuanto a los cánones de belleza, es en la antigua Roma donde se da inicio -progresiva y paulatinamente-, a un proceso de feminización de la belleza<sup>5</sup>. Esta belleza física, siempre exigida a las mujeres, desde sus orígenes ha sido creada, definida, instalada, difundida, demandada e institucionalizada por los hombres. No obstante, si bien estos estereotipos de belleza han ido variando y transformándose de acuerdo a los intereses e ideales masculinos en las diferentes etapas del proceso histórico-social, también lo han hecho a razón de diversos intereses de carácter económico en el contexto de determinados escenarios políticos y socioculturales<sup>6</sup>.

Así, la historia de la belleza demuestra que, con independencia del canon de belleza imperante, ésta debe ser construida, mejorada y perfeccionada mediante distintas técnicas y dispositivos que van desde el inocente uso de fajas y corsés hasta cirugías estéticas de alta complejidad. En pocas palabras, los estándares de belleza han ejercido una violencia silenciosa que ha marcado el cuerpo y la mente de todas las mujeres a lo largo de la historia de la cultura occidental.

Finalmente, es posible definir a la violencia estética, no sólo como la imposición de cánones y estereotipos de belleza arbitrarios y estigmatizantes, sino como un conjunto de representaciones, prácticas e instituciones que, además de constituir formas de discriminación contra las mujeres, ejerce presión sobre ellas para obligarlas a responder al canon de belleza imperante en la sociedad, con el consecuente impacto negativo que tiene éste en sus vidas. Así pues, la violencia

---

<sup>4</sup> ROJAS ZAVALA, C., “De forma et virtute. Una aproximación al concepto de belleza en la Donella medieval durante el siglo XII”, en *Revista Historias del Orbis Terrarum*; p. 69.

<sup>5</sup> PINEDA G., E., “Bellis para morir”, p. 107.

<sup>6</sup> PINEDA G., E., “Violencia estética”, 14/05/2021.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

estética se construye sobre la base de premisas sexistas, gordofóbicas, gerontofóbicas y racistas<sup>7</sup>.

## II. HISTORIA DE LA VIOLENCIA ESTÉTICA Y LOS ESTEREOTIPOS DE BELLEZA

### 1. Edad Antigua

Si bien el primer canon de belleza que registra la humanidad tiene su origen en el antiguo Egipto, el ideal estético del mundo clásico se forjó en la antigua Grecia<sup>8</sup>, con la introducción del concepto de *aisthetike* (estética), cuya primera acepción estuvo vinculada a la sensación de placer, agrado y sentimientos de satisfacción a través de la contemplación y percepción de los sentidos<sup>9</sup>.

De esta forma, las primeras consideraciones de la belleza se atribuyeron a los grandes poetas griegos. Así, “...cuenta Hesíodo que, en las bodas de Cadmos y Armonía celebradas en Tebas, las Musas cantaron en honor a los novios «el que es bello es amado, el que no es bello no es amado»”<sup>10</sup>. Esta línea de valoración de la belleza estaba profundamente vinculada con el amor, dado que quien era amado era merecedor de belleza, a la vez que, era merecedor del amor quien poseía belleza<sup>11</sup>.

No obstante, durante este período los filósofos griegos también comenzaron a teorizar sobre la belleza. Para Heráclito, la valoración de las cosas bellas o no bellas eran de carácter subjetivo, es decir, nacían de la persona. Mientras que, con Pitágoras, nace una visión estético-

---

<sup>7</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 109.

<sup>8</sup> PÉREZ PAREJO, R., “El canon de belleza a través de la Historia”, en *Revista Espéculo*, p. 5.

<sup>9</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 25.

<sup>10</sup> ECO, U., “Historia de la Belleza”, p. 18.

<sup>11</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 25.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

matemática del universo en la cual las cosas existen porque están ordenadas, y están ordenadas porque en ellas se cumplen leyes matemáticas, que son a su vez condición de existencia y de belleza. Por lo tanto, eran las matemáticas las que determinaban la existencia de belleza o no. Dicho ideal de belleza se erigía sobre la base de la armonía y la proporción. Tal y como afirma Umberto Eco, los pitagóricos veían en los números las razones y proporciones de la armonía<sup>12</sup>.

Es a partir del pensamiento postsocrático que la belleza comienza a asociarse a la virtud. Platón consideraba que la belleza no era una condición meramente física, más bien, esta afloraba con la participación del sujeto en la idea del bien y la virtud, constitutiva de valores éticos como la justicia y el conocimiento. La historia cuenta que el oráculo de Delfos, ante la pregunta sobre el criterio de valoración de la belleza respondió: “lo más justo es lo más bello”<sup>13</sup>.

Paralelamente, Aristóteles sostenía dos caracteres esenciales de la belleza. Por un lado, el estagirita pensaba que la belleza debía ser apreciada por sí misma, despojada de toda utilidad que pudiera otorgarle valor. Y por el otro, creía que bello era lo que producía placer, y así lo sostenía en su retórica: “*Lo más placentero es mayor que lo menos placentero; porque todos persiguen el placer... Y lo más bello es mayor que lo menos bello; pues lo hermoso es agradable o es deseable por sí mismo*”<sup>14</sup>.

Sin embargo, pese a la diversidad interpretativa sobre la belleza en la sociedad griega, predominó la concepción matemática de la belleza desarrollada por la Escuela Pitagórica que estableció el canon de la corporeidad, en el que la persona era considerada bella en tanto y en cuanto las medidas de todas las partes de sus cuerpos fueran simétricas, proporcionales, equilibradas y armónicas. En este sentido,

---

<sup>12</sup> ARISTÓTELES, “Metafísica”, p. 10.

<sup>13</sup> ECO, U., “Historia de la Belleza”, p. 17.

<sup>14</sup> ARISTÓTELES, “Retórica”, p. 131.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

“...los rostros de hombres y mujeres eran igualmente atractivos, pues la humanidad de la persona era más importante que el propio sexo”<sup>15</sup>. Sin embargo, en la antigua Grecia se exaltó la imagen masculina por sobre la femenina, a razón de una mayor valoración y estima social del hombre en una sociedad androcéntrica.

Así, la belleza femenina fue infravalorada. Más aún, se consideró que las mujeres que se adornaban quebrantaban la armonía de la naturaleza y destruían la belleza femenina natural.

De manera contradictoria, fue en Grecia donde nació el mito de Afrodita, la diosa de la belleza, que produjo el perfeccionamiento del ideal estético femenino. Consecuentemente, se realizaron los primeros concursos de belleza<sup>16</sup>, las mujeres comenzaron a aplicarse maquillaje y cosméticos, y aparecieron los *kosmetés*, profesionales que se ocupaban de adornar y embellecer a las personas a través del cuidado corporal. Este ideal de belleza femenina se vio reflejado en célebres esculturas de la época, como la Afrodita de Cnido y la Venus de Arles.

Por último, la belleza en la antigua Roma es heredera de Grecia. Aunque, en Roma la belleza masculina no era vanagloriada como en

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ, M., “Evolución histórica de los conceptos de belleza facial”, en *Revista Ortodoncia Clínica*, citado en PINEDA G., E., “Bellitas para morir”, p. 27.

<sup>16</sup> El primer concurso de belleza procede de la mitología griega, más conocido como “El juicio de París”. Cuenta la historia que Eris, la diosa de la discordia, molesta por no haber sido invitada a la boda de Peleo y Tetis (a la cual habían sido invitados todos los dioses), decidió vengarse. Eris envió al gran banquete una manzana de oro que debía ser para la más bella. Las diosas Atenea, Afrodita y Hera se disputaron la manzana, y para resolver el conflicto decidieron competir para saber quién era la más bella. Por su parte, Zeus decidió encomendar la elección a París, el joven mortal hijo del rey de Troya. Cada una de las diosas intentó seducirlo con regalos: Hera le ofreció poder, Atenea le prometió la victoria en la guerra, y Afrodita le proporcionaría el amor de la mujer más bella del mundo. París eligió a Afrodita, pero el amor de la mujer que él quería era el de Helena, la esposa del rey de Esparta. Así, París raptó a la bella Helena desencadenando la famosa guerra de Troya. PAQUET, D., “La historia de la belleza”, p. 63.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

Grecia, por lo cual, la belleza femenina comenzó a ganar terreno; no sólo era aceptada, sino también promovida.

Según el canon de belleza romana, las mujeres debían poseer una piel blanca, luminosa y sonrosada, ya que se consideraba el mayor rasgo de distinción; para ello, las mujeres hicieron uso de múltiples ungüentos y cosméticos naturales que les permitían blanquear la piel y mantenerla libre de arrugas<sup>17</sup>.

En este contexto comenzó a exigirse a las mujeres el cuidado y la atención sobre su aspecto físico.

## 2. Edad Media

Con la consolidación del cristianismo, los filósofos y teólogos de la Edad Media no se ocuparon mucho de la belleza, dado que eran todos hombres de iglesia y el moralismo medieval invitaba a desconfiar de los placeres de la carne<sup>18</sup>. Así, la belleza humana fue despreciada y el culto al cuerpo fue desdeñado.

El oscurantismo medieval que tiñó el pensamiento de la época prohibió categóricamente los cánones de belleza instalados por los griegos y los romanos, valiéndose del paganismo como argumento. La belleza dejó de asociarse a la naturaleza física para ser entendida desde una óptica teológica e inmaterial, de naturaleza espiritual y divina. En otras palabras, la belleza era considerada un regalo otorgado por Dios, una estética al servicio de la divinidad y que inspira su misterio<sup>19</sup>.

Sin embargo, el canon de belleza en el medioevo estuvo significativamente influenciado por las invasiones de los pueblos

---

<sup>17</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 35.

<sup>18</sup> ECO, U., “Historia de la Belleza”, p. 155.

<sup>19</sup> ROJAS ZAVALA, C., “De forma et virtude. Una aproximación al concepto de belleza en la Donella medieval durante el siglo XII”, en *Revista Historias del Orbis Terrarum*; p. 70.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

bárbaros, consolidándose así el ideal de belleza femenina nórdica de las ninfas:

*“La mujer de esta época, rubia, con el cabello rizado en trenzas o suelto, deshumbra por su tez de lis o de nieve que se extiende hasta su cuello y manos; ese color revela la virginidad pura y angelical... Las cejas, elemento fetiche en la Edad Media, deben ser morenas, arqueadas y finas... la nariz... fina y recta. En cuanto a los ojos, tienen que ser alegres, protegidos por unos párpados abombados y diáfanos, irradian un brillo que no se debe a su color, sino al zumo de limón. Para terminar, el mentón redondeado y ahorquillado -entiéndase partido por un hoyuelo- aporta el toque de dulzura a ese rostro perfecto. Los cánones del resto del cuerpo están menos definidos, puesto que la preocupación estética se dirige hacia lo que va descubierto”<sup>20</sup>.*

Pese a la cristalización de un canon de belleza tan definido como el de la ninfa medieval, persistió una concepción moralista y teologizada de la belleza que exigía a las mujeres una imagen pudorosa, recatada y austera.

Todo lo relacionado a la corporeidad era mirado y señalado con recelo. Se prohibió el uso del maquillaje bajo el argumento de que alteraba la belleza natural, casta y virtuosa, creada por Dios. Los cuidados de belleza eran entonces, considerados prácticas profanas - asociadas a la lujuria, la prostitución y la perdición- condenadas por la Iglesia.

En definitiva, se desmotivó y desincentivó el interés de las mujeres por la belleza, a través de un proceso de socialización sustancialmente religioso, en el cual se le exigía a la mujer abandonar la vanidad, la lujuria y el orgullo, para consagrarse al sacrificio, la

---

<sup>20</sup> PAQUET, D., “La historia de la belleza”, citado en PINEDA G., E., “Bellas para morir”; p. 37.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

bondad, y preocuparse por la salvación de su alma. Como bien sintetiza Paquet:

*“Una mujer hermosa es el más bello objeto que pueda contemplarse, y la belleza es el don más preciado que Dios haya puesto al alcance de criatura humana alguna, visto que, por la virtud de aquélla, elevamos nuestro espíritu a la contemplación, y por medio de la contemplación, al deseo de las cosas celestiales”<sup>21</sup>.*

Esta concepción de la belleza femenina como un atributo divino se reflejó en representaciones artísticas de la época, consolidándose la imagen de la Virgen María como ideal de belleza sacra, pura, virtuosa y ejemplo de perfección moral, en contraste con la representación de la mujer lasciva, lujuriosa y pecaminosa en la figura de María Magdalena<sup>22</sup>.

Esta desconfianza en la belleza del cuerpo femenino fue trasladada a los hombres, a quienes se les enseñó a temer la belleza de las mujeres, la cual según el pensamiento religioso que reinaba en esa época, no era más que un arma, un artilugio peligroso que seduce, arrastra y destruye.

No obstante, esta concepción da un giro copernicano en la Baja Edad Media con el surgimiento del galanteo, el amor cortés, la poesía de los trovadores que rendían culto a las damas y las novelas caballerescas. Durante este período la belleza deja de ser espiritual y vuelve a ser corpórea; se trata de una belleza idealizada, deseada, y, por ende, perseguida.

El canon de belleza se concreta en la figura de las damas y doncellas de cuerpos esbeltos y delgados, piel blanca como porcelana y

---

<sup>21</sup> PAQUET, D., “La historia de la belleza”, p. 43.

<sup>22</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 39.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

una cabellera larga, rubia y brillante, reviviendo el ideal femenino de belleza nórdica que prevaleció durante el primer período medieval.

La belleza se constituyó como una garantía de amor, pues -al igual en la Grecia antigua- quien poseyese belleza sería merecedora del amor romántico. Y así, esta noción del amor romántico abrió camino a la idea del amor a primera vista, que suponía un amor platónico, idealizado, construido sobre la base del deseo físico y, por lo tanto, profundamente ligado al canon de belleza estatuido.

### 3. Edad Moderna

El Renacimiento conmueve por completo las bases de la cultura de la fe, a partir de la una cosmovisión de lo humano más antropocéntrica. En otras palabras, es posible decir que el Renacimiento se traduce en la grandiosidad de lo humano.

Durante este período se recuperan los ideales de belleza griegos y romanos y se promueve el renacer de la belleza clásica. De este modo, la integración de lo físico, lo espiritual y los cánones matemáticos, consolidaron el ideal de belleza neoclásico.

Según Paquet, el Renacimiento:

*“Es la recuperación de un modo de concebir el rostro y el cuerpo plenamente inspirado en las leyes de la armonía pitagórica y del ideal platónico de lo Bello, lo Justo y lo Verdadero. Desaparece el canon medieval de la ninfa para dar paso al de la mujer hecha y derecha y con algunas redondeces, aunque el modelo de la rubia albayaldada perdura en el corazón de los enamorados de la belleza”<sup>23</sup>.*

Si bien se reinstaló el interés por la perfección corporal, a diferencia de la Edad Antigua, en el Renacimiento se produce una acentuación de la disimetría entre la figura femenina y masculina en

---

<sup>23</sup> PAQUET, D., “La historia de la belleza”, p. 44.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

sentido contrario, porque la estética femenina comienza ocupar un lugar cada vez mayor. Es así que, en el transcurso del siglo XVII el cuerpo femenino se erige como el único poseedor de belleza y, en consecuencia, esta se consolida como una característica y atributo indivisible, irrenunciable y exigible a la condición de ser mujer<sup>24</sup>.

Asimismo, la invención de la imprenta posibilitó la divulgación del canon de belleza renacentista mediante sugerencias cosméticas promovidas en revistas y libros de la época, en los cuales los hombres - principalmente aquellos que ejercían la medicina- imponían a las mujeres los criterios de belleza que debían satisfacer.

Por otra parte, durante el período Barroco, la belleza natural perdió valor. Esto es producto de la manifestación de la belleza barroca, caracterizada por su exacerbación, donde la superficialidad y la pomposidad se erigen como notas distintivas que permiten evidenciar posición de poder dentro de los círculos sociales y abundancia económica.

Se consideró bello lo excéntrico, lo exagerado. Se hizo común el uso excesivo de cremas, maquillajes, perfumes, y pelucas estrambóticas.

Como expresa Paquet: “...la gracia está en que el colorete no parezca natural... debe ponerse para alegrar la vista, que con él adivina los indicios de un arrobamiento promesa de extravíos y pasiones cautivadoras”<sup>25</sup>.

Del mismo modo, los cuerpos contundentes y voluminosos, que representaban el ideal de belleza, la delicadeza y la armonía física y espiritual, se adornaban con encajes, corsés, zapatos de tacón y accesorios extravagantes.

---

<sup>24</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 48.

<sup>25</sup> PAQUET, D., “La historia de la belleza”, p. 54.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

#### 4. Edad Contemporánea

La Revolución francesa y el pensamiento ilustrado significaron una ruptura con el ideal de belleza femenino artificial que había consagrado el movimiento barroco. La Edad Contemporánea implica un cambio trascendental “...en la transformación de la corporeidad femenina valorada como bella”<sup>26</sup>.

Entre mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, durante la época victoriana vuelven a privilegiarse los cuerpos delgados, el cabello negro o castaño, el rostro pálido como la nieve marcado por profundas ojeras, y el aspecto lánguido y frágil.

Al respecto, Paquet señala:

*“A partir de 1830 está de moda mostrar el semblante abatido y pálido como un moribundo, tener la tez plomiza o las mejillas hundidas, porque esto da un aire distinguido y artístico... El rostro se adorna con amarillos, azules y verdes. Para adelgazar, las mujeres toman vinagre como única bebida, no comen más que limones y permanecen leyendo por la noche hasta tarde para provocarse ojeras. El ideal seráfico está en auge: palidez espectral, ojos oscuros y profundos, como negros pozos. Son los tiempos de las mujeres de cabellos negros y ojos agrandados por la belladona y la atropina”<sup>27</sup>.*

En cuanto al maquillaje, el ser declarado descortés y vulgar por la reina Victoria de Inglaterra, motivó su total desaparición. No obstante, continuó siendo utilizado por mujeres “...de dudosa reputación o que hacían vida en lugares de poca estima social”<sup>28</sup>. Consecuentemente, se profundizó la represión del comportamiento femenino, así como su cuidado y presentación del cuerpo.

---

<sup>26</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 49.

<sup>27</sup> PAQUET, D., “La historia de la belleza”, p. 64.

<sup>28</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 53.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

En el plano de la moda, durante este período se popularizaron los corsés y los miriñaques, que permitían reestructurar el cuerpo de las mujeres robustas. Mientras que, por otro lado, las mujeres menos dotadas por la naturaleza moldearon sus siluetas a partir de dispositivos que les posibilitaban dar forma y agregar volumen a partes de su cuerpo donde carecían de este.

El inicio del siglo XX marcó un hito en la historia de la belleza. En 1900 nace el estereotipo de belleza de la *Gibson Girl* en Estados Unidos, por medio del cual se concretó el tránsito del ideal de belleza europeo al norteamericano.

A diferencia de los cánones mantenidos hasta entonces, la *Gibson Girl* se distinguió por “...la convergencia con la Belle Époque de París, tendencia que se caracterizó por la silueta de sirena que imponía el uso de ajustados corsés para esculpir el cuerpo de las mujeres y resaltar una figura de reloj de arena”<sup>29</sup> donde se resalta principalmente una cintura extremadamente ceñida. El rostro, enmarcado por el cabello castaño o negro, rizado y voluminoso, evidenciaba rasgos aristocráticos delineados por cejas delgadas, unos ojos grandes y expresivos, la nariz fina y respingada, y unos labios bien definidos.

Este ideal de belleza fue divulgado en numerosas revistas de la época, convirtiéndose en la imagen de diversas campañas publicitarias, tales como, corsés, vestimenta, cigarrillos, entre otras. La irrupción de los medios de comunicación, que permitió la difusión de este canon, provocó rápidamente su aceptación en el imaginario social.

La *Gibson Girl* llegó a convertirse en ícono de feminidad. Considerada la mujer perfecta, combinaba la belleza femenina

---

<sup>29</sup> México Design (sitio web), “Quiénes fueron las Gibson Girls y cuál es su importancia en la historia de la moda”.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

tradicional con la imagen de una señorita bien educada que poseía el ingenio de la juventud.

Por otro lado, se produjo una transformación radical del cuerpo impulsada por el modisto francés Paul Poiret, quien abolió el corsé y puso fin a la “*tiranía de los vestidos emballenados*”<sup>30</sup>, revolucionando sus diseños a partir de la confección de vestidos sobrios y sueltos que proporcionaron a las mujeres mayor comodidad. Desafortunadamente, esta imagen liberada de la mujer fue marginada poco tiempo después, cuando en el año 1913 se introdujo el *brassiere* al mercado capitalista. La masificación de esta pieza textil tuvo su génesis en la industria del cine, donde las mujeres mediante el uso de corpiños se mostraban voluptuosas y seductoras, ya que estos dispositivos les permitían estilizar la silueta y acentuar los senos. Así, los corpiños o *brassieres*, se instalaron como un medio para moldear la figura femenina, imagen que la mayoría de las mujeres quisieron imitar.

El *brassiere* delineó los patrones de belleza y los criterios de valoración del cuerpo femenino, configurándose no sólo como una alternativa para levantar y exponer los senos, sino también para crear la ilusión de poseer más volumen del que verdaderamente se tenía. Más aún, estas concepciones de belleza se profundizaron, según Pineda, no sólo con la dotación del científicismo en el ámbito de la belleza, sino también con el nacimiento del instituto de belleza y la cirugía estética<sup>31</sup>.

A pesar de que el primer instituto de belleza se abrió en París en 1895, el canon de belleza que prevaleció fue el norteamericano. Las mujeres concurrían a estos institutos para que “...*las pusieran guapas o para que les dieran un aire de mujer fatal*”<sup>32</sup>. Estos centros ofrecían maquillajes y peinados, a la vez que prometían enderezar las rodillas, endurecer los senos, o alisar el vientre.

---

<sup>30</sup> PAQUET, D., “La historia de la belleza”, p. 79.

<sup>31</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 59.

<sup>32</sup> PAQUET, D., “La historia de la belleza”, p. 82.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

No fue sino hasta 1919 que la cirugía estética nace en los hospitales militares de Francia con el fin de atender a los soldados que habían sufrido quemaduras y mutilaciones durante la Primera Guerra Mundial.

Si bien surgió como un medio para reparar el cuerpo los veteranos tras los horrores de la guerra, la cirugía estética comenzó a trascender las motivaciones médicas y fue vista como un ámbito a explorar desde la perspectiva del negocio; esto permitió que comenzaran a realizarse cirugías estéticas de carácter electivo sobre los cuerpos de las mujeres, con el propósito de adecuarse a los estereotipos de belleza imperantes en la época. De esta manera, “...*fue posible realizarse el lifting, la supresión de patas de gallo, del rictus de la boca, la eliminación de la papada y de las bolsas de los párpados, la cirugía del vientre, de los tobillos, pero sobre todo de los tan anhelados senos que invadían las revistas y la televisión*”<sup>33</sup>.

Hacia los años ‘20 se produjeron grandes cambios en la situación social y la imagen de la mujer. El contexto post guerra impulsó el ingreso de las mujeres al mercado laboral y el acceso a profesiones liberales. Asimismo, durante esta década la Constitución norteamericana consagró el sufragio femenino.

En este panorama, el estereotipo de mujer americana: bella, joven, moderna y exitosa, fue encarnado por las *flappers*. Las *flappers* “...*rechazaban aquello que las generaciones anteriores consideraban como políticamente correcto; fumaban y bebían en público, celebraban la revolución sexual y abrazaban la cultura de consumo*”<sup>34</sup>. Desde la óptica de la industria de la moda y la belleza, esta liberación femenina significó aproximarse a lo masculino, por lo cual, el estereotipo de belleza se caracterizó por la posesión de una imagen andrógina, cuya

---

<sup>33</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 57.

<sup>34</sup> RUIZ DE LA PRADA, S., “Las flappers, un repaso por la historia de estos grandes iconos revolucionarios”, 28/02/2020.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

feminidad fue atribuida por una actitud coqueta y un rostro muy maquillado.

Los años ‘30 marcaron un antes y un después en la historia de la belleza. Como indica Pineda, cuando la audacia de la chica andrógina pasa de moda:

*“... se inicia proceso sin retorno de cosificación y explotación de la imagen, el cuerpo y la sexualidad de la mujer. En este período, el canon de belleza estuvo conformado por cuerpos delgados pero sensuales, cintura ceñida, pechos llamativos, piernas largas, piel blanca, cabello rubio, ondulado y con volumen, cejas altas y esculpidas en arco, nariz fina, y labios definidos, carnosos y maquillados. Canon de belleza que Hollywood ayudó a difundir, institucionalizar y masificar con actrices como Mae West y Jean Harlow”<sup>35</sup>.*

Estos marcados estereotipos también fueron difundidos a través de las revistas, la publicidad, e incluso los dibujos animados. Así, en 1932, *Betty Boop* dio vida “...al primer personaje femenino en los dibujos animados con curvas, atrevida, de exacerbada y manifiesta sexualidad; caracterizada por una mezcla entre la inocencia y el sex symbol, actitud seductora por la cual fue considerada la novia de América”<sup>36</sup>.

Durante los años ‘40 el ideal de belleza se mantiene en sintonía con el canon establecido en la década anterior, prevaleciendo los mismos estándares. Sin embargo, el busto comienza a tener un papel más protagónico, en tanto las actrices se adentran en el universo de la cirugía estética.

## 5. Panorama actual

---

<sup>35</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 62.

<sup>36</sup> PINEDA G., E., “Las mujeres en los dibujos animados de televisión”, p. 32.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial se produjo el retorno de la imagen femenina tradicional: ociosa y decorativa, que sentó las bases para la consolidación de la industria cosmética la década de 1950.

Los años 50’ trajeron consigo un nuevo ideal de belleza, las *pin-up*, conocidas también como “chicas de calendario”. Con sus cuerpos voluptuosos y curvilíneos, la piel bronceada y un rostro con pómulos pronunciados, nariz delgada y labios carnosos, adornado por un maquillaje que incluía un delineado de ojos intenso, sombras en los párpados, rímel para darle volumen a las pestañas, y labios color carmín; las *pin-up*, caracterizadas por “...su imagen exuberante, así como por su actitud sugerente y sensualidad exacerbada”<sup>37</sup>, eran fotografiadas con poca ropa y amplios escotes.

Estas fotografías, difundidas por los medios masivos de comunicación, no tardaron en inundar las portadas de revistas y calendarios de la época, convirtiéndose en imágenes predilectas para la publicidad. Del mismo modo, las *pin-up* también fueron encarnadas en la gran pantalla por grandes figuras como Marilyn Monroe (considerada el mayor ícono pop y símbolo sexual de la historia) y Elizabeth Taylor (declarada la más hermosa del mundo).

No obstante, como señala Pineda, las aclamadas *pin-up* fueron apenas el primer eslabón en la construcción de todo un imperio capaz de explotar hasta sus últimas consecuencias la imagen y el cuerpo de las mujeres<sup>38</sup>.

Así, durante la década del ‘60, perdieron auge las representaciones sensuales pero inocentes de las *pin-up*. Aunque, si bien sus cuerpos siguieron representando el estereotipo de belleza a alcanzar, tanto las revistas como la industria cinematográfica les

---

<sup>37</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 66.

<sup>38</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 70.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

demandaron una imagen cada vez más sexualizada y explícita, cargada de erotismo y desnudez.

En este contexto se reivindicó la revista *Playboy*, fundada por Hugh Hefner en 1953, convirtiéndose en el nuevo referente del canon hipersexualizado de belleza femenina.

Hefner zanjó el interrogante acerca del rol de la mujer y la puso en la portada de su revista, con poca ropa. Así, logró capitalizar la necesidad del sexo: “...*el sueño de lo que no se puede tener, la extrema belleza, la celebridad y el erotismo*”<sup>39</sup>.

En palabras de Pineda:

*“...Playboy, con publicaciones mensuales de mujeres que respondían al canon de belleza imperante, semidesnudas y en poses sugerentes, logró naturalizar, cotidianizar e institucionalizar en el imaginario colectivo la objetualización y cosificación de la mujer; la cual se consolidó en el estereotipo de las “conejitas playboy”: mujeres curvilíneas y exuberantes cuya imagen y poses evocan a las pin-up de la década pasada”*<sup>40</sup>.

De manera antagónica, durante esta década se introdujo un segundo canon de belleza que logró coexistir con el estereotipo de las conejitas *playboy*. Este segundo canon emergente rescata elementos de las *flappers* y se caracteriza por una figura femenina extremadamente delgada y carente de curvas, cabello corto y un estilo absolutamente andrógino.

En definitiva, por un lado, se introduce un canon de belleza fundamentado en la idea de la exuberancia y la hipersexualización de la mujer. Por otro lado, y en contraste con el primero, aparece un canon construido sobre la idea de la extrema delgadez.

---

<sup>39</sup> GUZMÁN, P., “Luces y sombras: la historia de Playboy y Hugh Hefner al desnudo”.

<sup>40</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 73.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

Debemos agregar que, en este período, como bien señala Paquet, se produjo una auténtica revolución en los productos cosméticos: se institucionalizó el maquillaje y su uso se extendió a cualquier momento y situación de la vida cotidiana, creando la idea de que una mujer sin maquillaje no luce bella, a tal punto que, aparecer sin maquillaje en público se convierte en signo de enfermedad, descuido o abandono<sup>41</sup>. Esta consolidación de la industria cosmética estuvo influenciada la masificación de los estándares de belleza a través de los medios de comunicación, la popularización de los implantes mamarios y el auge de los certámenes de belleza que para entonces se habían internacionalizado bajo la figura de “*Miss Universo*”.

Durante los años ‘70, cayó en decadencia el ideal de las mujeres *pin-up*, y prevaleció la belleza simple de los cuerpos delgados con pocas curvas. Asimismo, la industria de la moda también se decantó por la sencillez.

Esta década se caracterizó por “...mantener un canon de belleza oscilante entre la atrevida rubia de piel bronceada y la inocente morena de cuerpo esbelto”<sup>42</sup>. No obstante, el cambio más significativo estuvo signado por la incorporación de las mujeres afroamericanas al canon de belleza. En 1974, la modelo Beverly Johnson, hizo historia como la primera mujer negra en aparecer en la revista *Vogue Americana*. Lejos de ser considerado un triunfo para las mujeres afroamericanas supuso la hipersexualización y la explotación de un nuevo grupo de mujeres por parte de la industria de la moda y la belleza.

Los años ‘80 conservaron el ideal de belleza de los ‘70, con la salvedad de que en esta década se profundizó el culto por los cuerpos delgados, tonificados y atléticos, lo cual se vio reflejado en un creciente interés por el entrenamiento físico. Durante esta década, al igual que en la anterior, coexistieron dos cánones de belleza: “...la jovencita sexy

---

<sup>41</sup> PAQUET, D., “La historia de la belleza”, p. 91.

<sup>42</sup> PINEDA G. E., “Bellas para morir”, p. 79.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

*pero dulce, encarnada en actrices como Michelle Pfeiffer y Brooke Shields, y la desinhibida sex symbol representada por la cantante Madonna*”<sup>43</sup>.

Por otro lado, la industria de la moda motivó la reaparición de los dispositivos para moldear, modificar y mejorar la figura, tales como hombreras, fajas, corpiños con relleno y zapatos de tacón.

En cuanto al rol desempeñado por los medios de comunicación, se intensificó la presión mediática y se popularizó la publicación de suplementos femeninos en los diarios, con el fin de promover y mantener el interés de las mujeres por una belleza superficial. Al mismo tiempo, el aumento del busto comenzó a aparecer en forma reiterada en los medios de comunicación. En este escenario se produjo el “boom del *bisturi*”<sup>44</sup> que junto a la masificación de la comercialización de los implantes mamarios en Estados Unidos y en Europa, impuso la modificación estética -principalmente a través de la cirugía- como una necesidad para las mujeres.

Según las estadísticas, en Estados Unidos, entre 1981 y 1989, las intervenciones quirúrgicas aumentaron en un 80%; a su vez, ciertas evaluaciones apuntan la cifra de un millón y medio de intervenciones anuales, y cabe destacar que a una de cada sesenta americanas le han practicado implantes mamarios<sup>45</sup>.

Sin embargo, la consolidación de los cánones de belleza como criterios definitorios y valorativos de la femineidad, así como la profundización de la presión mediática dirigida a la población femenina, termina por afianzarse en los años ‘90.

Durante este período se privilegiaron como nunca antes los cuerpos despampanantes, voluminosos y exudantes de sensualidad.

---

<sup>43</sup> Ibid., p. 83.

<sup>44</sup> TAPIA, A., “La cirugía plástica, década a década”, 17/01/2018.

<sup>45</sup> LIPOVETSKY, G., “La tercera mujer”, p. 124.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

Convergiéron dos ideales de belleza, por un lado, las *pin-up* de fin de siglo con sus cuerpos hipersexualizados, y por el otro, las *top models*.

Como refiere Pineda, este período también se destacó por diversificar y expandir los estereotipos de belleza a mujeres de distintos orígenes étnicos- raciales. De esta manera, las expectativas de belleza no estaban colocadas sobre mujeres rubias como Pamela Anderson, sino que también fueron encarnadas por primera vez por actrices latinas como Jennifer López y Eva Mendes. No obstante, al igual que en el caso de la incorporación de las mujeres afroamericanas a los estereotipos de belleza en la década de los ‘70, la inclusión de las latinas en los cánones de belleza favoreció la construcción del estereotipo de la *latina caliente*, lo cual las hizo vulnerables a prejuicios, así como múltiples y repetidas formas de violencia y explotación sexual<sup>46</sup>.

Por otra parte, también se consideró que el ideal de belleza lo satisfacían las mujeres altas y muy delgadas, de apariencia plana. Entre ellas destacaban las súper modelos como Cindy Crawford, Kate Moss, y la “*diosa del ébano*”<sup>47</sup>, Naomi Campbell.

En la década de los 2000 pierde protagonismo el estereotipo de belleza de las *pin-up* de fin de siglo y se erige con más fuerza que nunca la delgadez extrema, la cual fue encarnada por actrices como Natalie Portman y Keira Knightley, y estrellas del mundo de la música como Britney Spears y Victoria Beckham.

Lamentablemente, este “...estereotipo de belleza de características anoréxicas y enfermizas, difundido y reforzado por los medios de comunicación, la publicidad y la industria de la moda, tuvo un significativo impacto en la emergencia y profundización de los trastornos alimenticios”<sup>48</sup>. Así pues, en el año 2006, falleció a los 21

---

<sup>46</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 86.

<sup>47</sup> ALAMEDA, M., “Naomi Campbell, la diosa de ébano, cumple 51 años. Repasamos su vida y su carrera”.

<sup>48</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 97.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

años Ana Carolina Reston, una modelo víctima de la anorexia; ese mismo año falleció sobre la pasarela la modelo uruguaya Luisel Ramos, y seis meses más tarde, también murió su hermana, Eliana Ramos, ambas con un cuadro de alimentación deficitaria<sup>49</sup>.

A pesar de que una figura ultra delgada convocaba a las mujeres a la enfermedad y a la muerte, este estereotipo de belleza fundamentado en la delgadez extrema se mantuvo también durante la segunda década del nuevo milenio. Sin embargo, a diferencia de la década anterior, este canon de belleza anoréxico convivió con el retorno de las *pin-up* de finales de los ‘90. Se reivindicó el ideal de los cuerpos con curvas y las siluetas voluptuosas, sólo que entonces, dicho ideal respondía, en la gran mayoría de los casos, a cuerpos excesivamente modificados por la cirugía plástica.

Por último, cabe mencionar que este período también estuvo caracterizado por ofrecer una apariencia de diversidad e inclusión en la conformación del canon de belleza incorporando modelos *curvy* o de talle grande, modelos con vitíligo, sillas de ruedas, amputaciones en brazos o piernas, síndrome de Down, e incluso modelos de la tercera edad.

No obstante, pese a esta apariencia de inclusión, la participación de estas mujeres en la industria del modelaje -y en la industria de la belleza en general- sigue siendo marginal.

Como bien expresa Pineda:

*“...Es posible considerar que estas modelos de diversa con textura, aspecto, edad y condición han sido utilizadas por la industria de la belleza para convocar y ampliar el espectro de sus consumidoras; pero también para contrarrestar e invalidar las críticas dirigidas a la industria, señaladas durante décadas*

---

<sup>49</sup> MULET, A., “Muertes y crímenes en el mundo de la moda”.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

*por mantener prácticas excluyentes y discriminatorias, así como por promover modelos de belleza insanos”<sup>50</sup>.*

### III. COLOFÓN

Luego de haber reconstruido los estereotipos de belleza a lo largo de todo el proceso histórico y social de Occidente que han dado nacimiento al concepto de violencia estética, ha quedado demostrado que, con independencia del canon imperante de la época, la existencia de concepciones, valoraciones y estereotipos de belleza, han estado presentes desde la antigua Grecia y continúan vigentes en nuestros días.

En la actualidad, los estándares de belleza se forjan de acuerdo a criterios sexistas, racistas, gordofóbicos y gerontofóbicos, lo cual se expresa, como se ha analizado a lo largo del presente trabajo, en la coexistencia de dos cánones de belleza. Por un lado, la *pin-up* voluptuosa, sensual e hipersexualizada, y por el otro, la modelo que representa la delgadez extrema.

Estos ideales de belleza física, siempre exigidos a la mujer, que desde sus orígenes han sido creados, definidos y demandados por los hombres, hoy son difundidos y reforzados por las redes sociales, las revistas y las publicidades, así como también por las industrias de la moda, de la música, del cine y la televisión.

No sólo se pretende socializar a las mujeres con la idea de que la belleza es el medio por el cual debe expresarse la feminidad, sino que también se institucionaliza la belleza como fuente proveedora del éxito económico, social y afectivo. Esta concepción de la belleza es utilizada y aprovechada también por fuertes industrias capitalistas como lo son la industria cosmética, la farmacológica y la más peligrosa para la salud de la mujer: la quirúrgica.

---

<sup>50</sup> PINEDA G., E., “Bellas para morir”, p. 104.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

Estas industrias mercantilizan el sufrimiento y traducen en dinero la autodevaluación psicológica de las mujeres, empujándolas a que consuman los productos y servicios que les ofrecen en el mercado bajo el rótulo de belleza y la promesa vacía de materializar un imaginario de belleza quimérico e inalcanzable.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALAMEDA, Marta, “Naomi Campbell, la diosa de ébano, cumple 51 años. Repasamos su vida y su carrera”, URL: <https://www.elle.com/es/star-style/el-estilo-de/a32593782/naomi-campbell-supermodelo-vida-carrera-parejas/>, consultado el 11/04/2024.
- ARISTÓTELES; “Metafísica”; (EDITORIAL), 1997, Valparaíso.
- ARISTÓTELES, “Retórica”; Hunab Ku, 2000, Ciudad de México.
- ECO, Umberto, “Historia de la Belleza”, Debolsillo, 2010, Barcelona.
- GUZMÁN, Paulo, “Luces y sombras: la historia de Playboy y Hugh Hefner al desnudo”, URL: <https://pousta.com/playboy-hugh-hefner-historia/>, consultado el 11/04/2024.
- LIPOVETSKY, Gilles, “La tercera mujer”, Anagrama, 1999, Barcelona.
- México Design, “Quiénes fueron las Gibson Girls y cuál es su importancia en la historia de la moda”, URL: <https://mexicodesign.com/gibson-girls-el-primer-ideal-femenino-del-mundo-de-la-moda/>, consultado el 11/04/2024.
- MILÁ Y FONTANALS, Manuel, “Estética”, Tipografía del Sagrado Corazón, 1916, Madrid.

SUÁREZ, A., “Historia de la violencia estética y los estereotipos de belleza en Occidente”, pp. 258-281.

- MULET, Antonia, “Muertes y crímenes en el mundo de la moda”, URL: <https://www.psicoinactiva.com/blog/muertes-y-crimenes-en-el-mundo-de-la-moda/>, consultado el 11/04/2024.

- PAQUET, Dominique, “La historia de la belleza”, Claves, 1998, Barcelona.

- PÉREZ PAREJO, Ramón, “El canon de belleza a través de la Historia”, en *Revista Espéculo*; N° 34, URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2197555>, consultado el 11/04/2024.

- PINEDA, Esther, “Bellas para morir”, Prometeo Libros, 2020, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- PINEDA, Esther, “Las mujeres en los dibujos animados de televisión”, Acercándonos Ediciones, 2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- PINEDA, Esther, “Violencia estética”, URL: <https://diariofemenino.com.ar/df/violencia-estetica/>, consultado el 11/04/2024.

- ROJAS ZAVALA, Constanza, “De forma et virtute. Una aproximación al concepto de belleza en la Donella medieval durante el siglo XII”, en *Revista Historias del Orbis Terrarum*; N° 6, URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3645001>, consultado el 11/04/2024.

- RUIZ DE LA PRADA, Silvia, “Las flappers, un repaso por la historia de estos grandes iconos revolucionarios”, URL: <https://www.harpersbazaar.com/es/cultura/viajes-planes/a31043384/flapper-mujeres-moda-historia-anos-20/>, consultado el 11/04/2024.

- TAPIA, Antonio, “La cirugía plástica, década a década”, URL: <https://www.drtpia.com/la-cirurgia-plastica-decada-a-decada>, consultado el 11/04/2024.

## DERECHO Y LITERATURA: ENCUENTROS Y RELACIONES

por LISANDRO GARCÍA DE LA TORRE<sup>1</sup>

**Resumen:** El presente artículo propone explorar los vínculos que existen entre dos disciplinas aparentemente dispares: el derecho y la literatura. Aunque tradicionalmente se las ha considerado campos independientes entre sí, se buscará analizar cómo han convergido y se han complementado a lo largo de la historia. En primer lugar, se examinará el surgimiento del movimiento “derecho y literatura”, que ha procurado estudiar, precisamente, las relaciones entre estas materias. Se explicarán las diferentes líneas de estudio y las etapas que ha atravesado el movimiento, desde su primer momento llamado “humanista” hasta el período denominado “estudios culturales”. Luego, se desarrollarán las relaciones y encuentros entre los dos campos de estudio, reflexionando sobre ello desde cuatro puntos de vista o categorías: el derecho en la literatura, el derecho como literatura, el derecho de la literatura y, finalmente, desde las ideas propuestas por Martha Nussbaum referidas a la justicia poética. Se vuelve importante examinar los vínculos entre el derecho y la literatura para poder aprovechar las ventajas que presenta el estudio conjunto de ambos campos, proporcionándose así una valiosa plataforma para explorar la complejidad de la condición humana y su relación con la ley. Estos estudios enriquecen tanto al ámbito académico como al jurídico, y también al público en general, aportando y ampliando perspectivas acerca de las personas, la justicia y la sociedad en su conjunto.

**Palabras claves:** Derecho - Literatura - Derecho y literatura - Justicia.

**Abstract:** This article explores the links between two apparently disparate disciplines: law and literature. Although traditionally they have been considered independent fields, it will be sought to analyze how they have converged and complemented each other throughout

---

<sup>1</sup> Abogado (UNR). Magíster en Dirección de Empresas (UCA).

history. First, it will examine the emergence of the "law and literature" movement, which has sought to study precisely the relationships between these subjects. It will explain the different lines of study and the stages that the movement has gone through, from its first moment called "humanist" to the period called "cultural studies". Then, the relations and encounters between the two fields of study will be developed, reflecting on it from four points of view or categories: the law in literature, the law as literature, the law of literature and, finally, from the ideas proposed by Martha Nussbaum referred to poetic justice. It becomes important to examine the links between law and literature in order to take advantage of the joint study of both fields, thus providing a valuable platform for exploring the complexity of the human condition and its relationship to law. These studies enrich both the academic and legal spheres, as well as the general public, providing and expanding perspectives about individuals, justice and society as a whole.

**Keywords:** Law - Literature - Law and literature - Justice.

**Sumario:** I. Introducción. II. Breve reseña del movimiento “Derecho y Literatura”. III. Encuentros y relaciones entre el Derecho y la Literatura. 1. El derecho *en la* literatura. 2. El derecho *como* literatura. 3. El derecho *de la* literatura. 4. Martha Nussbaum y la justicia poética. IV. Palabras finales.

## I. INTRODUCCIÓN

La intersección entre el derecho y la literatura ha sido objeto de estudio y debate durante décadas. A primera vista, estas dos disciplinas parecen pertenecer a mundos completamente diferentes: el derecho se rige por reglas y normas establecidas, mientras que la literatura se sumerge en la imaginación y la expresión creativa. Sin embargo, al profundizar en ambas áreas, se revelan sorprendentes puntos de

contacto que evidencian una relación profunda y compleja entre tales materias.

El estudio de las conexiones entre el derecho y la literatura abre nuevas perspectivas para comprender y analizar cómo la ficción y la narrativa pueden influir en la concepción y aplicación del derecho, así como en la formación de la conciencia jurídica en la sociedad. A lo largo de la historia, numerosos escritores han explorado temas legales en sus obras, utilizando la literatura como medio para reflexionar sobre cuestiones de justicia, moralidad y derechos humanos. A su vez, el derecho ha sido una fuente inagotable de inspiración para la creación literaria, ofreciendo tramas complejas, conflictos éticos y personajes inolvidables.

Este artículo se adentrará en algunos de los puntos de contacto más relevantes entre el derecho y la literatura, explorando cómo la literatura puede ayudar a cuestionar y reinterpretar conceptos legales, y así también a generar empatía y comprensión de las complejidades humanas involucradas en los sistemas jurídicos. Del mismo modo, examinaremos de qué forma puede influir el derecho en la literatura, como por ejemplo en la construcción de narrativas que reflejen y critiquen las estructuras legales existentes.

Se abre la reflexión acerca de cómo la literatura y el derecho pueden enriquecerse mutuamente, trascendiendo los límites de sus respectivas esferas. Al explorar los puntos de contacto entre ambas disciplinas, podemos descubrir nuevas formas de abordar y comprender los problemas sociales y legales de nuestro tiempo, así como reflexionar sobre el papel y la responsabilidad de los creadores literarios y los juristas en la construcción de una sociedad más justa y equitativa.

## **II. BREVE RESEÑA DEL MOVIMIENTO “DERECHO Y LITERATURA”**

Las relaciones entre el derecho y la literatura tienen una larga tradición. Desde la época clásica, la literatura se interesó en los problemas del derecho. Comenzando por Sófocles, hasta llegar a Kafka, los temas relacionados con la ley, las obligaciones y los castigos han sido una constante en los textos literarios. Por otro lado, hasta la segunda mitad del siglo XIX, el Derecho no conformaba una rama de estudio autónoma, sino que la formación jurídica era parte de los estudios en humanidades<sup>2</sup>. Ello constituye una sólida prueba de que, a partir de sus inicios y por largo tiempo, la cultura jurídica y la literaria compartieron una historia común. No obstante, este hermanamiento entre el mundo del derecho y el de las letras empezó a resquebrajarse con el advenimiento del positivismo jurídico en el siglo XX, y con la idea de hacer del derecho una disciplina independiente, con un objeto de estudio propio<sup>3</sup>.

A partir de 1970, en un intento de dar batalla al positivismo ortodoxo imperante de la época y a la deshumanización provocada por el avance del análisis económico del derecho, producto del surgimiento del movimiento “Derecho y Economía”, surge en la escena académica norteamericana el movimiento “Derecho y Literatura”. Esta iniciativa tuvo como objeto explorar las relaciones existentes entre ambas disciplinas e intentar volver a conectar el derecho con las humanidades.

El hecho fundacional del movimiento se sitúa en 1973, cuando James Boyd White, profesor de derecho de la Universidad de Chicago, publica *The Legal Imagination*, un libro que intenta promover una reflexión ordenada y sistemática sobre el Derecho y la Literatura, donde se van a sentar las primeras bases de las distintas líneas de estudios acerca del tema<sup>4</sup>. Es a partir de este momento donde el movimiento empieza a tomar impulso, buscando generar taxonomías que justificaran las relaciones entre estas dos disciplinas.

---

<sup>2</sup> AMAYA, A., “Derecho y Literatura”, en *Social Sciences Reserch Networks*, p.1.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> ESPINOZA ZAPATA, Y. A., “Derecho y Literatura: diálogo y confrontación”, p. 47.

En una primera etapa denominada “humanista”, que transcurre entre 1970 y 1980, el movimiento se constituyó como una reacción contra las tendencias que habían seguido la educación y la investigación jurídica, “preocupadas exclusivamente por problemas doctrinales y que habían hecho poco por investigar problemas más amplios sobre los seres humanos y sus actividades en el mundo y en la sociedad a la que el derecho se dirigía”<sup>5</sup>. Para los humanistas, la literatura era la vía principal para poner a los valores en el centro de las discusiones jurídicas, devolviéndole así al derecho la dimensión humana presente detrás de los casos y de los reportes judiciales, contrarrestando el formalismo que caracteriza a la ley<sup>6</sup>. Lo literario va a ser utilizado para iniciar un proceso de autorreflexibilidad sobre la propia práctica del derecho. White sostenía que existe en el uso de la literatura un impulso que hace volver al derecho sobre sí mismo, haciéndolo reflexionar sobre su ámbito, sus incumbencias, sobre el ser y el deber ser<sup>7</sup>. De esta forma, la literatura va a poner en cuestión los límites del lenguaje del derecho<sup>8</sup>.

Luego del momento de iniciación, el movimiento de “Derecho y Literatura” va a virar hacia una etapa “hermenéutica”, que se extenderá desde 1980 a 1990. Es en este período donde el movimiento va a encontrar su mayor auge, centrándose en la problemática de la interpretación en el derecho. Durante estos años, dentro de la teoría del derecho, esa problemática se volverá un tema crucial, ya que la práctica del derecho va a ser considerada sobre todo como un ejercicio, justamente, de interpretación. Para mejorar la forma de entender al derecho se propone compararlo con otros campos del conocimiento; entre ellos, la literatura. Es así que la teoría literaria ofrecerá sus

---

<sup>5</sup> SÁENZ, M. J., “Derecho y literatura”, en *Revista Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, p. 276.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> SÁENZ, M. J., “«¿Qué puede aprender el derecho de la literatura?»: Notas sobre la importancia de la discusión derecho/literatura en el pensamiento jurídico”, en *Revista Derecho PUCP*, p. 440.

<sup>8</sup> *Ibid.*

herramientas al derecho para romper con las ataduras textualistas de las interpretaciones que se sostenían en aquel momento.

A partir de la década de los ‘90, el movimiento va a ingresar en una nueva etapa denominada “momento narrativo”, donde se pretenderá incluir a las narraciones y al análisis narrativo en el derecho. El interés por la narrativa aparece en un contexto donde empezaban a emerger nuevas voces previamente excluidas, volviéndose necesario exponer los relatos con herramientas metodológicas novedosas, que permitieran ayudar a expresar esos puntos de vista que surgían de sectores que antes eran marginados<sup>9</sup>. Los modos tradicionales en los que se efectuaban los análisis legales hasta el momento eran considerados “...insuficientes para expresar los intereses y preocupaciones de ciertos grupos políticos, particularmente las mujeres y las minorías”<sup>10</sup>. Es así que las formas y los estilos de la escritura se fueron modificando para poder elevar las voces de los excluidos, dejando de lado los discursos abstractos de la teoría y argumentación jurídica tradicional, dándoles lugar a las narraciones que hacían posible acceder de una manera más concreta y vívida a las experiencias de los otros.

Sobre el final de la década de los ‘90, el movimiento va a ingresar en una cuarta etapa vinculada a los “estudios culturales”. Ambas disciplinas —derecho y literatura— se van a extender hacia denominaciones más inclusivas, sumergiéndose así en el mundo de la cultura. Las formas de los estudios jurídicos van a adoptar una perspectiva más amplia, más disociada de la práctica jurídica, del ejercicio de los abogados y los jueces. En esta etapa, el “derecho y la literatura” se transformará en “...la arena de disputa sobre el estatus mismo del derecho en el mundo académico, en el espacio en el que se discutió el tipo de cosa que significa ‘hacer y estudiar derecho’”<sup>11</sup>, y

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 446.

<sup>10</sup> GEWIRTZ, P., “Narrative and Rhetoric in the Law”, en *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, p. 12.

<sup>11</sup> SÁENZ, M. J., “«¿Qué puede aprender...”, p. 449.

GARCÍA DE LA TORRE, L., “Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, pp. 282-296.

sobre todo va a cuestionar “...una de las dimensiones usualmente considerada clave del estudio del derecho: la normatividad o el punto de vista normativo”<sup>12</sup>.

En resumen, el movimiento “Derecho y Literatura”, desde su surgimiento allá por la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad, se dedicó a explorar y estudiar las relaciones entre ambas disciplinas, pasando por diferentes momentos de reflexión, y buscando siempre ampliar las ideas, las miradas y los valores que el mundo jurídico puede ofrecer al mundo literario, como así también el literario al jurídico.

### III. ENCUENTROS Y RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA LITERATURA

Habitualmente, cuando se piensa en derecho y literatura, se suele desvincular estas dos disciplinas, afirmando por lo general que son áreas irreconciliables dentro del terreno del conocimiento, ubicándose una en las antípodas de la otra. Muchos autores profundizaron en las diferencias entre ambas materias y en la imposibilidad de su compatibilidad. Así lo entiende, por ejemplo, François Ost al sostener que el discurso del derecho y el de la literatura claramente contrastan, ya que el primero se caracteriza por su rigidez: propone un orden, intenta una codificación de la realidad y sigue reglas y límites preestablecidos. En cambio, plantea Ost, el discurso de la literatura se caracteriza por su flexibilidad, al darle lugar al uso de la imaginación, contando de esta forma con un margen de maniobra mucho más amplio, que le permite expandirse con mayor facilidad<sup>13</sup>.

Sin embargo, y a pesar de las interpretaciones que tienden a determinar la lejanía entre ambas disciplinas, se ha demostrado, ya desde la antigüedad, cómo la literatura ha incorporado temáticas y

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> OST, F., “El reflejo del derecho en la literatura”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, p. 335.

GARCÍA DE LA TORRE, L., “Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, pp. 282-296.

asuntos del campo jurídico, siendo el derecho uno de los recursos utilizados en las diferentes obras realizadas a lo largo de la historia. En otro sentido, el derecho se preocupó, y encargó, de reglamentar situaciones concernientes a los hechos artísticos, entre ellos la producción de obras literarias.

Finalmente, no puede dejar de resaltarse que ambas disciplinas tienen un punto en común fundamental que las hermana y las entrelaza: el lenguaje. El lenguaje es la materia prima de sus existencias, y es también el límite tanto del derecho como de la literatura.

Como puede verse, las conexiones entre estas dos materias son muy amplias y extensas. A continuación, se exponen algunos de esos puntos de contacto entre ambas disciplinas, atravesando aquellos en donde se propone un estudio de las obras literarias que tratan temáticas del derecho, hasta llegar a las ideas planteadas por Martha Nussbaum y su justicia poética.

## 1. El derecho *en la* literatura

Un primer encuentro que se da entre estas dos materias es aquel que surge cuando se realizan análisis de textos literarios que examinan cuestiones jurídicas, como por ejemplo la pena, el castigo, el sentido de justicia, las funciones de los jueces y de los abogados. En este caso, se habla de derecho *en la* literatura.

El análisis de obras literarias que tratan temáticas propias del derecho —pudiendo nombrarse por ejemplo los textos de Sófocles, Shakespeare, Tolstoi, Kafka, Dostoievski, Dickens<sup>14</sup>; la lista es muy larga— proporciona perspectivas diferentes de aquellas que pueden brindar los tratados, los manuales y los compendios especializados en materia jurídica. La literatura ofrece una reflexión crítica acerca de las instituciones del derecho y de las funciones de los juristas, permitiendo abordar estas categorías desde otros puntos de vista: “...*la mirada de la*

---

<sup>14</sup> AMAYA, A., “Derecho y Literatura”, p. 4.

GARCÍA DE LA TORRE, L., “Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, pp. 282-296.

*literatura sobre el derecho es, en definitiva, el análisis que hace esta del mundo jurídico [...], por lo tanto, es la traducción de este mundo, la transformación [...] de este en un producto estético”<sup>15</sup>.*

La lectura de textos literarios permite comprender las diferentes dimensiones de los textos jurídicos en relación con la retórica y estilística. Además, y se verá cuando se aborde más adelante la teoría de Martha Nussbaum, la literatura saca a la luz las problemáticas de la condición humana, favoreciendo una mejor comprensión de las realidades individuales y sociales, permitiendo ampliar la racionalidad jurídica y moral.

Desde este lugar, la literatura interroga al derecho, lo confronta, lo representa y lo problematiza. Las grandes preguntas acerca del mundo jurídico pueden ser respondidas abriendo y ampliando el diálogo con la literatura. A través de la literatura “...se puede descubrir el sentido del derecho y su íntima relación con la justicia [...] También puede la literatura ayudar en la comprensión del fenómeno jurídico, como quiera que recoge la representación social del derecho en un contexto [...] específico”<sup>16</sup>.

## **2. El derecho como literatura**

El derecho y la literatura comparten un elemento fundamental: el lenguaje. De esta forma, cuando se habla de derecho *como* literatura se hace referencia a la utilización de herramientas y métodos de análisis literarios para observar los escritos que produce el derecho<sup>17</sup>. Mediante la aplicación de aspectos lingüísticos, narrativos, retóricos e interpretativos, se abordará el fenómeno jurídico a los fines de su estudio.

Algunos autores han llegado a afirmar que el derecho es un gran relato que la sociedad elabora, un relato que “...da fundamento a un

---

<sup>15</sup> ESPINOZA ZAPATA, Y. A., “Derecho y Literatura: diálogo y confrontación”, p. 69.

<sup>16</sup> Ibid., p. 71.

<sup>17</sup> Ibid.

GARCÍA DE LA TORRE, L., “Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, pp. 282-296.

*modelo de sociedad, mientras que los actos de los operadores jurídicos pueden entenderse como microrrelatos, narraciones donde los hechos y las normas se conjugan para lograr el mayor grado de persuasión posible [...]”<sup>18</sup>.*

Por otro lado, dentro de esta categoría del derecho *como* literatura, debe mencionarse la perspectiva narrativista que adquiere el derecho, principalmente en la práctica que se da en los estrados judiciales. Las diferentes instituciones jurídicas, como por ejemplo la confesión, la descripción de los hechos, la construcción de la verdad, tienen eminentemente una naturaleza narrativa, propia de la literatura: “algunos juristas han abrogado por una concepción del proceso como una competición entre las narrativas ofrecidas por las partes”<sup>19</sup>. También, existieron autores que consideraron que “...*la narrativa no debe ser restringida a la construcción de los hechos en un proceso, sino que permea todo el proceso de toma de decisiones judiciales*”<sup>20</sup>; de esta forma, las decisiones judiciales a las que arriben los tribunales van a ser “...*el resultado de ajustar la historia más plausible de los hechos narrados en un juicio a la historia descrita por la norma aplicable*”<sup>21</sup>.

Ambas disciplinas —derecho y literatura— tienen en el centro al texto como vehículo para crear significado. Utilizar herramientas del análisis literario para estudiar y comprender las formas, las estructuras y el estilo de los textos jurídicos, es un camino posible para ampliar las miradas y los puntos de vista.

### **3.El derecho *de la* literatura**

Otra intersección que se da entre las dos disciplinas que se vienen tratando es aquella en donde se estudia el conjunto de normas

---

<sup>18</sup> BONORINO RAMÍREZ, P. R., “Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho”, en *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, p. 75.

<sup>19</sup> AMAYA, A., “Derecho y Literatura”, p. 5.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

GARCÍA DE LA TORRE, L., “Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, pp. 282-296.

que regulan la producción literaria<sup>22</sup>. Se habla del derecho *de la* literatura cuando se hace referencia, por ejemplo, al ordenamiento jurídico de los derechos de autor o a las leyes relacionadas con la libertad de expresión. En este punto de conexión se está frente a la literatura como objeto de regulación jurídica<sup>23</sup>.

En el ordenamiento normativo argentino, la Ley N.º 11.723 determina el régimen legal de la propiedad intelectual, es decir, la protección que le da la ley al autor o autora de una obra científica, literaria, artística o didáctica por su creación intelectual. Entre su articulado se van a definir los conceptos de obras científicas, literarias y artísticas; los derechos de los autores sobre sus obras; los titulares del derecho de propiedad intelectual; las obligaciones y derechos de los herederos o derechohabientes; las características que debe tener un contrato de edición; entre otras cosas. A su vez, la normatividad de la producción y de los procesos literarios —artísticos, podría decirse— encuentra asimismo puntos de contacto con derechos establecidos constitucionalmente, como, por ejemplo, la intimidad, la propiedad y la libre expresión.

La literatura fue siempre un objeto del derecho, pero no solo en lo que se relaciona con su producción, sino también en lo que refiere a la censura que han tenido determinadas obras a lo largo de la historia. Durante la dictadura cívico militar instalada en Argentina a partir de 1976, bajo la orden del gobierno de facto, cientos de libros fueron prohibidos, secuestrados y retirados de circulación. Entre ellos pueden mencionarse: “El beso de la mujer araña”, de Manuel Puig; “Alguien que anda por ahí”, de Julio Cortázar; “Respiración artificial”, de Ricardo Piglia; “Operación Masacre”, de Rodolfo Walsh; y la lista continúa.

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 3.

<sup>23</sup> ESPINOZA ZAPATA, Y. A., “Derecho y Literatura: diálogo y confrontación”, p. 73.

Profundizar en el estudio de la normativa relacionada a la literatura, así como también de las problemáticas que trae consigo esa regulación, es estar dentro del campo del derecho *de la* literatura.

#### **4. Martha Nussbaum y la justicia poética**

Una propuesta muy interesante en el estudio de las relaciones entre el derecho y la literatura es la de Martha Nussbaum. Esta autora corre del eje central las conexiones que surgen entre ambas disciplinas en cuanto a objetos de estudio, realizando un desplazamiento hacia el punto de vista del sujeto: en este caso, el del juez. Nussbaum considera que la literatura es importante para el derecho ya que desarrolla en los jueces una sensibilidad que es fundamental para desempeñar adecuadamente su función institucional.

El ejercicio de la lectura de obras literarias —y en particular de novelas realistas, que tratan temas sociales y políticos—, dice Nussbaum, va a desarrollar y ampliar las capacidades de los jueces que se relacionan con el buen razonamiento jurídico. La experiencia de la lectura de novelas permite ejercitar la imaginación, invitando a ocupar y conocer diferentes situaciones de personajes, lugares y tiempos. Esto trae como consecuencia, según Nussbaum, el desarrollo de la empatía, la cual es un elemento central de la racionalidad jurídica y moral. La literatura involucra inevitablemente las emociones del lector, lo cual permite una comprensión más compleja y completa de los personajes, situaciones y hechos que la que podría surgir de una valoración fría y carente de emocionalidad.

La reflexión a la que invita la lectura de novelas realistas lleva al lector a preguntarse acerca de las aspiraciones, necesidades y deseos de las personas, de la forma y de las condiciones de la vida, logrando así alcanzar razonamientos éticos, morales y jurídicos que permiten entender los diversos contextos que pueden presentarse. La literatura ayuda a expandir el razonamiento de los jueces, desarrollando en ellos las capacidades necesarias que les posibiliten pensar los casos que

GARCÍA DE LA TORRE, L., “Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, pp. 282-296.

lleguen a sus manos con la respuesta emocional adecuada para cada cuestión en concreto.

Para Nussbaum, el conocimiento propio y técnico del derecho es muy importante para el razonamiento jurídico, pero no alcanza solo con eso para tomar decisiones judiciales, sino que debe complementarse con las capacidades que se asocian con la imaginación literaria. Esta autora propone, en contraposición a los modelos cientificistas, un pensamiento humanístico, que requiere, además de un “conocimiento técnico”, una “capacidad para la humanidad”<sup>24</sup>. La propuesta es interesante: “...hacer ver el valor de la lectura de la literatura para buscar alternativas a la deshumanización que trae consigo la lógica de la cosificación capitalista y para analizar las innumerables injusticias que se cometen, precisamente, en nombre de la justicia”<sup>25</sup>.

Nussbaum intenta demostrar a lo largo de todo su estudio que la lectura de obras literarias realistas produce mejores juristas, y más aún, produce mejores ciudadanos, lográndose así sociedades más democráticas. La autora considera que en la unión del derecho y de la imaginación narrativa se encuentra la posibilidad de fortalecer la defensa de los ideales democráticos.

#### IV. PALABRAS FINALES

Las relaciones entre el derecho y la literatura se han convertido en un campo de estudio muy interesante a la hora de intentar traspasar los límites que impone el pensamiento del derecho concentrado solo en la norma. A lo largo de la historia, la existencia de esta relación queda establecida solo con el hecho de observar las distintas obras literarias cuyos ejes temáticos incluían y atravesaban el campo jurídico. Desde Sófocles hasta Kafka, puede verse como las representaciones del

---

<sup>24</sup> NUSSBAUM, M., “Poetic Justice: Literary Imagination and Public Life”, p. 121.

<sup>25</sup> HEREDIA RÍOS, E. A., “Derecho y literatura: justicia poética y realismo literario”, en *Nuevo Derecho*, p. 2.

GARCÍA DE LA TORRE, L., “Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, pp. 282-296.

derecho de una época o comunidad determinada quedan plasmadas en la escritura literaria.

Por otro lado, muchas veces las herramientas de la literatura son tomadas por el derecho para analizar los textos jurídicos. Al estudiar la escritura jurídica como una manifestación narrativa, aplicando métodos propios de la teoría literaria, se podrán identificar elementos literarios —como el estilo, los personajes, el tiempo y el espacio— que también van a formar parte de los escritos relacionados con el derecho.

Finalmente, desde otra perspectiva, la literatura sirve para formar mejores abogados, mejores jueces, y, en definitiva, mejores ciudadanos, porque permite ampliar los conocimientos acerca de las situaciones personales de la gente, de los contextos y de la historia, contribuyendo a desarrollar la empatía y la emocionalidad, mejorando tanto el razonamiento judicial como el moral.

La lista de relaciones no es tan finita como parece. A medida que se profundiza en los estudios, las interconexiones aparecen, salen a la luz y proponen nuevos desafíos para el pensamiento. Tanto el derecho como la literatura tienen mucho que enseñar; y el complemento entre ambos, con el objetivo de lograr un mejor entendimiento de los contextos y de la historia, se vuelve primordial y debe utilizarse a la hora de incorporar conceptos y reflexionar en todo proceso de aprendizaje de estas materias.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMAYA, Amalia, “Derecho y Literatura”, en *Social Sciences Reserch Networks*, AULLÓN DE HARO, Pedro (Ed.), Metodologías Comparatistas y Literatura Comparada, 2012, URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2064297>.

GARCÍA DE LA TORRE, L., “Derecho y Literatura: encuentros y relaciones”, pp. 282-296.

- BONORINO RAMIREZ, P. R., “Sobre el uso de la literatura en la enseñanza del derecho”, en *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, N° 4, 2011.

- ESPINOSA ZAPATA, Yesid Alexis, “Derecho y Literatura: diálogo y confrontación”, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1ª edición, 2019, Medellín.

- GEWIRTZ, Paul, “Narrative and Rhetoric in the Law”, en *P. Brooks & P. Gewirtz, Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, Yale University Press, 1ª edición, 1996, New Haven.

- HEREDIA RÍOS, E. A., “Derecho y literatura: justicia poética y realismo literario”, en *Nuevo Derecho*, Vol. 18, N° 31, 2022.

- NUSSBAUM, M., “Poetic Justice: Literary Imagination and Public Life”, Beacon Press, 1ª edición, 1995, Boston.

- OST, François, “El reflejo del derecho en la literatura”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, 2006, URL: <https://doi.org/10.14198/DOXA2006.29.17>, fecha de consulta 21/07/2023.

- SÁENZ, María Jimena, “Derecho y literatura”, en *Revista Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 16, 2019.

- SÁENZ, María Jimena, “«¿Qué puede aprender el derecho de la literatura?»: Notas sobre la importancia de la discusión derecho/literatura en el pensamiento jurídico”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 82, 2019.



WANDZIK, A., “Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, pp. 298-305.

## UNA EXPERIENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DE CIUDADANÍA: EL MODELO PODER LEGISLATIVO

por ANITA WANDZIK<sup>1</sup>

*A Franco Bruniar, quien, con sus cálidas palabras llenas de paciencia y sabiduría, siempre me supo inspirar y motivar a dar mi mayor esfuerzo, aun cuando el resultado no sea el planeado. Mi mayor admiración, respeto y cariño.*

*Y a Lucas Barberis, quien, con su generosidad y humildad -la cual en ocasiones no tiene palabras- me enseñó grandes valores. Le expreso mi mayor respeto y gratitud por crear y hacer posible aquellos espacios de construcción que contribuyen al fortalecimiento de los valores democráticos e impulsan la participación ciudadana.*

*“Enseñar no es transferir conocimiento, sino crear las posibilidades de su producción o de su construcción”.*

PAULO FREIRE

### I. “JÓVENES CIUDADANOS”: UN ESPACIO PARA LA CONSTRUCCIÓN CIUDADANA

---

<sup>1</sup> Estudiante de la carrera de Abogacía (UNR).

WANDZIK, A., “Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, pp. 298-305.

La vida democrática exige conocimientos y competencias más complejas, es por eso que la implicancia de los jóvenes en la comunidad local e internacional constituye uno de los principales desafíos, no solamente de la actualidad, sino también para el futuro de nuestras sociedades, remarcando el voluntariado como vía para la creación de espacios de compromiso ciudadano.

El presente artículo fue escrito en base a una observación cuyo origen parte de una experiencia personal. Su propósito es reflexionar e informar en torno a la importancia de la participación ciudadana como construcción de espacios, poniendo énfasis en la promoción de iniciativas participativas y generando un espacio de calidad para la formación de futuros ciudadanos a través de la asociación civil, sin fines de lucro, “Jóvenes Ciudadanos”, la cual se dedica al voluntariado universitario y, como bien dice su nombre, está integrada, principalmente, por estudiantes universitarios que se suman a generar espacios de participación ciudadana.

Aquellos voluntarios que conforman la ONG se comprometen en colaborar con la comunidad educativa, brindando herramientas de aprendizaje destinadas a estudiantes de nivel secundario y permitiendo quebrantar con lo que Freire denomina “educación bancaria”<sup>2</sup>, donde el educador es quien otorga los conocimientos y los educandos los reciben.

“Jóvenes Ciudadanos” se destaca por la búsqueda del bien común de la sociedad, siempre generando compromiso y enalteciendo principios éticos. Esta asociación constantemente busca generar nuevas estrategias pedagógicas para implementar en sus proyectos y que sus destinatarios puedan obtener una experiencia educativa integradora, dinámica y, a su vez, diferente a la educación formal, haciendo

---

<sup>2</sup> FREIRE, P., “Pedagogía del oprimido”, Siglo XXI Editores, 2ª edición, 1972, Buenos Aires p. 78.

WANDZIK, A., “Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, pp. 298-305.

referencia, nuevamente, a la educación bancaria, que se la concibe como un modelo pedagógico donde los contenidos son fijos, presentándolos como el único medio de transmisión posible y excluyendo la posibilidad de poder reformularlos.

Asimismo, esta organización no solamente se enfoca en generar y divulgar conocimientos, sino que, mediante la capacitación constante y la elaboración de actividades extracurriculares, permite a los voluntarios potenciar su propio horizonte de conocimientos, transformando estos en instrumentos que puedan ser utilizados en diferentes ámbitos de su vida, tanto a nivel académico y profesional, así como también a nivel personal. Por consiguiente, la motivación es un aspecto fundamental en cualquier proceso de enseñanza y aprendizaje, ya que de ella depende que los receptores asimilen en mayor o menor medida el conocimiento.

## **II. PRESENTACIÓN DEL PROYECTO “MODELO DE PODER LEGISLATIVO ARGENTINO”**

### **1. Palabras previas**

La meta principal del proyecto es la formación de ciudadanos, cuyo énfasis se centra en la participación conjunta e individual acercando la universidad a la comunidad, siendo ésta un instrumento de educación ciudadana.

La propuesta hace referencia a un espacio de participación joven originado y desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario por la Secretaría de Extensión Universitaria de la misma Universidad. El proyecto fue acreditado bajo el nombre de “Modelo de Poder Legislativo Argentino”, siendo este desarrollado por estudiantes de nuestra universidad en conjunto con “Jóvenes Ciudadanos”. El modelo plantea un espacio destinado a los jóvenes que los invita a involucrarse en la vida pública, promoviendo el debate sobre

WANDZIK, A., “Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, pp. 298-305.

temas de interés juvenil y de actualidad mediante un simulacro de roles que los impulsa a ser ciudadanos participativos.

De esta forma, se convoca a jóvenes de colegios secundarios, ya sean públicos o privados, de la provincia de Santa Fe y de otras, a participar del proceso de talleres preparatorios (de ciudadanía, democracia y participación; de oratoria; y de presentación de discursos), los cuales culminan en un “juego de roles” que se desarrolla en un espacio de la Universidad. Allí adquirirán conocimientos sobre el funcionamiento del Congreso Nacional, ciertas disposiciones de la Constitución Nacional y el sistema de partidos políticos de nuestro país.

## **2. Metodología**

Para que el proyecto se concrete, se realizan capacitaciones previas, destinadas a aquellos estudiantes secundarios que quieran participar del proyecto. Cabe señalar que las actividades son pensadas y orientadas hacia alumnos de entre 15 y 18 años, donde se implementan estrategias de aprendizaje tales como: el debate, la oratoria y el trabajo en equipo.

El motivo por el cual este proyecto se destina hacia escuelas secundarias, es porque la escuela es uno de los espacios para la construcción de conocimientos, con un especial fomento y enfoque en los valores democráticos, además de ser uno de los ejes sustantivos de la formación y construcción de ciudadanía, poseyendo el potencial de brindar espacios únicos materializados dentro del aula.

Es por eso que generar experiencias que favorezcan la participación, la formación ciudadana y democrática, el ejercicio de los derechos, la educación y la memoria es esencial para la consolidación de políticas públicas sostenibles.

WANDZIK, A., “Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, pp. 298-305.

a. El debate y el valor de la palabra

El debate es una estrategia pedagógica que puede ser configurada como una herramienta de aprendizaje y que contribuye a una mejora en el entendimiento. Esta metodología resalta que no hay una única forma de transmitir conocimientos para la formación de alumnos o profesionales, ya que el debate proporciona nuevas destrezas y saberes que permiten la construcción de un pensamiento autónomo y la elaboración de argumentos lógicos.

Si bien hay diferentes modos de llevar a cabo un debate, el formato que desarrollaré será el de Karl Popper<sup>3</sup>, quien definía al pensamiento crítico como un proceso de diálogo colaborativo y progresivo. Este formato está compuesto por dos equipos de tres integrantes cada uno, donde cada equipo tendrá que defender un punto de vista, ya sea a favor o en contra, respecto a un tema determinado, siguiendo una serie de reglas acordadas previamente. Una vez finalizado el debate, se hará una reflexión como cierre de la actividad.

Esta modalidad es adoptada por los voluntarios de “Jóvenes Ciudadanos” al momento de realizar las actividades extracurriculares, bajo el nombre de “intervención”. Dicha ejercitación consiste en que los voluntarios presenten ante su audiencia un tema de interés hacia los jóvenes, como, por ejemplo, un proyecto de ley sobre la eutanasia, la imputabilidad de menores, el *cannabis* medicinal, entre otros. A partir de la presentación del tema, los alumnos tendrán que conformar equipos, a los cuales se les hará entrega de un breve texto sobre la temática. Preferentemente, se busca que la conformación de los mismos sea de manera aleatoria para que el debate sea más abierto.

---

<sup>3</sup> Karl Popper fue un filósofo austriaco y teórico de la ciencia que, durante toda su vida, fue un gran promotor del debate y la crítica activa. En homenaje a su figura, se creó un formato de debate el cual, entre otras instituciones, es difundido por la International Debate Education Association.

WANDZIK, A., “Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, pp. 298-305.

Asimismo, en esta actividad se introduce el trabajo en equipo, el cual consiste en colaborar organizadamente para alcanzar un objetivo en común, donde se deberán entender las interdependencias que se dan entre los miembros del equipo y, en base a esto, poder aprovechar la consecución de esa meta en común. Cada integrante posee una personalidad, habilidades y conocimientos diferentes que, al momento, de trabajar en conjunto, se manifestarán y se tendrán que relacionar entre sí de manera coordinada para lograr el objetivo.

Resulta que, del trabajo en equipo, se destaca otro elemento esencial: la oratoria. La comunicación verbal será una herramienta muy importante para la divulgación, persuasión y convencimiento de la audiencia.

De esta manera, lo que contribuye a que la actividad sea dinámica y beneficiosa es que el debate se da en el marco de la espontaneidad, conforme al conocimiento previo de los alumnos, impulsándolos a que deban salir de su zona de confort.

En síntesis, el contenido expuesto hasta ahora podrá ser visualizado, en su mejor expresión, llegado el momento de la actividad final del proyecto, el “Modelo Poder Legislativo Argentino”, donde los jóvenes serán los protagonistas directos del desarrollo de la actividad.

### **3. Camino al Modelo**

En los meses previos a la finalización del proyecto, se hará la entrega de los manuales con los tópicos que se tratarán en el Modelo Poder Legislativo. De esta manera, “Jóvenes Ciudadanos” propone otra actividad, un poco más compleja, que consiste en la elaboración de un pre-proyecto de ley sobre cualquiera de los tópicos a tratar, donde los participantes no solamente adquirirán nuevas experiencias, sino que aprenderán también sobre Derecho Constitucional, disciplina elemental para la enseñanza de los organismos institucionales de nuestro país.

WANDZIK, A., “Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, pp. 298-305.

Una vez enviados los manuales a cada participante, se le asigna un partido político a representar. No sólo deberán investigar la historia de dicho partido, sino que, de acuerdo a la banca que le corresponda en el simulacro del Congreso Nacional, sea esta de diputados o senadores, tendrán que indagar cuáles fueron las posturas del movimiento político al que representan frente a los proyectos de leyes que hayan presentado o votado. De la misma manera, el Modelo Poder Legislativo los invita a evaluar con qué partidos políticos podrán buscar consenso para redactar los proyectos de ley.

En pocas palabras, el proyecto pretende enaltecer los rasgos fundamentales del sistema político argentino y busca hacerlo en el contexto de aquellos temas con los que la mayoría de los jóvenes se puedan identificar, apuntando a desarrollar nuevos espacios de participación y haciendo enfoque en la motivación, la cual es importante en cualquier proceso de enseñanza y aprendizaje. Esto incentiva a los estudiantes a desarrollar sus propias ideas sobre lo que es ser un ciudadano activo y comprometido con el entorno que los rodea.

### III CONCLUSIÓN Y ALGUNOS ANÁLISIS MÁS

Como finalización de este trabajo, me gustaría hacer una apreciación personal de lo que “Jóvenes Ciudadanos” pudo brindarme.

A través de este voluntariado aprendí a potenciar mis valores y conocimientos como ciudadana activa en la construcción de espacios participativos, generándome un impacto a nivel académico y personal y tomando, así, conciencia de la importancia de la formación ciudadana.

En mis años de voluntariado, comprendí que la educación no termina con la finalización del colegio secundario ni mucho menos con

WANDZIK, A., “Una experiencia en la construcción de ciudadanía: El Modelo Poder Legislativo”, pp. 298-305.

la obtención de un título de grado o posgrado, sino que el aprendizaje y la enseñanza se extienden a lo largo de toda nuestra vida.

El desarrollo de los espacios expuestos no solo expande y transforman el sistema escolar, sino que también permiten difundir y fortalecer las distintas oportunidades de aprendizaje por fuera de la educación tradicional, permitiendo complementar las diferentes formas de enseñar. Por consiguiente, las metodologías que se desarrollaron anteriormente buscan demostrar que no solo los docentes pueden enseñar y que no solamente los alumnos pueden aprender, que la acción de enseñar no solo debe centrarse en el conocimiento, sino también en el desarrollo del pensamiento. Por esta razón, y para acompañar lo dicho, “Jóvenes Ciudadanos” y el proyecto Modelo de Poder Legislativo son un claro ejemplo de ello.

Resumiendo lo planteado, este proyecto y la asociación permiten que estudiantes universitarios, con los conocimientos adquiridos, puedan adaptarlos y compartirlos hacia alumnos secundarios quienes, a su vez, otorgan a los estudiantes universitarios nuevos puntos de vista, habilidades y nuevas experiencias; permitiendo que la construcción ciudadana tenga una retroalimentación constante.

Pero el camino no termina allí, ya que aquellos alumnos que hayan participado del proyecto o cualquier estudiante universitario que quiera seguir aportando a la vida académica, podrán formar parte de “Jóvenes Ciudadanos” para continuar con la construcción de espacios participativos. Como bien decía Paulo Freire: “Quien enseña aprende al enseñar y quien aprende enseña al aprender”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> FREIRE, P., “No hay docencia sin discencia” en *Pedagogía de la autonomía, saberes necesarios para la práctica educativa*, Siglo XXI Editores, 1ª edición, 1997, México D.F., p. 25.

## PAYASO JUAN

por RODOLFO DARÍO RAMOS<sup>1</sup>

### I

...y se levantó temprano  
para ordenar su cabeza  
(los restos de la cerveza  
hacían ese esfuerzo vano).

Tomó mate y al enano,  
que tenía de aprendiz,  
saludó con el ¡Atchís!  
De mañana acostumbrado.

Sacó el cofre y con la ropa  
de la última función  
en la mano, una oración  
escapaba de su boca...

¡Padre mío, solamente  
no me falte el pan de hoy!

---

<sup>1</sup> Abogado (UNR). Docente de la asignatura “Derecho de las Familias” en grado y posgrado.

Enano: yo ahora me voy  
a parecerme decente.

Con malabares no alcanza...  
mascullaba en bulevares  
(este oficio de juglares  
se lleva mal con la panza).

Soy mago y prestidigito,  
tiro clavav y las atajo,  
a la lluvia no le rajo  
y con sol también milito.

Ando limpio y afeitado,  
no soy punga ni soy truhan,  
me llaman: Payaso Juan,  
en negrita y subrayado.

Ustedes dirán, amigos:  
¿por qué vocaciono así?  
El oficio lo aprendí  
por ser pájaro de nido.

No volé cuando la cosa  
se empezó a poner fulera;  
por más digno que yo fuera,  
con otro rajó mi esposa.

Con ellos se fueron tres,  
amigos-sombra semejan,  
cuando tenés luz reflejan,  
de noche nunca los ves.

La casa la llevó el banco,  
o la usura y su interés.  
Te dan lo que merecés,  
y no hay abrazo p'al manco.

Vendí flores, vendí pan,  
vendí relojes, pulseras,  
vendí el oro de mis muelas,  
mas nunca el alma a Satán.

## II

Payaso Juan era cojo,  
jorobado, medio bizco,  
y, por causa de un antojo,  
alérgico a los mariscos.

Él era Dragón de Fuego  
en el Horóscopo Chino.  
Para Occidente, taurino,  
su ascendente se los debo.

Menos mal que el enanito,  
fiel amigo y ayudante,  
ofició de laburante  
y fue salvando el kiosquito.

Más seguido ya comían,  
las deudas fueron pagando.  
Payaso Juan fue encontrando

sentido a lo que vivían.

El enano cocinaba,  
Juan hacía los mandados.  
¿Estaban enamorados?  
La chusma ya murmuraba.

Un cura les advertía  
que ese rumbo corrigieran,  
“...pero si ustedes lo vieran  
comprando en la lencería...”

El enano, medias negras  
(más que medias, soquetitos),  
y el jorobado Juancito  
un camión color cebra.

Se depilaron la axila,  
las piernas, brazos y espalda,  
el enano, minifalda,  
el cojo Juan calza lila.

RAMOS, R., “Payaso Juan”, pp. 306-312.

“...y que no nos juzguen mal,  
no vivimos arrimados.  
Nos hemos asesorado:  
es Unión Convivencial”.

“Esto es público y notorio,  
vivimos sin ocultarnos,  
y nadie puede juzgarnos,  
es parecido al casorio”.

Y como el tiempo pasaba,  
y fue aumentando el cariño,  
el enano quiso un niño,  
Payaso Juan lo pensaba.

Payasa Muela, contenta,  
se ofreció para ser madre.  
Nuestra pareja, los padres,  
“la nueva Familia Argentina”

¡Qué dichoso este presente!  
¡Qué feliz esta novela!

Como la madre era Muela  
el pibe de Independiente.

La convivencia había sido  
lo mejor, ¡hacían escuela!  
Hasta que payasa Muela  
decidió buscar marido.

Conoció un rubio longevo  
que rajarse le propuso.  
Muela, el pibe y este ruso  
huyeron a Sarajevo.

El enano, destrozado,  
se ahogó en un vaso de agua.  
El cojo, con una enagua  
en el cuello, fue encontrado.

Y colorín colorado,  
nadie acá comió perdices.  
¿Quieres finales felices?  
Comprate un Corín Tellado.



# Ficción y Derecho





LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

## ABORDAJE JURÍDICO DE LA SERIE “CRÍMENES AMERICANOS: TODOS CONTRA O. J. SIMPSON”

por JULIÁN VALENTÍN LARRIVEY<sup>1</sup>

*Dedico esta publicación a mis padres: Oscar y Roquelina, que hacen posible todo esto, que trabajan día a día para darme la oportunidad de estudiar y a los cuales les estoy profundamente agradecido. También va esta dedicación para mis hermanos, para mis amigos y para todos los docentes que tuve a lo largo de mi vida.*

**Resumen:** El presente trabajo está basado en la serie “Crímenes Americanos, Todos contra O. J. Simpson”, y tiene como objetivo analizar la eficacia de los juicios por jurados a la hora de determinar la inocencia o culpabilidad de un acusado, el rol del juez y el papel de la defensa y de la fiscalía en este tipo de procesos. Debido a que ha aparecido en los últimos años una tendencia a comenzar a aplicar aquel mandato constitucional de 1853 con juicios por jurados y a que el actual ministro de justicia, el Dr. Cuneo Libarona, tiene como principal objetivo impulsar mediante la presentación de un proyecto de ley que de aprobarse instalaría en todo el territorio nacional este sistema de administración de justicia, vemos oportuno analizar cuáles son las ventajas y desventajas que puede traer consigo. La serie es un claro ejemplo de lo que puede suceder en la realidad, pero no es la regla, puesto que, si bien a nuestro criterio la decisión del jurado fue equivocada y pretenciosa, no es el resultado que se da en la mayoría de los casos que se resuelven de este modo. La hipótesis de la cual partimos consideraba que el juicio por jurados tendría más aspectos

---

<sup>1</sup> Estudiante de la carrera de Abogacía (UNR).

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

negativos que positivos, por una serie de prejuicios que no nos permitían analizar este sistema de administración de justicia con la objetividad que se requería. Finalmente, luego de semanas de investigación, hemos concluido que, si bien no hay ningún modelo perfecto, el juicio por jurados es un sistema que tiene una gran cantidad de aspectos positivos que deben ser garantizados con los procedimientos correspondientes, resguardando siempre las cuestiones procesales que aseguren el mayor grado de imparcialidad y transparencia posible. A esa imparcialidad se llega con reglas claras, explicándole al jurado las cuestiones técnicas y jurídicas que deben evaluar al momento de determinar la inocencia o culpabilidad de un acusado y a la hora de dar su veredicto, y que son, en definitiva, las herramientas que deben emplearse para permitir la participación ciudadana en la administración de justicia.

**Palabras clave:** Series – Litigios – Proceso – Jurados – Abogados

**Abstract:** The present work is based on the series "American Crimes, All Against O. J. Simpson", and its objective is to analyze the effectiveness of jury trials in determining the innocence or guilt of an accused, the role of the judge and the role of the defense. and the prosecution in these types of processes. Because in recent years a tendency has appeared to begin to apply that constitutional mandate of 1853 with jury trials and because the current Minister of Justice, Dr. Cuneo Libarona, has as its main objective to promote by presenting a bill that, If approved, this system of justice administration would be installed throughout the national territory, we see it appropriate to analyze what advantages and disadvantages it may bring. The series is a clear example of what can happen in reality, but it is not the rule, since although in our opinion the jury's decision was wrong and pretentious, it is not the result that occurs in most cases. that are resolved in this way. The hypothesis from which we started considered that the jury trial has more negative than positive aspects, due to a series of prejudices that did not allow us to analyze this system of administration of justice with

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

the objectivity that was required. Finally, after weeks of research, we have concluded that, although there is no perfect model, jury trial is a system that has a large number of positive aspects that must be guaranteed with the corresponding procedures, always safeguarding procedural issues that arise guarantee the highest degree of impartiality and transparency possible. This impartiality is achieved with clear rules, explaining to the jury the technical and legal issues that it must evaluate when determining the innocence or guilt of an accused and when rendering its verdict, and what, ultimately, the tools it must use to allow participation citizen in the administration of justice.

**Keywords:** Lawyers – Jury trial – Criminal Law.

**Sumario:** I. La serie. 1. Los hechos. 2. Las partes. 3. El juicio. II. Comparación de la serie con el Derecho argentino. 1. La elección de la serie. 2. El derecho comparado. 3. Breve comentario. III. Nociones básicas de Derecho Penal. IV. El juicio por jurados. 1. Críticas. 2. Aspectos positivos. IV. Conclusiones.

## I. LA SERIE

La serie está ambientada a mediados de la década del 90' en los Estados Unidos, particularmente en Los Ángeles, California. Narra uno de los procesos judiciales más importantes y polémicos de la época, que tuvo a O. J. Simpson como principal sospechoso del asesinato de su exesposa Nicole Brown, y de Ronald Goldman, amigo de esta última. Dicho lo anterior, y según el criterio que compartimos, en la mayoría de las regulaciones locales –municipales o comunales– el tópico que nos ocupa se encuentra (en mayor medida) encuadrado correctamente dentro del universo jurídico, no obstante, en otras la confusión regulatoria y terminológica utilizada surge manifiesta, a lo que debemos sumar aquellos lugares donde la materia se rige por usos y costumbre

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

de larga data. Sin embargo, lo antedicho no es óbice para que se apliquen sin más las reglas jurídicas pertinentes.

## **1. Los hechos**

Fue un caso resonante y polémico que tuvo en vilo a todos los Estados Unidos y a buena parte del mundo, dado que O. J. era toda una celebridad que había triunfado como jugador de fútbol americano y que luego de su retiro había trabajado como actor y presentador de televisión.

Los asesinatos de Nicole Brown y su amigo Ronald Goldman se produjeron en la noche del 12 de junio de 1994, en la ciudad de Los Ángeles. El proceso comenzó en enero del año siguiente y finalizó en octubre de ese mismo año.

## **2. Las partes**

Los fiscales fueron Marcia Clark y Cristopher Darden. Marcia Clark fue una experimentada fiscal de Los Ángeles y fue designada como fiscal principal en el caso. Darden fue su fiscal adjunto.

La defensa de O. J., por su parte, estuvo compuesta principalmente por Robert Shapiro y Johnnie Cochran. Y contó con la colaboración de F. Lee Bailey, Alan Dershowitz, Robert Kardashian y Barry Scheck.

## **3. El juicio**

A lo largo del juicio, se han presentado una innumerable cantidad de pruebas y testimonios, que han contribuido todavía más a la complejidad del caso.

Durante todas las etapas pudieron apreciarse notoriamente cada una de las estrategias de las partes. Fue un verdadero choque de estilos en materia de argumentación y alegatos.

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

La fiscalía centró su trabajo en la rigurosidad técnica, en la presentación de pruebas y en el objetivo de no dar lugar a la duda razonable, mientras que la defensa corrió el eje de la discusión hacia cuestiones que nada tienen que ver con la ciencia jurídica y que son objeto de discursos políticos sensacionalistas.

Los fiscales presentaron pruebas de ADN encontradas en la escena del crimen, que coincidían con el de O. J. Simpson, y testimonios de personas que habían visto una camioneta Ford Bronco de iguales características a la que era propiedad del acusado, estacionada cerca de la escena.

La defensa, en cambio, utilizó estrategias discursivas que llevaron el caso a una discusión racial, puesto que O. J. era de etnia afroamericana y la cuestión del racismo, como hasta hoy en día, es motivo de incansables luchas sociales por la igualdad de derechos.

Este discurso, que de ningún modo invalida los justos reclamos sociales por parte de toda la comunidad afroamericana, fue el eje de la discusión que la defensa logró poner sobre la mesa de todos los medios de comunicación.

El caso, como bien mencionamos antes, por estrategia de la defensa dejó de tener la rigurosidad técnica que se pretende en un proceso judicial, para transformarse en una discusión de carácter conspirativo. Es decir, los abogados de O. J. basaron de allí en más su defensa, pretendiendo demostrar que se trataba de una puesta en escena por parte de todo el aparato estatal, en conspiración contra el ex jugador de fútbol americano, por la sola circunstancia de su etnia.

El basamento que utilizaron para dar tal afirmación fueron una serie de grabaciones que se le hicieron a Mark Fuhrman, un ex detective de la policía de Los Ángeles, que había presentado el guante hallado en la escena del crimen que contenía ADN del acusado. En esas grabaciones se podían escuchar groseros comentarios de racismo y

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

lenguaje ofensivo en contra de personas con ascendencia afroamericana.

Esas declaraciones fueron utilizadas por la defensa para intentar desacreditar la credibilidad de Fuhrman, y para sugerir que podría haber tenido motivaciones racistas y que pudo haber inventado pruebas para el caso. Dado que, de los 12 miembros del jurado, 9 eran de ascendencia afroamericana, para muchos pudo haber sido un dato determinante y una acertada estrategia desde el punto de vista de los abogados Shapiro y Cochran.

Otra de las estrategias por parte de la defensa implicó la famosa “prueba del guante”, que consistió en hacer que O. J. Simpson intentara ponerse los guantes que habían sido presentados como prueba.

Ante la vista de todos, O. J. probó los guantes y estos parecían no ser de su talla. Fue un momento de inflexión en el juicio, que para muchos determinó gran parte de la decisión final del jurado. A partir de allí, Johnnie Cochran popularizó la frase “si no encaja, debes absolver” (“If it doesn’t fit you mus acquit”) en la que bien podría resumirse la estrategia de su defensa.

Más allá de todos los esfuerzos por parte del tribunal para evitar que los miembros del jurado se vean influenciados por el papel de la prensa, indudablemente el peso de los medios colaboró en la percepción que tuvo el jurado.

Finalmente, el 3 de octubre de 1995 se dio a conocer el veredicto del jurado que halló “no culpable” al acusado.

El caso, hasta el día de hoy, sigue dando lugar a arduos debates, y es un claro ejemplo de cómo la presión mediática y la opinión pública pueden determinar el resultado de un proceso, independientemente de las pruebas y de las rugosidades técnicas que se pretenden en un proceso judicial.

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

## **II. COMPARACIÓN DE LA SERIE CON EL DERECHO ARGENTINO**

### **1. La elección de la serie**

Nos pareció una producción cinematográfica que, más allá de todos los agregados propios de este tipo de entretenimientos, ha reflejado de forma muy fidedigna las complejidades de un proceso penal. Desde las estrategias de las partes, pasando por el rol del juez, hasta la presión de la opinión pública. Todos esos agregados nutren continuamente este tipo de procesos, y esta ficción (más allá de estar basada en hechos reales) nos sirve para comparar y evaluar las diferentes herramientas del Estado Constitucional de Derecho al momento de impartir justicia.

### **2. El derecho comparado**

Obviamente los procesos en Estados Unidos son distintos a los que se desarrollan en Argentina. Por empezar, porque los norteamericanos tienen un sistema federal de forma y de fondo a diferencia del sistema argentino en donde las provincias le han delegado una serie de facultades a la Nación, vinculadas a la redacción de los códigos de fondo (comunes en todo el territorio de la República) y se han reservado la facultad de dictar los códigos de procedimiento.

Esta diferencia sustancial demuestra la primacía de las autonomías locales por encima de la voluntad del Estado nacional en el caso de Estados Unidos, y es la clave de porqué muchas veces hay discrepancias entre los Estados, en los cuales el mismo hecho puede ser punible en un lugar de la Nación, mientras que puede quedar impune si se comete en otro Estado.

La comparación (y diferencia) más importante que queremos plasmar es la que hace a los juicios por jurados, que es el motivo de este

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

trabajo. Hemos visto que el proceso llevado a cabo en la serie requería la unanimidad del jurado para determinar la culpabilidad del acusado, mientras que hemos tenido en la jurisprudencia nacional veredictos que han encontrado culpable al acusado, sin necesidad de unanimidad.

### **3. Breve comentario**

Más allá de la discusión para nada pacífica de la necesidad de un voto unánime, lo importante es requerir una mayoría calificada que encuentre resguardo en el principio constitucional de inocencia. Es inadmisibles comprender el rol del jurado sin el reparo de las garantías constitucionales, cuyo conocimiento es derecho y deber de un pueblo con educación cívica.

## **III. NOCIONES BÁSICAS DE DERECHO PENAL**

Sabido es que el derecho penal es un apéndice del Derecho Constitucional y que, por lo tanto, todos sus principios tienen basamento en la Ley Fundamental. El Derecho Constitucional no es una rama del derecho público, sino la puerta de entrada a todo el ordenamiento jurídico puesto que todo el derecho, y sobre todo a partir de la Constitucionalización del derecho privado, tiene raigambre constitucional.

En ese sentido, debe entenderse al derecho constitucional, como la parte del Derecho encargada de estudiar fundamentalmente dos cuestiones: por un lado, los derechos naturales de las personas; es decir, los derechos inherentes al ser humano, esos que el hombre tiene por la sola circunstancia de serlo, independientemente del lugar en el mundo en que haya nacido. Por otra parte, la otra cuestión que es objeto del constitucionalismo es la que algunos autores denominan derecho constitucional del poder: esta es, la parte que se encarga de estudiar los límites al poder político.

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

Podrá apreciarse, entonces, que nuestro esquema constitucional se refleja en el texto de la ley suprema de esa manera. El texto de nuestra carta magna se divide en dos partes: por un lado, las declaraciones, derechos y garantías: que se conoce como la parte dogmática. Y, por otro lado, la segunda parte, denominada parte orgánica, que es la que se encarga de los tres poderes, su control recíproco en el sistema de *check and balances* y los gobiernos de provincia.

Como bien sostiene Sabsay: aquella primera parte es como un dedo índice que le indica a la segunda cuáles son los límites de su accionar<sup>2</sup>. Podría resumirse el espíritu de la Constitución de 1853, en el artículo 19: “...*las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, quedan exentas de la autoridad de los magistrados. Nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

Esto significa que para que el Estado pueda penalizar determinadas acciones, estas deben ser expresamente prohibidas, y todo aquello que no esté prohibido, está permitido. Por otra parte, con respecto al accionar del Estado, este solo puede hacer aquello que los ciudadanos (recordar el ejemplo del dedo índice) expresamente le han permitido. Es decir, para el accionar del Estado, la regla es exactamente a la inversa: todo aquello que no esté permitido de forma expresa, está prohibido.

Es en ese sentido que debemos pensar al derecho penal. Como mencionamos anteriormente, es un apéndice del Derecho Constitucional y es por esto que debe servirnos para limitar el poder del Estado: dicho de otro modo, es una herramienta para limitar el poder punitivo, que no es otra cosa que la capacidad que el Estado tiene para castigar.

---

<sup>2</sup> SABSAY, D., “Calidad Institucional”, Foro de la Cadena Agroindustrial Argentina.

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

La definición de Zaffaroni es oportuna: “...es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho”<sup>3</sup>.

Como esa es la principal finalidad del derecho penal, el juicio por jurados puede ser una herramienta de gran valor a la hora de racionalizar las funciones del Estado en ese intento perpetuo por limitar el poder punitivo.

#### **IV. EL JUICIO POR JURADOS**

Un juicio por jurados es una herramienta de la administración de justicia que permite a la ciudadanía formar parte de la toma de decisiones de un proceso judicial. Consta de una pre selección aleatoria de determinada cantidad de personas, de las cuales se van a seleccionar quienes serán los partícipes del jurado finalmente, mediante un acuerdo de ambas partes, tanto de la defensa como de la fiscalía y en donde también puede participar la querrela, procurando que la selección depure todo sesgo de parcialidad que pueda significar un posterior infortunio a la hora de una decisión fundada, sustanciada y objetiva.

##### **1. Críticas**

Hay, a priori, tres inconvenientes que presenta el juicio por jurados, que desarrollaremos a continuación.

El primer inconveniente que podemos mencionar tiene que ver con la escasa o nula formación del jurado en materia legal y procesal, que puede significar que a la hora de la argumentación de las decisiones que se vayan a tomar nos encontremos con criterios vagos, equívocos,

---

<sup>3</sup> ZAFFARONI, E. & SLOKAR, A., & ALAGIA, A., “Manual de Derecho Penal. Parte general”, p. 24.

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

fallos que no están sustentados y que respondan a una lógica más ligada a la emocionalidad que a la ciencia jurídica.

El segundo inconveniente puede presentarse ante la posibilidad existente de que una persona que forma parte del jurado, vea vulnerada su seguridad y su integridad física a la hora de ser amenazada por el procesado o por algún allegado a este. Esta hipótesis nos implicaría dos problemas: el primero, que la persona corra riesgo de vida. El segundo, que la persona, ante esta situación, vea alterada su imparcialidad y se encuentre obligada a inclinarse por un determinado criterio, infundido por el temor a que le suceda algo a sí misma o a algún miembro de su familia.

El tercero de ellos tiene que ver con la subjetividad e influencia que la presión mediática y la opinión pública pueden generar en el jurado, lo cual implicaría un notorio alejamiento de la letra de la ley.

## **2. Aspectos positivos**

Aparecen como respuesta por parte del Estado a las tres problemáticas presentadas anteriormente.

A la primera problemática el Estado la soluciona de la siguiente manera: el juez de cada juicio por jurados debe cumplir, además de su rol de magistrado, un rol de docencia, en donde instruya a todas las personas que han sido seleccionadas para conformar el jurado en todas aquellas cuestiones técnicas y procesales que deben tener en cuenta al momento de evaluar las pruebas y escuchar los testimonios para posteriormente tomar una decisión.

El segundo inconveniente también es respondido por un rol activo del Estado en materia de seguridad, siendo este el principal responsable de la seguridad de las personas y quien tiene que garantizar que todos los jurados, además de recibir instrucción detallada de lo referido a disposiciones legales, tengan la certeza de que nada los podrá privar a ellos mismos ni a sus familias, de sus derechos a la libertad y a

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

su vida. El Estado debe garantizar e incluso realizar medidas de acción positiva para resguardar la integridad de las personas.

El tercer problema planteado se pretende evitar desde un comienzo, es decir, desde la etapa de la selección del jurado. Ya que ambas partes consensuan la elección de los miembros del jurado, hay pocas posibilidades de arbitrariedad y de parcialidad. De todas formas, como estas personas no están exentas de ser condicionadas posteriormente por la opinión de terceros ajenos al jurado, se intentó prevenir este tipo de influencias con el que es quizás el método más difícil de llevar a cabo, puesto que el intento por cumplir con esa finalidad, implicaría aislar por completo a los miembros que darán el veredicto, para que de esa manera no vean alterada de forma alguna su imparcialidad. Todo esto implicaría un enorme gasto en logística y en infraestructura, que podría ser un impedimento a la hora de materializar tales pretensiones.

Otra de las ventajas de este sistema implica que es una forma de participación ciudadana en la administración de justicia. Puesto que históricamente muchas decisiones judiciales han suscitado grandes polémicas por su dudosa transparencia, han dado lugar a múltiples interpretaciones, y a que muchas se tornen arbitrarias y poco sustentadas jurídicamente.

Por estas razones se permitiría, además de un involucramiento de la ciudadanía en la toma de decisiones, mayor previsibilidad de dichas sentencias. Filosóficamente, suele decirse que cada persona tiene una noción interna natural e inherente de justicia, y que es esa la principal finalidad de pretender que los ciudadanos puedan formar parte de los procesos penales.

Otro aspecto positivo que vale la pena destacar es el de la exigencia de una mayoría calificada en el caso de encontrar culpable al acusado. Esto, al mismo tiempo, también implica una notoria limitación al poder punitivo, ya que en el caso de que no estemos ante la presencia

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

de una mayoría calificada del jurado que no encuentre motivos para determinar la culpabilidad del acusado, este no podrá ser condenado. En el supuesto de que se haya encontrado alguna irregularidad el juez puede determinar la nulidad del juicio y dar lugar a que se abra un nuevo proceso, con un nuevo jurado y un nuevo juicio.

Dicha exigencia de mayorías, como dijimos, hace a la esencia de los principios generales del derecho penal, y por consiguiente, a la idea de la limitación del poder punitivo.

#### **IV. CONCLUSIONES**

En muchas ocasiones, haya o no juicios por jurados, la presión mediática y la opinión pública hacen que los jueces se vean obligados a separarse de la literalidad de las leyes al momento de dictar sentencia. Ese apartamiento es, en parte, condicionado por la enorme influencia de los medios de comunicación y su impacto en la opinión pública. Es tarea de todos los operadores jurídicos, desde los estudiantes de Derecho hasta los ministros de la Corte, velar por la objetividad, la transparencia y por no dejarse amedrentar por las tan nocivas y peligrosas tendencias hacia el avasallamiento del Estado de Derecho, que se pone en jaque cada vez que se permite la aparición desmedida del poder punitivo. Y que, en definitiva, no es más que la expresión de un deseo político que está muy lejos de cumplir las exigencias de la Constitución: esas que nos dicen que los actos de gobierno deben ser racionales.

Es, en definitiva, una herramienta notable para llevar a cabo muchas finalidades que el derecho penal se propone. La participación ciudadana es algo positivo en la toma de decisiones, y, entre otras cosas, partiendo del supuesto que da sustento al sistema democrático, que nos dice que las personas son capaces e idóneas al momento de elegir a sus

LARRIVEY, J., “Abordaje jurídico de la serie “Crímenes Americanos: Todos contra O. J. Simpson”, pp. 316-329.

propios gobernantes, sería ilógico e impensado sostener que esos mismos ciudadanos no son capaces de poder impartir justicia siguiendo criterios éticos, morales y racionales que nos permitan alcanzar en mayor o en menor medida, ese ideal tantas veces inalcanzable al que denominamos justicia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- SABSAY, Daniel Alberto, “Calidad institucional”, Foro de la Cadena Agroindustrial Argentina, URL: <http://www.foroagroindustrial.org.ar/pdf/M%F3dulo%20II%20Sabsay%202.pdf>, consultado el 06/08/24.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl & SLOKAR, Alejandro & ALAGIA, Alejandro, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ediar, 2ª edición, 2007, Buenos Aires.

# Recensiones





TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

## **CONVERSATORIO CON EL DR. RICARDO GIL LAVEDRA Y COMENTARIOS A “LA HERMANDAD DE LOS ASTRONAUTAS: EL JUICIO A LAS JUNTAS POR DENTRO”.**

por RICARDO ALEJANDRO TERRILE<sup>1</sup>

*“El juicio a las Juntas Militares fue un proceso de características singulares en muchos aspectos. En primer lugar, el tamaño de la causa desbordaba todo lo conocido en materia judicial en esa época. A los miles y miles de expedientes de habeas corpus y de privación ilegal de la libertad acumulados durante la dictadura, que corrían agregados al cuerpo principal de la causa, se sumaban los reclamos efectuados desde el extranjero o en organismos internacionales y todos los expedientes de jurisdicción militar. Era impresionante verlo. Fue necesario destinar un amplio salón para albergar esa montaña de papeles. Y no es una metáfora, era una verdadera montaña. En segundo lugar, el juicio fue absolutamente inédito, lo que lo tornaba especialmente novedoso. Era la primera vez en la historia que un tribunal de jueces civiles, aplicando el código penal común, juzgaba crímenes de una dictadura saliente. Nunca había ocurrido en la argentina y tampoco en ningún lugar del mundo, y esa circunstancia hizo que tuviera una enorme influencia en el país y en el exterior.*

*Raúl Alfonsín, recitaba el preámbulo de la Constitución Nacional como señal del camino que debía seguirse. Su decisión de enjuiciar a los máximos responsables de las violaciones masivas de derechos humanos y la concreción de esta iniciativa, hicieron que la transición democrática argentina se estableciera sobre el Estado de Derecho, sobre el principio básico de un régimen democrático: la*

---

<sup>1</sup> Abogado (UNL). Doctor en Derecho. Diputado nacional (período 1983-1987). Profesor titular por concurso de la asignatura “Derecho Constitucional” en la Facultad de Derecho (UNR).

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

*igualdad de todos ante la ley. Incluso los más poderosos debían responder ante la justicia por sus crímenes. Tanto el juicio como el trabajo de la CONADEP ayudaron también a la conformación de un fuerte consenso en repudio de la violencia política y de los golpes de Estado. En el plano externo, el juicio constituyó un punto de inflexión en el derecho internacional, impulsando la obligación de los estados de investigar, juzgar y reparar las violaciones masivas a los Derechos humanos, posibilitando la aparición de categorías nuevas, desconocidas hasta ese momento, como la “justicia retroactiva” o “transicional”.*

*Pero hubo otra circunstancia, no tan visible, que también le da una característica única a este proceso y es el cómo ¿cómo se hace para llevar adelante un juicio de semejante envergadura en un lapso tan breve, apenas catorce meses? ¿cómo se organiza el trabajo, cómo se coordinan las diferentes actividades que requiere un proceso simplemente descomunal? Cuando se habla del juicio no se suelen formular estas preguntas, que creo podrían incluso servir para dar respuesta a algunas demoras e imposibilidades de la justicia de hoy. Este libro trata de hacer hincapié en estas cuestiones. La tarea recayó exclusivamente en el tribunal que, de buenas a primera, se encontró frente al desafío de tener que hacer el juicio más importante de nuestra joven historia. Solo quienes estuvimos ahí dentro, en la inolvidable Sala de Acuerdos de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, sabemos qué pasó, cómo se fue gestando el proceso, los obstáculos que aparecieron y como se los enfrentó. No había moldes previos donde recurrir. Ni siquiera había experiencia anterior en juicios orales y se trataba de hacer uno gigante. Hicimos el proceso a medida de la necesidad, de la exigencia de tener que juzgar esos crímenes. La sociedad reclamaba que hubiera justicia a través de un debido proceso y la democracia recién recuperada debía satisfacer esa demanda genuina. No había otra opción; la no realización del juicio o*

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

*su fracaso habría sido un golpe extraordinario a la frágil transición después de la dictadura. Había que hacerlo y se hizo.*

Han transcurrido ya varias décadas. Muchas cosas han pasado en la Argentina y en la justicia desde entonces. El consenso del Nunca Más que se alcanzó en esos tiempos se ha mantenido, aunque aparecieron algunas grietas. Lamentablemente, la alta consideración pública que alcanzó la justicia en aquella oportunidad se ha evaporado de modo peligroso. No puede funcionar adecuadamente una democracia en la cual se pierde la confianza en la justicia, pues ella es el guardián calificado, en palabras de Ernesto Garzón Valdéz, de la Constitución del estado de derecho. Sin ellos no puede existir una democracia constitucional.

*Tal vez por todo esto, he sentido la necesidad de contar lo que ocurrió, en esos lejanos días, dentro de las solemnes paredes de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital.*

*La historia del juicio no está completa si se prescinde del grupo humano que lo hizo posible. Desde ya, fueron necesarias muchas cosas, imprescindibles y decisivas, empezando por la audaz decisión política de Raúl Alfonsín – nada hubiera ocurrido sin ella-, las modificaciones del Congreso a la estrategia inicial, la histórica tarea de la CONADEP, la trascendente labor de la fiscalía y, por supuesto, la valentía de los testigos. Pero en cuanto al desarrollo del proceso, fueron los jueces de la Cámara Federal los padres exclusivos de la arquitectura del juicio, quienes organizaron todos sus detalles y pudieron lograr que concluyera en un tiempo útil, en medio de un contexto muy difícil. Y cuando digo muy difícil, les aseguro que lo fue, y mucho. Quizá recordar aquellos tiempos nos ayude a pensar cómo recobrar la confianza en que es posible una mejor justicia.*

*Hace treinta y siete años con máquinas de escribir comunes, con carbónicos, sin medios, sin contratos, sin internet, pero con ideales firmes, con respeto a la Constitución y a la ley, y con profundas*

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

*convicciones, se pudo. ¿Por qué no ahora? El rumbo está abierto: querer hacer justicia, aplicar la ley, siempre asegurando un juicio justo.*

*Para narrar los hechos, he recurrido sustancialmente a mi memoria, con la arbitrariedad que posee la reconstrucción de episodios de hace tanto tiempo. Se trata de mis recuerdos, quizás otro participante evoque un mismo episodio de manera diferente, son las trampas de nuestro cerebro. También pude acceder a actas y documentos del juicio que me permitieron reelaborar mejor la historia después de tanto tiempo. Curiosamente, como dijo Arturo Pérez – Reverte en algún reportaje, la memoria se parece a un racimo de cerezas, que cuando uno tira de la primera vienen detrás las restantes. Así, en este curioso ejercicio de recordar, aparecieron en mi conciencia muchos episodios y detalles olvidados. Y esa es la sustancia de este texto, que pese a que se trata de contar un proceso judicial, no es un libro de Derecho y pretende llegar a cualquier lector. Por eso no hay citas bibliográficas ni reflexiones jurídicas, ni políticas, más allá de lo que resulta imprescindible para relatar lo ocurrido. He tratado de utilizar el lenguaje más llano y coloquial posible para describir el desarrollo del proceso y las cuestiones que allí se plantearon. Incluso, no sin esfuerzo, intenté narrar como si se tratara de un simple relato desprovisto de consideraciones ajenas a él.*

*El destino me concedió el privilegio de poder participar, como actor sustancial, en el juicio a las juntas militares. Fui nada más y nada menos que uno de los jueces. Lo viví, estuve ahí presente, sin duda constituye lo más importante que he hecho en la vida. Pero quiero transmitir esa experiencia extraordinaria solo pudo hacerse realidad gracias a una energía mágica que nació dentro de un grupo de hombres que el azar quiso que se reunieran y trabajaran juntos. Como lo intuyó el gran Pepe Eliashev en su libro “Los hombres del Juicio”, buena*

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

*parte de lo que sucedió se debe a lo que Jorge Torlasco bautizó “La Hermandad de los Astronautas”<sup>2</sup>.*

La visita de Ricardo Gil Lavedra, de quien he transcripto su prólogo del maravilloso testimonio que nos brindó en su libro “La Hermandad de los Astronautas”, se produce cuando han transcurrido cuarenta años desde la recuperación de la democracia (1983) y cuarenta y siete años desde el último golpe de Estado cívico militar (1976). Ello nos habilita a una primera conclusión en el ámbito de nuestra Facultad de derecho que torna trascendente su visita: todos los estudiantes, profesores, graduados y no docentes que a la fecha cuenten con cuarenta y siete años de edad, reunidos en el Aula Magna de nuestra Facultad, no han sido testigos ni protagonistas de la dictadura más sangrienta que jamás nunca tuvimos; tampoco los que en esa etapa eran jóvenes de escuela primaria.

La visita de Ricardo Gil Lavedra en nuestra Facultad ha sido una excelente iniciativa para recordarnos a todos y todas, la importancia de vivir en un estado de derecho.

Algunos de nosotros transitamos esa misma etapa como dirigentes universitarios, padeciendo la persecución, la tortura, la desaparición de nuestros amigos; fuimos protagonistas y no solamente testigos, de una etapa dolorosa.

Ricardo Gil Lavedra en su función de juez de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital, quien tuvo a su cargo el juzgamiento de los responsables de tanta muerte, a la par que nos invitó a recordar y vivenciar los hechos expuestos por numerosos testigos que valientemente prestaron desgarradores testimonios, nos recordó la importancia del derecho, la justicia, el debido proceso, las garantías de la defensa en juicio en un estado democrático y republicano, en la que

---

<sup>2</sup> GIL LAVEDRA, Ricardo, “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, Sudamericana, 1ª edición, 2022, Buenos Aires, pp. 5-9.

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

no ha sido ajeno, la decisión política del entonces presidente Alfonsín, del conjunto del Congreso de la Nación y de los valientes testimonios que se prestaron ante la CONADEP.

El Dr. Gil Lavedra en la presentación de su libro complementado por su exposición, describió la situación post dictadura en la que el derecho constitucional no había recibido la reforma de 1994, los tratados de derechos humanos no habían sido incorporados a nuestra normativa; en lo que posteriormente constituyó el actual Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; el derecho penal que databa de 1921 no contemplaba los llamados contemporáneamente “delitos de lesa humanidad” y los únicos precedentes que manteníamos en el derecho comparado eran los debatidos en el juicio de Nuremberg, en la posguerra de 1945 y posteriormente, en el juzgamiento que Europa impulsó en torno a la responsabilidad de los centinelas del muro de Berlín al definir la llamada “obediencia debida”.

Cuando Raúl Alfonsín asume, el diez de diciembre de 1983, como celebración del “Día de los Derechos Humanos” y participa de la Asamblea Legislativa ante el Congreso de la Nación, nos impone a diputados y senadores de una tarea trascendente: el debate de la ley de autoamnistía que el General Vignone había promulgado en el mes de septiembre de 1983 como norma de facto Nro. 22.924 en su intento de declarar extinguida las acciones penales emergentes de los delitos subversivos desde el 25 de mayo de 1973 hasta el 17 de junio de 1982 extendiendo sus efectos para los actos terroristas y de la subversión, tanto en la prevención, la conjura o ponerle fin. El Congreso de la Nación en su primer debate, sancionó la ley 23.040 promulgada por el Poder Ejecutivo el 27 de diciembre de 1983, que constituyó la primera ley sancionada con la recuperación del Estado de Derecho declarando a la norma de facto 22.924 de “insanablemente nula”, en el entendimiento que derogarla hubiera implicado la vigencia de derechos adquiridos a aquella fecha. Sin lugar a duda, aquella decisión política

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

fue trascendente de un enorme aporte para los jueces de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal.

Frente a un Aula Magna en la que se dieron cita estudiantes, profesores, no docentes e invitados, fue importante recordar a muchos de los que no habían nacido ni concurrido a la Facultad en el periodo 1976-1983 que, frente a nuestra casa de altos estudios, en las esquinas de Moreno y Córdoba, estaba el Comando de Cuerpo del Ejército y todas sus calles valladas. El ingreso al cursado de las materias se hacía bajo la atenta mirada de centinelas del II Cuerpo de ejército en una garita perpendicular a la única puerta de ingreso de nuestra Facultad. Frente a la plaza San Martín, sobre calle Santa Fe, la Jefatura de policía era un centro de tortura; los dirigentes universitarios dormíamos todas las noches en diferentes domicilios; la actividad política y los centros de estudiantes estaban prohibidos, vedados y perseguidos; en la Facultad, su administración estaba a cargo de un interventor que invocaba la condición de decano y algunos de los profesores participaban activamente en el gobierno militar ora en intendencias; ora como asesores en comunas; ora como ministros en la provincia; ora como funcionarios de la intervención universitaria. En el poder judicial todos los jueces en ejercicio juraron por “Actas y Estatutos del Proceso de Reorganización Nacional”. Gil Lavedra nos recordaba que la Constitución Nacional estaba subordinada a las “Actas y Estatutos para el proceso de reorganización nacional” que desplazaban por su art. 14 a toda la estructura constitucional a un tercer indecoroso lugar.

Hemos sido testigos de oficiales, suboficiales y soldados que ingresaban en las aulas, en plena clase y se llevaban los “sospechosos” de formar parte de organizaciones armadas que, detenidos, terminaban desaparecidos, torturados pero nunca juzgados.

Gil Lavedra nos recordaba que en un mes y medio, entre los meses de diciembre 1983 y enero 1984, el Congreso de la Nación sancionó y el poder Ejecutivo promulgó: la mencionada ley 23.040; la

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

ley 23.048 de partidos políticos; ley 23.098 de habeas Corpus; ley 23.049 que habilitó la apelación ante la Cámara Federal de las decisiones del tribunal militar; ley 23.048 que dejó sin efecto la condición de “apátrida” con que se castigaba a numerosos ciudadanos que se opusieron al régimen de la dictadura; la ley 23.062 de “Reparación Histórica” que dispuso que carecen de validez jurídica, actos, normas, sentencias que tengan por objeto juzgamiento y sanciones a integrantes de los poderes constitucionales.

Muchos estudiantes y jóvenes profesores que se dieron cita en nuestra Aula Magna revivieron en la exposición de Ricardo Gil Lavedra, los testimonios de Tom Farer y de Theo Van Boven, integrante, el primero, de la Comisión Interamericana de DD.HH y el segundo de la Comisión de DD.HH de la ONU; los precedentes internacionales que analizaron los integrantes de la Cámara federal; las conversaciones que mantuvieron en el proceso, sus dudas e interrogantes y fundamentalmente, la necesidad de diferenciarse de tanta barbarie, teniendo en cuenta que nuestro código penal databa de 1921 y no hacía ninguna referencia a los llamados “delitos de lesa humanidad”; las limitaciones en la competencia de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal para revisar la competencia del juzgamiento o no, del tribunal militar y fundamentalmente destacó la importancia que tiene el derecho en el ámbito de la reconstrucción democrática.

La visita de Ricardo Gil Lavedra ha sido para todos los estudiantes que no vivenciaron aquella época de nuestra historia, entender los padecimientos de la generación de sus padres y para muchos de nosotros, testigos algunos, protagonistas otros, valorar el significado del estado de derecho, del valor de la democracia y de los principios republicanos.

La experiencia que transitó nuestro país a partir de 1983 fue atípica y original en tanto países como Chile, Uruguay, Brasil, entre

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

otros, no pudieron generar las profundas transformaciones de reparación institucional que el presidente Alfonsín impulsó y que la mayoría del Congreso avaló. Gil Lavedra nos refiere en su maravilloso testimonio la importancia que implicaba para la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital la derogación y/o declaración de “insanablemente nula” de toda la legislación de facto represiva y simultáneamente, la sanción de la ley de defensa de la democracia en la que equipara la pena de la tortura con la del homicidio, conjuntamente con la ratificación de las convenciones tradicionales en materia de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el de Derechos Económicos y Sociales, la Convención Americana de Derechos Humanos más conocida como “Pacto de San José de Costa Rica” por la que aceptamos la competencia por parte de nuestro país de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer las denuncias de violaciones a los derechos consagrados en la convención.

No ha sido ajeno en los trascendentes hechos acontecidos en esa etapa, el informe de la CONADEP que le entregara al presidente Alfonsín en el célebre “Nunca Más” el 20 de septiembre de 1984 en el que se exponen la recopilación de testimonios y documentos en la que se registran 8.961 desapariciones forzosas; 340 centros clandestinos de detención y la identificación de 1.500 represores miembros de las tres fuerzas armadas.

En “La Hermandad de los Astronautas” Gil Lavedra nos introduce no solamente en la intimidad de quienes fueron los jueces responsables de juzgar los delitos de lesa humanidad sino la inmensa actividad procesal desplegada por los Dres. Strassera y Moreno Ocampo que tuvieron a su cargo la responsabilidad de la fiscalía y, en consecuencia, investigar, documentar y acreditar el sistema de represión que originó miles de privaciones ilegales de la libertad, tormentos y homicidios por parte de una junta militar, explicando que los casos a considerar ante el tribunal no agotaban el escalofriante número de

TERRILE, R., “Conversatorio con el Dr. Ricardo Gil Lavedra y comentarios a “La hermandad de los astronautas: El juicio a las Juntas por dentro”, pp. 332-341.

delitos cometidos, sino que se trataba apenas de una muestra representativa del total. Luis Moreno Ocampo, por su parte, describió el sistema ordenado por los comandantes citando casos individuales y destacando que los secuestros habían alcanzado a embarazadas, chicos de catorce años, ancianos, obreros, profesionales, industriales, ex-ministros, diplomáticos, destacando que todos, de alguna manera, estuvimos “en libertad condicional” y concluyendo con una frase contundente “...*le colocaron una gran capucha a toda la sociedad...*”.

La exposición del Dr. Ricardo Gil Lavedra y el contenido de “La Hermandad de los Astronautas” constituye un documento relevante para todas las generaciones y fundamentalmente, para todos nuestros estudiantes que no han transitado aquella etapa. Valorarán la importancia en su formación como futuros abogados y actuales ciudadanos, de los principios democráticos, republicanos y el estado de derecho.

# Entrevistas





## **ENTREVISTA AL DR. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI<sup>1</sup>**

### **¿Cómo fue su infancia y su adolescencia?**

No tuvo nada de muy particular, pues fue la de un chico de barrio, nació en Paternal, pero a los dos años mis padres me trajeron a Flores, a dos cuadras de la Plaza Irlanda. Fui a la escuela primaria del barrio, cerca de donde vivo ahora. Mi padre tenía en Caballito una pequeña fábrica de productos para canteras y mi madre era ama de casa. Crecí en una familia de clase media de Buenos Aires, de ascendencia italiana, mis dos abuelos eran italianos de la Lombardía, llegados adolescentes al país, mis dos abuelas y mis padres ya habían nacido en la Argentina. Cuando terminé la escuela primaria ingresé al Colegio Nacional Mariano Moreno, en Once, hice el bachillerato en cuatro años, pues rendí un año libre, y pasé de inmediato a la Facultad de Derecho de la UBA, donde me recibí de abogado a los veintidós años.

### **¿Fue el primer universitario de su familia?**

No, tenía un tío materno que era ingeniero y una tía que era profesora de castellano y de italiano.

### **¿Qué fue lo que lo motivó a estudiar Derecho?**

---

<sup>1</sup> La presente entrevista fue realizada, el 7 de marzo de 2024, por integrantes del Consejo de Redacción de Enlace Jurídico. Eugenio Raúl Zaffaroni es abogado y escribano (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Doctor Honoris Causa en más de cuarenta universidades. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016-2022). Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2014). Convencional Constituyente de la Nación por la ciudad de Buenos Aires (1994). Director General del Instituto Latinoamericano de Prevención del Delito de las Naciones Unidas (1991-1992). Procurador General de Justicia de la provincia de San Luis (1973-1975). Autor de numerosas obras, entre ellas: "Derecho Penal. Parte General", "La cuestión criminal" y "En busca de las penas perdidas".

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

Ingresé a la Universidad en 1957 y en ese tiempo, si bien existían otras carreras que me tentaban, lo cierto es que no estaban del todo asentadas y, sobre todo, no ofrecían salida laboral, eran carreras que requerían años, pero luego, no hubiese sabido qué hacer. Como dije, provenía de una familia de clase media, de pequeños industriales casi artesanos, que no tenía campos ni riqueza. Por otra parte, siempre fui bueno en matemáticas, pero no me gustaban. Las ciencias naturales me gustaban de estudiante, incluso durante mis estudios trabajé en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires como inspector administrativo de hospitales, pero la medicina no me llamaba la atención. La única carrera, más o menos de ciencias sociales y con salida laboral que tenía a mano, era Derecho. Es decir, no diría la verdad si afirmase que sentía una profunda vocación por el Derecho, porque tampoco tenía ningún referente familiar ni cercano. Fue en el curso mismo de la carrera que me entusiasmé con el Derecho Penal.

**Su currículum marca, entre otros antecedentes: abogado, doctor en Derecho, profesor en distintas facultades, Procurador General de San Luis, juez de primera instancia, juez de Cámara, Convencional Constituyente, diputado de la ciudad de Buenos Aires, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, juez de la Corte IDH, doctor honoris causa en cincuenta universidades y reconocido académicamente en Latinoamérica y el resto del mundo ¿el Eugenio Raúl de 18 años podía siquiera soñar con esta carrera?**

No, de ninguna manera. Quizá pensaba más en una carrera política, los políticos eran, en su mayoría, abogados. En el barrio milité en la UCRI, pero, al borde de los veinte años, con el giro que dio Frondizi en su gobierno, con Alzogaray ministro, “hay que pasar el invierno” y esas cosas, me desilusionó la política. Aunque nunca fui “gorila”, mi familia no era peronista, pero me fui dando cuenta que nuestro pueblo no se equivocaba al seguir al movimiento nacional. De todas formas, no milité en el peronismo, lo asumía como cosa personal

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

y lo defendía en las charlas con amigos, posteriormente, siempre lo voté, pero me había separado de la política activa y había decidido dedicarme al Derecho, me ilusionaba la docencia universitaria y la investigación.

De todas formas, en esos años me marcaron muchas cosas y, entre ellas, insólitamente, me había adoptado como una especie de nieto un líder latinoamericano al que conocí casi por casualidad, el Dr. José María Velasco Ibarra, que fue cinco veces presidente de Ecuador. Casi todas las semanas me invitaba a almorzar o a cenar. Ese contacto me marcó, no puedo negarlo.

Apenas me recibí, hice el doctorado en la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe, donde tuve la vivencia de una vida universitaria mucho más intensa que en la multitudinaria UBA. En 1965 gané una beca de la OEA y viajé a México a estudiar criminología con el maestro Alfonso Quiroz Cuarón. Era la primera vez que salía del país y me impactó hallarme en una cultura diferente, lo que me dio una cuota de latinoamericanismo muy interesante que creo que conservo hasta hoy, al punto que, después de un año, volví a la Argentina y demoré tres meses en llegar, pues paré en todas las capitales del camino. Permanecí aquí unos meses, pero me ofrecieron un contrato como profesor en la Universidad Veracruzana y volví a mi querido México, hasta que se armó el conflicto de 1968, que esquivé porque, dos días antes de la matanza de Tlatelolco-Nonoalco, me había marchado a Nueva York por una invitación de la School of Criminal Justice de la New York University. Me quedé unos días allá. El dinero me había quedado bloqueado en México. Pasé una semana en la ciudad de Nueva York y, desde entonces, no como comida chatarra. Solo contaba con cinco dólares por día y no quería pedir dinero a Buenos Aires para no alarmar a mi familia. Volví a México, todo estaba en una calma incómoda, no me sentía bien. En la Argentina estaba Onganía, pero era una “dictablanda” más, las cosas no tenían la misma gravedad letal.

Volví a Buenos Aires con una carta del maestro Quiroz Cuarón para un conocido criminólogo nuestro, el Dr. Oscar Blardun que es, por

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

cierto, inmerecidamente poco recordado. Blarduni dirigía el Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas de La Plata y le manifesté mi deseo de volver al país. No olvido nunca lo que me respondió: "Mire, Zaffaroni, a mí me echaron hace dos semanas". Pero a los pocos días me llamó por teléfono un Dr. Viale de parte de él y me invitó a conversar en el Hotel Castelar. En esa conversación me dijo que venía de la provincia de San Luis, que habían destituido a un camarista en Villa Mercedes y que el pueblo estaba dividido en dos partes, por lo que me preguntó si yo estaba dispuesto a ocupar esa función.

### **¿Así empezó su carrera judicial?**

Efectivamente, volví a México a despedirme y asumí la función de Juez de Cámara en Villa Mercedes, estuve cinco años allá, en realidad cuatro, porque uno lo pasé en Alemania, en el Max Planck de Freiburg. Volvía a Buenos Aires casi todos los fines de semana a dar clase en La Plata. La provincia tenía un serio problema con una expropiación, que comprometía seriamente su presupuesto, por lo que cuando advino el gobierno constitucional de 1973, me nombraron Procurador General de la Provincia para resolverlo junto a otro colega, con la intervención de un famoso administrativista de Buenos Aires, lo resolvimos y pasé a San Luis capital, donde quedé dos años en esa función. De cualquier manera, quienes habían perdido el negocio que implicaba ese problema me tenían en la mira y no me sentía muy tranquilo. En 1975, el Dr. Ricardo Levene (h) me preguntó si me animaba a ser juez federal en Buenos Aires, a lo que, inconscientemente, respondí afirmativamente. Creo que esa inconsciencia me salvó la vida, porque los beneficiarios del negocio asumieron funciones de gobierno con el golpe del año siguiente y no sé si lo hubiese pasado muy bien.

### **¿Así pasó a la Justicia en Buenos Aires?**

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

Sí, éramos solo tres los jueces federales de la ciudad de Buenos Aires. Por aquel entonces tenía treinta y cinco años, los otros colegas eran gente mayor y me guiaba por lo que hacían ellos mientras las balas nos pasaban por arriba. Los llamados “subversivos” decían que éramos la contradicción en el sistema y la “Triple A” nos amenazaba. Uno de los colegas iba con autos con custodia. Al otro le pusieron dos bombas en la casa, aquí en Flores. Yo no tenía custodia ni nada, cultivaba el perfil más bajo posible, pero, aun así, me tocó dictar la inconstitucionalidad del decreto que prohibía el hábeas corpus de salida al continente americano. Hasta que en marzo vino el golpe y la dictadura que, por cierto, recicló algunos elementos de la “Triple A”. Cada uno nace en la época en que nace y se forma conforme a la experiencia de su tiempo. Naturalmente, no había visto el golpe de 1943, pero había visto el de 1955, el de 1962 y el de 1966, y pensaba que en 1976 me hallaba ante algo de semejante naturaleza. El propio Adolfo Pérez Esquivel manifestó que tuvo una impresión parecida. Es posible que hayamos sido ingenuos, pero nunca imaginé el terrorismo de Estado que vendría.

### **¿Qué actitud tomó entonces?**

El régimen cerró diez días Tribunales y, al cabo de ese tiempo, emitió un decreto en el que destituía a mis dos colegas, el único que quedaba era yo. También pasaban a la justicia militar todas las causas de “subversión”. Yo no podía legitimar eso y, por ende, fui al Ministerio de Justicia, hablé con el vice-ministro y le pedí que me dejase renunciar. Como todos los jueces se apelonaban pidiendo que no los reemplacen, el hombre se quedó sorprendido, me pidió que me quede en el juzgado hasta encontrar quien me reemplace, que no firme más que el trámite, que no me harían problema por eso y, cuando me estaban despidiendo, me preguntó si aceptaría otro cargo en la Justicia. Tímidamente pregunté qué cargo -porque temía que se reeditase el llamado “Camarón” de Lanusse- y me respondió que sería un simple juzgado penal de sentencia. Le respondí afirmativamente, pero creí que era una

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

simple gentileza. En verdad, yo pensaba irme un buen tiempo a España, ya había escrito a Antonio Beristain al respecto, pero, a la semana, me llamaron y les llevé la renuncia, porque ya habían decidido quién iba a reemplazarme. Creía que eso era todo y continuaba con la idea de marcharme a España cuando me informan que estaba el decreto de mi designación como juez de sentencia, en una especie de altillo en la calle Viamonte. Allí me quedé, peleándome con la Cámara, con un fiscal vinculado a los servicios de inteligencia de la Marina. Me llegó un “hábeas corpus” de salida y lo resolví positivamente, contra la decisión de la dictadura de suspender los “hábeas corpus” de salida, se armó un escándalo, pero, como resultado de eso, al beneficiario lo liberaron. Me daba cuenta que lo que vivíamos no era el "onganiato", fui tomando contacto con alguna gente de lo que después fue el CELS, viajé a Europa a buscar material para mi “Tratado” y allí me enteré más acabadamente de la dimensión de lo que estaba haciendo la dictadura.

### **¿Qué pasaba con los “hábeas corpus”?**

Nos llegaban, los tramitábamos, dirigíamos los oficios a todos los órganos que podían tener personas detenidas y todos nos respondían de forma negativa. Obviamente, los centros de detención clandestinos no salían en el diario. Pero bueno, como siempre tengo suerte para la mala suerte, un día me llega un “hábeas corpus” con múltiples testigos de la detención, se trataba de una muchacha que había desaparecido en un operativo de la Marina, donde habían detenido a todo un colectivo y lo habían llevado completo a una comisaría. Los testigos eran los pasajeros, el conductor del colectivo, el personal de la comisaría. Como me daba cuenta que de investigarlo por iniciativa propia corría el riesgo de aparecer en el baúl de un Ford Falcon, decidí, tácticamente, rechazarlo sin trámite para que la Cámara me ordene que lo tramite. Por supuesto que la Cámara me lo ordenó con singular alegría, dada la poca simpatía que me deparaban. Tomé todos los testimonios coincidentes en que era personal de la Marina. En verdad, creía que la muchacha estaba con vida y mi intención era que se diesen cuenta de que la cosa

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

venía mal y la liberaran. Me causó una fuerte depresión cuando me di cuenta de que no era así. Oficié a la Secretaría de la Marina a los efectos de que informen qué personal hizo el operativo, la respuesta fue que no llevaban registro de personal; nuevo oficio pidiendo la nómina del personal habilitado para esos operativos, la respuesta fue que no me lo daban por razones de seguridad; nuevo oficio, esta vez a Videla, anoticiando que la Secretaría de la Marina no daba respuesta. ¡Yo era un juez de sentencia en un altílo de la calle Viamonte! Me llamaron y me preguntaron qué quería que me dijese. Con mi mayor voz de tonto dije: "Díganme que no me lo dan así le puedo dar un cierre a la cuestión". Nunca pensé que me responderían eso, pero, contra todo lo previsible, me enviaron un radiograma en el que, por orden del presidente, me negaban la información. No sé si alguien se dio cuenta de lo que eso significaba, por supuesto que cerré el expediente y, una semana después, nos sacaron la competencia en “hábeas corpus” y la concentraron en sus jueces federales. La orden del dictador en la que me negaba la información fue una de las tantas pruebas del plan sistemático en el juicio a las Juntas. Pasaron los años y un día me proponen para la Corte Suprema y empiezan a decir que nosotros rechazábamos “hábeas corpus”. El padre de esta muchacha fue a “Página12” a decir que no iba a permitir esa mentira. Me llamó el periodista que lo atendía y me pasó el teléfono con este señor. Soy duro para las lágrimas, pero en ese caso me aflojé, el hombre tenía unos noventa años.

### **Difícil tiempo el de la dictadura, ¿verdad?**

Sí, la verdad es que, en esos tiempos, uno no sabía qué hacer, si quedarse, irse del país, abandonar todo. En una ocasión fui a Córdoba a visitar a don Ricardo Nuñez y le pregunté qué hacer, le expuse mis dudas y Nuñez, sacó una botella de cognac, nos servimos sendas copas y me dijo: "En la Argentina puede pasar cualquier cosa, pero esto se va a terminar. Si usted se va, pondrán a otro que hará las cosas mucho peor". En todos esos años, por cierto, me evadía bastante de la realidad

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

escribiendo los cinco tomos del “Tratado” viejo. Recuerdo que alguna vez le pregunté al gran Giuseppe Bettiol qué había hecho durante el fascismo, y me respondió “estudiar, no se podía hacer otra cosa”. Algo así me pasó, aunque los contactos con alguna gente de derechos humanos también me ayudaron mucho, incluso anímicamente.

### **¿Y después de la dictadura?**

Se terminó la dictadura, me ofrecieron un puesto para camarista federal, pero no quise, preferí ser camarista de la Justicia Ordinaria. La memoria de mi paso por la Justicia Federal estaba todavía muy viva en mí. Y bueno, me quedé en la Cámara Penal hasta que me cansé un poco, renuncié y decidí ir a dirigir el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito en San José de Costa Rica. Esa es, más o menos, la historia, el resto es conocida: volví a la Argentina después de dos años, volví por algunos años a la política activa, luego la Corte Suprema y después la Corte Interamericana.

### **¿Qué consejo les daría a las personas que están estudiando abogacía y a los nóveles abogados?**

Que estudien muchas cosas que no sean de Derecho, lean Historia, Sociología, Literatura, Economía, etc. Hay una docta ignorancia que es muy peligrosa. El Derecho es una cuestión cultural, política, filosófica, y quien se queda en la lógica normativista es un mono con ametralladora, un peligro público. Hay que tener una visión del mundo. A veces leo libros jurídicos y dudo acerca de si el autor tuvo consciencia clara de lo que escribía. La formación desde la pura lógica normativa, que se agota en el deber ser, sin tener en cuenta lo que en la realidad es, es casi una patología.

### **Asistimos a una época en la cual la sociedad debate acerca de la eficiencia o ineficiencia del Estado, en base a su experiencia**

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

### **como funcionario público en distintos roles, ¿qué críticas podría hacer de las instituciones del Estado en las que se ha desempeñado?**

No creo que el Estado argentino haya sido ineficiente. Tuvo momentos políticos buenos y momentos políticos malos. A lo largo de las décadas, siempre ha habido una tendencia antipopular de reducir el papel del Estado, naturalmente en beneficio de determinados sectores económicos. Es una cuestión de interés económico. Esto lo digo con las debidas reservas porque, por ejemplo, en la década infame no era así. Los conservadores adoptaron una política abiertamente keynesiana para salir de la crisis de 1929, al punto que Perón aprovechó algunas cosas de la política económica de la década del treinta. Acá el problema que se plantea es si el Estado tiene un rol en la economía o si la economía funciona independientemente del Estado. Hay algo que se marca en el pretendido decreto de necesidad y urgencia a lo que no se le prestó suficiente atención: la reforma de los artículos del Código Civil y Comercial en materia de contratos; se vuelve a la absoluta soberanía del contrato. Si vamos a eso, hay que derogar todo el Derecho Laboral. Se les prohíbe a los jueces modificar, de oficio, las disposiciones de un contrato contrarias a las buenas costumbres; las leyes que limiten la libertad de contratación quieren que se interpreten restrictivamente y, todavía más, “supletoriamente”, o sea, que no se tengan en cuenta.

Lo que supuestamente se está proponiendo es eliminar al Estado directamente, ¿pero de dónde quieren eliminarlo? Lo que quieren eliminar es la “inversión social” en educación, salud, ciencia, previsión social, etc. Lo que no dicen es que, si hacen eso, habrá marginación y el Estado deberá hipertrofiarse en su aparato represivo: se disminuye la inversión social y se aumenta la inversión en aparato represivo. ¿Es verdad que nuestro Estado fue ineficaz? Sin la intervención del Estado, ¿tendríamos un sistema jubilatorio? Sin la intervención del Estado, ¿podríamos haber llegado a la Universidad todos nosotros? Sin la intervención del Estado, ¿estaríamos los argentinos vivos si no hubiésemos podido acceder a servicios públicos de salud y a los medicamentos? Hubo momentos políticos malos, y momentos donde el

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

Estado fue medio catastrófico, pero decir que hemos tenido un Estado ineficiente, no es así.

Asistimos a un tiempo de ideología simplista que tiene su origen en el más rancio colonialismo, que es el de Spencer: la eliminación de los más débiles por inútiles; el mundo avanza y proporciona catástrofes, y para la evolución de la raza es necesario que triunfen los más fuertes y se sigan reproduciendo, y los más débiles morirán. En el orden jurídico, esto fue receptado por la Suprema Corte de Estados Unidos, entre 1888 y 1910, con la Corte Fuller, un sujeto que nombró el presidente Cleveland, que pensaba que cualquier interferencia económica del Estado era demagógica. Hasta los años treinta, Estados Unidos no pudo tener un impuesto sobre la renta progresivo porque se sostenía que sacarle algo más a los ricos para darle a los pobres era socialismo y comunismo. Estuve en estos días leyendo a un historiador de la Corte de Estados Unidos que afirmaba que esa Corte creía en algunas cosas en las cuales hoy sería inadmisibles creer, pero no estoy tan seguro de eso. Es verdad que con el New Deal de Roosevelt eso se abandonó, pero como respuesta viene la reaccionaria "escuela austríaca" y se regresa al siglo XIX. Von Hayek escribe "Camino de servidumbre", y llega a decir que Hitler y Mussolini eran socialistas. Y von Mises escribe "La mentalidad anticapitalista", y en una parte dice que hay un error muy frecuente que consiste en creer que cada ser humano, por el hecho de nacer, tiene derecho a algo. Si alguien quiere resumir la negación de los derechos humanos de una forma más sintética, no lo conseguirá. Estas personas son luego seguidas por los "Chicago Boys". Pero la historia ideológica es esa. Insisto en que no creo que el Estado argentino sea ineficiente. Eso no significa que no haya habido una vieja política que ya pasó a la historia y espero que salga algo nuevo.

**Suele asociarse la garantía de independencia de los jueces con que estos se encuentren asépticos de lo político, ¿es correcto que**

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

## **los jueces expresen su ideología? ¿Solo hablan a través del contenido de sus sentencias?**

En Estados Unidos los republicanos nombran jueces de Corte republicanos, y los demócratas nombran jueces demócratas, y todos lo saben y no pasa nada. El ideal del juez “independiente” como apolítico, aséptico, a-ideológico, apartidario, etc., bueno, no creo que haya muchas personas con esas características, más bien, creo que puede haber hipócritas que ocultan su pensamiento, pero, si realmente hay un tipo que tiene esas características, más que nombrarlo juez, habría que enviarlo a un psiquiatra. Claro que es correcto saber qué piensa cada juez, porque uno sabe para qué lado puede patear y por dónde puede renguear: es necesario, incluso, para controlarlo mejor. En Italia también se sabe cómo piensan los jueces, incluso hay partidos de jueces; jueces de derecha, de izquierda, de centro. Cada ser humano tiene una cosmovisión, una visión del mundo, es inevitable. La única garantía de imparcialidad de un Poder Judicial no está en lo individual, sino en lo institucional. Había un viejo procesalista italiano que decía “¿cómo puedo ser imparcial si soy parte?”. Si dentro de un poder judicial hay distintas ideologías y hay debate, eso es democrático y es la única imparcialidad posible, institucional, no individual.

## **¿Cómo deberían responder los operadores jurídicos del sistema penal ante las demandas sociales que identifican “Justicia” como “expansión desmesurada del poder punitivo del Estado”? Y vinculado a esto, ¿cómo escapar de la lógica de la pena como “pacificador social”?**

El ejercicio del poder punitivo está en manos de las policías, no de los jueces. Los jueces tienen un semáforo por el cual el proceso de criminalización iniciado por la policía sigue o se para. Si el sujeto que le trae la policía le dio un garrotazo al vecino, pone luz verde; si estaba fumando un cigarro de marihuana en la terraza, pone luz roja; y si no está muy claro por qué se lo trae, pone un rato de luz amarilla.

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

Lo que sucede es que el Derecho Penal es una rama muy particular del Derecho. Los civilistas saben para qué sirve la sanción civil, los administrativistas saben para qué sirve la coerción directa. Nosotros no. Tenemos un abanico de teorías de la pena y lo repetimos. Detrás de cada teoría de la pena hay una teoría del Estado y discutimos cuestiones de teoría política como si fuesen de Derecho Penal. Alucinamos modelos de Estado que no existen en la realidad. Cada uno se inventa y mezcla modelos de Estado, pasando por alto que, detrás de cada modelo de Estado, hay una concepción antropológica, y nosotros mezclamos todas con una superficialidad que realmente asusta. Cuando hacemos eso, decimos: "a mí me gustaría que la pena cumpla tal función", pero no es la que cumple. Le proponemos a los jueces hacer sentencias conforme modelos de Estado que no existen, y de concepciones antropológicas incompatibles que mezclamos, y nadie se ocupa de cuál es la realidad del poder punitivo.

Lo que es perfectamente verificable es que si desaparecemos todos los jueces, los tribunales, los fiscales, etc., el poder punitivo no desaparece, sino que se extiende como poder policial sin límite y tenemos un genocidio. Eso es perfectamente verificable a través de toda la historia del siglo pasado. Cuando no se pone cierto límite racional al ejercicio del poder punitivo, adiós a todo el Estado de Derecho. Entonces, ¿cuál es la función del Derecho Penal? ¿Legitimar al poder punitivo? No, porque no lo ejercemos. Es legitimar la contención jurídica racional del poder punitivo. Ese es el problema.

El poder punitivo es un hecho político. A veces es más o menos racional, y a veces no. Por suerte, no tenemos las cárceles llenas de homicidas múltiples. Todo ejercicio de poder punitivo necesariamente es selectivo. El programa de criminalización primaria es absurdo, inmenso, casi diría que tendríamos que estar presos todos, pero la capacidad operativa de las agencias de criminalización secundaria es limitada. La selección se impone. La policía es una burocracia como cualquier otra y hace lo más fácil. Lo más fácil es encontrar a un pibito con gorrita que se viste de ladrón y afana; encontrar una defraudación

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

con triangulación en una operación de exportación es un poco más complicado. Por otra parte, ese vulnerable "no molesta", se la aguanta, no tiene estudios de abogados famosos detrás, no mueve factores de poder.

En el siglo XIX, hubo un brasileño que lo dijo: “es un hecho político, igual que la guerra”. Sin embargo, nosotros, a diferencia de los internacionalistas, seguimos discutiendo cuál es la guerra justa y cuál es la injusta, cuando en realidad, al igual que la guerra, el poder punitivo lo ejerce el que tiene poder para ejercerlo y en la forma que quiere. La función real que debemos cumplir es la equivalente, en el momento de la política, a la de la Cruz Roja Internacional en el momento bélico, seríamos la Cruz Roja del momento político.

Fíjense que cada vez que nos hallamos en la necesidad de legitimar el saber en materia de Derecho Penal no se cita a los inquisidores. No conozco ninguna Facultad ni Instituto de Derecho Penal que tenga el nombre de Torquemada, pero somos nietos de Torquemada. Se cita a los liberales y se los exalta, ¿por qué? Porque cuando debemos legitimarnos nos remitimos a los autores que intentaron contener al poder punitivo y ocultamos todos los crímenes atroces que se cometieron en su nombre.

**Usted habla del poder punitivo como "hecho político" y a muchos operadores parece resultarles difícil luchar contra la demagogia, por ejemplo, ¿cuál habría sido la reacción social en el famoso caso de los “rugbiers” ante una condena de pocos años? ¿El juez piensa en esas cosas?**

Si tenemos jueces que temen a los medios y a los políticos inescrupulosos, estamos complicados. No me siento para nada seguro con jueces con esos miedos y, menos aún, con jueces que juzgan para la tribuna, es decir, para el alago de los medios monopólicos.

**¿Hay otros riesgos peores?**

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

Es difícil decir qué es peor, pero hay un enorme riesgo que es el de la destrucción de las policías. Este asunto de que tienen que tener "manos libres" para cualquier cosa, puede tener un sentido político muy grave, porque lleva a la destrucción institucional de las policías. A las policías hay que tecnificarlas, pagarles -un comisario debería ganar lo mismo que un juez y de ahí para abajo-, y escucharlas, para lo cual antes hay que dejar que se sindicalicen. Cuando la policía se debilita, no se le paga, no se la controla, no se la escucha, una parte entra en conexión con la mafia, y la otra tiene miedo, y tenemos Rosario. Si esa mixtura avanza, se llega a un momento de caos total, porque el poder punitivo pasa a ejercerlo de la manera más arbitraria imaginable, la policía autonomizada, pero también la propia criminalidad de mercado, los grupos de autodefensa, los justicieros, los parapoliciales, y, así, el Estado pierde el monopolio del poder punitivo y la recaudación fiscal, porque cada uno que ejerce el poder punitivo "recauda", puede llamarse "corrupción", pero es recaudación fiscal al margen del Estado. De esa forma, no deterioramos nuestro Estado de Derecho para caer en un modelo de Estado de policía, sino que vamos hacia un Estado destruido, quebrado, que pierde el monopolio del poder punitivo y de la recaudación fiscal, es un Estado quebrado, que es lo que el colonialismo quiere. Estos son procesos a los que se puede llegar lentamente, pero también rápidamente. En Ecuador, en diez años, se llegó a pasar de una tasa de homicidios de ocho por cien mil anual a cuarenta por cien mil anual. En México, con la presidencia de Calderón, estalló el índice de muerte violenta.

**En algunas entrevistas, usted hizo referencia al caso en que la Corte resolvió que retome la educación presencial en el AMBA durante la pandemia, ¿cree que la Corte tiene un poder desmedido o el justo y necesario para ejercer sus funciones?**

Primero y fundamental, tenemos una Corte de cuatro jueces, que es algo que no existe en el mundo. Por supuesto que tienen un poder excesivo porque es una concentración de poder enorme. Desde la

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

perspectiva republicana es muy peligroso. Uno de los tantos aspectos en los cuales ha fracasado la política tradicional es que nadie, a lo largo de estos cuarenta años, se preocupó por mejorar la estructura de nuestro poder judicial; y hoy sufrimos las consecuencias de ello. No se trata de defectos personales, sino institucionales. La Corte firma alrededor de dieciocho mil resoluciones por año. Ningún ser humano puede saber lo que firma en cada una de esas resoluciones que vienen en carpetitas armadas por los letrados. Y, además, no solo es una cuestión de tiempo. Conforme a nuestra Constitución, la Corte tiene la misma función que la Corte de Estados Unidos: control de constitucionalidad. Desde hace poco más de cien años, la Corte se atribuyó la facultad de anular las sentencias arbitrarias. ¿Cuándo una sentencia es arbitraria? Creo que cuando no me gusta. Hoy nuestra Corte debe tener 130 casos por inconstitucionalidad. El resto es arbitrariedad que rechaza de plano en el 95% de los casos, aunque se queda con el arancel; es una forma de recaudación. Para declarar inconstitucional una ley, basta con saber Derecho Constitucional, y tampoco demasiado, porque, en general, se trata de cuestiones groseras. Pero para entrar en la arbitrariedad de sentencia en cualquier materia, lo debe hacer quien conozca de la materia, y no hay nadie tan universal, tan Leonardo da Vinci del Derecho, nadie que sea especialista en todas las materias. Se trata de una ficción.

Lo que sucede en la realidad institucional es que hay secretarios que revisan las cosas que resuelven las Cámaras y los Superiores Tribunales de Provincia y, tratándose de causas que no son “trascendentes”, los jueces de la Corte firman. Cuando el borrador tiene el número de firmas suficiente, se pasa en limpio, se sientan todos en una mesa y se firman trescientas o cuatrocientas resoluciones por acuerdo, se le pregunta al secretario si se firmó algo trascendente para saber qué responderles a los periodistas. Así funciona la Corte.

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

### **El Poder Ejecutivo Nacional dispuso la creación de una nueva comisión reformadora del Código Penal, ¿qué opinión le merece? ¿Tiene alguna sugerencia?**

Lo mejor es que no hagan nada, porque cualquier cosa que se haga va a ser catastrófica, a juzgar por las cosas que hay en la Ley Ómnibus. Quien proyectó, por ejemplo, la reforma a la fórmula de la legítima defensa no tiene idea de qué es la legítima defensa, se llega a hablar de “proporcionalidad”, cuando en la legítima defensa no hay proporcionalidad, sino “necesidad racional”, ¡proporcionalidad hay en el estado de necesidad, no en la legítima defensa! El funcionario tiene el deber de defendernos legítimamente. Un funcionario público que ejerce su deber se presume que lo ejerce bien hasta que no se pruebe que lo ejerce mal. Eso es obvio. Yo sí: si mato a alguien, tengo que probar que fue en legítima defensa, al policía hay que probarle que no fue en defensa. Esto es así de toda la vida y lo dicen todos.

Además, muchachos, hemos tenido seis reformas constitucionales. ¿Cuántos códigos penales tuvimos? Dos. Políticamente hablando, es más difícil hacer un Código Penal que una reforma constitucional. El primer Código lo proyectó Carlos Tejedor, nuestro primer profesor de la materia en la UBA. Después, vino el proyecto de Villegas-Ugarriza y García, tres magistrados de larga actuación; luego el de Rivarola-Piñero-Matienzo, que eran juristas y fundadores de nuestra Facultad de Filosofía. La iniciativa del Código de 1921 la tomó Rodolfo Moreno, que, al parecer, fue un mago político. Era el presidente del bloque opositor a Yrigoyen y creó, en la Cámara de Diputados, una comisión especial con legisladores de la confianza de Yrigoyen y socialistas, así logró la sanción del Código Penal con un amplísimo consenso político. Luego, hubo proyectos: Peco, Benedetti, Soler y varias comisiones. En los últimos cuarenta años se destruyó el Código legislando penalmente sin llamar a nadie que sepa de la materia. Los sucesivos proyectos de leyes penales salen de las comisiones del Congreso. Y, para colmo de males, desde hace unos años se creó una Comisión Permanente de Legislación Penal que, como toda burocracia,

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

fabrica en serie leyes penales. De este modo, llegamos a un despelote legislativo con medio Código Penal inconstitucional.

En la Comisión que presidí, habíamos juntado a todos los partidos políticos, pedimos que cada partido nombrase a un jurista que conozca la materia. Eso fue lo que había hecho Rodolfo Moreno en su época, pero no lo conseguimos, porque siempre salta el inescrupuloso oportunista.

### **¿Está de acuerdo con la plena vigencia del Código Procesal Penal Federal y el sistema acusatorio que el mismo incorpora?**

Hay un problema con eso. Si se me pregunta en abstracto, sí, el sistema acusatorio es mejor, claro que es mejor. El tema es que en un código penal se puede poner cualquier cosa, porque es gratis; pero el código procesal tiene precio. Tengo que saber qué conflictividad voy a procesar y qué infraestructura voy a tener, porque, de lo contrario, el código no funciona. ¿Y qué es lo que sucede en toda América Latina? Esto lo bajaron los norteamericanos, con códigos en que parece que podemos hacer un juicio oral por cada delito. En tal caso, mejor no tengamos más hospitales, escuelas, nada, y hagamos un presupuesto astronómico para el Poder Judicial.

En nuestra región tenemos un mal endémico, que es el alto porcentaje de presos sin condena; la pena más común en nuestra región es la prisión preventiva. Ahora, con los códigos acusatorios estamos cambiando presos sin condena por condenados sin juicio, a través de la "plea bargaining". El 95% de las condenas en Estados Unidos se da de esa forma, que aquí se llama "juicio abreviado". El juicio por jurado norteamericano lo vemos por televisión, pero en la realidad es: o aceptas esto, o en el juicio te va a defender un abogado de pobres y vas a ver lo que te va a pasar.

Los jueces pueden hacer uno o dos juicios orales simples por semana. Con el "juicio abreviado", el plenario se convierte en una negociación de boliche: "te descuento tanto"; con una cuota de riesgo

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

de extorsión: "si no arreglás ahora que podés salir en seis meses, vas a tener que esperar un año para el juicio oral". Ese es el problema que tiene el acusatorio.

La única solución que veo es otra, que naturalmente no se va a hacer, que sería volver a Napoleón y jerarquizar infracciones. Napoleón diferenciaba crimen, delito y contravención, cada una con un procedimiento distinto. Si en Londres hurto una botella de gaseosa, no me llevan a un jurado en Old Bailey, sino a un juez unipersonal que me pone una multa a mí y también a cincuenta tipos en una mañana.

He visto juicios orales porque le sacaron la gorrita en la puerta de la cancha a una persona, como lo empujaron, es robo. La gorrita cuesta un dólar, ¿pero cuánto gasta el Estado en eso? Habría que hablar más del principio de oportunidad para dejar las cosas poco trascendentes afuera; degradar a contravención cuestiones como los hurtos menores, con un procedimiento sencillo. Y, después, un procedimiento más complejo para delitos de mediana gravedad y otro para los delitos más graves.

**¿Qué reflexión le merece que ciertos factores de poder, principalmente los medios de comunicación, hayan logrado instalar en parte de la opinión pública que la "doctrina Zaffaroni" es la fuente de todos los males en lo que hace al sistema penal?**

Los medios de comunicación tienen interés en el rating, responden también a los intereses del momento y, por sobre todas las cosas, son parte o comparten intereses comunes con las corporaciones internacionales. Estamos viviendo una etapa de colonialismo financiero. El objetivo en nuestro Sur es desmontar Estados, debilitarlos, tener Estados quebrados socialmente, caotizados, esta es la funcionalidad más amplia, en lo inmediato, el discurso vindicativo tiene éxito y, además, despertar el morbo también.

En todo el mundo hay ahora un ídolo que mantienen los medios de comunicación, y también los académicos, que es en la omnipotencia

“Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni”, pp. 344-362.

del poder punitivo. Todo lo que no gusta o que molesta lo va a resolver el poder punitivo. Puede resolver la corrupción, el lavado de dinero, la defraudación fiscal, las crisis financieras, el recalentamiento global, todo. Si el poder punitivo pudiera hacer todo eso, sería Dios. No lo es, es un ídolo de un material mucho más despreciable que el becerro de oro. Acaba haciendo un desastre y, a veces, se carga pueblos.

**¿Usted entiende que la estigmatización tiene que ver con que su teoría pone un freno a esto?**

Claro, incluso, no sé si tengo del todo una teoría propia, porque en definitiva, sostengo la vigencia de los principios y garantías del Derecho Penal liberal que están consagrados en nuestra Constitución. Lo que molesta no sé si es eso, sino que desenmascaro a los punitivistas e idólatras del poder punitivo, les demuestro que son mentirosos, que están movilizando sentimientos para embotar la razón y engañar a la gente. Les pongo de manifiesto que explotan los prejuicios más graves que hay en cualquier sociedad, de toda índole: racistas, clasistas, de género, etc. Se les suman los políticos irresponsables que quieren obtener votos fabricando en serie leyes penales. El modelo punitivo, lamentablemente, no resuelve los conflictos, en el mejor caso, satisface cierta pulsión vindicativa que no se puede evitar y cuelga el conflicto. Cuando una sociedad remite cada vez mayor número de conflictos al modelo punitivo, demuestra tener una creciente incapacidad para revolverlos y se va destruyendo como comunidad y verticalizando jerárquicamente. Que es lo que, por otra parte, buscan: verticalizarla en algún sentido hasta desarmarla. En América Latina se ven cosas terroríficas en esta materia.



## **ENTREVISTA A LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI<sup>1</sup>**

### **¿Por qué decidió estudiar Derecho?**

En el colegio secundario tuve una materia que, en aquella época, se llamaba “Educación Democrática”. El profesor era un abogado recién recibido, que hizo nacer en mí una vocación que no tenía hasta ese momento. No existían abogados en mi familia.

### **¿Cómo fue el inicio de su carrera académica-científica?**

Apenas recibida, me adscribí a la cátedra de Obligaciones. El profesor era muy exigente y aprendí que debía estudiar sin pausas y con profundidad cada tema que me atribuía para dictar alguna clase. Solo así iba a poder dar algún paso adelante.

### **¿Cuáles fueron los mayores obstáculos que tuvo que enfrentar en su carrera como jurista?**

Me recibí muy joven; la falta de madurez y experiencia implicó tener que redoblar los esfuerzos y golpearme contra la realidad.

---

1

La presente entrevista fue realizada, el 17 de octubre de 2023, por integrantes del Consejo de Redacción de Enlace Jurídico. La Dra. Kemelmajer de Carlucci es abogada y doctora en Derecho (Universidad de Mendoza). Doctora Honoris Causa de diversas universidades de Argentina, Perú y Francia. Profesora Emérita de la Universidad de Mendoza y de la Universidad Nacional de Cuyo. Miembro de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba. Académica Honoraria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Miembro de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la República Argentina (2011-2012). Ministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (1984-2010). Ex profesora Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo. Autora de numerosas obras, entre ellas: "La separación de hecho entre cónyuges", "La responsabilidad civil en el derecho de familia" y "El nuevo Derecho de Familia".

**¿Cómo era la enseñanza del Derecho en su época de estudiante y qué diferencias advierte respecto a la actualidad?**

Era una enseñanza muy teórica y memorista; rara vez se analizaba una sentencia. No obstante, tuve la suerte de tener muchos profesores que me enseñaron a pensar sobre la base de la existencia de un sistema y no de la mera yuxtaposición de artículos.

**Usted fue la primera mujer en ocupar el cargo de jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, ¿podría indicarnos cómo fueron sus primeros años como magistrada y si se le presentaron obstáculos vinculados a cuestiones de género?**

Llegué a la Corte de Mendoza en enero de 1984; ninguna mujer había ocupado ese cargo; también era muy joven (nacé en 1945). Creía que podía producir grandes cambios; al poco tiempo me di cuenta de que no solo necesitaba otros tres jueces para tomar decisiones mayoritarias (éramos 7), sino que debía luchar contra la burocracia de la llamada “segunda línea”, que es la que normalmente se resiste a los cambios. Ser mujer y joven no eran dos cualidades que se tomaran en serio por entonces; el lema era “esto siempre se hizo así”. Había que convencer a los burócratas de que esa no era la única respuesta correcta.

**El anteproyecto del Código Civil y Comercial contenía tres artículos referidos a la responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios y empleados públicos, sin embargo, debido a la ausencia de acuerdos políticos, no fueron plasmados en el Código, ¿qué valoración hace respecto a su exclusión? ¿Qué opinión le merece la Ley N° 26.944 sancionada en su lugar?**

Lamentablemente, el Poder Legislativo no entendió que hay pilares comunes a todo tipo de responsabilidad, sin perjuicio de que hay peculiaridades en la responsabilidad del Estado por actos lícitos. El

“Entrevista a Aída Kemelmajer de Carlucci”, pp. 364-370.

problema más grave de la Ley N° 26.944 es la de haber creado una pluralidad de regímenes sustanciales (cada provincia dicta su ley) sin advertir las desigualdades que esto puede generar. Claro está, si los hechos que se imputan al Estado configuran violaciones a Derechos Humanos, el problema se resuelve a través de los principios que surgen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero no siempre este es el caso.

**Durante este último tiempo, han crecido los casos en los que jueces y juezas admiten un triple vínculo filial, declarando inconstitucional el tercer párrafo del artículo 558 del Código Civil y Comercial, ¿usted considera acertada esta tendencia?**

En mi opinión no es necesario declarar inconstitucional la norma; basta inaplicarla si el caso lo justifica, como es en la mayoría de los supuestos en los que se ha admitido, normalmente, por aplicación directa de la Convención internacional de los Derechos del Niño.

**En el año 2023, la jueza de niñez, adolescencia, violencia familiar y de género de la 4ta nominación de la ciudad de Córdoba declaró la situación de adoptabilidad de una niña que nació luego de que la persona gestante solicitara la interrupción legal del embarazo en la semana 35. ¿Qué opinión merece dicha resolución?**

Lamentablemente, el sistema demoró tanto la interrupción del embarazo que, en definitiva, la intervención médica se convirtió en un adelantamiento del parto; dado que la persona nació viva, parecería que la solución respondió a las circunstancias del caso al momento de resolver. Insisto en que el problema residió en la demora en realizar la interrupción, como correspondía.

**A ocho años de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial ¿tiene alguna reflexión que desee compartir?**

“Entrevista a Aída Kemelmajer de Carlucci”, pp. 364-370.

Creo que más allá de las imperfecciones del código y de los cambios sociales producidos, en general, los jueces han aplicado adecuadamente la norma dando solución a los conflictos jurídicos de modo razonable.

**¿Considera que puede exigirse la efectivización del denominado “derecho al olvido” en el ordenamiento jurídico vigente? ¿Qué valoración le merece el fallo “Denegri”?**

Son “hard cases”. El derecho a la libre expresión debe ser altamente protegido en países que hemos sufrido gobiernos autoritarios, pero el juez debe atender a las circunstancias del caso muy cuidadosamente. En ese proceso había datos de interés público y otros, como sostuvo uno de los jueces de las instancias inferiores, que mantenerlos solo servían al morbo popular. Pero claro, trazar la línea divisoria no siempre es fácil.

**¿Cree que las llamadas “fake news” difundidas a través de las redes sociales pueden tener incidencia significativa en nuestro sistema democrático? ¿Sería necesario regular la cuestión a nivel legislativo?**

La censura previa está prohibida no solo por la Constitución Nacional, sino por el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Parecería que, en estos casos, la solución debe venir por la reparación de daños.

**¿Qué opina de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de protección del honor de las “personas públicas”, cuando dicha protección entra en conflicto con la libertad de expresión?**

La tesis norteamericana es correcta porque equilibra adecuadamente los derechos en juego; lo que no es correcto es la

“Entrevista a Aída Kemelmajer de Carlucci”, pp. 364-370.

aplicación que nuestra Corte hace de esa teoría. Prácticamente, para la Corte nunca hay conducta desaprensiva de ningún periodista, se pruebe lo que se pruebe. Más aún, en algunos casos la ha aplicado erróneamente a conflictos en los que estaba en juego el derecho a la intimidad, no el honor.

**Enrique Petracchi, al consultársele respecto a la ponderación de las circunstancias políticas al momento de fallar, expresó que se trata de un elemento valorativo más, añadiendo que “si el juez es un buen juez, debe tener olfato político en un sentido elevado”, ¿usted está de acuerdo con esta afirmación?**

El juez debe tener, como decía Morello, sentido de la “alta política judicial”, que no tiene identidad alguna con la política partidaria, sino con los altos fines del Estado.

**¿Existe la judicialización de la política o lo que algunos sectores identifican como tal es una ampliación de los límites al control por parte del Poder Judicial?**

Lamentablemente, hay algunos jueces que no mantienen independencia del poder político ni del poder económico; la población conoce solo a esos jueces; no a los jueces independientes y probos que nunca aparecen en las redes.

**¿Cuál es su opinión respecto a la ampliación del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación?**

Entiendo que nueve es el número equilibrado que no debió abandonarse.

**¿Considera que el cobro del impuesto a las ganancias a los integrantes del Poder Judicial afectaría la independencia de dicho Poder?**

“Entrevista a Aída Kemelmajer de Carlucci”, pp. 364-370.

La respuesta, en abstracto, es no. Así lo dijo la Corte Suprema de los EEUU cuando cambió su jurisprudencia hace ya muchos años. El problema en nuestro país es un fisco perseguidor de los enemigos; los jueces independientes tienen ese serio problema. Si las autoridades fiscales fuesen verdaderamente independientes y probas, no habría problema alguno.

**Desde “Ercolano c. Lanteri” hasta el presente, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado gran cantidad de sentencias en materia de “emergencia económica”, ¿cree que de allí puede extraerse una doctrina que otorgue seguridad jurídica frente a situaciones de excepción en materia económica? ¿Considera conveniente que en una eventual reforma constitucional se contemple expresamente la cuestión, en procura de establecer límites sustanciales al denominado “poder de policía de emergencia”?**

Este problema no es jurídico; es económico; mientras nuestra economía funcione mal, como hasta ahora, los jueces no tienen más remedio que adaptarse a la realidad. Hay que luchar por tener una moneda estable y organismos de control que funcionen.

**¿Cuál es su opinión respecto a la exigencia constitucional de un nuevo nombramiento para aquellos jueces que alcancen la edad de 75 años?**

Creo que el juez que cumple 75 años debería irse; pero hay que respetar el sistema constitucional y, si no es bueno, hay que cambiarlo.

**¿Sería constitucional que nuestro país reemplace íntegramente su moneda por la de otro país?**

“Entrevista a Aída Kemelmajer de Carlucci”, pp. 364-370.

Insisto que nuestro problema es económico; hay que recuperar el valor de la moneda argentina a través de una economía sustentable y, fundamentalmente, sin corrupción.

**A casi treinta años de la reforma constitucional de 1994, ¿qué críticas se le pueden hacer? ¿Cuáles son las grandes deudas con el proyecto del constituyente?**

En mi opinión, la reforma de 1994 fue un gran avance. El Poder Legislativo fue moroso en dictar muchas leyes y esto retrasó el proceso a una democracia más participativa. Uno de los males de nuestro país es la corrupción; sin una lucha seria contra este cáncer será difícil una democracia seria

**Finalmente, ¿qué consejo daría usted a quienes estudian Abogacía?**

Tengan fe en el Derecho. Hay que seguir luchando por el Derecho, que sigue siendo, pese a todo, la vía para evitar o como mínimo atenuar la violencia. Eso sí, luchen por un Derecho razonable, que solucione los verdaderos problemas jurídicos que aquejan a nuestra sociedad.



# Información de interés





## ¿CÓMO ENVÍO UN TRABAJO A LA REVISTA?

### • Convocatoria

La convocatoria de Enlace Jurídico es permanente, esto quiere decir que recibimos trabajos en cualquier momento del año. Sin embargo, el número en curso siempre cuenta con una fecha límite la cual es difundida a través de nuestras redes sociales. En caso de recibirse un trabajo luego de la fecha límite, no integrará el número en curso, pero será evaluado para su incorporación en los números sucesivos.

### • ¿Quiénes pueden publicar?

Pueden publicar estudiantes, graduados y docentes de cualquier casa de estudios. También podrán publicar no docentes de nuestra Facultad, en caso de que la obra trate alguna temática afín a la Revista.

### • Secciones

La revista cuenta con distintas secciones, ofreciendo amplitud de posibilidades para quienes quieran publicar. A saber:

- Artículos: trabajos de investigación o ensayos que aborden cualquier tema jurídico de interés académico.
- Comentarios de jurisprudencia: análisis de fallos recientes y/o casos emblemáticos para el mundo jurídico.
- Entrevistas: entrevistas realizadas a personalidades jurídicas nacionales e internacionales.
- Recensiones: reseña de una obra jurídica relevante para la comunidad académica, sea reciente o no.
- Ficción y derecho: abordaje jurídico de una obra de ficción literaria o audiovisual.

- Amalgama: cualquier producción (reflexiones, cuentos, poesías, etc.) que se encuentre vinculada -directa o indirectamente- con el Derecho.
- Traducciones: textos jurídicos relevantes para la comunidad académica que se hayan traducido al español.

#### • Pautas editoriales

Los trabajos deben cumplir con las pautas editoriales definidas por el Consejo de Redacción. Puede accederse a ellas solicitándolas al correo [enlacejuridico-der@unr.edu.ar](mailto:enlacejuridico-der@unr.edu.ar) o a través de nuestro sitio web: [enlacejuridico.unr.edu.ar](http://enlacejuridico.unr.edu.ar).

#### • Remisión de los trabajos

Los trabajos deben remitirse al correo electrónico de la Secretaría de Redacción ([enlacejuridico-der@unr.edu.ar](mailto:enlacejuridico-der@unr.edu.ar)) en dos formatos: archivos editables de procesadores de texto (Word, Libre Office, etc) y pdf. Separadamente, deberá adjuntarse un archivo editable de procesador de texto en donde se indique:

- Nombre y apellido del autor.
- Condición académica (estudiante, graduado o docente). Si fuera estudiante deberá indicar el año de ingreso a la carrera y el año del cursado regular en que se encuentra.
- Dirección de correo electrónico.
- Título del trabajo.
- Breve biografía del autor.
- Una dedicatoria o agradecimiento (máximo de 50 palabras), si así lo deseara.
- Recibido el trabajo, la Secretaría de Redacción acusará recibo del mismo.

### • Procedimiento de evaluación

El sistema adoptado por Enlace Jurídico es el de referato “doble ciego”. De ese modo, existe un trato anónimo entre autor y evaluador, dado que el autor desconoce quién lo evalúa y el evaluador la identidad del autor, hecho que garantiza más transparencia y objetividad al momento de evaluar.

Los trabajos de investigación y los comentarios de jurisprudencia serán asignados por la Secretaría de Redacción, bajo pseudónimo, a tres miembros del Consejo de Redacción con el fin de que lleven a cabo un dictamen. Las obras que correspondan a otras secciones de la Revista serán sometidas, directamente y bajo pseudónimo, a instancia del plenario editorial.

Mediante un dictamen escrito y fundado, los dictaminantes votarán, en el plazo de 30 días corridos desde que el trabajo les fuera asignado, a favor o en contra de su publicación. En caso de unanimidad en el resultado, el trabajo será aceptado o rechazado según corresponda. Si la decisión no fuese unánime, el trabajo será elevado a la consideración del Consejo para que decida sobre su publicación, a través de un plenario editorial.

En los dictámenes se evaluará el carácter inédito de la obra, que no incurra en plagio, que cumpla con los requisitos formales definidos en las pautas editoriales, el estilo, el interés jurídico, la originalidad, la sistematicidad y la razonabilidad. Emitido el dictamen, la Secretaría de Redacción se lo remitirá al autor del trabajo.

En caso de contar con dictamen favorable, el trabajo es remitido a dos miembros del Comité Asesor -conformado por docentes de nuestra Facultad- que, de no ofrecer reparos explícitos y fundados con la evaluación realizada, culminan con el proceso de evaluación, quedando el trabajo en condiciones de ser publicado.



## ¿CÓMO PARTICIPO DE LA REVISTA?

Si sos estudiante de grado de la Facultad de Derecho de la UNR y tenés ganas de realizar alguna actividad extracurricular en la que puedas discutir cuestiones jurídicas y estrechar vínculos con otros estudiantes, te invitamos a sumarte a Enlace Jurídico.

La vida de la Revista gira en torno a las asambleas, que son públicas. Las asambleas funcionan como punto de encuentro entre los integrantes y allí se resuelven las cuestiones más trascendentales en la confección de cada número de la revista. El día y hora en que se realizan es habitualmente comunicado a través de las redes sociales de Enlace Jurídico.

El tiempo y esfuerzo que le dediques a participar depende de tu interés y posibilidades. Teniendo en cuenta ello, podés limitar tu actividad a formar parte de las asambleas y ayudar con alguna actividad menor, o bien, en caso de cumplir con los requisitos de nuestro Estatuto, alcanzar el rol de Consejero de Redacción y participar en la confección de dictámenes y en la votación de los plenarios editoriales.

Si estás interesado en sumarte, podés contactarte a través de nuestras redes y medios de contacto:

- Correo electrónico: [enlacejuridico-der@unr.edu.ar](mailto:enlacejuridico-der@unr.edu.ar)
- Instagram: @revistaenlacejuridico
- Twitter - X: renlacejuridico

¡Te esperamos!



## **BECAS ESTÍMULO A LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA PARA ESTUDIANTES DE GRADO**

Desde el año 2016, la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario realiza anualmente la convocatoria al Programa “Becas de estímulo a la investigación científica para estudiantes de grado” (Resolución C.D. N° 577/16).

El propósito principal del Programa es promover la iniciación en la investigación científica y el entrenamiento del/de la becario/a en aspectos científicos y metodológicos para el estudio de un tema de interés, acompañada/o por un/a director/a, y, de ese modo, también fomentar el desarrollo de la ciencia del Derecho desde la formación de grado.

Los aspirantes a las becas deben reunir las siguientes condiciones:

- Ser estudiante regular de la carrera de Abogacía.
- Tener aprobadas al menos el 50% de las materias de la carrera.
- No haber sido beneficiaria/o de una beca en el marco del Programa más de una vez.

Cada año, el Decano de la FDER, a través de la Secretaría de Ciencia y Técnica, realiza el llamado a una nueva convocatoria para cubrir diez becas en el año próximo.

La postulación a la beca se hace a partir de formularios que a tal fin dispone la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho. Durante la Convocatoria, la Secretaría propone reuniones informativas y asiste a la/os interesada/os en la presentación de su postulación.

Las becas, otorgadas por concurso según el orden de mérito establecido por la Comisión Asesora convocada a tal fin, se extienden por doce meses desde su otorgamiento.

Con la asignación de la beca se otorga un incentivo económico anual, cuya suma es determinada por el Decano y se actualiza cada año. El incentivo económico se hace efectivo en dos cuotas: la primera al inicio de la beca y la segunda, tras la presentación del informe final, que debe entregarse un mes después de finalizada la beca.

Durante la ejecución de la beca, la/os becaria/os participan de un curso de metodología de la investigación que ofrece la Secretaría de forma gratuita.

La Secretaría recomienda que, a partir de lo expuesto en el informe final, la/os ex becaria/os escriban un artículo para ser publicado en la revista Enlace Jurídico o en la Revista de la Facultad de Derecho.

Para obtener más información sobre el Programa, escribir a [cyt-der@fder.unr.edu.ar](mailto:cyt-der@fder.unr.edu.ar).

