

VI Jornada de Jóvenes Investigadorxs
del Instituto *Ambrosio L. Gioja*

10 y 11 de Noviembre de 2020, Facultad de Derecho
de la Universidad de Buenos Aires

VI Jornadas de Jóvenes Investigadorxs del Instituto Gioja

Eje Derecho y sociedad: estudios empíricos de los fenómenos jurídicos.

Violeta Danzinger, “Sobre las estrategias de escritura de la asesoría jurídica Horacio Rojo: un acercamiento a las prácticas burocráticas dentro del Penal de Devoto”

María Cristina Pérez Venegas, “Posibles implicaciones de la ética del cuidado en la fundamentación del Estado Social”

María Paula Santofimio Díaz, “Las garantías de no repetición entre la percepción de ineficacia y la de impunidad: un estudio derivado de entrevistas semiestructuradas a víctimas del conflicto armado colombiano y de un análisis a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos”

Izabela Zonato Villas Boas y Leticia Moreira Graça, “Refugiados víctimas do tráfico de pessoas: uma análise sóciolegal e filosófica sob o ponto de vista da condição humana arendtiana”

Eje Biopolítica, Necropolítica y Gubernamentalidad: Intersecciones entre Derecho, Poder y Violencias

María Belén Arribalzaga, “La cis- masculinidad adolescente como factor específico de riesgo en contextos vulnerados”

Martín Hernán Di Marco, Elizabeth Talarico y Martina Fernández, “La dimensión subjetiva del patriarcado: nociones sobre las mujeres de varones que cometieron femicidio íntimo”

Andrea Fernanda Schuster, “Derechos de niños, niñas y adolescentes en casos de escraches sobre violencia de género; un análisis desde el derecho a la libertad de expresión”

Gabriel Agustín Vera, “Violencia institucional: una aproximación al incumplimiento de la garantía de imparcialidad y debido proceso legal en las sentencias judiciales”

Eje Derecho de las Familias

Ignacio Josué Arrossagaray, “La mediación transfronteriza en los casos de restitución internacional de niños atravesados por cuestiones penales”

Mariana Paola Cendoya, “Construyendo un puente a la diversidad familiar”

María Martina Salituri Amezcua y Esteban Marmeto, “Investigar con perspectiva de género(s): la experiencia del observatorio de derechos de niñas, niños y adolescentes de la UNICEN”

Eje Derecho a la Educación, Enseñanza, Políticas y Experiencias

Guadalupe Bustos y Micaela Valderrey, “Los Derechos Humanos y la perspectiva de género en abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas”

Denisse Sara Derenovsky, “El derecho a la educación de los titulares del Programa Hacemos Futuro (ex- Argentina Trabaja) en el Gran San Miguel de Tucumán: la educación del ciudadano versus la educación del trabajador”

Issac Roberto Martínez Barraza y Lizbeth Arianne Neri Cabrera, “Entre los Derechos y el Neoliberalismo: Una mirada crítica a la educación artística a distancia en la UnADM”

Eje Nuevos Paradigmas del Derecho Privado en Latinoamérica

Fernando Exequiel Barrionuevo, “Responsabilidad civil y daño ambiental. Intersección a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación”.

Guillermo A. Belcastro Bäcker, “Derecho de la salud y sus múltiples actores. Más allá de la obligación”

Denise Etchepare, “La mediación como prevención de conflictos”

Juan Cruz López Guillermón, “Ética y moral en IA: discriminación algorítmica”

Richard Quispe Salazar, “Teoría de la imprevisión como principio de justicia en latinoamérica”.

Eje Derechos Sociales y Políticas Públicas

Gutiérrez Vargas María y Leiva María, “El test de razonabilidad y la teoría del contenido esencial: un análisis del fallo Grootboom”

Marianella Marcucci Vargas, José Igerio Orozco y Kelly Aristizábal, “Evolución del empleo con apoyo como estrategia de inclusión laboral para la población con discapacidad cognitiva en Colombia”

Camila Wanda Landeyro, “Políticas de seguridad social en el contexto del Covid19: El acceso de la población migrante al IFE”.

Mariana Martínez Jiménez, Juan José Fuentes Fernández y Kelly Viviana Aristizábal Gómez, “Las aplicaciones de domicilios en Colombia: ¿economía colaborativa o contrato realidad?”

Fabio Molina Hernández, “Políticas Públicas y Derechos Sociales en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo: más allá del horizonte judicial”

Orlando Rodríguez Buenahora y Kelly Viviana Aristizábal Gómez, “Alcance jurídico del derecho a la desconexión laboral en Colombia: un reto en tiempos de COVID-19”

Eilen Carolina Ruiz Vargas, Paola Andrea Castillo Jaraba, Victoria Andrea Blanquiceth Ulloa y Kelly Viviana Aristizábal Gómez, "El teletrabajo en Colombia: Un análisis a las garantías y riesgos laborales del teletrabajador en tiempos de COVID 19”

Eje Política Comparada en América Latina

José Duarte Neto, Laura Rizzo y Rudson Coutinho Da Silva, “Decisões liminares monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade”

Simón Fernando Rougés, “El ciclo de desconstitucionalización y su relación con la introducción de la reelección presidencial en la experiencia institucional Argentina”

*Eje Derecho y sociedad:
estudios empíricos de los
fenómenos jurídicos.*

Coordinan: Angie Ramallo y Camila Fernández
Meijide

IV JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Violeta Danziger - Facultad de Filosofía y Letras (UBA) violedanziger@hotmail.com

Licenciada en Ciencias Antropológicas

Tesis de licenciatura

Directora Dra. Natalia Ojeda

Eje temático: "Antropología jurídica ámbito penitenciario"

SOBRE LAS ESTRATEGIAS DE ESCRITURA DE LA ASESORÍA JURÍDICA HORACIO

ROJO: UN ACERCAMIENTO A LAS PRÁCTICAS BUROCRÁTICAS DENTRO DEL

PENAL DE DEVOTO

ASESORÍA JURÍDICA-BUROCRACIAS LEGALES- ESTRATEGIAS JUDICIALES

RESUMEN DEL TRABAJO

El Complejo Penitenciario Federal de Villa Devoto es la única unidad penitenciaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En convenio con esta institución, la Universidad de Buenos Aires (UBA) cuenta con un Centro Universitario donde se dictan carreras de grado y diferentes talleres de extensión extracurricular. Dentro del marco del Centro Universitario Devoto (CUD), funciona la Asesoría Jurídica del penal.

La Asesoría Jurídica "Horacio Adolfo Rojo" es una organización administrativa de asistencia en materia legal para los presos de la unidad penitenciaria. La misma se encuentra conformada por un grupo de estudiantes internos avanzados de la carrera de Derecho, los cuales brindan a través de esta oficina herramientas para aquellos que soliciten ayuda en materia penal. Considerando que todo sujeto privado de su libertad ambulatoria debe tener sus derechos constitucionales respetados y garantizados, entendemos que la realidad de los mismos difiere actualmente de dicha afirmación. Mediante registros observacionales realizados dentro del penal, pude observar que, de una población total de aproximadamente 1700 personas, más del 40 por ciento acude a la asesoría de manera esporádica.

En este trabajo propongo hacer un análisis buscando comprender cuál es el rol de la Asesoría Jurídica dentro del Penal de Devoto, observando el funcionamiento de esta oficina, así como los entramados sociales que la atraviesan. Busco delimitar y explicar cómo dicho trabajo se articula dentro de las prácticas burocráticas de la institución penal. A partir de esto,

analizaré las diferentes *estrategias*, utilizadas por los asesores identificando nuevas formas de codificación del lenguaje legal apropiadas por los diferentes actores.

Los asesores desarrollan diferentes estrategias de escritura a la hora de formular los escritos y enviarlos a los juzgados con la intención de que sean recibidos y atendidos por los mismos. Según comentan, el hecho de que un escrito provenga de la cárcel conlleva un prejuicio por parte de las instituciones y las personas que manejan las burocracias legales que se encuentran por fuera de la misma. En este sentido, los asesores desarrollan diferentes estrategias para llamar la atención y que los juzgados no desechen los escritos apenas los reciben.

I. SOBRE LAS ESTRATEGIAS DE ESCRITURA

Los asesores desarrollan diferentes *estrategias* de escritura a la hora de formular los escritos y enviarlos a los juzgados con la intención de que sean recibidos y atendidos por los mismos. Según comentan, el hecho de que un escrito provenga de la cárcel conlleva un prejuicio por parte de las instituciones y las personas que manejan las *burocracias legales* que se encuentran por fuera de la misma. En este sentido, los asesores desarrollan diferentes *estrategias* para llamar la atención y que los juzgados no desechen los escritos apenas los reciben.

La primer *estrategia* consiste en poder resaltar en los escritos y en cada causa la relación que existe entre el tipo de delito cometido por el acusado y su calificación plasmada en las “conductas y conceptos” emitidas por el SPF. Hay que poder “atacar esos puntos”¹ comenta Miguel (2018), y así poder obtener lo que se busca:

Hay que prever y apuntar lo que pueda llegar a decir el SPF con el tiempo en relación a esa causa, tiene que ser un oficio claro. Hay que tener en cuenta para la libertad condicional y la transitoria qué fue lo que no sucedió hasta el momento, teniendo en cuenta lo que el imputado solicitó, con el fin de resaltar una situación en particular. Remarcar las cosas favorables para que los juzgados las tomen en cuenta, la ley pide que la persona pueda comprender la ley. Se busca poner en relación lo que dice el SPF en relación al detenido, se busca invertir la cara de la moneda con el Consejo Correccional, con el cuerpo interdisciplinario.

Existe una continua relación entre las “conductas y conceptos” que emite el SPF y lo que los juzgados terminan sentenciando, entonces lo que suele hacer la asesoría es acudir a

¹ Miguel define el término “atacar” en relación a la existencia de una confrontación de elementos jurídicos que se combinan en el mundo del derecho, donde “uno suele optar por uno de ellos”.

reconocer todo lo que hizo el imputado y que muchas veces no se ve plasmado en las “conductas y conceptos”. Por ejemplo, si el SPF dice que la persona tiene malas referencias en lo que hace al concepto psicológico, se busca mencionar en los oficios que el imputado solicitó muchas veces asistencia psicológica pero nunca le fue otorgada. Se busca indagar sobre la persona, cómo es la persona, cuánto tiempo estuvo detenido, cómo se puede gestionar la libertad transitoria para que vaya adaptándose al *afuera*. “Dependiendo de qué se trate el escrito es lo que haya que atacar” (Miguel), se trabaja con salidas condicionales, asistidas, transitorias, avance en el tratamiento para obtener una libertad condicional.

La segunda *estrategia* tiene que ver con poner el logo de la asesoría en los oficios que son enviados. Según los asesores es una “estrategia de merchandising”, hay ciertos jueces que muchas veces le prestan atención al logo y le dan un reconocimiento por venir del penal. El logo es para llamar la atención, “no es lo mismo ver un escrito por derecho propio que esté en blanco que no lo esté, el loguito ayuda a llamar la atención” (Diego).

La tercer *estrategia* consiste en tratar de visibilizar la escritura, darle relevancia, saber destacar qué es lo más importante, tomar relevancia en los puntos donde se puede llegar a estar más flojo, a la hora de escribir oficios se busca perfeccionar estos aspectos. Muchos abogados apuntan a un tecnicismo más complejo:

Capaz el defensor oficial no conoce estas internas, lo que pasa entre nosotros y el juez, en cómo evalúa el SPF, los escritos desarrollados por la oficina tienden más a comprender cuales son los problemas que presentan cada caso y no tanto a desarrollar un montón de artículos de derecho (Diego).

Por último se busca que el escrito esté bien presentado, sin errores de ortografía, buscan ser cuidadosos con las formas de escritura “eso es algo que a la vista ya llama la atención” (Ariel). Existe una diferencia entre el trabajo que puede llevar a cabo un defensor oficial o un abogado privado y el trabajo realizado por los asesores, según comenta Miguel:

Quizás el defensor oficial ya evaluó en relación a lo que dicen los criminólogos del Servicio Social. Nosotros intentamos destacar lo que la persona buscó, cuantas veces lo atendieron, destacar las áreas que no cumplieron, la conformación de las planillas, lograr la representación del otro como sujeto.

Los asesores buscan entonces destacar de forma más visibilizada los logros alcanzados por los internos. La cuarta y última *estrategia* consiste en conocer cómo trabaja cada uno de los jueces a través de la emisión de los diferentes escritos y la resolución que los mismos envían de estos. Retomando lo comentado por los asesores en relación al trabajo con cada uno de los Juzgados de Ejecución Penal en lo Criminal de Capital Federal, el juez del Juzgado N1 es

discípulo del N3, del Juzgado N2 no tienen fallos. El juez del Juzgado de Ejecución Penal N3, se basa para emitir las sentencias en los informes que emita el Consejo Correccional. El juez del Juzgado de Ejecución Penal N4 suele ser muy personalista, esto quiere decir que toma en cuenta los antecedentes del imputado en cuestión.

La jueza del Juzgado N5 reclamó varias veces porque nadie tenía un informe positivo del SPF, a través de fallos fue solicitando otros informes en vez de hacer una simple aceptación de los mismos, los critica y cuestiona directamente, eso se conoció a través de los mismos fallos. El funcionamiento de cada juzgado se va viendo más que nada en la práctica. Según comenta Miguel existen ideas preconcebidas por parte de los jueces sobre personas que ya saben que van a incumplir. Juzgamientos personalistas sobre reincidentes: “a través de la práctica lo vas comprendiendo, hay algo que los juzgados ya saben y van a utilizar, a seguir utilizando esa información”. Este conocimiento que los asesores obtienen a partir de la práctica se convierte en espera a la hora de que cada juez haga su sentencia. La espera, escribe Pierre Bourdieu en *Meditaciones pascalianas*, “es una de las formas privilegiadas de experimentar los efectos del poder, hacer esperar a la gente... demorar sin destruir la esperanza... suspender sin decepcionar totalmente son, partes integrales del funcionamiento de la dominación” (Auyero, 2009, p 1). En este sentido, los asesores esperan que cada juzgado sentencie según los criterios ponderados por cada juez.

Estos indicadores registrados por los asesores sirven para saber qué se les puede presentar a cada juez, “tener esta información en cuenta sirve para ver si vas a tener que ir a casación o no”, Diego remarca que el hecho de que una persona se vaya con el agotamiento de la pena significa que fracasó el tratamiento, se apunta a que la persona pueda acceder a las salidas transitorias y condicionales. El programa del tratamiento es individual pero en realidad está lejos de serlo, hay una planilla estándar emitida por el SPF que funciona para todos por igual, comenta el asesor.

II. ESCRITOS Y JUZGADOS

En este apartado, siguiendo lo trabajado en el capítulo anterior, se analizará la relación que los sujetos desarrollan con el mundo del derecho que se encuentra por fuera de los límites carcelarios. Describiendo y analizando las prácticas que desarrollan los sujetos hasta llegar a convertirse en agentes *profesionalizados*. Se identificarán algunos de los escritos que fueron enviados por la asesoría a los cinco Juzgados Nacionales de Ejecución Penal en lo Criminal de Capital Federal, dependientes de la Cámara Nacional de Casación Penal. Teniendo en cuenta algunos de los indicadores que fueron identificados por los asesores anteriormente, como ser

las *estrategias* de escritura así como también la utilización de la Ley 24.660 en la formulación de los escritos. En esta instancia la intención no es formular estadísticas generalizantes, sino poder utilizar estos oficios con el fin de comprender en qué consiste la formulación de los mismos y el circuito que realizan en relación a los juzgados que se encuentran *afuera* del penal. Así como también este apartado tiene la función de servir de insumo de información para la misma asesoría. En una de las entrevistas realizadas a los asesores se charló sobre qué les podría servir de la formulación de esta tesis para el trabajo que ellos realizan, en esta entrevista Miguel comentó que lo que serviría es que sistematizara cómo había sido la respuesta de los diferentes juzgados a los escritos que ellos estuvieron enviando. Debido a la falta de resoluciones que ingresan a la oficina, esta sistematización se reducirá a analizar cuales son los criterios que los asesores consideran pertinentes en la formulación de escritos, así como también cual es el concepto que tienen de cada uno de los juzgados y cómo este concepto influye en la formulación de los mismos.

II. A. Escritos enviados a los juzgados y análisis de los mismos

El análisis estará centrado especialmente en los escritos que fueron enviados entre los años 2016, 2017 y 2018. Los escritos llegan sí o sí a los Juzgados Nacionales con la firma del defensor público o privado. Primero los escritos se envían a los juzgados, luego a los defensores y una vez que ellos firmaron vuelven a los juzgados. Las resoluciones emitidas por los juzgados muchas veces no ingresan al penal, por lo tanto no las tienen archivadas, “muchos se van y ya no vuelven, por eso no se sabe cuales fueron las resoluciones, te das cuenta porque no volvieron más” (Miguel), es por esto que se procedió, en esta instancia, por tomar en cuenta los escritos emitidos por la oficina. Según comenta este asesor, la “libertad” consiste en un proceso de ir luchando poco a poco hasta ganar la totalidad del proceso, en este sentido, las libertades no se otorgan solas, se dan por pedidos de parte, tienen que lucharse hasta que salgan. Lo que se solicita con mayor frecuencia en estos escritos son las libertades transitorias, condicionales y asistidas. Las libertades transitorias son otorgadas con el propósito de afianzar lazos familiares o sociales, cursar estudios y asistir a un programa específico de pre-libertad. Las libertades condicionales se otorgan en el último período del Sistema Progresivo Penitenciario, consisten en la reinserción social del interno. La libertad asistida permite el egreso anticipado del interno, con la reforma de la ley, tres meses antes del agotamiento de la pena². Estos escritos son los que suelen solicitarse con mayor frecuencia utilizando el recurso de “conductas y conceptos”

2 Fuente utilizada: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/i/index-1.htm>

mencionados anteriormente por los asesores, también se suelen pedir asistencias médicas. Se utiliza el estímulo educativo, mencionar si el interno está estudiando, para poder llegar a obtener la libertad condicional o transitoria.

JUZGADO NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL Nro 1



CENTRO UNIVERSITARIO
DEVOTO
ASESORIA JURIDICA
GRATUITA

DEDUCE INCIDENTE DE EJECUCION

SOLICITA LIBERTAD CONDICIONAL

JUZGADO NACIONAL DE EJECUCION PENAL N° 1

SR. JUEZ:

HECTOR [REDACTED] alojado en el Complejo Penitenciario Federal, con legajo de ejecución n° 149.167 que se tramita ante vuestros estrados, me presento ante V.S por derecho propio y como mejor proceda manifiesto:

I.- OBJETO

Que vengo por intermedio del presente a deducir incidente de ejecución, en función del art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación, y a solicitar se me incorpore a la libertad condicional, conforme lo dispuesto en el arts. 13 del Código Penal de la Nación y art. 28 de la ley 24.660 por las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación expongo:

II.- FUNDAMENTOS

Que el pasado 14 de Septiembre del año 2.016, esta magistratura resolvió, no hacer lugar a mi pedido de ser incorporado al cumplimiento de pena mediante la libertad condicional, toda vez que tanto la Administración Penitenciaria como el Consejo Correccional del establecimiento que me encuentro alojado se expidió de forma desfavorable.

Habida cuenta de ello, V.S ordeno que se verifique mi Programa de Tratamiento Individual (PTI) y se requiera que realice un tratamiento de de rehabilitación de drogas. Acto seguido solicite a las autoridades penitenciarias que se me brinde dicho tratamiento, no obstante el mismo no se otorga en este establecimiento y al ser entrevistado por la Psicóloga a cargo del

pabellón que me encuentro alojado, la misma refirió que no necesitaba dicho tratamiento, toda vez que desde la resolución de V.S y a lo largo de varios meses, se me realizaron análisis de orina y sangre para comprobar si efectivamente consumía estupefacientes, dando en todos los casos resultado negativo.

Respecto a ello no quita la posibilidad de que V.S ordene que realice un tratamiento de esta índole, en un local en el medio libre, tal cual dispone el art. 13 inc. 2 del Código Penal, por lo que la carencia de la realización de este tratamiento o el comienzo del mismo su falta de necesidad tal cual refirió la Licenciada en Psicología a cargo de este Modulo, asimismo durante varios meses se me han realizado varios análisis de sangre y orina, dando en todos casos negativo en consumo de estupefacientes. Sumado a ello debo destacar que de entenderlo necesario la realización de un tratamiento de esta índole, el art. 13 inc. 2 del Código Penal, establece como condición para la incorporación a la mentada modalidad alternativa de cumplimiento de pena, la realización de tratamientos de rehabilitación de drogas, por lo que la no realización del mismo, no es óbice para la negativa, toda vez que el mismo puede ser realizado durante la libertad condicional.

Por otra parte debo destacar que en Septiembre del año 2.015 he sido incorporado a la fase de confianza del Régimen de la Progresividad Penitenciaria, sin tener retroceso alguno respecto de la misma, manteniendo en todo caso concepto bueno seis (6) y conducta ejemplar diez (10) dato que toma real relevancia al tener en cuenta la observancia regular de los reglamentos carcelarios, de lo que se denota mi acatamiento de la disciplina y por otra parte mi cumplimiento con los objetivos y la evolución que he tenido durante el tratamiento, como se denota de mi nota conceptual, parámetro objetivo para la incorporación a los distintas modalidades alternativas de ejecución penal (conf. arts. 101 y 104 de la ley 24.660). Resultando así que tal cual emana del informe penitenciario he cumplimentado con las tres (3) áreas obligatorias del tratamiento y cumplido con regularidad con las mismas, como lo son la educación, el trabajo y la disciplina.

Amén de ello a la hora de su negativa, haciendo suyos los argumentos vertidos por la Sección Asistencia Social, se destaco la falta de contención por parte de mi concubina, toda vez que esta afirma que no suelo encontrarme en mi domicilio, por lo que no podía ser tomada como un referente solido, para mi egreso y que como consecuencia de ello había modificado a la misma poco tiempo antes de la remisión del informe penitenciario.

Por ello a lo largo de estos meses, he encontrado contención en los abuelos de mis hijos, domicilio en el cual usufructo visitas extraordinarias en virtud del art. 166 de la ley 24.660, tal cual ordeno V.S, siendo que en el marco de dichas salidas y conversaciones que he tenido con

los mismos, me han asegurado que me recibirían a la hora de mi egreso y me acompañarían a lo largo del tiempo que sea necesario, para lograr consolidar mi familia con mis hijos, independientemente de que continúe mi relación con mi concubina o no, sobre todo habida cuenta que actualmente he solicitado ser trasladado al Hospital Gutiérrez, por la internación de mi hijo menor de seis (6) meses de edad. Ellos me conocen desde hace muchos años, conocen mi historia, los problemas que tuve a lo largo de mi vida, y los males que me llevaron a encontrarme en donde me encuentro ahora, por ello como padre de sus nietos quieren que este junto a ellos, para que finalmente puedan tener un padre.

Respecto de la carencia de oficios o hábitos laborales, debo destacar que a lo largo de todos estos años he trabajado asiduamente y con regularidad tanto en el Taller de Armado de Bolsas de Madera y como Fajinero de Modulo, y hace varios meses que vengo solicitando se me asigne a un taller extramuros, como jardinería, carpintería, sastrería, sin embargo dicho cambio de tareas no se ha efectivizado, y a la fecha continuo desempeñando tareas de limpieza en el establecimiento que me encuentro alojado.

Extraño resulta que pese a todas las cuestiones negativas destacadas por el Consejo Correccional, allá alcanzado los guarismos de concepto que ostento y sobre todo allá avanzado hasta la última fase del periodo de tratamiento, y no obstante mi pronóstico de reinserción social sea desfavorable, ello por cuanto que en mi primer calificación en Diciembre de 2.014 fui calificado con Concepto regular cuatro (4) transitando la fase de socialización y ha Septiembre de 2.015 avance dos (2) puntos de Concepto y cumplimente con los objetivos de la fase de consolidación y confianza.

Por último respecto a que el Consejo Correccional me ha considerado analfabeto, lo cierto es que durante estos más de cuatro (4) años he concurrido con asiduidad al colegio, habiendo cursado y aprobado el Primer nivel del tercer ciclo y avanzado al Segundo nivel del mismo, por lo que aun pese a mi analfabetismo siempre he buscado superarme y mejorar en lo académico durante mi detención.

Es en razón de lo expuesto, que solicito a V.S se me incorpore a la libertad condicional, determinando las reglas de conducta que considere adecuadas, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 13 del Código Penal de la Nación y art. 28 de la ley 24.660.

III.- PETITORIO

Por todo lo expuesto es que solicito a V.S:

- Se tenga por presentado *in pauperis formae*.
- Se conceda lo peticionado.

- Se requieran los informes de peritos a la administración penitenciaria.
- Se de vista a la defensa técnica con el fin de que sostenga, amplíe y/o mejore el presente.
- Se me notifique de lo resuelto por V.S a mi lugar de alojamiento mediante cedula de estilo.

PROVEER DE CONFORMIDAD
SERA JUSTICIA

HECTOR XXXXXXXXXX

Teniendo en cuenta que la mayoría de las solicitudes que realiza la oficina son las libertades condicionales, asistidas y transitorias, podemos observar que en todos los escritos aquí presentados lo primero que aparece es la utilización del logo de la asesoría. Este aparece en la primer página, arriba a la izquierda, simbolizado por un reloj de arena. Del lado derecho aparece el escrito “Centro Universitario Devoto, Asesoría Jurídica Gratuita Dr. Horacio Adolfo Rojo”. La utilización del logo es una de las estrategias que utiliza la oficina para darle cierta valorización a la asesoría y promocionarse. Podemos ver que en todos los escritos presentados aparece la voz del solicitante en primera persona, esto ocurre de igual manera con los escritos que son presentados por los abogados oficiales o privados.

También se busca resaltar como mencionaron los asesores “las cosas favorables, los logros alcanzados por los internos”, todo lo que el imputado realizó para mejorar su situación. Esto puede verse reflejado en el escrito correspondiente al juzgado N1: “ Habida cuenta de ello, V.S ordeno que se verifique mi Programa de Tratamiento Individual (PTI) y se requiera que realice un tratamiento de de rehabilitación de drogas. Acto seguido solicite a las autoridades penitenciarias que se me brinde dicho tratamiento, no obstante el mismo no se otorga en este establecimiento y al ser entrevistado por la Psicóloga a cargo del pabellón que me encuentro alojado, la misma refirió que no necesitaba dicho tratamiento A, toda vez que desde la resolución de V.S y a lo largo de varios meses, se me realizaron análisis de orina y sangre para comprobar si efectivamente consumía estupefacientes, dando en todos los casos resultado negativo”...” Respecto de la carencia de oficios o hábitos laborales, debo destacar que a lo largo de todos estos años he trabajado asiduamente y con regularidad tanto en el Taller de Armado de Bolsas de Madera y como Fajinero de Módulo, y hace varios meses que vengo solicitando se me asigne a un taller extramuros, como jardinería, carpintería, sastrería, sin embargo dicho cambio de tareas no se ha efectivizado, y a la fecha continuo desempeñando tareas de limpieza en el establecimiento que me encuentro alojado”.

JUZGADO NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL Nro 3



CENTRO UNIVERSITARIO
DEVOTO
ASESORIA JURIDICA
GRATUITA

DEDUCE INCIDENTE DE EJECUCIÓN

SOLICITA LIBERTAD CONDICIONAL-SE REQUIERAN INFORMES
PENITENCIARIOS

JUZGADO NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL N° 3

SR. JUEZ DE EJECUCIÓN:

██████████ ██████████, alojado en el Complejo Penitenciario Federal de la CABA, con legajo 158.933 que se tramita ante vuestros estrados, me presento ante V.S por derecho propio y como mejor proceda manifiesto:

I.- OBJETO

Que vengo por intermedio del presente, a deducir incidente de ejecución en función del art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación, y a solicitar se me conceda la libertad condicional conforme lo dispuesto en el art. 13 del Código Penal de la Nación, por las consideraciones que a continuación expongo.

Asimismo solicito a V.S requiera los informes del art. 13 del Código Penal respecto de mi Legajo Personal (260.270/C) y que los mismos en caso de ser negativos, sean revisados antes de su resolución por el Cuerpo Médico Forense de la Defensoría General de la Nación.

II.- FUNDAMENTOS

Que he sido oportunamente condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 22, en las causas 4798/4760 a la pena siete (7) años y seis (6) meses de prisión, encontrándome detenido desde seis (6) años. Superando un (1) año los tiempos mínimos de ejecución dispuestos en el art. 13 del Código Penal.

Ahora bien, dable es de señalar que como consecuencia de las modificaciones legislativas realizadas en el año 1994 por efecto de la reforma constitucional, es que el requisito temporal de la libertad condicional, obedece a fines preventivo especiales, siendo así que los

tiempos mínimos de ejecución estipulados por el legislador, es aquel necesario para asegurar los fines preventivo generales y de esta forma resguardar la validez de la norma mediante la imposición del castigo y por otra parte intentar recuperar al condenado en la sociedad.

En este contexto el art. 1 de la ley 24.660 vela que el fin de la ejecución penal es la reinserción social del condenado, a la cual se llegara mediante el avance dentro de los regímenes de la progresividad dispuesto en la ley de ejecución penal (conf. art. 6 de la ley 24.660), circunstancia que no ha sido modificada por la reforma a dicha legislación realizada mediante la ley 27.375.

De esta forma, La norma jurídica nos presenta un requisito cualitativo el cual guarda relación respecto del éxito del tratamiento resocializador realizado intramuros y de la ponderación que la autoridad administrativa realiza al respecto, y por otra parte el cumplimiento de determinado tiempo en detención, **el cual se encuentra holgadamente superado, debido a que me faltan solamente cinco (5) meses para agotar dicha pena.**

En cuanto al primero de ellos, el art. 13 del C.P dispone que se debe hacer real hincapié en la observancia regular de los reglamentos carcelarios por un lado, al igual que la confección de informes por parte de la autoridad de ejecución, a los efectos de dilucidar conforme la evaluación realizada durante la detención de la mayor o menor posibilidad de reinserción social del condenado. En concordancia a ello el art. 28 de la ley de ejecución pone en cabeza del Órgano Técnico Criminológico del establecimiento el relevamiento del tratamiento.

Aunando en ello la norma no es clara respecto a que implican los reglamentos carcelarios, circunstancia que ha sido salvaguardada por la jurisprudencia al interpretar el texto legal³, entendiendo así que los mismos versan en orden del cumplimiento de las normas que hacen a la disciplina intramuros, así como también al cumplimiento y compromiso con el Programa de Tratamiento Individual que se le fije al condenado a lo largo de su detención.

Esta última salvedad toma real relevancia dado que genera un desprendimiento del hecho ilícito por el cual ha sido detenido el condenado, haciendo hincapié solamente en su comportamiento intramuros, no pudiendo sostenerse en circunstancias que se basen en la peligrosidad por la naturaleza del reproche jurídico que motivo el encierro carcelario, siendo así que lo único que se debe ponderar es el éxito del tratamiento resocializador, conquista que no se verá reflejada hasta tanto no se incorpore al condenado a los distintos regímenes de soltura anticipada presentes en la legislación vigente.

³ CNCP, SALA II CAUSA N° 367 Tobares, Gustavo A. Reg. N° 822.

En este sentido, he sido incorporado al Régimen de Condenados, encontrándome actualmente en la Fase de Socialización del Régimen de la Progresividad Penitenciaria, con Conducta Ejemplar Diez (10) y Concepto Bueno Cinco (5).

Asimismo, debo destacar que como bien conoce V.S, presento un delicado cuadro de salud, como surge de la negativa de esta magistratura de acceder a un arresto domiciliario, dado que no niega mis padecimientos, solo afirma que los mismos pueden ser tratados en este ámbito, lo que me ha dificultado realizar actividades académicas con regularidad, pero durante estos años de prisión me he apersonado siempre a la sección educación aunque no he podido avanzar de año.

En orden al tratamiento penitenciario, he desempeñado tareas laborales también con complicaciones pero al resultar una labor de baja actividad física he intentado siempre que mi salud me lo permitió apersonarme a dicho taller.

Tomando como eje las obligaciones principales estipuladas en el art. 5 de la ley 24.660, se denota a las claras que me encuentro cumpliendo las mismas, como así también la dispuesta por el art. 133 del mismo cuerpo legal.

En cuanto al requisito temporal reza el art. 13 del Código Penal: “... *el condenado... a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios... podrán obtener la libertad por resolución judicial...*”, en este marco y tal cual se ha manifestado precedentemente, me encontrare temporalmente habilitado para acceder a la libertad condicional **plazo que supero en un año.**

La norma nos presenta dos clases de requisitos para la procedencia de la libertad condicional, tanto de carácter positivo y negativo, estos últimos implican las excepciones para la incorporación a la libertad condicional, por lo que para su fundamento resulta necesario la ausencia de las circunstancias presentes en los arts. 14 y 17 del Código Penal de la Nación, normativa que no resulta aplicable a mi caso en concreto, toda vez que no he sido declarado reincidente, y la misma no ha sido revocada en ninguna oportunidad.

En otra banda el Decreto reglamentario 396/99, estipula que las tramitaciones del pedido de libertad condicional, deben darse comienzo cuarenta y cinco (45) días antes del plazo de las 2/3 partes presente en el Código Penal de la Nación, plazo que entiendo debe dársele mayor celeridad a consecuencia de encontrarme superando en un (1) año el tiempo mínimo de ejecución.

En razón de los argumentos vertidos en el presente, es que solicito se forme el correspondiente incidente de ejecución de forma urgente, conforme lo dispuesto en el art. 13 del Código Penal de la Nación.

III.- PETITORIO

Por todo lo expuesto es que solicito a V.S:

- Se tenga por presentado *in pauperis formae*.
- Se conceda lo peticionado.
- Se de vista a la defensa técnica a los efectos de que sostenga, amplíe y/o mejore el presente.
- Se me notifique de lo resuelto por V.S a mi lugar de alojamiento.

**PROVEER DE CONFORMIDAD
SERA JUSTICIA**

PABLO ALEJANDRO [REDACTED]

La utilización de la Ley 24.660 es otro de los recursos mayormente utilizados en la formulación de los diferentes escritos, para todo lo que se relacione con la libertad, esta ley va a ser utilizada. En la mayoría de los escritos se utiliza un artículo de la ley para apoyarse en él y fundamentar el mismo. Podemos ver esto en el escrito enviado al juzgado N 3 : “ En este contexto el art. 1 de la ley 24.660 vela que el fin de la ejecución penal es la reinserción social del condenado, a la cual se llegará mediante el avance dentro de los regímenes de la progresividad dispuesto en la ley de ejecución penal (conf. art. 6 de la ley 24.660), circunstancia que no ha sido modificada por la reforma a dicha legislación realizada mediante la ley 27.375. De esta forma, La norma jurídica nos presenta un requisito cualitativo el cual guarda relación respecto del éxito del tratamiento resocializador realizado intramuros y de la ponderación que la autoridad administrativa realiza al respecto, y por otra parte el cumplimiento de determinado tiempo en detención, **el cual se encuentra holgadamente superado, debido a que me faltan solamente cinco (5) meses para agotar dicha pena.**”

JUZGADO NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL Nro 4



**DEDUCE INCIDENTE DE EJECUCION
SOLICITA LIBERTAD CONDICIONAL**

**CENTRO UNIVERSITARIO
DEVOTO
ASESORIA JURIDICA
GRATUITA**

JUZGADO NACIONAL DE EJECUCION PENAL N° 4

SR. JUEZ:

LUIS OSCAR [REDACTED], alojado en el Complejo Penitenciario Federal de la CABA, con legajo de ejecución que se tramita ante vuestros estrados, me presento ante V.S por derecho propio y como mejor proceda manifiesto:

I.- OBJETO

Que vengo por intermedio del presente a deducir incidente de ejecución en función del art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación, y a solicitar la libertad condicional de conformidad con lo dispuesto en el art. 13 del Código Penal de la Nación, por las consideraciones que a continuación expongo:

II.- FUNDAMENTOS

Que he sido condenado oportunamente por el Tribunal oral en lo Criminal N° 14 de esta ciudad a la pena única de tres (3) años de prisión, encontrándome detenido desde hace ocho (8) meses, conforme los tiempos en prisión preventiva cumplidos en el marco de ambas detenciones.

Así las cosas debo destacar que a la hora de ser detenido en el marco de mi primera detención, fui excarcelado en función del art. 317 inc. 1 del Código Procesal Penal de la Nación, en el cual me encontré detenido por el termino de cuatro (4) meses, así las cosas a la hora de recaer condena por el delito que motivo mi última detención dicha excarcelación fue revocada, y posteriormente el proceso que se encontraba en espera a ser resuelto fue unificado por el TOC N° 14, adquiriendo firmeza, siendo remitida ante V.S para su ejecución.

El fin de la ejecución de la pena privativa de la libertad conforme la reforma constitucional del año 1994, ostenta un fin preventivo especial, mas allá del fin preventivo general que ostenta la aplicación de la pena, siendo así que los tiempos mínimos de ejecución estipulados por el legislador, es el tiempo mínimo en el cual la pena debe cumplir sus fines preventivo generales, es decir, aquella ejemplificación del castigo ante los ojos de la sociedad por el daño causado, finalizada esta etapa empieza a tomar real relevancia el fin de la ejecución de la pena, por lo cual cumplido dicho requisito temporal de forma facultativa el juez competente pone en prueba y practica el tratamiento resocializador, ya que implica el regreso del condenado al medio libre, ponderando así empíricamente si el tratamiento resocializador ha tenido un resultado exitoso.

No obstante, debido a la unificación y a los tiempos mínimos de ejecución requeridos para acceder a la libertad condicional, conforme el art. 13 del Código Penal, es de ocho (8) meses, tiempo que no permite la posibilidad de que las autoridades penitenciarias incorporen al condenado al Periodo de tratamiento, en muchos casos debido a que a la hora de recaer condena el tiempo mínimo de ejecución establecido en el Código Penal, ya se ha cumplido bajo prisión preventiva, por lo que resulta pertinente observar solamente el regular cumplimiento de los reglamentos carcelarios durante este tiempo, debiendo destacar así que en nunca he sido pasible de apercibimientos disciplinarios de ninguna índole, tal cual emana de mi nota de conducta.

En este orden de ideas, la norma objetivamente determina este plazo y finalizado este, es cuando la pena comienza a tener los frutos correctivos esperados respecto de la observación y el tratamiento carcelario, de forma tal que lo único que hace el instituto es poner en práctica el grado de reinserción social alcanzado, ante una pena de corta duración como la presente, no debe dejar de soslayarse la escasa lesión al bien jurídico que la norma busca tutelar, lo que lleva necesariamente a imponer una pena de corta duración, solamente a los efectos de castigo.

Siguiendo esta línea, es menester destacar la doble naturaleza del instituto en cuestión toda vez que reviste un derecho y una opción para el condenado, así como un deber para el magistrado, el cual deberá concederla siempre cuando se encuentren presentes la totalidad de los requisitos dados por la norma para la incorporación a la libertad condicional y el detenido haya solicitado ser incorporado al instituto en cuestión.

De esta forma la norma nos presenta dos clases de requisitos para su procedencia, siendo de carácter positivo y negativo, estos últimos implican las excepciones para la incorporación al instituto de libertad condicional, por lo que para su procedencia resulta necesario la ausencia de las circunstancias presentes en los arts. 14 y 17 del Código Penal de la Nación, normativa que no resulta aplicable a mi caso en concreto toda vez que no he sido declarado reincidente, ello por cuanto que la detención que he sufrido ha sido la única pena privativa de libertad a la cual he sido condenado, lo que demuestra a las claras que tampoco he gozado previamente de la libertad condicional, no siendo revocada nunca, denotándose la ausencia de requisitos negativos que fundamenten su rechazo.

Ahora bien, el razonamiento principal es en cuanto a la valoración que se haga respecto de la concurrencia de los requisitos positivos presentes en el Art. 13 del Código Penal, de los cuales podemos destacar como requisito principal.

La norma nos presenta un requisito cualitativo el cual guarda relación respecto del éxito del tratamiento resocializador realizado intramuros y de la ponderación que la autoridad administrativa realiza al respecto, siendo que el código sustantivo solicita que durante la

detención se hayan observado con regularidad los reglamentos carcelarios, la confección de informes previos de la dirección del establecimiento, informe de peritos que pronostiquen la mayor capacidad de reinserción social que ostente el condenado y lo favorable que pueda resultar su incorporación a la libertad condicional, en concordancia a ello la ley 24.660 en su art. 28 brinda esta potestad al Órgano Técnico Criminológico del establecimiento penitenciario, toda vez que este es el que ha llevado el control y relevamiento del tratamiento de reinserción social realizado por el condenado durante la totalidad del cumplimiento de su pena privativa de la libertad.

Aunando en ello la norma no es clara respecto a que implican los reglamentos carcelarios, circunstancia que ha sido salvaguardada por la jurisprudencia al interpretar la norma⁴, entendiendo así que los mismos versan respecto del cumplimiento a la hora de la sanción de la ley de ejecución de las normas que hacen a la disciplina intramuros, así como también al cumplimiento y compromiso con Programa de Tratamiento Individual que se le fije al condenado a lo largo de su detención.

Esta última salvedad toma real relevancia toda vez que se genera un desprendimiento del hecho ilícito por el cual ha sido detenido el condenado, haciendo hincapié solamente en su comportamiento intramuros, no pudiendo sostenerse en circunstancias que se basen en la peligrosidad por la naturaleza del reproche jurídico que motivo el encierro carcelario, siendo así que lo único que se debe ponderar es el éxito del tratamiento resocializador, conquista que no se verá reflejado hasta tanto no se incorpore al condenado a los distintos regímenes de soltura anticipada presentes en la legislación vigente.

Debo destacar asimismo, que en este breve tiempo que me he encontrado en detención, he solicitado ser afectado a un cupo laboral y asimismo ser inscripto en el Colegio, siendo que actualmente me encuentro incorporado en ambos sectores, cumplimentando así con la tres obligaciones principales dispuestas en el tratamiento penitenciario (conf. art. 5 y 133 de la ley 24.660).

Es en razón de lo expuesto es que solicito se diligencien los medios necesarios para mi incorporación a la libertad condicional de forma **URGENTE**, habida cuenta del cumplimiento de los tiempos mínimos de ejecución.

III.- PETITORIO

Por todo lo expuesto es que solicito ante V.S:

⁴ CNCP, SALA II CAUSA N° 367 Tobares, Gustavo A. Reg. N° 822.

- Se tenga por presentado *in pauperis formae*.
- Se conceda lo peticionado.
- Se requieran los informes de estilo.
- Se de vista a la defensa técnica a los efectos de que sostenga, amplíe y/o mejore el presente.
- Se me notifique de lo resuelto por V.S a mi lugar de alojamiento mediante cedula de estilo.
- Manifiesto mi voluntad de recurrir ante la alzada en caso de respuesta desfavorable.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERA JUSTICIA

LUIS OSCAR [REDACTED]

En relación a la *estrategia* de escritura que utiliza la oficina a la hora de enviar los escritos a cada juzgado conociendo “el modo de trabajo de cada juez”, podemos ver que en el juzgado N 4 donde el juez se desempeña bajo una lógica “personalista y basada en los antecedentes de los imputados” según comentan los asesores, el escrito formulado a este juzgado desarrolla este criterio : “ Así las cosas debo destacar que a la hora de ser detenido en el marco de mi primera detención, fui excarcelado en función del art. 317 inc. 1 del Código Procesal Penal de la Nación, en el cual me encontré detenido por el término de cuatro (4) meses, así las cosas a la hora de recaer condena por el delito que motivo mi última detención dicha excarcelación fue revocada, y posteriormente el proceso que se encontraba en espera a ser resuelto fue unificado por el TOC N° 14, adquiriendo firmeza, siendo remitida ante V.S para su ejecución”...”Debo destacar asimismo, que en este breve tiempo que me he encontrado en detención, he solicitado ser afectado a un cupo laboral y asimismo ser inscripto en el Colegio, siendo que actualmente me encuentro incorporado en ambos sectores, cumplimentando así con la tres obligaciones principales dispuestas en el tratamiento penitenciario (conf. art. 5 y 133 de la ley 24.660)...”.

JUZGADO NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL Nro 5



CENTRO UNIVERSITARIO
DEVOTO
ASESORIA JURIDICA
GRATUITA

DEDUCE INCIDENTE DE EJECUCION

SOLICITA LIBERTAD CONDICIONAL-SE REQUIERAN INFORMES

PENITENCIARIOS

JUZGADO NACIONAL DE EJECUCION PENAL N° 5

SR. JUEZ DE EJECUCION:

JUAN GUILLERMO [REDACTED] alojado en el Complejo Penitenciario Federal de la CABA, con legajo 52933/2014/TO1/EP1 que se tramita ante vuestros estrados, me presento ante V.S por derecho propio y como mejor proceda manifiesto:

I.- OBJETO

Que vengo por intermedio del presente, a deducir incidente de ejecución en función del art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación, y a solicitar se me conceda la libertad condicional conforme lo dispuesto en el art. 13 del Código Penal de la Nación, por las consideraciones que a continuación expongo.

Asimismo solicito a V.S requiera los informes del art. 13 del Código Penal respecto de mi Legajo Personal (343.166/C) y que los mismos en caso de ser negativos, sean revisados antes de su resolución por el Cuerpo Médico Forense de la Defensoría General de la Nación.

II.- FUNDAMENTOS

Que he sido oportunamente condenado por este tribunal, a la pena siete (7) años de prisión, encontrándome detenido desde tres (3) años y diez (10) meses. Asimismo esta magistratura ha dispuesto reducir en ocho (8) meses los tiempos mínimos de ejecución para acceder a la libertad condicional, restándome solamente dos (2) meses para acceder al régimen enunciado.

Ahora bien, dable es de señalar que como consecuencia de las modificaciones legislativas realizadas en el año 1994 por efecto de la reforma constitucional, es que el requisito temporal de la libertad condicional, obedece a fines preventivo especiales, siendo así que los tiempos mínimos de ejecución estipulados por el legislador, es aquel necesario para asegurar los fines preventivo generales y de esta forma resguardar la validez de la norma mediante la imposición del castigo y por otra parte intentar recuperar al condenado en la sociedad.

En este contexto el art. 1 de la ley 24.660 vela que el fin de la ejecución penal es la reinserción social del condenado, a la cual se llegara mediante el avance dentro de los regímenes de la progresividad dispuesto en la ley de ejecución penal (conf. art. 6 de la ley 24.660),

circunstancia que no ha sido modificada por la reforma a dicha legislación realizada mediante la ley 27.375.

De esta forma, La norma jurídica nos presenta un requisito cualitativo el cual guarda relación respecto del éxito del tratamiento resocializador realizado intramuros y de la ponderación que la autoridad administrativa realiza al respecto, y por otra parte el cumplimiento de determinado tiempo en detención.

En cuanto al primero de ellos, el art. 13 del C.P dispone que se debe hacer real hincapié en la observancia regular de los reglamentos carcelarios por un lado, al igual que la confección de informes por parte de la autoridad de ejecución, a los efectos de dilucidar conforme la evaluación realizada durante la detención de la mayor o menor posibilidad de reinserción social del condenado. En concordancia a ello el art. 28 de la ley de ejecución pone en cabeza del Órgano Técnico Criminológico del establecimiento el relevamiento del tratamiento.

Aunando en ello la norma no es clara respecto a que implican los reglamentos carcelarios, circunstancia que ha sido salvaguardada por la jurisprudencia al interpretar el texto legal⁵, entendiendo así que los mismos versan en orden del cumplimiento de las normas que hacen a la disciplina intramuros, así como también al cumplimiento y compromiso con el Programa de Tratamiento Individual que se le fije al condenado a lo largo de su detención.

Esta última salvedad toma real relevancia dado que genera un desprendimiento del hecho ilícito por el cual ha sido detenido el condenado, haciendo hincapié solamente en su comportamiento intramuros, no pudiendo sostenerse en circunstancias que se basen en la peligrosidad por la naturaleza del reproche jurídico que motivo el encierro carcelario, siendo así que lo único que se debe ponderar es el éxito del tratamiento resocializador, conquista que no se verá reflejada hasta tanto no se incorpore al condenado a los distintos regímenes de soltura anticipada presentes en la legislación vigente.

En este sentido, he sido incorporado al Régimen de Condenados, mediante el Régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria de la Pena (REAV), encontrándome actualmente en la Fase de Confianza del Régimen de la Progresividad Penitenciaria, con Conducta Ejemplar Diez (10) y Concepto Bueno Seis (6).

Asimismo, debo destacar que como bien conoce V.S, a lo largo de toda mi detención he realizado siempre actividades educativas, ya que he finalizado la escuela primaria y actualmente me encuentro terminando la Escuela Secundaria cursando el segundo cuatrimestre del Segundo año mediante el CENS N° 24, circunstancia que surge inclusive de la reducción de los tiempos

⁵ CNCP, SALA II CAUSA N° 367 Tobares, Gustavo A. Reg. N° 822.

mínimos de ejecución, en función del art. 140 de la ley 24.660, al igual que he realizado diversos cursos de formación profesional.

En orden al tratamiento penitenciario, he desempeñado tareas laborales, en diferentes talleres realizando diferentes actividades, ya que me he desempeñado como Limpieza de la Sección Educación de Modulo V; y actualmente me encuentro afectado al Taller de Carpintería de este establecimiento, sección que me permite desempeñar el oficio que tanto me gusta y por otra parte resulta ser un taller que se encuentra en el *perímetro externo* de este establecimiento.

Tomando como eje las obligaciones principales estipuladas en el art. 5 de la ley 24.660, se denota a las claras que me encuentro cumpliendo las mismas, como así también la dispuesta por el art. 133 del mismo cuerpo legal. Como también se demuestra mi evolución durante mi estadía en detención, dado que he concluido la primaria que no pude finalizar en el medio libre y por otra se ha visto mi evolución en cuanto a mi alojamiento, debido a que en un inicio fui alojado en un pabellón para internos conflictivos y actualmente me encuentro en un pabellón de sección independiente.

Todo ello se ve reflejado en mi nota conceptual, la cual es Bueno Seis (6) parámetro fundamental en el que deben basarse las incorporaciones a los diferentes institutos de confianza de nuestra ley de ejecución de conformidad con lo dispuesto en el art. 104, habida cuenta de que la nota conceptual no es otra que el reflejo de la evolución personal del condenado y el esfuerzo que haya demostrado en torno a su tratamiento resocializador.

En cuanto al requisito temporal reza el art. 13 del Código Penal: “... *el condenado... a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios... podrán obtener la libertad por resolución judicial...*”, en este marco y tal cual se ha manifestado precedentemente, me encontrare temporalmente habilitado para acceder a la libertad condicional en Septiembre del año en curso, a consecuencia de la reducción de los ocho (8) meses en función del *estimulo educativo*.

La norma nos presenta dos clases de requisitos para la procedencia de la libertad condicional, tanto de carácter positivo y negativo, estos últimos implican las excepciones para la incorporación a la libertad condicional, por lo que para su fundamento resulta necesario la ausencia de las circunstancias presentes en los arts. 14 y 17 del Código Penal de la Nación, normativa que no resulta aplicable a mi caso en concreto, toda vez que la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional ha revocado mi declaración de reincidente, y la misma no ha sido revocada en ninguna oportunidad.

En otra banda el Decreto reglamentario 396/99, estipula que las tramitaciones del pedido de libertad condicional, deben darse comienzo cuarenta y cinco (45) días antes del plazo de las 2/3 partes presente en el Código Penal de la Nación.

En razón de los argumentos vertidos en el presente, es que solicito se me incorpore a la libertad condicional, constituyendo domicilio

_____ conforme lo dispuesto en el art. 13 del Código Penal de la Nación.

III.- PETITORIO

Por todo lo expuesto es que solicito a V.S:

- Se tenga por presentado *in pauperis formae*.
- Se conceda lo peticionado.
- Se de vista a la defensa técnica a los efectos de que sostenga, amplíe y/o mejore el presente.
- Se me notifique de lo resuelto por V.S a mi lugar de alojamiento.

PROVEER DE CONFORMIDAD

SERA JUSTICIA

JUAN GUILLERMO XXXXXXXXXX

En muchos de los escritos se pondera y resalta los méritos realizados por los imputados en relación al régimen de “conductas y conceptos” emitidos por el SPF, esto puede verse en el escrito enviado al juzgado N 5 : “ En este sentido, he sido incorporado al Régimen de Condenados, mediante el Régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria de la Pena (REAV), encontrándome actualmente en la Fase de Confianza del Régimen de la Progresividad Penitenciaria, con Conducta Ejemplar Diez (10) y Concepto Bueno Seis (6)”...”Todo ello se ve reflejado en mi nota conceptual, la cual es Bueno Seis (6) parámetro fundamental en el que deben basarse las incorporaciones a los diferentes institutos de confianza de nuestra ley de ejecución de conformidad con lo dispuesto en el art. 104, habida cuenta de que la nota conceptual no es otra que el reflejo de la evolución personal del condenado y el esfuerzo que haya demostrado en torno a su tratamiento resocializador”.

Con respecto a las resoluciones que son enviadas desde los distintos juzgados hacia la asesoría, como se mencionó anteriormente, muchas de ellas ingresan al penal pero no a manos del interno, muchas de las que si ingresan y llegan hasta el solicitante no llegan hasta la asesoría.

Muchas veces si el solicitante tiene defensor oficial les llega simplemente una notificación pero no la resolución, si tiene abogado privado muchas veces las notificaciones no terminan llegando. Las resoluciones aparecen como forma de respuesta a la “defensa pública”, no aparece escrito el nombre de la Asesoría Jurídica, organización que emitió el escrito. Esto puede verse en la resolución que aparece en la página siguiente a modo de ejemplo.

II. B. Resoluciones

Poder Judicial de la Nación

UCAS
SECRETARIO

///nos Aires, 21 de abril de 2016.-

AUTOS Y VISTOS:

Una vez más, la autoridad penitenciaria propuso que el interno **MAURO ISMAEL LEMES** sea incorporado al régimen de Salidas Transitorias para afianzar sus vínculos socio familiares.

Se le dio intervención a la Unidad Fiscal de Ejecución Penal, cuya representante solicitó que se rechace la mencionada propuesta, en la [REDACTED] causante no ha variado en nada desde que fue denegada por última vez la posibilidad de que aquél egrese transitoriamente.

A su turno, la defensa pública insistió con la pretensión que favorece el interés de su asistido, reclamando su incorporación al régimen de Salidas Transitorias. Expresó que el interno cumple con todas las exigencias habilitantes previstas en la ley.

Así las cosas, y en aplicación de lo normado en el art. 491 del Código Procesal Penal de la Nación, la presente incidencia ha quedado en condiciones de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

Tal como fue advertido por la señora fiscal, este mismo debate ya ha sido dado anteriormente, en la que el decisorio negativo dictado por el suscripto fue impugnado por la defensa y objeto de confirmación por parte de la instancia superior (ver fs. 1006/1011).

En tal ocasión, el tribunal de alzada fue muy expresivo en la valoración coincidente realizada acerca de la situación del condenado, al establecer que los quebrantamientos anteriores de regímenes alternativos constituyen elementos que, necesariamente, deben ser valorados a la hora de resolver. Así, se ha dicho que “...las consideraciones efectuadas por el a

USO OFICIAL

quo, vinculadas al comportamiento demostrado por el interno mientras gozó de anteriores regímenes de libertad vigilada (libertad condicional y salidas transitorias), son elementos objetivos con entidad suficiente para contrarrestar la propuesta formulada por el Consejo Correccional, puesto que ello denota que aun habiendo transitado las distintas etapas del régimen progresivo de la pena...e incluso ante el cumplimiento de cada una de las exigencias previstas en la norma...no pudo ajustar su conducta conforme a derecho cuando se le otorgó la oportunidad. Esto no implica abrir un nuevo juicio sobre un hecho pasado y por el cual ya fue juzgado, sino de ponderar un dato objetivo de la realidad que no puede escapar de este análisis, porque evidencia el comportamiento asumido por el interno frente a anteriores concesiones de libertad como la que solicita en esta nueva oportunidad, violando las reglas de conducta que le fueron impuestas" (C.N.C.C.C., Sala I, reg. 653/2015, rta. el 13/11/2015).

No dejo de advertir que, tal como viene siendo informado, el comportamiento intramuros de Lemes resulta ser ejemplar, en tanto que aquél ha venido cumpliendo de modo satisfactorio todas las actividades voluntarias que le fueron ofrecidas por la administración para el cumplimiento de los objetivos fijados en su programa de tratamiento individual. En fin, se trata de una situación similar a la que se verificó en la incidencia anterior y que, a su vez, también es similar a la que registraba durante los procesos en los que fueron acordados los regímenes alternativos luego quebrantados. En definitiva, no se verifica la existencia de ningún

mientras
al y
2

Poder Judicial de la Nación


LUCAS R. SILBERGLEIT
SECRETARIO

La única novedad es que, en esta oportunidad, la señora fiscal solicitó que la situación de Lemes respecto de la posibilidad de acceder a los egresos transitorios sea examinada nuevamente a partir del transcurso del primer trimestre del año próximo. Entiendo que ello responde a la necesidad de determinar cualitativamente la pena, por lo que, en aplicación del principio acusatorio, accederé a dicho requerimiento.

Por todo ello;

RESUELVO:

I.- NO HACER LUGAR a la propuesta de incorporación del interno [REDACTED] al régimen de **SALIDAS TRANSITORIAS**, respecto de la pena única de veinticinco años de prisión que se le aplicó en la causa nro. 2856 del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 7.

II.- HACER SABER a la autoridad penitenciaria que, a partir del transcurso del primer trimestre del próximo año, deberá evaluar nuevamente la posibilidad de proponer la inclusión del causante en el mencionado régimen de egresos transitorios.

Notifíquese.-

USO OFICIAL

[REDACTED]
JUEZ NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL

III. REFLEXIONES FINALES

En este último apartado se buscó indagar en la relación que los sujetos establecen con el mundo del derecho que se encuentra por fuera de los límites carcelarios. Describiendo y analizando las prácticas que desarrollan hasta llegar a convertirse en agentes *profesionalizados*. Se identificaron algunos de los escritos que fueron enviados por la asesoría a los cinco Juzgados Nacionales de Ejecución Penal en lo Criminal de Capital Federal, dependientes de la Cámara Nacional de Casación Penal, entre los años 2016, 2017 y 2018.

Teniendo en cuenta algunos de los indicadores que fueron identificados por los asesores anteriormente, como ser la utilización de la Ley 24.660 en la formulación de los escritos, o la ponderación de los méritos realizados por los imputados en relación al régimen de “conductas y conceptos”, puede notarse como en el ámbito del derecho y en la Asesoría Jurídica Horacio Rojo, existe una adopción de un código formal de ética profesional (Wilensky, 1964) que supone la consolidación definitiva de la profesión como grupo ocupativo.

Analizar cuales son los criterios que los asesores consideran pertinentes en la formulación de escritos, así como también cual es el concepto que tienen de cada uno de los juzgados y cómo este concepto influye en la formulación de los mismos, forma parte de las *estrategias* de escritura que desarrollan los asesores hasta llegar a convertirse en profesionales. Es una forma de “resistir” y de ejercer el derecho desde el interior del contexto carcelario.

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

María Cristina Pérez Venegas – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

mcperezvenegas@gmail.com

Estudiante de doctorado

Proyecto: “Niveles de compatibilidad entre la Ética del Cuidado y la práctica jurídica”

Directores: Pauline Capdeville y Juan Jesús Garza Onofre

Eje temático “Derecho y Sociedad”

POSIBLES IMPLICACIONES DE LA ÉTICA DEL CUIDADO EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

DERECHOS SOCIALES – ÉTICA DEL CUIDADO – TEORÍA DE LA JUSTICIA

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN; II. CRÍTICA A LA IDEA LIBERAL DEL INDIVIDUO; III. ÉTICA DEL CUIDADO; IV. IMPLICACIONES SOBRE LA JUSTICIA SOCIAL; V. CONCLUSIÓN

RESUMEN

A raíz del famoso debate entre los psicólogos Lawrence Kohlberg y Carol Gilligan sobre las etapas del desarrollo moral, surgieron múltiples estudios en el campo de la filosofía moral y política que exploran una nueva vía para determinar la moralidad y justicia de los actos. Esta nueva perspectiva considera que ciertas emociones socialmente deseables como la solidaridad, la empatía y el sentido de responsabilidad, deben ser factores de peso en la deliberación moral. De esta propuesta teórica conocida mayormente como Ética del Cuidado, se desprende que para alcanzar una sociedad más justa y armoniosa, debemos añadir al proceso de deliberación moral la consideración del otro como alguien con una identidad, una historia y una constitución afectiva concretas, y por tanto estar dispuestos a escuchar y entender fielmente la experiencia de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad, y reconocer el apremio de ser solidarios como una exigencia de la justicia, no en términos de una igualdad formal, sino como fruto de un verdadero diálogo que genere lazos de fraternidad indispensables para alcanzar una armonía social estable. En esta ponencia pretendo introducir las características

generales de esta corriente, y delinear las implicaciones que este pensamiento puede tener sobre la fundamentación y las exigencias del Estado Social.

I. INTRODUCCIÓN

Existe en la plataforma feminista una propuesta de teoría moral conocida como “Ethics of Care” (normalmente traducida al español como *Ética del Cuidado*), que defiende una forma de dilucidación moral que considera ante todo las particularidades del caso, por sobre principios o reglas preestablecidas y universales. Además, promueve recurrir a valores como la empatía y la solidaridad en los juicios deliberativos.

El origen de esta corriente se remonta a los años 80, cuando la psicóloga Carol Gilligan criticó la teoría del desarrollo moral de Lawrence Kohlberg –quien afirmó que la madurez moral se alcanza cuando se juzga acudiendo a principios universales y normas generales, y juzgó que las mujeres generalmente no alcanzan esa etapa de desarrollo–. Gilligan notó que las mujeres tienden a juzgar de modo “contextual”, es decir, prescindiendo de la llana aplicación de normas rígidas, para en su lugar ponderar según el particular peso de los valores en juego en circunstancias concretas. Nel Noddings llevó estas investigaciones al campo de la filosofía moral, y promovió la forma “contextual” de emitir juicios morales, pero en su propuesta inicial negó que ello pudiera trasladarse al campo de las instituciones políticas.¹

Posteriormente continuaron los esfuerzos por desarrollar una propuesta ética basada en las investigaciones de Gilligan desde diversos frentes. Virginia Held hizo un notable intento por sistematizar la *Ética del Cuidado* y presentarla como teoría moral nueva e independiente de las doctrinas morales tradicionales, i. e. *Ética de la Virtud*, *Ética del Deber* y *Utilitarismo*. Held explica que en el proceso epistemológico para dilucidar lo que la moralidad exige, la *Ética del Cuidado* da valor a las emociones en lugar de rechazarlas; mas no a todas las emociones, sino solo a aquellas tales como la simpatía, la empatía, la sensibilidad y el sentido de responsabilidad ante los otros. Estas emociones deben cultivarse no solo para facilitar la implementación de los mandatos de la razón, sino para determinar mejor lo que la moralidad dicta.²

Held ha afirmado que lo que sigue para la *Ética del Cuidado* es estudiar las implicaciones que puede tener en las instituciones y en el derecho.³ Joan Tronto, otra de las

¹ Ver Engster, Daniel, “Care Ethics and Natural Law Theory: toward an institutional political theory of caring”, *The Journal of Politics*, vol. 66(1), febrero 2004, pp. 113-135.

² Held, Virginia, *The Ethics of Care: personal, political and global*, Oxford University Press, 2005.

³ Held, Virginia, entrevista del 26 de abril de 2012, <https://ethicsofcare.org/virginia-held/>

principales proponentes de esta corriente, ha declarado que es momento de pensar en la institucionalización de esta propuesta moral.⁴

En revistas especializadas existen abundantes artículos que exploran la aplicación de la Ética del Cuidado en el sector de la práctica médica. Menos abundantes son los que analizan su influencia en instituciones políticas. Sin duda ha habido también alguna influencia de la Ética del Cuidado en casos como la promoción de la mediación para resolver conflictos familiares,⁵ no obstante, en la teoría general del derecho ha habido mayor presencia del feminismo radical de Catherine MacKinnon, que se posiciona en otro lado del espectro teórico feminista.⁶

¿Hay algo en la naturaleza del derecho que le hace incompatible con una teoría moral con las características de la Ética del Cuidado?

Como teoría moral comprensiva, la Ética del Cuidado define a las personas como seres relacionales, que construyen identidades y sentido del yo a partir de sus interacciones en el círculo social más cercano, en el que la solidaridad y el sentido de responsabilidad frente a aquellos que aman son valores de peso en la determinación del actuar. El hecho de que tales valores pierdan su peso en el espacio público o en las relaciones más impersonales puede ser cuestionado incluso para efectos jurídicos e institucionales.

Parece viable y prometedor delinear una vía intermedia, a fin de dar relevancia en el quehacer jurídico a las emociones que generan consideración y benevolencia entre los miembros una comunidad, promoviendo así leyes y resoluciones judiciales en las que se asuma que los miembros de la sociedad deben estar dispuestos a ceder por los más vulnerables, de forma inteligente, razonable y efectiva.

Esta forma de ver y argumentar encuentra tierra de cultivo en el ámbito de los derechos sociales, que desde sus orígenes se han relacionado con una inclinación hacia la solidaridad en nuestros arreglos colectivos. En esta ponencia me propongo exponer algunos rasgos importantes de la Ética del Cuidado según la han desarrollado Carol Gilligan (en el campo de la psicología) y Virginia Held (en el campo de la filosofía moral y política), para después delinear sus posibles implicaciones sobre la fundamentación y exigencias del Estado social. Con el fin de esbozar el contexto ideológico en el que surge la Ética del Cuidado, así como las ideas básicas con las que rivaliza, introduciré brevemente las críticas al individualismo liberal

⁴ Cfr. Tronto, Joan, "Lecture Prof. Joan Tronto on 30 January 2014", <https://www.youtube.com/watch?v=VAbJ4aVpbEg>

⁵ Farralli, Carla, "Filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 2002, vol. 3, pp. 133-215.

⁶ *Idem* y Facchi, Alessandra, "El pensamiento feminista sobre el derecho", *Academia. Revista de enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, primavera 2005, año 3, núm. 6, pp. 27-47.

cuya abundancia fue notoria en las últimas décadas del siglo pasado, sobre todo como respuesta a la célebre obra del filósofo político John Rawls.

A continuación haré un repaso de ciertas ideas fundamentales de la Ética del Cuidado – con enfoque particular en el pensamiento de Gilligan y de Held– esperando que a lo largo de la exposición quede en evidencia la potencial relación entre aquella doctrina y la de los derechos sociales.

Finalmente acotaré el marco de interacción entre la Ética del Cuidado y los derechos sociales, mencionaré como ejemplo uno de los esfuerzos de implementación de la ‘perspectiva del cuidado’ en la política social, y concluiré con una breve reflexión sobre la necesidad de perspectivas como la que se aborda en esta ocasión.

II. CRÍTICA A LA IDEAL LIBERAL DEL INDIVIDUO

Para presentar una síntesis de las críticas al liberalismo que aquí resultan relevantes, seguiré el marco ofrecido por Nicola Lacey y Elizabeth Frazer.⁷ Según estas autoras, los críticos del liberalismo señalan las formas en que los factores sociales permanecen ausentes de la teoría liberal. Mencionan las célebres ideas de John Rawls, argumentando que si bien su teoría de la justicia reconoce los factores sociales como relevantes para los juicios políticos, la base de su propuesta está en la idea de un acuerdo hipotético entre individuos abstractos que carecen de conocimiento sobre sus preferencias, puntos de vista morales o su situación social, mientras que en la realidad las personas, como seres sociales, solo toman conciencia de sí mismas a través de las relaciones con los demás y su posición frente a los mismos, por lo que una noción pre-social del sujeto niega un elemento relacional necesario de la subjetividad y por ello resulta incoherente.

Esta característica de la postura liberal, es decir, el no otorgar una mayor relevancia al contexto y a los aspectos sociales de los seres humanos, yace detrás de su tendencia a tomar las preferencias e intenciones *expresadas* por los individuos como los únicos datos a considerar en el juicio moral, y descuida así las estructuras sociales y los factores culturales que explican o generan estas preferencias e intenciones.

En una concepción liberal clásica, la libertad es generalmente equivalente a la "libertad negativa", es decir, a la ausencia de restricciones. Los pensadores liberales contemporáneos que han reconocido la necesidad de incluir elementos positivos y sociales en su noción de libertad

⁷ Frazer, Elizabeth y Lacey, Nicola, *The politics of community. A feminist critique of the liberal-communitarian debate*, Harvester Wheatsheaf, 1993.

no han podido asumir las implicaciones de estos reconocimientos en las estructuras básicas de sus teorías, ya que la idea de una libertad negativa es crucial para la promoción del Estado liberal, es decir, aquel que debería autolimitar su intervención en las vidas de los individuos y ser neutral en su relación con diversas concepciones morales. La complicación de este enfoque reside en que el compromiso con la libertad negativa impulsa al teórico a aceptar la mera manifestación individual sobre su voluntad (expresa o tácita), para justificar cualquier acto que no afecte directa y claramente el derecho de otro individuo. Como resultado, no considera muchos factores políticos, contextuales, narrativos y sociales que han llevado a una persona a una situación en la que realiza ‘voluntariamente’ ciertas acciones (por ejemplo, trabajar en condiciones de explotación).⁸

Dentro del pensamiento liberal, la razón se concibe como instrumental: usamos la razón para alcanzar nuestros objetivos, cualesquiera que sean. La elección racional en este sentido bien puede ser egoísta. El individuo liberal ingresa a la sociedad por razones instrumentales: está dispuesto a sacrificar cierta libertad de elección y acción por obtener seguridad y otros beneficios que la sociedad puede aportar, pero su estado moral y metafísico es, en esencia, el de un ser racional pre-social, lo que implica que hay límites claros a las demandas que le pueden hacer otros particulares o la sociedad en su conjunto.

Estas nociones dentro del pensamiento liberal favorecen el rechazo de las restricciones impuestas a intereses individuales como mecanismos de contención de su impacto nocivo indirecto en la comunidad, y en su lugar privilegian la autonomía individual. En concreto, terminan por privilegiar la libertad contractual y las libertades económicas, y favorecer privilegios como la exención de impuestos y tarifas para los sectores más favorecidos de la sociedad. Ello con la bandera del derecho a la propiedad y presentando a la política social como una política de usurpación. La Ética del Cuidado representa uno de los esfuerzos por hacer frente a la versión liberal del individuo que ha afianzado las tremendas desigualdades que observamos en el mundo contemporáneo.

III. ÉTICA DEL CUIDADO

III. A. Carol Gilligan

⁸ De este tipo de críticas al liberalismo deriva la idea de que es el Estado quien debe garantizar los derechos sociales, por ejemplo en cuanto a prestaciones laborales, pues el individuo en ocasiones carece de las herramientas para exigirlos, e incluso para concebirlas.

La Ética del Cuidado, como he adelantado, surge con la crítica que dirigió la psicóloga Carol Gilligan a Lawrence Kohlberg en la década de los 80.⁹ Lawrence Kohlberg, inspirado en las etapas de desarrollo cognitivo de Jean Piaget, estableció 6 etapas ‘universales’ de desarrollo moral que respaldó con una serie de pruebas y entrevistas a hombres y mujeres de distintas edades. Kohlberg determinó con base en sus investigaciones, que las mujeres no suelen pasar de la etapa 3, y solo algunos de los hombres logran alcanzar las etapas 5 y 6. En términos generales, las 6 etapas se engloban en los siguientes tres niveles:

- Nivel pre-convencional: en este primer nivel, los juicios morales son preponderantemente egoístas, guiados por el miedo al castigo (etapa 1) o bien realizados en función de una gratificación (etapa 2).
- Nivel convencional: en el segundo nivel las personas son conscientes de los otros y sus necesidades, y adquieren conciencia de las expectativas sociales (etapa 3), hasta juzgar en función de la ley y el orden (etapa 4).
- Nivel post-convencional: en el último nivel se adquiere habilidad para llevar a cabo juicios morales imparciales, bajo alguna noción del contrato social (etapa 5), y con base en estándares universales sobre el bien y el mal que se formulan y se sostienen con independencia de lo que dicten las normas sociales (etapa 6). De acuerdo con Kohlberg, este nivel de juicios independientes (autónomos) los alcanza una minoría de personas.

La transición que resultaba ser problemática para las mujeres era principalmente aquella que iba de la etapa 3 a la 4, es decir, la subordinación de la definición interpersonal del bien ante la noción social general del bien (la dispuesta en las leyes y normas sociales). En 1969, Kohlberg concluyó que la forma típicamente femenina de juzgar moralmente correspondía a la etapa 3, argumentando que, como la vida de las mujeres transcurre en base a relaciones interpersonales cercanas (es decir, en el espacio privado y no en el público), dicha etapa no solo resultaba funcional, sino también adecuada para resolver los conflictos morales que a ellas les correspondía enfrentar. Atañía a dicha etapa la identificación del bien como aquello que place o ayuda a los demás y es aprobado por ellos; de acuerdo con Gilligan, esa forma de juzgar es convencional en cuanto a su conformidad con las ideas sobre lo bueno aceptadas por la mayoría de los miembros de un grupo, pero también es psicológica en cuanto a su preocupación por las

⁹ Para todo lo relativo a esta sección, ver Gilligan, Carol, “In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and of Morality”, *The Scholar & Feminist XXX: Past Controversies, Present Challenges, Future Feminisms*, Double Issue: 3.3 & 4.1, reimpresso de: *The Future of Difference*, Hester Eisenstein and Alice Jardine (eds.), Rutgers University Press, 1985.

intenciones involucradas y las consecuencias específicas como bases para el juicio moral de una acción.

Gilligan notó que se estaba clasificando a las mujeres en función de unas etapas de desarrollo moral derivadas de la observación del comportamiento de una serie de hombres. Se propuso entonces generar una escala basada únicamente en la observación del proceder de una serie de mujeres. Lo que Gilligan encontró fue un desarrollo moral en el que ganaban protagonismo ciertas emociones benévolas, que permitían emitir juicios en función de las particularidades del caso y de las personas involucradas en él. También notó que muchas mujeres se resistían a emitir juicios tajantes y *a priori*, y relacionó esto con una actitud de tolerancia, pero también con una timidez posiblemente derivada del rol social que las mujeres han desempeñado en la historia.

Así, Gilligan describe las etapas de desarrollo moral de las mujeres del modo siguiente: los juicios morales de las mujeres parten de un enfoque inicial en el yo en el primer nivel hasta el descubrimiento –en la transición al segundo nivel– del concepto de responsabilidad como la base para un nuevo equilibrio entre el yo y los demás. La elaboración de este concepto de responsabilidad y su fusión con un concepto maternal de moralidad, que busca asegurar la protección de los dependientes y desiguales, caracteriza el segundo nivel de juicio. En este nivel, el bien se equipara al cuidado de los demás. Sin embargo, cuando las convenciones de la bondad femenina legitiman a todos los otros como receptores del cuidado moral, la desigualdad lógica entre uno mismo y el otro, y la violencia psicológica que ello engendra, crean el desequilibrio que inicia la segunda transición. La relación entre el yo y los demás se reconsidera en un esfuerzo por resolver la confusión inherente en la definición convencional de bondad femenina, y se establece un nuevo equilibrio que disipa la tensión entre el egoísmo y la responsabilidad. En el tercer nivel, el yo se convierte en el árbitro de un juicio independiente que ahora incluye tanto las convenciones como las necesidades individuales bajo el principio moral de la no violencia. El juicio sigue siendo psicológico en su preocupación por las intenciones y las consecuencias de la acción, pero ahora se vuelve universal en su condena de la explotación y del daño.

Gilligan no alude a características biológicas que diferencien los juicios morales entre los sexos, ni pretende afirmar que hay una predeterminación natural en las mujeres y los hombres en cuanto a su raciocinio ético, simplemente da cuenta de tendencias y patrones observados que bien podrían deberse a la influencia de la cultura y el devenir de la historia. Lo importante para Gilligan es rescatar una “voz diferente”, en la que los juicios morales no se adecuan a los ideales de la masculinidad y, sin embargo, no solo son válidos, sino que podrían

aportar herramientas valiosas a los estándares morales socialmente aceptados para los asuntos tanto privados como públicos.

III. B. Virginia Held

Como lo he mencionado, la discusión anterior en el ámbito de la psicología ha dado pie a una variedad de trabajos en los campos de la filosofía moral, la filosofía política, y la teoría de las relaciones internacionales, entre otros, en los que se toman las ideas de Gilligan como bases para una propuesta ética novedosa y aún en desarrollo que se conoce ampliamente como *Ética del Cuidado*.

Entre los esfuerzos por desarrollar y sistematizar dicha propuesta ética, destaca el trabajo de Virginia Held, quien describe los siguientes atributos generales de la propuesta en cuestión:¹⁰

- La *Ética de Cuidado* pone el acento en el peso moral del sentido de responsabilidad frente a las necesidades de quien es particularmente vulnerable o dependiente. Parte de las exigencias morales “del otro particular”, por ejemplo, de un hijo, cuyas necesidades y demandas pueden ser convincentes con independencia de principios morales.
- En el proceso epistemológico de tratar de entender lo que la moralidad recomendaría que hiciéramos en una situación dada, la *Ética del Cuidado* da valor a las emociones en lugar de rechazarlas. No todas las emociones son valoradas, pero en contraste con las perspectivas racionalistas, se considera conveniente cultivar ciertas emociones socialmente deseables como la simpatía, la empatía, la sensibilidad y el sentido de responsabilidad, no solo por su utilidad en el proceso de implementación de los dictados de la razón (como lo plantean algunos liberales como Martha Nussbaum), sino para esclarecer con mayor precisión lo que la moralidad demanda en un caso concreto.

Held añade que incluso el enojo como componente de la indignación moral puede contribuir, más que interferir, en una interpretación apropiada de lo que dicta la moral; los sentimientos deben ocupar un rol de invitación a la reflexión. No se trata de dejarse llevar por cualquier emoción que surja en una situación, sino de escuchar y dar lugar a esas emociones como parte del proceso de dilucidación, añadiendo la consideración de las intenciones y consecuencias de los actos analizados. En definitiva, desde la perspectiva de la *Ética del*

¹⁰ Para todo lo relativo a esta sección ver Held, Virginia, *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*, *op. cit.*

Cuidado, los discernimientos morales que reposan enteramente en deducciones o cálculos racionalistas resultan deficientes.

- La Ética del Cuidado rechaza la visión de las teorías morales dominantes en las que se considera que un razonamiento sobre un problema moral es tanto mejor entre mayor nivel de abstracción alcance, creyendo evadir así razonamientos parciales o tendenciosos. La Ética del Cuidado toma en consideración las demandas, razonamientos y sentimientos de personas particulares envueltas en situaciones concretas.

Held rememora en este punto a la filósofa Annette Baier, quien ha explorado formas en que un acercamiento feminista a la moralidad difiere de un acercamiento típicamente kantiano (recordemos que Kant se suma a la serie de destacados intelectuales de la historia que consideraron que las mujeres eran incapaces de juzgar adecuadamente por su dependencia de las emociones en lugar de la razón). Annette Baier dice al respecto que donde Kant concluye ‘pobres mujeres’, bien se podría concluir ‘pobres hombres’, por su fijación en su especial habilidad para emitir leyes, por su mentalidad burocrática de veneración de las normas, y por su exageración de la importancia de la independencia por sobre la mutua interdependencia.¹¹

En opinión de Held, las teorías morales dominantes tienden a interpretar los problemas morales como si se tratase de conflictos entre intereses individuales egoístas por un lado, y principios morales universales por el otro. Los extremos del individuo auto-interesado y la humanidad en abstracto son reconocidos, pero lo que hay entre ambos es comúnmente ignorado. La Ética del cuidado, en cambio, se enfoca especialmente en el área que se encuentra entre tales extremos.

Aquellas personas que cuidan de otras no persiguen ante todo y primordialmente sus intereses individuales, sino que sus intereses están entrelazados con aquellos de las personas bajo su cuidado. Tampoco actúan por el bien de la humanidad abstracta en general, más bien procuran preservar la relación particular entre ellos y “el otro particular” con quien se relacionan. Ahora bien, una vez habiendo recogido los valores de esas relaciones de cuidado en contextos personales, la Ética del Cuidado procede a examinar arreglos políticos y sociales a la luz de esos valores. En sus versiones más desarrolladas, esta perspectiva alienta una transformación radical de la sociedad: demanda la centralidad de las experiencias que revelan los valores, la importancia y la moralidad de las relaciones personales en las que hay un cuidador y un dependiente (típicamente las de las mujeres en el ámbito privado).

¹¹ Baier, Annette, *Moral Prejudices, Essays on Ethics*, Harvard University Press, 1994, cit. por Held, Virginia, *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*, op. cit.

- La *Ética del Cuidado*, como parte de un movimiento de pensamiento feminista, pretende reconceptualizar nociones tradicionales sobre lo público y lo privado. Tal como Held comenta, las teorías morales dominantes consideran al hogar como una esfera separada del espacio público, ajena a lo político. El feminismo ha hecho notar cómo el amplio poder social, político, económico y cultural de los hombres ha estructurado esta esfera privada en desventaja de las mujeres, quienes permanecen vulnerables ante la violencia doméstica sin interferencia del poder político. Así pues, de acuerdo con Held, las teorías morales dominantes solo han considerado relevante la vida pública para la doctrina moral, dejando de lado lo que ocurre en el dominio de lo privado; de la familia y de la amistad.
- Finalmente, la concepción central de la persona de la que parte la *Ética del Cuidado* difiere del prototipo liberal del individuo auto-interesado, pues en contraste con ello, percibe a las personas como fundamentalmente relacionales e interdependientes: toda persona inicia su vida como infante dependiente de aquellos que le brindan cuidado, y permanece interdependiente por el resto de su vida. El hecho de que podamos pensar y actuar como si fuéramos independientes deriva de un entramado de relaciones sociales que nos han posibilitado hacerlo, y nuestras relaciones personales forman parte esencial de lo que constituye nuestra identidad.

Held asegura que lo anterior no implica que no podamos ser autónomos en algún sentido, pero sostiene que desde la perspectiva de la *Ética del Cuidado*, desarrollar una moralidad como si fuéramos un conjunto de Robinson Crusoes o de hongos brotando de la nada (en alusión a la conocida imagen utilizada por Thomas Hobbes) resulta falaz, pues dicho proceder da impulso a la ilusión de que la sociedad está compuesta de individuos libres e independientes que pueden elegir asociarse o no asociarse con los otros, oscureciendo así el innegable hecho de que todos somos dependientes, tanto en la infancia, como en diferentes momentos y circunstancias de nuestras vidas. La autonomía que se persigue con la *Ética del Cuidado* coincide con una capacidad para reformular y cultivar nuevas relaciones, y no para reflejar a un ente racional abstracto inexistente en la realidad.

Held, siguiendo a Annette Baier, supone que la moralidad de corte liberal por sí sola podría incluso provocar que las personas no sean otra cosa que lo que tal teoría les dice que son: individuos que no tienen interés alguno en los intereses de los demás. Aquí hace referencia a evidencias empíricas que sugieren que adoptar un modelo teórico específico puede generar un comportamiento que lo refleje: algunos estudios muestran que los estudiantes de economía

–cuando se insiste en un modelo cuya predicción infalible es que las personas decidirán qué hacer en función del interés propio– tienden a mostrar menor disposición a la cooperación.¹² La Ética del Cuidado, en cambio, es entusiasta de nuestra relacionalidad; percibe muchas de nuestras responsabilidades como deberes no adquiridos de forma libre y autónoma, sino más bien presentados ante nosotros como parte de nuestro desarrollo circunscrito en contextos familiares, sociales e históricos específicos. La Ética del Cuidado nos llama a tomar responsabilidad frente a la sociedad y sus miembros vulnerables, mientras que el individualismo liberal se enfoca en definir cómo deberíamos “dejarnos en paz” unos a otros.

IV. IMPLICACIONES SOBRE LA JUSTICIA SOCIAL

Todo lo anterior apunta a una moralidad donde la justicia social encuentra impulso y fundamento. Los derechos sociales se han configurado como respuesta a un llamado a la solidaridad colectiva ante las desigualdades que han resultado de un entramado de condiciones naturales e históricas, y de la organización política y económica de los seres humanos. La Ética del Cuidado nos invita a repensar al individuo, para superar la ficción de aquel átomo conformado de autonomía que no encuentra en los otros más que posibles restricciones de esa autonomía, con quienes transige con el único fin de resguardar sus intereses y su seguridad. La perspectiva descrita en esta ponencia propone concebir a las personas como lo que son: seres relacionales, sociales, dependientes unos de otros, que desde muy temprano son expuestos al valor del cuidado, la consideración y la escucha atenta a sus necesidades, y que pueden desarrollar un sentido de responsabilidad tal como el que les es mostrado cuando han estado en una posición de vulnerabilidad (una posición de la que nadie se libra, tanto en los primeros años de su vida como en muchos momentos más).

La Ética del Cuidado reivindica valores tradicionalmente asociados a la feminidad y por lo tanto excluidos del espacio público. Las actividades del cuidado (*‘activities of care’*), tal como lo menciona Gilligan, son las actividades inherentes a nuestras relaciones afectivas: escuchar, poner atención, responder con integridad y respeto.¹³ Los valores que encontramos en las relaciones de cuidado resultan cruciales si queremos alcanzar los ideales que persiguen los derechos sociales. Tanto la escucha activa como el sentido de responsabilidad frente a

¹² Robert A. Frank, Thomas Gilovich, y Dennis T. Regan, “Does Studying Economics Inhibit Cooperation?” *Journal of Economic Perspectives*, vol. 7(2), primavera 1993, pp. 159–71, y Gerald Marwell y Ruth Ames, “Economists Free Ride, Does Anyone Else?: Experiments on the Provision of Public Goods, IV,” *Journal of Public Economics*, vol. 15(3), junio 1981, pp. 295–310, cit. por Held, Virginia, *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*, *op. cit.*

¹³ Gilligan, Carol, *The Ethics of Care*, Monographs of the Víctor Grífols 30 i Lucas Foundation, 2013.

grupos en flagrante desventaja dentro de los arreglos sociales en vigencia, son fundamentales para atender adecuadamente los problemas que obstaculizan la instauración de verdaderas condiciones de equidad.

La Ética del Cuidado puede no solo dotar de elementos importantes a la fundamentación del Estado social, sino que puede ayudarnos a dilucidar su contenido e implicaciones. Existen ya esfuerzos por promover la influencia de la Ética del Cuidado en la política social. Así, por ejemplo, Selma Svenhuijsen y otros¹⁴ han analizado un conjunto de programas sociales, arribando a la propuesta de aplicación de la perspectiva del cuidado desde 4 ángulos, que en términos generales consisten en lo siguiente:

- Los diseñadores de políticas sociales deberían basar sus propuestas mayormente en conocimiento de campo de las necesidades atendidas, por encima de meras estadísticas sobre sus dimensiones. Esto refinaría la visión del problema, de forma que se conozca con precisión cómo lo experimentan quienes lo padecen y quienes lo atienden. Lo anterior implica la práctica de consultas y estudios permanentes que eviten la generación de estereotipos erróneos que frustren la efectividad de los programas sociales.
- La noción de sentido de responsabilidad presente en la perspectiva de la Ética del Cuidado, puede ayudar a identificar a quién le corresponde tomar parte en la atención de un problema social, evitando patrones institucionalizados de irresponsabilidad privilegiada.
- La posición de competencia para la asignación de recursos y de facultades pone el acento en la responsabilidad de los miembros de los poderes públicos en torno a la provisión de medios suficientes para que se brinde el cuidado necesario a los sectores vulnerables de la sociedad.
- Algunas prácticas prototípicas de las relaciones de cuidado (*'caring relations'*) pueden implementarse en las relaciones institucionales entre quienes ven por los sectores vulnerables y quienes reciben su atención: ejercicios y actitudes como el escuchar activamente y la apertura a la deliberación colectiva/conjunta, contribuyen a configurar soluciones efectivas y verdaderamente sensibles al problema.

V. CONCLUSIÓN

¹⁴ Ver Sevenhuijsen, Selma, Bozalek, Vivienne, Gouws, Amanda y Minnaar-McDonald, Marie, "South African social welfare policy: an analysis using the ethic of care", *Critical Social Policy*, vol. 23(3), 2003, pp. 299-321.

Entre los esfuerzos del feminismo por desafiar las nociones tradicionales de lo político y lo privado, así como del individuo y su relación con “el otro”, encontramos la propuesta de la Ética del Cuidado tratada en esta ponencia. Dicha propuesta se encuentra aún en desarrollo en diversos campos. El Derecho no es una excepción, pero ha sido uno de los ámbitos que ha mostrado mayor resistencia, en parte debido a nociones sobre la necesidad de normas universales y abstractas que no dan lugar a una perspectiva basada en la escucha y en las particularidades tanto del contexto como de los agentes involucrados, por sobre los principios generales. No obstante, las más recientes tendencias iusfilosóficas han otorgado un creciente papel configurador de Derecho a quienes se ocupan del caso concreto: los jueces. Asimismo, hoy continúa una lucha por fortalecer la concepción de los derechos sociales y sus mecanismos de protección como vía para alcanzar la justicia social. Para dicho esfuerzo, la Ética del Cuidado proporciona herramientas útiles, pues traslada valores confinados al espacio privado al campo de lo político para transformar el retrato de una sociedad conformada por lobos auto-interesados en una sociedad de personas reales, interdependientes, dispuestas a reconocer las necesidades de los otros y hacerse responsables por medio de arreglos solidarios que ajusten los actuales desequilibrios que han perpetuado diversas formas de explotación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Engster, Daniel, “Care Ethics and Natural Law Theory: toward an institutional political theory of caring”, *The Journal of Politics*, vol. 66(1), febrero 2004, pp. 113-135.

Facchi, Alessandra, “El pensamiento feminista sobre el derecho”, *Academia. Revista de enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, primavera 2005, año 3, núm. 6, pp. 27-47.

Farralli, Carla, “Filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 3, 2002, pp. 133-215.

Frazer, Elizabeth y Lacey, Nicola, *The politics of community. A feminist critique of the liberal-communitarian debate*, Harvester Wheatsheaf, 1993.

Gilligan, Carol, “In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and of Morality”, *The Scholar & Feminist XXX: Past Controversies, Present Challenges, Future Feminisms*, Double Issue: 3.3 & 4.1, reimpresso de: *The Future of Difference*, Hester Eisenstein and Alice Jardine (eds.), Rutgers University Press, 1985.

Gilligan, Carol, *The Ethics of Care*, Monographs of the Víctor Grífols 30 i Lucas Foundation, 2013.

Held, Virginia, entrevista del 26 de abril de 2012, <https://ethicsofcare.org/virginia-held/>

Held, Virginia, *The Ethics of Care: personal, political and global*, Oxford University Press, 2005.

Sevenhuijsen, Selma, Bozalek, Vivienne, Gouws, Amanda y Minnaar-McDonald, Marie, “South African social welfare policy: an analysis using the ethic of care”, *Critical Social Policy*, núm. 23, vol. 3, 2003, pp. 299-321.

Tronto, Joan, “Lecture Prof. Joan Tronto on 30 January 2014”, <https://www.youtube.com/watch?v=VAbJ4aVpbEg>

IV JORNADA DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”

10 y 11 de noviembre de 2020

María Paula Santofimio Díaz¹- Universidad Católica de Colombia

mpsantofimio83@ucatolica.edu.co; mpsantofimio83@gmail.com

Especialista en Derecho de Seguros

Jóvenes investigadores e Innovadores por la paz. Colciencias

Tutor: Jaime Alfonso Cubides Cárdenas

Eje temático “Derecho y sociedad”

LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN ENTRE LA PERCEPCIÓN DE INEFICACIA Y LA DE IMPUNIDAD: UN ESTUDIO DERIVADO DE ENTREVISTAS SEMIESTRUCTURADAS A VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO Y DE UN ANÁLISIS A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

I. INTRODUCCIÓN

Las garantías de no repetición dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que se implementan por diferentes Estados, en el marco de la Justicia transicional, pretenden superar las causas que dieron lugar a los conflictos armados internos. Su implementación a los Estados, se hace mediante una serie de herramientas legales y políticas públicas. En el caso del Estado colombiano, a través de diferentes instrumentos de justicia transicional, ha diseñado y aplicado garantías de no repetición, como medidas de reparación a las víctimas del conflicto armado.

No obstante, en Colombia, las vulneraciones a los Derechos Humanos, por parte de diferentes actores persisten y no son pocos los escenarios en los que las víctimas califican las garantías de no repetición como medidas ineficaces o generadoras de impunidad. En el presente texto, se analizarán las garantías de no repetición del Estado colombiano.

¹ Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia. Joven investigadora de Colciencias, Beneficiaria de la Beca Pasantía de Investigación: Jóvenes Investigadores e innovadores por la paz No. 812 de 2018. Miembro desde hace más de 7 años del Centro de Investigación Sociojurídica CISJUC de la Universidad Católica de Colombia y del semillero personas, instituciones y exigencias de justicia de la misma institución.

Para lo anterior, la presente ponencia², se propone abordar de manera sucinta, desde un enfoque dogmático, la coherencia y vaguedad de las garantías de no repetición, de acuerdo con el sistema normativo colombiano, teniendo en cuenta las sentencias más representativas en esta materia, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior, con el fin de comprender el funcionamiento de estas desde un enfoque jurídico jurídico.

Posteriormente, y para comprender la aplicación de las garantías de no repetición desde un enfoque social, se hará referencia desde un enfoque cualitativo y empírico, a las entrevistas realizadas a víctimas del conflicto armado, con el fin de analizar en qué sentido y por qué consideran que las garantías de no repetición son ineficaces o productoras de impunidad. Lo anterior, para concluir que para que el Estado colombiano pueda generar normas eficaces en materia de justicia transicional, es necesario tener en cuenta las voces de las víctimas, y las grandes diferencias culturales, sociales, económicas y políticas de los territorios.

II. Normatividad y jurisprudencia internacional en materia de garantías de no repetición.

Desde hace varios años, en la reparación a las víctimas, se ha considerado como indispensable, la implementación de las garantías de no repetición. Estas son consideradas como medidas cuyo propósito es impedir nuevas vulneraciones a los Derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario, hasta lograr la superación de las causas que dieron origen al conflicto.

Para efectos de la presente investigación, se realizó un amplio análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se condenaba a Colombia³, por vulneraciones

² La presente ponencia es un texto derivado del artículo de investigación resultado de la convocatoria No. 812 de Colciencias

³ Corte IDH. Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia. Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Corte IDH. Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 365. Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364. Corte IDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363. Corte IDH. Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352. Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Sentencia de 21 de noviembre 2017. Serie C No. 343. Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 322. Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341. Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287. Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270. Corte IDH. Caso Masacre de Santo

sistemáticas a los Derechos Humanos. A partir de ello, se logró determinar que las garantías de no repetición pueden ser: 1. La disolución de grupos paraestatales; 2. La supresión del sistema jurídico de normas que favorezcan la comisión de violaciones a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario; 3. El control efectivo de las Fuerzas Armadas y de seguridad por la autoridad civil; 4) El empleo de tribunales militares exclusivamente para delitos de función; 5) el fortalecimiento de la independencia del poder judicial; 6) La protección de la labor desarrollada por operadores de justicia, defensores de Derechos Humanos y periodistas; 7) La capacitación ciudadana y de agentes del Estado en materia de Derechos Humanos y del cumplimiento de los códigos de conducta y las normas éticas; y 8) La creación y perfeccionamiento de mecanismos de intervención preventiva y resolución de conflictos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2004, pp. 15)

Dentro del análisis mencionado, con el fin de realizar una clasificación más clara de las garantías de no repetición, se establecieron unas tipologías, las cuales se describen a continuación⁴:

Tipología	Descripción	Ejemplo
Reglamentarias	Por medio de estas medidas, la Corte impulsa al Estado a reglamentar o expedir normas que regulen una materia específica, relacionada con el conflicto.	Sentencia Carvajal y otros Vs. Colombia: el Estado ordena fortalecer las medidas de protección a los periodistas en Colombia.
Educativas	La Corte le indica al Estado que debe crear o generar programas educativos, con el fin de crear consciencia colectiva y permitir que haya mayor conocimiento y cultura sobre los Derechos Humanos.	Sentencia Yarce y otras Vs. Colombia: implementar un programa, curso o taller que deberá brindarse por las entidades estatales

Domingo Vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248. Corte IDH. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213. Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165 Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163. Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148. Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

⁴ Clasificación propia.

		correspondientes dentro de la Comuna 13, y será destinado a promover e instruir sobre el trabajo de las defensoras y defensores de Derechos Humanos en la Comuna 13 y a fomentar y fortalecer los espacios de diálogo entre la población que allí habita, las defensoras y defensores y el Estado
Indicativas	Su propósito es vigilar la conducta del Estado, a través de la solicitud de informes periódicos sobre alguna materia específica.	Sentencia Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia: remitir informes periódicos que envía a los organismos especializados de la OEA y de las Naciones Unidas

De acuerdo con las tipologías anteriormente expuestas, el Estado colombiano ha establecido estas garantías de no repetición propias en varias normas de derecho doméstico. A continuación, enunciaremos algunas de ellas: en un primer momento, en la ley 975 de 2005 y posteriormente en la ley 1448 de 2011 se establecieron las garantías de no repetición como medidas de reparación. Por ejemplo, el ya derogado artículo 8 de la ley 975 de 2005 estableció: *“El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas... Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley”*. Por su parte, la Ley 1448 de 2011 en su artículo 25 establece que: *“la reparación comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y*

simbólica”. Además, en su artículo 149 establece qué acciones adoptará el Estado en materia de garantías de no repetición, aclarando que podrán realizarse otras que cumplan con esta finalidad. A su vez, los acuerdos de paz suscritos por el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP, que fueron incorporadas a la normatividad nacional, mediante el Acto Legislativo 001 de 2017, donde se establece en el punto 5:

El fin del conflicto y la implementación de las reformas que surjan del Acuerdo Final, constituyen la principal garantía de no repetición y la forma de asegurar que no surjan nuevas generaciones de víctimas. Las medidas que se adopten tanto en el punto 5 como en los demás puntos de la Agenda deben apuntar a garantizar la no repetición de manera que ningún colombiano vuelva a ser puesto en condición de víctima o en riesgo de serlo. (Gobierno Nacional-FARC-EP, 2016, pp. 125)

En este mismo punto 5, se consagran las garantías de no repetición como un componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, así:

Las garantías de no repetición son el resultado, por una parte, de la implementación coordinada de todas las anteriores medidas y mecanismos, así como en general de todos los puntos del Acuerdo Final; y por la otra, de la implementación de medidas de no repetición que se acuerden en el marco del Punto 3 – “Fin del Conflicto”. (Gobierno Nacional- FARC-EP, 2016, pp. 130)

En este sentido, la primera garantía de no repetición es la finalización estructural del conflicto. Dicho Punto 3- sobre el Fin del Conflicto establece como principio orientador las Garantías de No Repetición en el siguiente sentido:

El Estado adoptará las medidas para garantizar el esclarecimiento del fenómeno paramilitar, evitar su repetición y garantizar el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres, y violencia sistemática en particular contra las mujeres , o que atentan contra defensores/as de Derechos Humanos, movimientos sociales o movimientos políticos, o que amenacen o atenten contra las personas que participan en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz. (Gobierno Nacional- FARC-EP, 2016, pp. 80)

De acuerdo con esta unión entre el punto 5 y el 3, se establece la creación de la Unidad Especial de investigación para el desmantelamiento de las organizaciones y conductas criminales responsables de homicidios y masacres. Lo anterior, toda vez que atentan contra defensores/as de Derechos Humanos, movimientos sociales o movimientos políticos y amenazan a las personas que

participan en la implementación de los acuerdos y la construcción de la paz; incluyendo las organizaciones criminales que hayan sido denominadas como sucesores del paramilitarismo y sus redes de apoyo.

De todo lo anterior, es posible establecer que en efecto, el Estado colombiano ha hecho esfuerzos, con el fin de garantizar la no repetición de los hechos que vulneraron de forma sistemática los Derechos Humanos de las víctimas del conflicto armado. Estos esfuerzos, se reflejan en las normas enunciadas previamente.

No obstante, factores como la conformación de bandas criminales, grupos de autodefensas, la creación de disidencias de la guerrilla de las FARC, la imposibilidad de hacer un acuerdo de paz con el ELN y los homicidios sistemáticos a líderes sociales y defensores de Derechos Humanos, ponen en duda todos los esfuerzos que se han plasmado en el marco normativo. Lo anterior, no radica únicamente en la eficacia de las normas. De hecho, el problema reside en la capacidad estatal, para aplicar las normas y para llegar a todo el territorio nacional; la transparencia de las instituciones encargadas del orden público y la prevención de crímenes contra líderes sociales y defensores de los Derechos Humanos.

III. PERCEPCIONES DE LAS VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO, SOBRE LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN.

La presente investigación tiene un enfoque etnográfico, pues a través de una descripción densa (Geertz, 1973) se puede llegar a elaborar una representación coherente de lo que piensan y sienten las víctimas del conflicto. Ello, no solo en términos de describir lo que piensan y sienten, sino para lograr llegar a una conclusión de carácter interpretativo.

No obstante lo anterior, entendiendo que el campo de trabajo es muy amplio, se logró llegar a la etnografía legal a través del texto “etnografías burocráticas, una mirada a la construcción del Estado en Colombia”. Esta herramienta contiene una compilación de textos mediante los cuales se logró comprender que la investigación se desarrollaba bajo los “*estudios sobre la brecha entre el derecho de los libros y el derecho de la acción*” (Jaramillo y Buchely, 2019, pp.19).

Así pues, lo primero que se realizó para el desarrollo del proyecto de investigación, fue una sistematización normativa y jurisprudencial, con el fin de comprender el avance y la aplicación de las garantías de no repetición en el Estado colombiano. Posteriormente, se inició con la construcción de las preguntas de investigación con las cuales se desarrolló el trabajo de campo.

Estas preguntas buscaron provocar a las víctimas para que a partir de allí, se lograra generar un relato con las personas entrevistadas acerca de las categorías analizadas, que se describirán más adelante.

Inicialmente, se pensaba tomar una muestra de al menos 100 víctimas, lo cual no fue posible, porque cada vez que se abordaba colectivos de víctimas, manifestaban tener miedo por su seguridad y preferían quedarse calladas, pues dada la situación actual de Colombia, el panorama no es positivo para víctimas del conflicto y líderes sociales.

Entonces, haciendo uso de las redes sociales, se comenzó a publicar el objeto de la investigación y a crear redes con personas conocidas, con el fin de solicitar de su colaboración, si tenían contacto con personas víctimas del conflicto armado que estuvieran interesadas en participar del proyecto, cuyo objeto era visibilizarlas. Así fue como se logró construir una base de 60 personas víctimas del conflicto armado. No obstante, algunos de ellos decidieron no participar en el ejercicio, por desconfianza y miedo.

Finalmente, hubo 40 personas que participaron del ejercicio. La mayor parte de ellas, son personas originarias de ciudades pequeñas, alejadas de las ciudades capitales. El 50% de los entrevistados son personas de más de 45 años, el 60% se identifican con el género femenino y el 40% con el masculino. Concluida la primera fase de identificación y encuadre, se continuó con la fase de las preguntas sugestivas, descrita previamente. Lo anterior, con el fin de brindar al lector un panorama de percepción de las víctimas sobre las garantías de no repetición.

Unas veintisiete víctimas consideran que no han sido beneficiarias de programas de Reparación Integral. De las trece que consideran que han sido beneficiarias, cinco perciben que los programas de los cuales fueron beneficiarios han sido regulares. Ahora, es interesante que dentro de las veintisiete que niegan ser beneficiarias, cinco afirman que han recibido acompañamiento durante el proceso de reintegración y superación de los hechos, diferenciando de acuerdo con su percepción acompañamiento estatal, de ser beneficiario por parte de algún programa del Estado.

Ahora, de las cuarenta personas entrevistadas solo cuatro sienten que en sus casos no existió impunidad, las personas restantes afirman que hay impunidad en sus casos. Más adelante se analizarán las razones que esgrimieron estas víctimas. Se resalta en esta parte, que de nueve personas que consideraron que existió impunidad en sus casos, afirman que fueron tenidos en cuenta en el proceso de investigación y juzgamiento, por lo que, para estas personas el concepto de impunidad no está asociado a la investigación y juzgamiento, sino a otros factores.

A las víctimas también se les indagó por la capacidad que deberían tener las normas para transformar las realidades vividas en el Conflicto Armado. Es muy interesante encontrar que veinticinco de las cuarenta personas entrevistadas consideran que la creación de nuevas normas por parte del Estado que protejan los derechos de comunidades específicas evitará que se presenten nuevos hechos de violencia.

Treinta y Ocho de los cuarenta entrevistados opinan que la creación de programas educativos que promuevan el conocimiento sobre los Derechos Humanos, la participación ciudadana y resolución de conflictos, es fundamental para que hechos violentos no se vuelvan a repetir. Además, treinta y siete consideran que la vigilancia por parte de entidades nacionales e internacionales es importante para evitar que en Colombia se sigan presentando violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos. Para cerrar la fase de las preguntas sugestivas, se les indagó sobre las acciones realizadas por el Estado para prevenir que los hechos de violencia acaecidos vuelvan a suceder, quince consideran adecuadas estas acciones y veinticinco las consideran inadecuadas.

En la tercera fase se profundizó en cada una de las entrevistas logrando obtener relatos de los participantes acerca del tema de investigación. Estos relatos se codificaron de acuerdo a las cinco categorías analíticas creadas a partir del Estado del arte y la sistematización de las sentencias de la Corte Interamericana, tal y como se explicó anteriormente. Las categorías de codificación fueron: Impunidad, Oportunidades socioeconómicas y de rehabilitación, Educación en Derechos Humanos y Participación. A continuación, haré una breve exposición de las conclusiones obtenidas del análisis de cada una de las categorías enunciadas:

III. A. Impunidad

Los relatos permiten identificar que las víctimas no tienen un concepto unívoco sobre la impunidad, pues para ellas puede significar: no saber quién fue el victimario, la desaparición de documentos relevantes en el caso o no tener acceso a ellos, la inoperancia del aparato judicial para la investigación y judicialización, la fijación de una pena privativa de la libertad corta, no tener acceso a programas de justicia restaurativa para reparar el daño, que los victimarios se encuentren libres, o el cierre de las investigaciones, aparentemente sin ninguna justificación.

No obstante, en el marco de la justicia ordinaria, la impunidad implica que el responsable de cometer un delito tipificado en la normatividad, no haya sido investigado, judicializado y

sancionado. Sin embargo, en el marco de la justicia transicional, el concepto de impunidad cambia, pues se debe tener en cuenta que los procesos de transición de la guerra a la paz, o de dictaduras a democracia, requieren de medidas excepcionales, pues en estos casos, se parte del reconocimiento, como mínimo de 3 condicionantes para el Estado: en primer lugar, la imposibilidad de someter al dictador, o al detractor. En segundo lugar, la imposibilidad de judicializar hechos acaecidos en el marco de un conflicto armado bajo los estándares de la justicia ordinaria⁵. Y finalmente, contar con la infraestructura carcelaria idónea para mantener privados de la libertad a los desmovilizados de los grupos armados.

Así las cosas, de acuerdo con el concepto desarrollado por las Naciones Unidas⁶, la impunidad implica que el Estado no realice una adecuada investigación, judicialización, reparación y garantías de no repetición para las víctimas. Por lo tanto, en el marco de la justicia transicional, la categoría impunidad, no puede estar asociada únicamente a los componentes procesales, como la investigación, judicialización y sanción; sino que debe interpretarse de manera armónica con los componentes de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

⁵ Es importante advertir que marcos jurídicos de Justicia Transicional pueden ser similares a los ordinarios y promover mayor impunidad para las graves violaciones a los Derechos Humanos, por el ejemplo, el marco jurídico creado en la Ley 975 de 2005, pues esta ley era un híbrido entre el proceso penal ordinario y los subrogados penales dados (de 5 a 8 años de prisión a cambio de verdad y reparación para las víctimas). Esto quedó en evidencia con la primera sentencia proferida por los Tribunales de Justicia y Paz del 19 de marzo de 2009 contra el desmovilizado del frente Héctor Julio Peinado Becerra del Bloque Norte de la AUC, Wilson Salazar Carrascal, Alias el Loro. Cuatro años después de la implementación de la Ley 975 se profiere esta sentencia en la que el Loro que violó de forma masiva y sistemática los Derechos Humanos, solo es condenada por tres homicidios, una extorsión y una falsedad en documento público. Esta sentencia además es anulada por la Corte Suprema de Justicia, criticando fuertemente a el Tribunal de Bogotá quien ni siquiera condenó a el Loro por Concierto para Delinquir Agravado, pues no se había logrado probar durante el proceso este delito. Dice la Corte que esto es inadmisibile en una sentencia contra un desmovilizado de un grupo armado organizado, pues el concierto para delinquir es el delito mínimo que se debe imputar. También critica a la fiscalía por el uso de la figura de imputación parcial de cargos que venía utilizando el ente investigador, pues, le era imposible imputar todos los delitos cometidos por los desmovilizados bajo los estándares probatorios de la Justicia Ordinaria en las audiencias ante los tribunales. Pese a esta realidad, la Corte le recuerda a la fiscalía que todos los delitos deben estar imputados antes de que se profiera la sentencia de primera instancia. La investigadora Claudía López Díaz critica esta posición al mencionar que “Con una visión maximalista, que exige la investigación completa de todos los delitos y de todos los responsables, existe el riesgo, bastante probable, de que las investigaciones y juicios nunca acaben (o por lo menos no antes de la muerte de los postulados, testigos o víctimas), teniendo como lógica consecuencia una mayor impunidad (Forer y López, 2011; Bergsmoy Saffon, 2011; Parente y Polaco, 2011)”.

⁶ Para profundizar sobre la lucha contra la impunidad en el marco de procesos transicionales y las garantías de no repetición revisar “Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher” en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>

Lo más interesante en este punto, es que la concepción diversa de impunidad en el marco de la justicia transicional parece estar presente en las percepciones de las víctimas entrevistadas, pues en sus relatos, como pudo verse, asocian la impunidad a diferentes cosas que el Estado debe garantizar y no solo a la judicialización y reclusión en establecimientos penitenciarios de los victimarios. Así, para los entrevistados era relevante conocer quién los había victimizado y tener acceso a documentos, que les permitieran conocer las razones por las que les pasó el hecho que vulneró sus derechos.

III. B. Categoría analítica: oportunidades socioeconómicas y de rehabilitación

Lo primero que resalta de las entrevistas realizadas a las víctimas, es la relevancia del acceso a oportunidades, y la necesidad de superación de la pobreza y de acompañamiento estatal. Los relatos, diferencian entre territorios marginados, que se reconocen como los epicentros de la violencia en Colombia y las grandes ciudades, que, según ellos no han sido tan victimizadas.

Esta diferencia es importante, porque los entrevistados afirman que las medidas de reparación, relacionadas con planes de oportunidades de acceso a educación, trabajo y proyectos productivos, no llegan a los territorios marginados, sino que se quedan en las ciudades y que a veces son aprovechados por personas, que ni siquiera tienen la calidad de víctimas. Eso deja en evidencia otra de las dificultades del Estado: la correcta identificación de las víctimas y de sus necesidades.

Entonces, los entrevistados perciben que las oportunidades de acceso a diferentes proyectos del Estado son inequitativos entre las ciudades grandes y los territorios marginados. De hecho, esta inequidad en la presencia del Estado en algunos territorios del país, ha sido reconocida como una de las causas del surgimiento de las guerrillas, pues el inicio de su lucha armada estuvo asociada a la necesidad de la distribución equitativa de la tierra y de la presencia estatal, que les garantizara sus derechos y no los victimizara.

Adicionalmente, las víctimas también manifiestan en sus relatos la percepción de que hay personas con menos necesidades que ellas, que sí acceden a las oportunidades socioeconómicas brindadas por el Estado. Haciendo un análisis de este punto, se puede evidenciar que la afirmación por parte de los entrevistados de la existencia de víctimas más y menos necesitadas, abre una discusión acerca de la naturaleza y efectos de las medidas de reparación, pues pareciera ser que las

víctimas entrevistadas asocian el concepto de reparación con la superación de las condiciones de vulnerabilidad y pobreza.

III. C. Educación en Derechos Humanos

La implementación de esta categoría permitiría a las víctimas del conflicto armado comprender de mejor manera que las medidas dadas a los desmovilizados contribuyen a que ellos no vuelvan a pertenecer a grupos armados y se reduzca la posibilidad de que nuevos hechos victimizantes se presenten en Colombia. Sobre esta categoría, un alto porcentaje de entrevistados reconoce la necesidad de crear programas de educación en Derechos Humanos en los diferentes territorios. Pues, para ellos, estos programas contribuyen a la superación del conflicto, ya que promueven los conocimientos en Derechos Humanos, participación ciudadana, resolución del conflicto y valores para la convivencia en comunidad. Sin embargo, en los relatos también encontramos voces en contra de estas propuestas, ya que, según ellas, los programas educativos no son una solución para garantizar que no se repitan los hechos de los que fueron víctimas, además afirman, que estos programas solamente contribuyen al fortalecimiento de las grandes ciudades, pues no se tiene en cuenta las particularidades de cada territorio.

Los programas de educación en Derechos Humanos según los relatos podrían ser una medida para comprender mejor las causas del conflicto armado, la naturaleza, alcances y mecanismos de la Justicia Transicional, también para que los actores armados legales o ilegales comprendieran que la población civil no es parte del conflicto o que las diferencias políticas o ideológicas no son una razón para “amenazar y sacar a la gente de sus territorios”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estipulado que la educación en Derechos Humanos es una medida de garantía de no repetición, pues se pretende con ella consolidar una cultura que deje de lado el autoritarismo y se comprometa con una sociedad democrática que respete la diferencia. Si bien, estos programas son relevantes, es importante mencionar que los diseños institucionales deben tener enfoques diferenciales y territoriales.

Los entrevistados señalan estas necesidades, al manifestar que los programas educativos se deben enfocar en las pequeñas poblaciones en donde están concentradas la mayoría de las víctimas y ser concertados con ellas; además de reconocer que todas las víctimas son distintas. Por ejemplo, en los relatos se señala, que no es lo mismo desarrollar programas para adultos, que para menores de edad víctimas o victimarios, pues para los entrevistados este grupo poblacional es el más

afectado, ya que “no construyen relaciones de amor, por lo cual, no pueden desarrollar ningún tipo de relación afectiva y abunda en ellos sentimientos de odio, rabia, fastidio y desinterés”.

De lo anterior, podemos observar que si bien las categorías de impunidad o ineficacia del sistema jurídico colombiano en materia de garantías de no repetición siguen siendo los pilares analíticos en la bibliografía para evaluar estas medidas, estas no contribuyen a cuestionar formalmente las garantías de no repetición como se ha dejado en evidencia. En cambio, la participación sí lo hace, además de posibilitar a las víctimas tener la voz que se les suele negar en la implementación de estas medidas, tal y como lo explicaremos en el siguiente capítulo.

IV. PARTICIPACIÓN: LA CATEGORÍA FALTANTE.

A lo largo del texto pudo observarse como la impunidad y la ineficacia son categorías analíticas insuficientes para cuestionar las acciones que ha tomado el Estado colombiano, con base en el derecho internacional para implementar las garantías de no repetición y comenzó a tomar fuerza la categoría participación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha enfatizado en sus sentencias que los Estados deben hacer las transformaciones normativas necesarias, para garantizar que las graves violaciones a los Derechos Humanos no se vuelvan a repetir. Sobre este tema, también se indagó en las entrevistas realizadas a las víctimas del conflicto armado que participaron en esta investigación. Dos fueron las posiciones más recurrentes: la importancia de las normas para la superación del conflicto armado solo si se tienen en cuenta las voces de las víctimas, sino no servirán para nada. Y la posición de que ya hay muchas normas y que estas no tienen efectividad.

De lo anterior, puede observarse que los relatos de las víctimas coinciden en que las medidas tomadas por parte del Estado Colombiano no han tenido en cuenta sus voces, ni en cuanto al diseño, ni en cuanto a la implementación. Esto, ha hecho que las víctimas sientan que los desarrollos normativos sean camisas de fuerza que no responden a sus necesidades y realidades.

Entonces, para que el Estado colombiano pueda generar medidas eficaces para garantizar la no repetición de los hechos de vulneración sistemática de Derechos Humanos, debe tener en cuenta las voces de las víctimas y las diferencias de los territorios de Colombia, pues no es lo mismo generar medidas en grandes ciudades, que en zonas de difícil acceso, donde aún hay personas que no cuentan con servicios públicos y el alcance estatal es muy limitado.

Es necesario crear medidas y programas distintos en los territorios, que tengan a las víctimas como foco principal y que apunten a la generación de nuevas oportunidades a nivel laboral, que logren reconstruir el tejido social y permitan acceder a la educación en Derechos Humanos. Solo así se logrará disminuir la violencia y generar garantías de no repetición.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Rea, D. (2015). *Nadie les pidió perdón: Historias de impunidad y resistencia*.

LaCapra, D. (2005). *Escribir la historia, escribir el trauma*. Buenos Aires.

Minow, M., Crocker, D. A., Mani, R., & Saffon, M. P. (2011). *Justicia transicional*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Courtis, C. A. M., Atienza, M., Courtis, C., & Digitalia, Inc. (2010). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Editorial Trotta, S.A.

Jaramillo, S. I. C., Buchely, I. L. F., & ProQuest. (2019). *Etnografías burocráticas*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Ochoa, J., & Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación. (1984). *La construcción social de la realidad en Berger y Luckmann y en Michael F.D. Young*. Santiago [Chile: Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación.

Lemaitre, R. J. (2009). *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Corte IDH. Caso Omeara Carrascal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 368.

Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 367.

Corte IDH. Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2018. Serie C No. 365.

Corte IDH. Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364

Corte IDH. Caso Isaza Uribe y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 363

Corte IDH. Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352

Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre 2017. Serie C No. 343.

Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2016. Serie C No. 322.

Corte IDH. Caso Vereda La Esperanza Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341.

Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287

Corte IDH. Caso de las Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248.

Corte IDH. Caso Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.

Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165

Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148

Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

IV JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Izabela Zonato Villas Boas¹

izabelazonato@gmail.com

Letícia Moreira Graça²

leticiamoreiragraca@hotmail.com

Eje temático "Derecho y Sociedad"

REFUGIADOS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE PESSOAS: UMA ANÁLISE SÓCIOLEGAL E FILOSÓFICA SOB O PONTO DE VISTA DA CONDIÇÃO HUMANA ARENDTIANA³

I. INTRODUÇÃO

O aumento exponencial do número de pessoas que migram ao redor do Planeta é mais uma das consequências do mundo globalizado. A facilidade migratória que se tem atualmente representa inúmeros benefícios à sociedade, como oportunidades de estudo e trabalho, direito à segurança, dignidade e proteção, o que se tem com o instituto do refúgio, por exemplo. No entanto, há também uma faceta contraproducente da facilidade migratória, que se resume na possibilidade da perpetuação de crimes em escala transnacional, como o tráfico de pessoas.

O fato de o refúgio e o tráfico de pessoas serem duas questões relevantes em constante crescimento, tanto pela importância, quanto pela gravidade que simbolizam, evidenciam que o ser humano é o foco do Direito Internacional e justificam a escolha da temática para esta pesquisa.

O refúgio é instituto que possibilita a concessão de proteção de um país ao migrante, porém com requisitos a serem observados, como será melhor explicado adiante. De acordo com

¹ Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre pelo Instituto Internacional de Sociologia Jurídica em Oñati (Espanha). Pós-graduada Lato Sensu em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Graduada em Direito pela UPM. Participou do "Projeto Migração" da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Pessoas Invisíveis: Prevenção e Combate ao Tráfico Interno e Internacional de Seres Humanos", da UPM. Membro do Research Committee on Sociology of Law. E-mail: izabelazonato@gmail.com

² Graduada em Direito e Letras pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. E-mail: leticiamoreiragraca@hotmail.com

³ Artigo publicado no livro "Pessoas invisíveis: prevenção e combate ao tráfico interno e internacional de seres humanos". SMANIO, Gianpaolo Poggio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; JUNQUEIRA, Michelle Asato. Pessoas invisíveis: prevenção e combate ao tráfico interno e internacional de seres humanos. Londrina, PR: Thoth, 2020.

o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), há cerca de 25,9 milhões de pessoas refugiadas no mundo. Já o tráfico de pessoas é crime que assola pessoas com os mais diversos gêneros, características e idades, e está entre as atividades criminosas mais rentáveis do mundo.

Diante disso, tem-se como problema de pesquisa verificar se é possível associar a condição humana do refugiado vítima de tráfico de pessoas com o *animal laborans* arendtiano. Além disso, como questão subsidiária, busca-se analisar se há efetiva proteção desses indivíduos, em âmbito nacional e internacional, tendo em vista a sua vulnerabilidade.

Tem-se por objetivo principal analisar as violações de direitos sofridas pelas pessoas em situação de refúgio que são vítimas do tráfico de pessoas. Como objetivo secundário verificar se ocorre efetiva proteção legal desses indivíduos.

Sendo assim, trabalha-se com a hipótese de que ainda que refugiados vítimas de tráfico de pessoas sofram violações mais severas, quando identificada a ocorrência do crime há efetiva proteção ou ainda de que além destes indivíduos sofrerem incontestáveis violações, não se verifica a adequada proteção à essas pessoas por se tratar de crimes que não se tornam visíveis.

Para atingir o objetivo proposto, este trabalho será desenvolvido por meio de pesquisas bibliográfica, documental e legal com caráter descritivo e exploratório, combinadas ao método indutivo para alcançar as principais conclusões.

Nesse sentido, são utilizadas como principais fontes documentos oficiais da Organização Internacional para as Migrações, da Organização das Nações Unidas, através de representações como Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), bem como de organizações do terceiro setor, e legislações e tratados internacional e nacional.

Sendo assim, inicialmente são explanados e conectados o crime de tráfico de pessoas e o instituto do refúgio. Posteriormente, será tratada a teoria da Condição Humana de Hannah Arendt, de forma a estabelecer o marco teórico desta pesquisa, e, por fim, busca-se conectar este crime, trazendo como vítimas as pessoas protegidas pela condição de refugiados, correlacionando-os com a condição humana de Hannah Arendt.

II. ASPECTOS LEGAIS DO TRÁFICO DE PESSOAS E DO REFÚGIO E A CONEXÃO ENTRE AMBOS

O instituto do refúgio é disciplinado internacionalmente pela Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e por seu Protocolo de 1967, que conceituam refugiado como sendo a pessoa que:

temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.⁴

No Brasil, a Lei nº 9.474/1997, conhecida como Estatuto dos Refugiados, adota um conceito ampliado de refugiado, trazendo, além do conceito visto acima, a hipótese do art. 1º, inciso III que traz a possibilidade de grave e generalizada violação de direitos humanos em que o indivíduo é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro.⁵

Já o crime de tráfico de pessoas é tratado pelo artigo 3 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido também por Protocolo de Palermo, assim o detalha:

o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;⁶

⁴ ACNUR. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019

⁵ BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>. Acesso em: 22 nov 2019.

⁶ BRASIL. Decreto nº 5.017 de 12 de março de 2004. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

Trata-se de crime que pode ocorrer em âmbito nacional e também transnacional. Além da severidade descrita pelo Protocolo de Palermo, a gravidade do crime é trazida também no art. 7º, 2, “c” do Estatuto de Roma, que trata o tráfico de pessoas como crime contra a humanidade⁷.

Ainda que o controle de fronteiras seja cada vez maior e mais rigoroso, o crime de tráfico de pessoas continua ocorrendo também em proporções maiores. Isso pode se justificar em razão da associação entre crime e globalização. Nunes entende que, com a globalização, pode ser possível a revelação de novas modalidades de crimes, bem como novas configurações de antigos crimes através das novas tecnologias e informações do mundo globalizado⁸.

Nesse sentido, após breve conceituação e contextualização do instituto do refúgio e do crime de tráfico de pessoas, passa-se à abordagem que busca aproximá-los. Para tanto, utiliza-se o Relatório Global sobre o Tráfico de Pessoas⁹, bem como o Documento Temático do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) sobre a Luta contra o Tráfico de Pessoas em Situações de Conflito¹⁰, ambos publicados em 2018.

Conforme o Relatório Global, conflitos armados podem aumentar a vulnerabilidade ao tráfico em razão da falta de recursos e grandes níveis de pobreza, o que torna precário o Estado de Direito e propício o ambiente para traficantes cometerem o crime, tendo em vista o clima de impunidade. Além disso, somam-se condições socioeconômicas precárias, situações de perseguição, o que faz com que pessoas nessas circunstâncias sejam mais facilmente enganadas por situações de exploração disfarçadas de propostas fraudulentas, acarretando crises humanitárias, vulnerabilidade entre a população e lucro entre os criminosos¹¹.

⁷ Artigo 7º. Crimes contra a Humanidade. 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:(...) c) Escravidão; (...) 2. Para efeitos do parágrafo 1º: c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças; BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

⁸ NUNES, Laura M. **O crime da globalização e a globalização do crime**. Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, nº 7, p. 402 - 410. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2010. p. 404.

⁹ UNODC. **Global Report on Trafficking Persons**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 06 nov. 2019.

¹⁰ UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019.

¹¹ UNODC. **Global Report on Trafficking Persons**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 06 nov. 2019.

O Relatório também indica que grupos armados podem utilizar o tráfico como estratégia que potencializa o domínio territorial, disseminando o medo e exercendo controle sobre a população. Além dos grupos armados, há outros autores envolvidos no tráfico de pessoas em regiões de conflitos, como grupos criminosos e traficantes individuais, que possuem como alvo civis, refugiados e populações deslocadas internamente em campos formais e informais de refúgio¹².

Dessa forma, o documento informa a existência de casos em campos de refugiados no Oriente Médio, em países como Síria e Iraque, bem como em locais de conflito na África Central e Ocidental, onde, por exemplo, crianças são usadas como combatentes, meninas e mulheres jovens são submetidas à “escravidão sexual”, ao casamento forçado (como forma apelativa a recrutar novos potenciais recrutas masculinos), à exploração sexual, além de outras formas criminosas e violentas¹³.

Aprofundando, o Documento Temático do UNODC sobre a Luta contra o Tráfico de Pessoas em Situações de Conflito, alerta que as violações por abuso sexual contra homens e meninos pode aumentar em situações de conflito¹⁴. Nessa linha, argumenta que crianças, especialmente desacompanhadas, que fogem de conflitos, correm maiores riscos, pois são particularmente suscetíveis às formas de trabalho exploratório. Os exemplos são diversos, como ocorre com crianças afegãs e sudanesas desacompanhadas que vivem em campos de refugiados em Calais e Dunquerque na França, traficadas para exploração sexual, forçadas ao cometimento de crimes, como roubo e venda de drogas¹⁵.

p. 11 e 12. e UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p 1 e 2.

¹² UNODC. **Global Report on Trafficking Persons**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 06 nov. 2019. p. 11.

¹³ UNODC. **Global Report on Trafficking Persons**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 06 nov. 2019. p.11. e UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. x, executive summary.

¹⁴ UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. x, executive summary.

¹⁵ UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 16.

Ademais, o Documento relata a existência de casos de refugiados sírios que foram traficados para trabalhar em setores como agricultura, indústria, manufatura, restauração em Estados vizinhos à Síria. Há também casos em que sul-asiáticos foram enganosamente recrutados e traficados para trabalho forçado em zonas de conflito em áreas do Oriente Médio. Casos também ocorrem tendo Estados contratando particulares para recrutar trabalhadores migrantes para apoiar operações militares de grande escala¹⁶.

Sendo assim, nota-se que não há perfis específicos para vítimas de tráfico, podendo se tratar de pessoas de todas as classes sociais, idades, sexo, gênero, população fora de conflito ou em ambientes conflitantes, migrantes em situações regulares ou irregulares, requerentes de asilo e até refugiados¹⁷. Além disso, importa salientar que, ainda que exista o consentimento para a exploração, isso não altera o crime de tráfico de pessoas¹⁸.

Diante da ausência de características específicas e da invisibilidade do crime, tem-se a dificuldade na verificação de casos e da identificação de vítimas e criminosos, e, portanto, aplicação insuficiente da legislação. Tal precariedade é inclusive manifestada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em julgamento de tráfico de mulheres nigerianas na França, ao reconhecer a dificuldade que essas mulheres têm para que seu problema chegue ao conhecimento das autoridades e para que possam obter proteção¹⁹.

Visando encontrar solução para problemas de tamanha magnitude, o Documento Temático alerta que os esforços dos Estados para combater não devem aumentar a inadvertidamente a vulnerabilidade das pessoas para o tráfico. Assim, propõe medidas

¹⁶ UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 15.

¹⁷ UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 8

¹⁸ UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. viii, executive summary.

¹⁹ UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. viii, executive summary. “*La Cour, bien que consciente de l'importance du phénomène de la traite des femmes nigérianes en France et des difficultés pour ces personnes à se faire connaître des autorités en vue d'obtenir une protection, ne peut que constater, au vu de ce qui précède, que la requérante n'a pas tenté d'interpeller les autorités sur sa situation.*” COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Cinquième section. Siégeant le 29 novembre 2011. Requête no 7196/10. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-108003%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-108003%22]})>. Acesso em: 04 dec. 2019.

como não criminalização da migração²⁰, estabelecimento de caminhos seguros para que as pessoas saiam com segurança das áreas de conflito de maneira regular e ordenada, estabelecimento de serviços de registro civil adequados e gratuitos, para migrantes e pessoas deslocadas internamente nos campos de refugiados. Além disso, o acolhimento de pessoas em situação de refúgio pode ajudar a evitar que essas pessoas sejam vítimas de outras violações, além das que as fizeram buscar refúgio, como o tráfico de pessoas.²¹

O Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos deixa claro em seu sétimo princípio que pessoas traficadas não devem ser criminalizadas, seja pela ilegalidade de entrada, residência ou ainda por crimes que tenham cometido no curso de seu tráfico²². Não há dúvidas que, ainda no que tangencia a proteção das vítimas, a atuação dos Estados é essencial. Estes, de acordo com a Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos de todos os migrantes trabalhadores e membros de suas famílias (ICRMW Convention), devem promover uma proteção efetiva contra violência, violação física, ameaças e intimidação por oficiais públicos ou particulares²³.

O protocolo sobre tráfico de pessoas também especifica que o Estado deve prezar pela segurança física de tais pessoas²⁴. O Estado, portanto, tem obrigação de proteger as vítimas, mesmo que em situações irregulares pois, justamente a irregularidade intensifica a sua vulnerabilidade para que o crime ocorra.

Ainda nessa ótica, é garantido a essas pessoas acesso à alojamento adequado, aconselhamento e informação, assistência médica, psicológica e material e oportunidade de

²⁰ O artigo 31(1) da Convenção dos Refugiados especifica que: *Os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais em virtude da sua entrada ou permanência irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território no qual sua vida ou sua liberdade estava ameaçada no sentido previsto pelo art. 1º, cheguem ou se encontrem no seu território sem autorização, contanto que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares.*

²¹ Como exemplo tem-se: *UN Women and WFP provide safe spaces in refugee camps to build resilience among refugee women, for instance at the Za'atari refugee camp in Jordan, which shelters tens of thousands of women who have fled conflict in Syria.* UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations.** Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 44.

²² OHCHR. **Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking.** Disponível em <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingen.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2019.

²³ OHC. **International Convention on the Protection of the Rights of All Migrants Workers and Members of their families.** Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>>. Acesso em: 07 dez. 2019.

²⁴ BRASIL. Decreto nº5.017 de 12 de março de 2004. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

emprego, educação e formação. Tais direitos estão previstos no artigo 6 do Decreto nº 5.017, o Protocolo de Tráfico de Pessoas.

Assim, com o auxílio adequado, garante-se que estas pessoas continuem tendo direito a ter direitos²⁵, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, passa-se a análise da condição humana Arendtiana e suas peculiaridades.

III. A CONDIÇÃO HUMANA E O REFUGIADO

Neste tópico em questão, visa-se compreender a condição em que as vítimas de refúgio e a sua condição humana de *animal laborans*, terminologia usada por Hannah Arendt, em sua obra “A Condição Humana”, de 1958, para então tornar compreensível como a própria condição dessas pessoas potencializa o tráfico humano internacional.

III. A. A condição em que os refugiados vivem

A condição dos refugiados está intrinsecamente relacionada com a ocorrência de guerras civis no plano internacional, que possuem inúmeros motivos, como religioso, econômico, político ou étnico.

Além disso, essas situações de conflito colocam em risco indivíduos e grupos, que, por sua vez, estão sujeitos a sofrer não somente graves ameaças ou perseguições, mas principalmente as atrocidades que são viver em um campo de guerra. Vivem-se em zonas de conflito, que se assemelham à campos minados. Onde se vive, não há segurança ou garantia de que permanecerão vivos, e faltam necessidades básicas²⁶. Há somente o constante medo da morte, da perda de familiares e amigos. Deve-se lutar pela sobrevivência, mesmo que essa sobrevivência seja sinônimo de uma grande incógnita, que será somente encontrada em outras terras. Em terras distantes, em outro continente, do outro lado do oceano. Essas vítimas, vulneráveis pela sua atual condição, quando chegam a uma nova nação, dotadas de sentimentos antagônicos, como medo e positivismo, enfrentam novos desafios, como, por exemplo, o linguístico e cultural, que, mais uma vez, dificulta e vulnerabiliza, ainda mais, a sua própria condição.

Perante as tragédias em plano internacional causadas pelas guerras civis, é compreensível que os Estados se preocupem com sua segurança. De acordo com Juan Carlos

²⁵ ARENT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

²⁶ UNODC. **Global Report on Trafficking Persons**. Vienna: 2018. p. 11.

Murillo²⁷ a segurança e a luta contra o terrorismo vieram exacerbar as políticas restritivas de asilo, já implementadas por muitos Estados em diferentes partes do mundo.

Dessa forma, o refugiado é percebido não como uma vítima que precisa de amparo e proteção, mas sim como uma ameaça à segurança do Estado²⁸, podendo, até mesmo, ter a sua condição de refugiado cancelada ou revogada.

III. B. Hannah Arendt e o ser refugiado

Diante da situação previamente descrita, Hannah Arendt, filósofa política contemporânea que vivenciou os horrores de regimes totalitários, fala com propriedade sobre a condição em que os refugiados vivem. Em sua obra “Nós, os Refugiados”, publicada em 1943 no jornal *The Menorah Journal*, a autora fala com clareza e intimidade de quem são os refugiados:

Um refugiado costuma ser uma pessoa obrigada a procurar refúgio devido a algum ato cometido ou por tomar alguma opinião política. Bom, é verdade que tivemos que procurar refúgio; mas não cometemos nenhum ato e a maioria de nós nunca sonhou em ter qualquer opinião política radical. O sentido do termo “refugiado” mudou conosco. Agora “refugiados” são aqueles de que nós que chegamos à infelicidade de chegar a um novo país sem meios e tiveram que ser ajudados por comitês de refugiados ²⁹

Estes, por sua vez, buscam reconstruir sua vida, adotando uma visão otimista, mesmo frente à inúmeros obstáculos enfrentados, como a perda de suas casas, a familiaridade com a vida cotidiana e até mesmo a confiança no mundo. Perde-se a língua, os familiares e amigos,

²⁷ MURILLO. **Os Legítimos Interesses de Segurança dos Estados e a Proteção Internacional de Refugiados**. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 6, n. 10, p. 120-137, jun 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 dez. 2019.

²⁸ MURILLO. **Os Legítimos Interesses de Segurança dos Estados e a Proteção Internacional de Refugiados**. 2010. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 6, n. 10, p. 120-137, jun 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 dez. 2019. p. 11.

²⁹ ARENDT, Hannah. **Nós, os refugiados**. The Menorah Journal. 1943. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/20131214-hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf>. Acesso em 07 dez. 2019. p.7.

mortos pelas atrocidades vivenciadas em seu país de origem que se encontra em um estado minimamente caótico³⁰.

O otimismo, anteriormente mencionado, serve para evitar especialmente alusões aos acontecimentos de sua pátria-mãe. Este sentimento, por sua vez, é uma forma de lidar com este futuro incerto que os circundam. De acordo com Arendt, “depois de tanta má sorte queremos um percurso infalível. Portanto, deixamos a terra com todas essas incertezas para trás e lançamos o nosso olhar para o céu”³¹.

Por outro lado, o otimismo exacerbado não é suficiente para superar todos os problemas que ainda serão enfrentados. Para a autora, os refugiados são excluídos das fronteiras estatais. Além disso, são, igualmente, seres desprovidos de cidadania, já que esta, por sua vez, engloba o conceito de proteção e pertencimento a um Estado³².

Dessa forma, de acordo com Wermuth e Nielsson, ao interpretar o posicionamento de Arendt, é entendido que a crise dos Direitos Humanos está diretamente relacionada à crise do Estado, na medida em que este, sedimentado na cidadania nacional, deixou de alcançar as pessoas desprovidas de nacionalidade³³.

Em outras palavras, o mero direito de pertencer a uma nova nação lhes é negado. Evidencia-se, a perda de lugar no mundo, o que exclui a humanidade destas vítimas, intensificando, mais uma vez, a sua vulnerabilidade simplesmente pelo que são: nascidos na raça errada, ou na classe errada³⁴.

III. C. A condição humana Arendtiana

Diante das situações descritas sobre os refugiados, faz-se possível a abertura de espaço para as terminologias, análises e conceitos de Hannah Arendt acerca da condição humana destes

³⁰ ARENDT, Hannah. **Nós, os refugiados**. The Menorah Journal. 1943. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/20131214-hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf>. Acesso em 07 dez. 2019. p.8

³¹ ARENDT. **Nós, os refugiados**. The Menorah Journal. 1943. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/20131214-hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf>. Acesso em 07 dez. 2019. p.9

³² ARENDT. **Nós, os refugiados**. The Menorah Journal 1943. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/20131214-hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf>. Acesso em 07 dez. 2019. p.9

³³ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. **De Hannah Arendt a Judith Butler: em busca da humanidade perdida nas fronteiras do estado-nação**. Pensar Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 301-334, jan/abr. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4322>>. Acesso em 07 dez. 2019

³⁴ ARENDT. **A condição humana**. 11. Ed. Trad. R. Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010 p. 328.

seres marginalizados. A autora em sua obra “A Condição Humana” de 1958, visa fazer uma análise do ser humano, a partir das perspectivas da ação, trabalho e labor.

A condição humana, em termos gerais, se ocupa em refletir sobre o que o homem faz. Nesta perspectiva, Arendt define três atividades centrais que correspondem às condições básicas da vida humana: a ação, o trabalho e o labor, sendo este o mais relevante para a relação que, posteriormente, será feita com o tráfico de pessoas com fins exploratórios.³⁵

De acordo com a filósofa, o labor, condição básica para vida humana, significa ser escravizado pela necessidade³⁶. Em outras palavras, o labor é condição de vida a homens que são sujeitos à necessidade de prover a própria subsistência. É dessa necessidade que surge o termo *animal laborans* para definir, ou até mesmo reduzir, a condição dos homens.

O *animal laborans* é definido, então, como um homem que reduziu a sua felicidade ao interesse único e exclusivo de buscar a subsistência e manutenção de sua vida. Esse ser perdeu a fé, o mundo comum, a capacidade de pensar, agir. O homem, portanto, se torna um ser condicionado a necessidade, que perde seu senso de humanidade e valores gerais definidos. É assim que ele é reduzido a um simples objeto. Para ele, é impossível compreender a relatividade dos valores, pois, para ele, só existe o valor absoluto da necessidade. Com este pensamento, o *animal laborans* trata todas as coisas como objeto de consumo gerando uma massiva desvalorização de todos os valores³⁷.

Ainda nessa ótica, o labor está relacionado à ideia de servidão, e por isso nunca está relacionado ao produto final das atividades. Ele é sempre fragmentado ao máximo, devido à inescrutabilidade da produtividade do *animal laborans*. Assim, o que o labor produz é a força de trabalho humano.

IV. O REFUGIADO COMO VÍTIMA DO TRÁFICO HUMANO INTERNACIONAL

Em meio a incontestável vulnerabilidade em que vivem os refugiados, a questão do tráfico de pessoas é mais uma dura agravante à esta realidade.

Por se tratar de um mercado ilegal e invisível no mundo globalizado e cada vez mais sem-barreiras, o tráfico de refugiados é um fenômeno que carece de medidas protetivas, tanto

³⁵ FIORATI, Jete Jane. **Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt**. Brasília. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 142, p. 53-63, abr./jun.1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/475>. Acesso em: 07 dez. 2019.

³⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11. Ed. Trad. R. Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

³⁷ FIORATI, Jete Jane. **Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt**. Brasília. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 142, p. 53-63, abr./jun.1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/475>. Acesso em: 07 dez. 2019.

no âmbito interno quanto externo, dada a impossibilidade de controlar as pessoas que entram e saem de um país, especialmente em um país que acolhe as vítimas de conflitos externos internacionais.

De acordo com Queila Paula Rosa e Carlos Henrique Costa Tavares, a fórmula do tráfico de refugiados é a soma do desespero social pautado pela ânsia de sobrevivência e segurança em conjunção com a transformação dessas pessoas em alvos fáceis para os traficantes, em decorrência da vulnerabilidade³⁸.

Dessa forma, o refugiado que é traficado, para exploração de trabalho, sexual ou até mesmo para escravização, é duplamente vitimizado e tem a sua condição humana reduzida. Sem nação, sem família, documentos ou amparo estatal, este ser, que de acordo com o paradigma de Hannah Arendt³⁹ é marginalizado pelo Estado-Nação por não ser titular de nacionalidade, quando deveria ser, na verdade, protegido, é agora explorado, subjugado, marginalizado, esquecido, ameaçado e traficado, para dentro de um mercado invisível que, mais uma vez, fará com que a condição humana da vítima desse crime seja questionada.

O tráfico de pessoa é entendido como uma forma moderna de escravidão, que, por sua vez, é uma das principais finalidades deste mercado clandestino. Dentre as novas formas de trabalho escravo, pode-se citar a servidão em setores industriais informais, como, por exemplo, a produção de confecções e calçados, produção de produtos alimentícios e lapidação de pedras.

O Protocolo de Palermo, dessa forma, em seu artigo 3º, define o tráfico de pessoas como o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou outras formas de coação, rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre a outra para fins de exploração. Esta exploração pode incluir mais de uma forma de exploração simultaneamente, dentre elas, exploração sexual, de trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou remoção de órgãos⁴⁰.

³⁸ ROSA, TAVARES. **O tráfico internacional de refugiados sob a ótica dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/o-trafico-internacional-de-refugiados-sob-a-otica-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 07 dez. 2019.

³⁹ ARENDT. Hannah. **Nós, os refugiados**. The Menorah Journal.1943. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/20131214-hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf>. Acesso em 07 dez. 2019.p.10.

⁴⁰ GUIA, Maria João. **Sete ligações perigosas entre imigração e tráfico de pessoas**. In: Mulheres invisíveis: panorama internacional e realidade brasileira do tráfico transnacional de mulheres. SMANIO, Gianpaolo P., PINTO, Felipe Chiarello de S., ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia., JUNQUEIRA, Michelle A., ANDREUCCI, Ana Cláudia P. Torezan. (Orgs.). Curitiba: CRV, 2018. p. 17-36

Verifica-se, portanto, a perda de valores, a escravização pela necessidade, a servidão e a objetificação do ser elementos intrínsecos tanto na condição humana do *animal laborans* arendtiano como na vítima do tráfico humano em condição de refúgio.

O refugiado, que nesse cenário é vítima do tráfico humano, é escravizado para sua própria subsistência. Em outras palavras, para que sua sobrevivência seja assegurada, essa vítima, vulnerável por essência, se submete às atrocidades que o crime de tráfico humano pode sujeitá-la, como exploração de trabalho ou sexual. Assim, a servidão é essencial para que se compreenda a condição do *animal laborans*. A servidão para assegurar a subsistência causa a perda de valores, uma vez que não há valores, somente a do consumo e da produção.

Havendo a perda de valores, a objetificação ocorre de forma orgânica, já que a tal carência faz com que o *animal laborans* se submeta a inenarráveis situações, com o único objetivo de sobreviver. Assim, a falta de valores pode ser identificada facilmente, pois o refugiado traficado os perde, assim como sua própria humanidade, pois não há a esperança de sobreviver ou contemplar uma vida melhor. Há, mais uma vez, a preocupação com a sobrevivência em um ambiente hostil, que o explorará até o seu fim.

Com a exploração incessável, a vítima, que se sujeita à exploração para sobreviver, se torna um mero objeto, passível de ser consumido e, claramente, explorado até a sua deturpação. Em outras palavras, as vítimas serão exploradas até que a sua função não tenha mais proveito. A grande descartabilidade destas vítimas caracteriza o seu perfil de objeto, passível de consumação e de ser descartado com facilidade, pois haverá outra vítima, que vive nas mesmas situações e se encontram na mesma situação de vulnerabilidade.

Conclusão

Buscou-se contextualizar o instituto do refúgio, bem como o crime de tráfico de pessoas, de forma a conectá-los, trazendo exemplos de refugiados que foram vítimas de tráfico. Nesse sentido, foi apresentado o Documento Temático do UNODC, que traz a necessidade de integração de esforços contra o tráfico de pessoas no trabalho relacionado ao conflito.

Dessa forma, verificou-se que quanto ao problema de pesquisa há possibilidade de associar a condição humana do refugiado vítima de tráfico humano com o *animal laborans* de Hannah Arendt, uma vez que ambos partilham das mesmas características essenciais para a sua condição de coisa, ou seja, a servidão para subsistência, a perda de seus valores e a sua objetificação, que, por sua vez, é resultado das características anteriores.

Em sequência, restou confirmada a hipótese de que a proteção adequada à essas pessoas não é verificada, pois, apesar de existirem institutos jurídicos que legislam sobre a matéria, especialmente de cunho internacional, há grande deficiência em sua aplicabilidade, tendo em

vista, especialmente, o cenário sem-fronteiras e a situação de vulnerabilidade das vítimas, que facilita exponencialmente que o crime não só aconteça de forma invisível, mas que continue impune.

Sendo assim, compreende-se que para que seja efetiva não só a proteção social em geral, mas principalmente em relação aos refugiados traficados, é necessário que recebam apoio adequado, ajuda humanitária, jurídica e financeira essencial às vítimas, para que se garanta acesso efetivo a serviços e soluções. Assim, pode-se evitar a dupla vitimização a qual esses indivíduos são submetidos, proporcionando proteção e reprimindo a exploração, marginalização e esquecimento.

V. REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em 25 nov. 2019

ACNUR. **Global trends: forced displacement in 2018**. Disponível em: <https://www.unhcr.org/5d08d7ee7.pdf#_ga=2.193689444.837386623.1574444304-1546070881.1574444304>. Acesso em: 22 nov. 2019.

ARENDR, Hannah. **Nós, os refugiados**. The Menorah Journal.1943. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/20131214-hannah_arendt_nos_os_refugiados.pdf>. Acesso em 07 dez. 2019.

ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 11. Ed. Trad. R. Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010

ARENDR, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Decreto nº5.017 de 12 de março de 2004. **Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 03 nov. 2019.

_____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

CORREIA, Adriano. **Quem é o animal laborans de Hannah Arendt.** Revista de Filosofia Aurora. V. 25, n. 37, 2013.

COSTA, Paulo. **Tráfico de pessoas. Algumas considerações legais.** SOCIUS Working Papers, N.8, 2004

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Cinquième section. Siégeant le 29 novembre 2011. **Requête no 7196/10.** Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-108003%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-108003%22]})>. Acesso em: 04 dec. 2019.

FIORATI, Jete Jane. **Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt.** Brasília. Revista de informação legislativa, v. 36, n. 142, p. 53-63, abr./jun.1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/475>. Acesso em: 07 dez. 2019.

GOMES, Sarah Suely Moraes; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. **A tratativa do crime de tráfico de pessoas no Brasil: Avanços e retrocessos da alteração ao código penal brasileiro trazida pela Lei nº 13.344/2016 à luz do protocolo de palermo.** Revista de Derecho y Câmbio Social, v. 52, p. 1-25, 2018. Disponível em: <https://www.derechocambiosocial.com/revista052/A_TRATATIVA_DO_CRIME_DE_TRAFICO_DE_PESSOAS.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2019.

GUIA, Maria João. **Sete ligações perigosas entre imigração e tráfico de pessoas.** In: Mulheres invisíveis: panorama internacional e realidade brasileira do tráfico transnacional de mulheres. SMANIO, Gianpaolo P., PINTO, Felipe Chiarello de S., ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia., JUNQUEIRA, Michelle A., ANDREUCCI, Ana Cláudia P. Torezan. (Orgs.). Curitiba: CRV, 2018. p. 17-36

MOREIRA, Julia Bertino. **A Problemática dos Refugiados na América Latina e no Brasil.** Cadernos PROLAM/USP (ano 4 - vol. 2 - 2005), p. 57-76.

MURILLO, Juan Carlos. **Os Legítimos Interesses de Segurança dos Estados e a Proteção Internacional de Refugiados**. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo , v. 6, n. 10, p. 120-137, jun 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 dez. 2019.

NUNES, Laura M. **O crime da globalização e a globalização do crime**. Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, n° 7, p. 402 - 410. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa, 2010.

OHC. **International Convention on the Protection of the Rights of All Migrants Workers and Members of their families**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>>. Acesso em 07 dez. 2019.

OHCHR. **Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Traffickingen.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2019.

ROCHA, Rossana Reis; MOREIRA, Julia Bertino. **Regime Internacional para refugiados: Mudanças e desafios**. Revista de Sociologia e Política, vol.. 18, núm 37, out, 2010, pp. 17-30.

ROSA, Queila Paula. TAVARES, Carlos Henrique Costa. **O tráfico internacional de refugiados sob a ótica dos direitos humanos**. 2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/o-traffic-internacional-de-refugiados-sob-a-otica-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 04 dez. 2019.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia; ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; JUNQUEIRA, Michelle Asato. **Pessoas invisíveis: prevenção e combate ao tráfico interno e internacional de seres humanos**. Londrina, PR: Thoth, 2020.

UNODC. **Global Report on Trafficking Persons**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf> Acesso em: 06 nov. 2019.

UNODC. **Thematic Paper on Countering Trafficking in Persons in Conflict Situations**. Vienna: 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2018/17-08776_ebook-Countering_Trafficking_in_Persons_in_Conflict_Situations.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2019.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi, NIELSSON, Joice Graciele. **De Hannah Arendt a Judith Butler: em busca da humanidade perdida nas fronteiras do estado-nação**.

Pensar Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 22, n.1, p.301-334, jan./abr. 2017.
Disponível em: < <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4322>>. Acesso em 07 dez. 2019

*Eje Biopolítica,
necropolítica y
gubernamentalidad:
intersecciones entre
Derecho, poder y
violencias.*

Coordinan: Paola Colombero y Sofía Aguilar

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

María Belén Arribalzaga

Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF)

belenarribalzaga@gmail.com

Estudiante de maestría

Tesis de maestría: “*La cis- masculinidad adolescente como factor específico de riesgo en contextos vulnerados*”

Directora Dra. Moira Pérez

Eje temático “Biopolítica, necropolítica y gubernamentalidad: intersecciones entre Derecho, poder y violencias”

LAS IDENTIDADES CIS MASCULINAS EN CONTEXTOS VULNERADOS COMO RESULTADO DE LA NECROPOLÍTICA Y LA MUERTE LENTA

NECROPOLÍTICA – MUERTE LENTA- CONTEXTOS VULNERADOS – VIOLENCIAS – ADOLESCENTES

I. INTRODUCCIÓN

En esta ponencia se indagará en el vínculo entre las políticas de muerte lenta, las necropolíticas y las identidades cis masculinas adolescentes. La siguiente investigación surge de la problematización del contexto en el que realizo mi práctica docente en escuelas medias de la zona sur de la Ciudad de Buenos Aires. Allí, una de las situaciones de mayor preocupación —y esto no quiere decir que sea la única— es la realidad de los cis varones adolescentes que, en muchas ocasiones, se encuentran en un riesgo de muerte permanente. Por este motivo, y porque la retención escolar de estos jóvenes es muy difícil de lograr, es imperioso pensar y analizar estas identidades que se encuentran en un riesgo de muerte permanente.

La hipótesis central de este trabajo es que las identidades cis masculinas en contextos vulnerados son el resultado de una combinación e interjuego muy específicos entre la “necropolítica” y la “muerte lenta”. Es decir, las violencias y las exclusiones que tienen lugar en estos espacios, impactan en la construcción de una forma de masculinidad específica que, en muchos casos, se ve expuesta al riesgo de muerte. En estos contextos el ser cis varón

supone, en algunos casos, la exaltación de la violencia como característica primordial y, por este motivo, pueden verse expuestos a la selectividad de las fuerzas de seguridad y al peligro de grupos de jóvenes que se vinculan con prácticas de alto riesgo. Con esto último no quiero equiparar ambas situaciones ya que, mientras una refiere al Estado haciendo abuso de sus funciones, la otra refiere a jóvenes que están en situaciones similares de vulnerabilidad. Sin embargo, me parece importante señalar ambas situaciones que implican un riesgo de muerte para los jóvenes que viven en contextos vulnerados.

Es preciso aclarar que el siguiente estudio pondrá el foco en una forma específica de masculinidad que se da en estos contextos y, en la que la violencia —o su potencial ejercicio— está a la orden del día. Si bien no es la única forma en la que se manifiesta la masculinidad cis, considero urgente realizar un estudio analítico de esta forma específica, desde una mirada interseccional que tenga en cuenta otras variables como la clase, situación habitacional y la edad. Dicho esto, también es preciso indicar que aquí se hablará de “cis masculinidad” ya que otras masculinidades, entre ellas las trans masculinidades, se encuentran completamente invisibilizadas en estos contextos.

Las preguntas que guían este trabajo están agrupadas en dos ejes. El primer eje refiere a las violencias en estos contextos: ¿Cuáles son algunas de las violencias que atravesaron/atraviesan la vida de estos jóvenes? ¿Cómo se puede relacionar sus condiciones de vida con las nociones de “necropolítica” y “muerte lenta”? ¿Cuáles son los diferentes niveles de violencia que operan en estos contextos? En este eje, también es preciso preguntarse sobre el vínculo de estos adolescentes y las fuerzas de seguridad: ¿cuál es el vínculo entre las prácticas de abuso de poder por parte de las fuerzas de seguridad y las cis masculinidades adolescentes? El segundo eje se relaciona con las identidades cis masculinas en estos contextos. Aquí se ubican las siguientes preguntas: ¿Cómo se expresan las masculinidades en estos barrios? ¿Cómo impactan las condiciones materiales de vida en la (re)producción de una masculinidad violenta? En adición, en este eje es necesario inquirir en la agencia de estos varones cis. ¿Cuál es el lugar de la agencia en la vida de estos jóvenes? ¿Cuáles son las alternativas a este modelo hegemónico? ¿Es la violencia la única respuesta a mano de estos jóvenes? ¿Es posible evadir la violencia cuando todo el entorno remite a ella? A partir del desarrollo de estas preguntas, en este trabajo se intentará mostrar el impacto de la necropolítica y la muerte lenta en la construcción de una forma de masculinidad específica que, en muchos casos, se ve expuesta al riesgo de muerte. A fin de responder los interrogantes planteados y proponer una nueva comprensión del problema que he explicitado anteriormente,

usaré la metodología de la investigación llamada “teoría fundamentada” que consiste en la generación de teoría a partir de los datos empíricos.

La estructura de este trabajo constará de dos partes. En la primera haré un breve repaso de las violencias y exclusiones en los contextos vulnerados de la zona sur de la ciudad y un breve relevamiento de la situación actual. También presentaré las principales situaciones de violencia que se producen en manos de las fuerzas de seguridad y en conflictos entre jóvenes. Al finalizar la primer parte daré cuenta de como esos datos empíricos se vinculan con las nociones de “necropolítica” y “muerte lenta”. Finalmente, expondré algunos lineamientos teóricos que permitan entender la(s) masculinidad (es) para, así, exponer la hipótesis central de la ponencia.

II. Violencias y exclusiones en contextos vulnerados

II. A. Nociones preliminares: necropolítica y muerte lenta

En primer lugar, es preciso reponer brevemente las nociones de “muerte lenta” y “necropolítica” a fin de poder demostrar, en el siguiente apartado, cómo se analizan los datos empíricos a la luz de estos términos. Lauren Berlant propuso el concepto de “muerte lenta” para referir al desgaste de poblaciones y al deterioro que sufren esas personas. Un deterioro basado en su propia condición de existencia (Berlant, 2007: p. 754). Berlant aclara que la “muerte lenta”, lejos está de eventos traumáticos o episodios específicos, sino que consiste en “ambientes temporales” que se identifican con la vida cotidiana. A diferencia de la idea de “crisis”, la noción de “muerte lenta” permite comprender que se crean escenarios en la vida cotidiana de estas poblaciones, que garantizan la duración y la escala de la muerte (Berlant, 2007: p. 760). Lejos de ser un evento puntual que puede terminar, la noción de Berlant es un modo de relación social.

Achille Mbembé acuñó el término “necropolítica” para dar cuenta de un orden político basado en el control y el poder de dar muerte. En la ocupación colonial, plantea, “la soberanía es la capacidad para definir quién tiene importancia y quién no, quién está desprovisto de valor y puede ser fácilmente sustituible y quién no” (Mbembé, 2011: p 46). Las políticas de la muerte y el poder de dar muerte permiten entender por qué se constituyen determinados lugares donde las poblaciones tienen el estatus de muertos-vivientes (Mbembé, 2011: p. 75).

En el próximo apartado haré un breve recorrido histórico para mostrar cómo la muerte lenta y la necropolítica se fueron entrelazando para dar lugar a una realidad en la que el riesgo de muerte era/es permanente.

Medio siglo de muerte lenta y necropolíticas en contextos vulnerados

A continuación, intentaré demostrar cómo las nociones de “muerte lenta” y “necropolítica” se han intercalado, superpuesto y coexistido desde los primeros asentamientos en el sur de la ciudad. Esto creó un contexto específico en el que la exposición al riesgo de muerte era y es permanente. El primer período que analizaré (1955-1983) se centrará en la última dictadura. Allí se observa cómo ambas categorías coexistían, dando lugar a episodios claros de necropolíticas a través de la erradicación y desaparición —en el marco de un Estado de Excepción propio de las dictaduras—. En el período que va desde la vuelta de la democracia a la actualidad, la muerte lenta y la necropolítica siguen teniendo lugar, siendo la primera una de las formas más eficaces de garantizar la duración y escala de la muerte.

El sur de la Ciudad de Buenos Aires comenzó a poblarse durante los años treinta cuando el proceso de industrialización prometía puestos de trabajos (Oszlak, 2017). En 1956 se hizo el primer censo de la población que vivía en los contextos más vulnerados y comenzó a ser delineada como un “problema” cuya solución era la erradicación. Los gobiernos que siguieron hasta la vuelta de la democracia oscilaron entre negociaciones para mejorar la calidad de vida y; todo tipo de acciones violentas cuyo único fin era “erradicar” las villas.

La última dictadura militar ejecutó el mayor plan de erradicación hasta el momento —Ordenanza N.º 33652/77—. En la primera etapa, llamada “congelamiento” se evitaría el crecimiento de estos barrios. La segunda era el “desaliento” y consistía en impedir cualquier tipo de motivación que hiciera que la población afectada quisiera seguir viviendo ahí. Para cumplirlo, las autoridades y las fuerzas de seguridad apelaron a todo tipo de hostigamiento y amedrentamiento. La última etapa, denominada “erradicación” tenía por fin la destrucción de la vivienda y la liberación del terreno. Quienes no tenían medios para irse, eran trasladados a otras villas de la ciudad o del Gran Buenos Aires en camiones de basura (Oszlak, 2017: pp. 213-219). La población que vivía en villas se redujo de 229.885 personas en 1976 (Oszlak, 2017: p. 243) a menos de 12600¹ en 1983 (Blaustein, 2006: p. 117).

La erradicación fue acompañada de una amplia y difundida campaña de difamación de la población afectada en las que señalaron que el “problema de las villas” no era solamente una cuestión habitacional sino que también era moral. Se decía que las villas eran un “refugio de la subversión” y que sus habitantes no eran merecedores de la asistencia del Estado. De este modo, la población de la ciudad se dividía en dos grupos. En palabras de Guillermo Del

¹Blaustein (2006: P. 117) señala que este dato es dudoso y que las cifras oficiales oscilan entre 3500 7 12.600.

Cioppo² “(...) Concretamente: vivir en Buenos Aires no es para cualquiera sino para el que lo merezca, para el que acepte las pautas de una vida comunitaria agradable y eficiente. Debemos tener una ciudad mejor para la mejor gente” (Del Cioppo en Oszlak, 2017: p. 109). Quedaba claro que la ciudad no era para todos y que quienes vivían en contextos vulnerados, eran una categoría “diferente” de personas que no eran dignos de vivir en ella. Aquí, se hace evidente la clasificación y selección de la población a la que hacía referencia Mbembé.

La política de Estado desde 1955 se caracterizó por idear diversos planes que “solucionaran” el problema a través de la erradicación. Estos planes pueden ser interpretados bajo la noción de “necropolítica”, enmarcados dentro del estado de sitio y estado de excepción propios de la dictadura. Todo esto supuso la inscripción de nuevas reglas en los espacios vulnerados y la ejecución de una política que impedía el derecho al espacio³ y que dividía, como ya señalé, la ciudad entre quienes podían habitarla y quienes no. Estos “mundos de muerte” creados por la dictadura, no sólo en los nuevos destinos de los erradicados sino también en los barrios arrasados —en algunos casos, por ejemplo, la demolición de las casas, rompió las cloacas o los caños, impidiendo el acceso al agua por, al menos, diez años (Blaustein, 2006)—, fueron un claro ejemplo de necropolíticas.

El retorno de la democracia no demostró ser mucho más eficiente, al menos en lo que respecta a las condiciones de vida de los sectores vulnerados. A mediados de la década de 1980, las villas y asentamientos volvieron a repoblarse y desde entonces, sostienen un ritmo de crecimiento. A continuación, haré un breve relevamiento del acceso a los servicios básicos y del accionar de las fuerzas armadas, para señalar que en la actualidad la población de contextos vulnerados — que representa cerca del 8% de la población de CABA— sigue afectada por la muerte lenta y la necropolítica.

En cuanto a las situaciones que dan cuenta de la muerte lenta, se pueden mencionar aquellas vinculadas al desigual acceso de oportunidades. En este punto quisiera aclarar que esto siempre sucedió y, de hecho, coexistió con los planes de erradicación. Sin embargo, y dado que una comparación de estadísticas excede esta ponencia, quisiera hacer un relevamiento de la situación actual para poder demostrarlo. En primer lugar, y en relación con

²Abogado, estuvo a cargo de la CMV durante las erradicaciones y, en 1982 fue nombrado por Leopoldo Fortunato Galtieri como Intendente de la Capital Federal.

³Oscar Oszlak (2017: p. 34) define el derecho al espacio como “[aquel que] conlleva diversas externalidades estrechamente ligadas a la localización de la vivienda o la infraestructura económica tales como la educación, la recreación, la fuente de trabajo, la atención de la salud, el transporte o los servicios públicos”. Es decir, el derecho al espacio está completamente vinculado a las oportunidades sociales y económicas en función de la ubicación de la vivienda.

las condiciones de vida, en el año 2010 se estimaba que en las comunas de zona sur se registraba el mayor porcentaje de viviendas hacinadas, sin acceso a cloacas, agua y gas de red, boca de tormentas —lo que explica las frecuentes inundaciones—. También, casi el 20% debía caminar más de 300 metros para acceder a algún transporte público (Dadamia, 2019: p. 32) —esta última cifra no da cuenta de que, incluso habiendo transportes, se limita la frecuencia en determinados horarios—. Por último, un 41% de la población de zona sur vive con ingresos menores a la canasta —contra un 12,9% en zona norte— (Dirección General de Estadísticas y Censos, 2019: p.254).

En segundo lugar y relacionado con la educación, las comunas del sur concentran la mayor cantidad de población que no finalizó el secundario. Los informes producidos por el Ministerio Público Tutelar de CABA (2012) y aquellos elaborados desde el Ministerio de Educación del GCBA (2011, 2014 y 2015) coinciden en señalar que en esta zona se concentra la mayor deficiencia en la cobertura escolar con altas tasas de hacinamiento en las aulas y la mayor caída de la matrícula escolar a lo largo de la trayectoria escolar (Ministerio Público Tutelar, p. 17).

En tercer lugar, la salud en estos sectores también da cuenta de una desigual distribución de oportunidades. Las tasas de mortalidad y de esperanza de vida en zona sur es inferior a la del resto de la ciudad (Gerencia Operativa de Epidemiología, 2017: p. 116; Carlos Grushka, Dafne Baum y Laura Sanni, 2013: p.33). Finalmente, los brotes epidemiológicos también tienen mayor prevalencia en el sur. Así, en los brotes de dengue del año 2016 y del 2020, y los casos de tuberculosis se concentraron en la zona sur de la Ciudad (Gerencia Operativa de Epidemiología, 2017: p.84 y 95; 2020: p. 37). En relación con la actual pandemia provocada por el virus SARS- COV- 2, desde mayo de 2020 la mayor cantidad de casos positivos se registran en contextos vulnerados —en el sur de la ciudad, con la excepción de la Villa 31 en Retiro— (Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 2020).

Por todo esto, podemos entender que la desigual oportunidad de acceso a condiciones dignas de vida, la educación y la salud, dan cuenta de que estos sectores se han visto y se ven afectados por la muerte lenta que conducen a su desaparición física en tanto las condiciones de vida mínimas, no están garantizadas. Sin embargo, podría pensarse que el actual contexto provocado por la pandemia de COVID-19 aceleró los procesos de muerte lenta dejando en claro que ante la falta de políticas que atacaran los problemas estructurales, la muerte lenta derivó en políticas de muerte e hicieron de estos barrios, lugares de muerte.

Finalmente, otra situación relevante para dar cuenta de estos espacios atravesados por

la necropolítica, es el referido a los abusos por partes de fuerza de seguridad y los enfrentamientos entre grupos de jóvenes. Ambas situaciones exponen a los jóvenes al riesgo de muerte temprana. Varias organizaciones (CELS, 2016, 2017, 2019; CORREPI, 2018, 2019) dan a conocer periódicamente, a través de sus informes anuales e informes especiales, las prácticas de hostigamiento y humillaciones que en gran medida se dirigen a los jóvenes varones de barrios vulnerados. Los informes coinciden en que las prácticas de las fuerzas de seguridad que terminan con la muerte de jóvenes, en reiteradas oportunidades surgieron de microviolencias cotidianas tales como el “verdugueo” o la provocación. Siguiendo a Mbembé, podemos ver que en estos barrios se constituyen nuevas relaciones sociales y espaciales en las que algunas personas son marcadas como desechables y, en los casos de “gatillo fácil”, son ejecutados por ello.

En relación al enfrentamiento entre jóvenes, María Pita ha hecho grandes contribuciones a este tema. La autora propone que si bien gran parte de los jóvenes mueren en episodios violentos vinculados con las fuerzas de seguridad, en un caso analizado en la villa 21-24, el muerto era una víctima de “una época de violencias y enfrentamientos entre grupos de jóvenes de diferentes sectores del barrio entre quienes la violencia —que podía ser letal— era un recurso corriente para dirimir conflictos” (Pita, 2018: p. 67). Pita deja al descubierto las dinámicas reguladas entre jóvenes y; entre ellos y las fuerzas de seguridad que, en muchas ocasiones, conducen a la muerte de estos varones. Esto condice con las estadísticas oficiales que señalan que entre las primeras tres causas de muerte en varones entre 15 y 34 años se encuentra la ocasionada por disparo de arma de fuego (Dirección General de Estadísticas y Censos, 2014: p. 212; 2015: p.219; 2019: p.213).

En conclusión, tanto el recorrido histórico como el relevamiento de la situación actual nos permiten ver cómo la necropolítica se hizo presente durante los planes de erradicación y se reactualiza con los casos de abusos de las fuerzas de seguridad. En uno y otro caso la política de Estado fue la necropolítica, una política “donde la vida es objeto de cálculos, en la que se deja morir a los no-rentables” (Valverde Gefaell, 2015: p. 22). Por otro lado, la muerte lenta — que también existió antes de las erradicaciones— parece ser el mecanismo de exclusión más difundido desde la vuelta de la democracia, asegurando la eliminación física de estas poblaciones en el tiempo. Retomando las declaraciones de Del Cioppo sobre “merecer la ciudad” y a partir de todo lo visto, queda claro que ni entonces ni ahora, la ciudad es para todxs. Pareciera que con la democracia no se puso en duda la ocupación de los terrenos fiscales ni se necesitó de topadoras porque el desgaste de esas poblaciones —producidas en el

interjuego entre la “muerte lenta” y la “necropolítica”— garantizarían la nueva forma de erradicación y desaparición física de esas poblaciones.

III. LAS MASCULINIDADES COMO FACTOR DE RIESGO EN CONTEXTOS VULNERADOS

En este apartado quisiera indagar qué ocurre en estos contextos en los que el ideal hegemónico de masculinidad se ve atravesado por todas las violencias descritas y se cruza con la cuestión de clase y de edad. ¿Qué sucede cuándo se es varón en contextos vulnerados donde el peligro real o potencial está a la vuelta de la esquina? Mi hipótesis de trabajo es que el entramado de muerte lenta y necropolítica — analizado anteriormente— dan lugar a formas específicas de masculinidad que están en situación de riesgo de muerte permanente. Para desarrollar esto quisiera hacer una breve mención a la noción de masculinidad como factor de riesgo de Benno De Keijzer y luego, dar cuenta de los aportes de Klaudio Duarte Quapper y Sayak Valencia en torno a la masculinidad en contextos vulnerados.

De Keijzer analiza el mandato masculino y sus consecuencias en los hombres. Su principal hipótesis es que el modelo hegemónico de masculinidad es un factor de riesgo no sólo para las mujeres sino que también tiene un costo elevado para los varones (De Keijzer, 2003). Define la “masculinidad” como todos los “atributos, valores, funciones y conductas que se suponen esenciales al varón en una cultura determinada” (De Keijzer, 2003: p. 2). El autor se centra en varios aspectos de la masculinidad. El primero es la importancia del trabajo para la conformación de la identidad masculina. El cuerpo es entendido como un instrumento para trabajar y en tanto esa es la prioridad, el cuidado del cuerpo o de otros, es, según este modelo, una tarea femenina (De Keijzer, 2003). De aquí, deriva su principal hipótesis: ser varón es un factor de riesgo. Retomando a Michael Kaufman⁴ (citado en De Keijzer, 2003), sostiene que el varón es un riesgo para las mujeres, para otros varones —en los accidentes o peleas, por ejemplo— y, para él mismo. Esto permite reforzar el ideal de que los varones permanentemente buscan el riesgo⁵. En síntesis, el modelo hegemónico que analiza el autor se

⁴La obra *Hombres, placer, poder y cambio* de Kaufman, publicada originalmente en inglés en 1987, fue fundamental en los estudios de masculinidades. El autor parte de una noción de masculinidad construida socialmente. Desde allí se pregunta cuál es el vínculo entre la masculinidad y la violencia y concluye que la violencia masculina no sólo debe verse como aprehendida individualmente sino que se sostiene con estructuras sociales, políticas y económicas de violencia (Kaufman, 1989: p. 28). Es importante destacar que este trabajo, ubica la violencia más allá de la agencia de quien comente los actos violentos

⁵Es interesante la observación que hacen Sebastián Bustamante y Rocío Castillo (2017) quienes atribuyen la búsqueda del riesgo y el juego con la muerte de los varones a la tradición judeocristiana que supone que el hombre fue hecho a imagen de Dios. Por esto, el varón no le teme a la exposición y puesta en peligro de su propio cuerpo o vida.

centra en la desvalorización del cuerpo propio, de las tareas de cuidado —para sí u otras personas— y en la búsqueda de éxito laboral.

En relación con la cis masculinidad en contextos vulnerados, quisiera retomar los aportes de Duarte Quapper y Valencia que analizan el caso chileno y mexicano, respectivamente. Duarte Quapper analiza la masculinidad en sectores vulnerados en Santiago de Chile y plantea que a la tríada propuesta por Michael Kaufman —relación del hombre con las mujeres, con otros varones y consigo mismo—, es preciso agregar un cuarto elemento: la relación con el medio social (Duarte Quapper, 2014: p. 2). “La calle” como medio social, es un espacio determinante en la construcción de las identidades masculinas. La presencia permanente de los jóvenes en “la calle” responde a la necesidad de compartir con sus pares aquello que en la familia y la escuela no tiene lugar. Este espacio, entonces, es el ámbito por excelencia en el que la masculinidad se pondrá a prueba y donde los jóvenes podrán obtener la aceptación del resto. En adición, mientras “la calle” es un lugar inseguro y peligroso para el resto, para los jóvenes es el espacio donde pueden obtener y reforzar su rol dominante. Finalmente, el autor propone que en ese espacio también tienen lugar prácticas de afecto y lealtad entre jóvenes varones (Duarte Quapper, 2014: pp. 4-5). Considero harto relevantes los aportes de Duarte Quapper ya que es preciso entender el espacio privilegiado de “la calle” en los procesos de sociabilización de los jóvenes en contextos vulnerados.

Valencia enmarca las expresiones de cis masculinidad en contextos vulnerados en el capitalismo *gore*, basado en la violencia, narcotráfico y el necropoder (Valencia, 2010: p. 16). Valencia sostiene que este tipo de capitalismo — presente allí donde impera el narcotráfico—, crea subjetividades “endriagas”, “sujetos que contradicen todas las lógicas de lo aceptable y lo normativo como consecuencia de ser redundantes en el orden económico (...) tratando de legitimar por medio de la violencia, los procesos de mercado negro, narcotráfico, drogas y armas” (Valencia, 2010: p. 20). La autora justifica la elección de “endriago” ya que desestima la efectividad del término “sujeto marginal” y precisa que es necesario hacerse de una nueva noción para dar cuenta de las personas que hacen uso de la violencia para empoderarse y adquirir capital (Valencia, 2010: p. 85 y 90). Luego, explica de dónde viene la palabra “endriago” y expone que es de un personaje de literatura medieval: un monstruo, cruce de hombre, hidra y dragón. Es una bestia que provoca temor en sus adversarios (Valencia, 2010: p. 89). La autora, además señala “los sujetos endriagos deciden hacer uso de la violencia como herramienta de empoderamiento y de adquisición de capital” (Valencia, 2010: p. 90). De aquí se desprende un nivel de agencia, de decisión por parte de estos sujetos que

encontrarían en los crímenes y delitos, la forma de lograr el empoderamiento que el sistema les niega. Este “necroempoderamiento” tiene lugar ante la desvirilización que le provoca su exclusión en el mercado laboral (Valencia, 2010: 90) —elemento constitutivo de la identidad masculina según De Keijzer—. El análisis de Valencia resulta muy útil para pensar algunas de las características de las poblaciones que viven atravesadas por el narcotráfico. Es útil también para mostrar el origen de estas subjetividades marcadas por la violencia, expuestas por el propio sistema capitalista que las empuja a consumir aún cuando no tienen medios para hacerlo. Sin embargo, considero problemático el uso del término “endriago” para referir a los jóvenes que viven en estos contextos. Si según Valencia el “endriago” es una alternativa al modelo hegemónico en determinados contextos. ¿Existen alternativas a esas identidades “endriagas” en los contextos vulnerados?

Los aportes de Duarte Quapper y Valencia pueden ayudar a caracterizar estas masculinidades e incluso entender que uno de sus rasgos predominantes es la exaltación del peligro. Incluso, Valencia remarca que las actividades de alto riesgo en las que se involucran suelen estar relacionadas con la búsqueda de algún tipo de prestigio o reconocimiento y aquí, marca una clara agencia de parte de los jóvenes. En cambio, mi hipótesis es que estas identidades son producto del cruce de la clase, la edad, el género, el lugar en el que viven y las múltiples violencias que los atraviesan.

Por esto, considero que a la hora de analizar estas identidades es importante retomar la cuestión de la agencia. Me parece útil retomar a Judith Butler (2015) en su idea de que los discursos actúan sobre nosotros antes de que podamos hablar. Así como existe una asignación de género que crea y hace circular determinados ideales del género y los ubica como “esencias naturales”, pienso que también podríamos hablar de una “asignación de clase” que hace circular determinados ideales. Si esto es así, si podemos pensar que somos vulnerables a determinados nombres, apodos que se nos imprimen de forma anterior a cualquier acto de la voluntad, considero que también podríamos pensar en esa asignación de clase en donde la forma de nombrar “villero”, “negro de mierda” o “pibe chorro” se registra en estas identidades aun antes de que puedan hablar siquiera.

Entonces, estas identidades cis masculinas en contextos vulnerados son producto de la intersección de la condición de clase de los jóvenes, el lugar y las condiciones en las que viven que, a su vez, están atravesadas por la muerte lenta y la necropolítica. Estas identidades, a la vez, se ven expuestas a la muerte de forma permanente. En lo inmediato, en el puesto de las fuerzas de seguridad, en la esquina donde se juntan grupos de jóvenes. En el largo plazo, a

través de la muerte lenta, en el agua contaminada, en la sala de espera del hospital. Está ahí, cerca; y aun así, a veces hay espacio para correrse. Lo único que resulta evidente, es que “el ser adolescente cis varón” en determinados contextos no puede analizarse sin tener en cuenta las múltiples violencias y categorías que los atraviesan.

IV. CONCLUSIONES

Este trabajo es un avance preliminar de mi tesis de maestría. Mi hipótesis de trabajo es que el modelo hegemónico de la masculinidad, al cruzarse con la clase, la edad, el barrio en el que viven y al verse atravesado por múltiples violencias enmarcadas en la necropolítica y la muerte lenta, produce un tipo específico de identidad masculina en el que el riesgo de muerte — sea potencial o real— está a la orden del día. En suma, las identidades cis masculinas adolescentes—atravesadas por distintas categorías identitarias como pueden ser la clase, la edad, el barrio— se co-constituyen con las formas de necropolítica y muerte lenta que he analizado en el primer apartado.

En esta ponencia intenté describir los diferentes niveles de violencias que atraviesan la vida de estos cis varones y cómo, la llegada de la democracia no modificó tal situación. En la actualidad, no son necesarias políticas erradicadoras para fomentar la desaparición de la población de contextos vulnerados, sino que las actuales necropolíticas y la muerte lenta garantizan un lento pero efectivo avance de la muerte. En segundo lugar, intenté describir cómo se expresan las masculinidades en estos contextos y puse en discusión el término “endriago” para dar lugar a la reflexión en torno a la agencia.

Falta aún profundizar en el actual panorama producto del COVID-19 que no sólo refuerza la desaparición de las personas de contextos vulnerados, sino que deja a la vista que las soluciones implementadas en estos sectores —la urbanización, por ejemplo— no han podido dar respuesta a los problemas estructurales que, históricamente, ubicaron a estos sectores como “desechables”. Falta también profundizar en los conflictos con las fuerzas de seguridad en el actual contexto de Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio. Se abren muchas líneas de investigación que exceden esta ponencia y mi propia tesis. Sin embargo, quise poner el énfasis en la necesidad de una mirada interseccional que dé cuenta de cómo estas identidades son producto de las múltiples categorías y violencias que las atraviesan. No tener en cuenta esto, supone el riesgo de hacer un análisis en el que toda la responsabilidad cae en los jóvenes y no en el sistema que produce estas identidades.

V. BIBLIOGRAFÍA

Berlant, L. (2007). Slow Death (Sovereignty, Obesity, Lateral Agency). *Critical Inquiry*, 33 (4), 754-780.

Blaustein, E. (2006). *Prohibido vivir aquí. La erradicación de las villas durante la dictadura*. Buenos Aires: Punto de Encuentro.

Bustamante, S. & Castillo, R (2017). “Macho hasta la muerte”. Brecha.

Butler, J. (2015). Repensar la vulnerabilidad y la resistencia. Conferencia impartida el 24 de junio de 2015 en el marco del XV Simposio de la Asociación Internacional de Filósofos (IAPh), Alcalá de Henares.

Dadamia, R (2019). Asentamientos precarios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En Dirección General de Estadísticas y Censos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, *Población de Buenos Aires*. N°28, pp. 20-33. https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2019/12/poblacion_2019_028.pdf

De Keijzer, B. (2003). Hasta donde el cuerpo aguante: género, cuerpo y salud masculina. La salud como derecho ciudadano: perspectivas y propuestas desde América Latina. Lima, Perú: *Foro Internacional en Ciencias Sociales y Salud*, 137-152.

DUARTE QUAPPER, K. (2014) *Masculinidades juveniles en sectores empobrecidos*. <https://kolectivoporoto.cl/wp-content/uploads/2015/10/Klaudio-Duarte-Masculinidades-juveniles-en-sectores-empobrecidos..pdf>

Fuentes Díaz, A. (2012). “Necropolítica y excepción. Apuntes sobre gobierno, violencia y subjetividad en México y Centroamérica”. En: Fuentes Díaz, A. (ed.), *Necropolítica, violencia y excepción en América Latina*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 33-50.

Grushka, G., Baum, D. y Sanni, L. (2013). Vivir y morir en las comunas de Buenos Aires: un estudio de diferenciales en Dirección General de Estadísticas y Censos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, *Población de Buenos Aires*, N°18, 2013, pp.33-44. https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2015/04/poblacion_2013_018.pdf

Kaufman, M. (1989) *Hombres, placer, poder y cambio*. Santo Domingo: CIPAF.

Mbembé, A. (2011). “Necropolítica”. *Necropolítica seguido de Sobre el gobierno privado indirecto*. Melusina. pp, 19-75.

Oszlak, O. (2017) *Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano*.

Buenos Aires: Eduntref.

Pita, M (2018) “La historia de un mural o acerca de la muerte, de los muertos y de lo que se hace con ellos” en *REVISTA M*. Rio de Janeiro, V. 3, N°. 5, p. 53-71, jan./jun. 2018. <http://www.seer.unirio.br/index.php/revistam/article/view/8178>.

Valencia, S. (2010). *Capitalismo gore*. España: Melusina.

Valverde Gefaell, C. (2015). *De la necropolítica liberal a la empatía radical. Violencia discreta, cuerpos excluidos y repolitización*. Barcelona: Icaria

VI. FUENTES

CELS. (2013). El sistema de seguridad como ámbito de reproducción de violencias y desigualdad. Desencuentro entre las políticas y los problemas que afectan derechos humanos. En *Derechos humanos en Argentina*. Informe 2013, Buenos Aires, Siglo XXI. <https://www.cels.org.ar/web/capitulos/el-sistema-de-seguridad-como-ambito-de-reproduccion-de-violencias-y-desigualdad/>

----- (2016). *Hostigados: violencia y arbitrariedad policial en los barrios populares*. CABA. <https://www.cels.org.ar/hostigados.pdf>.

CORREPI (2017). Archivo de casos 2017. www.correpi.org.

----- (2020) *Antirrepresivo 2019. Informe de la situación represiva nacional*. www.correpi.org.

Dirección General de Estadísticas y Censos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (2019) *Anuario Estadístico 2018*. <https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/?cat=2031>

Gerencia Operativa de Epidemiología (2017) *Análisis de la situación de salud de la Ciudad de Buenos Aires. 2016*. <https://www.buenosaires.gob.ar/salud/analisis-de-situacion-de-salud>

----- (2019) *Boletín epidemiológico semanal*, N.º 158, Año IV. Agosto 2019. Disponible en: <https://www.buenosaires.gob.ar/salud/boletines-periodicos/boletines-epidemiologicos-semanales-2018-2019>

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (2020). Informes de casos COVID. <https://www.buenosaires.gob.ar/coronavirus/datos/situacion-epidemiologica>

Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. (2011). *Jóvenes de contextos escolares y su experiencia escolar*. https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/2011_jovenes_de_contextos_vulnerables_y_

su_experiencia_escolar_visiones_en_escuelas_medias_con_diferente__formato_institucional.
.pdf

----- (2014). *La educación en la Ciudad de Buenos Aires Aportes desde la investigación*.https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/libro_educacion_en_caba_zona_sur.pdf

----- (2015). *Territorios de mayor vulnerabilidad social y educativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: características, oferta educativa y asignaturas pendientes*.

https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/zona_surterritorios_de_mayor_vulnerabilidad_baja_0.pdf

Ministerio Público Tutelar (2012) *Educación media en la zona sur de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “des-inclusión educativa”*.
https://mptutelar.gob.ar/sites/default/files/DTN14_EducacionMedia.pdf

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Martín Hernán Di Marco (CONICET-IIGG)

Email: mh.dimarco@gmail.com

Doctorando en Ciencias Sociales

Elizabeth Talarico (Facultad de Derecho, UBA)

Email: elizabetatarico@gmail.com

Graduada

Martina Fernández (Facultad de Ciencias Sociales, UBA)

Email: martufernandez@gmail.com

Estudiante de grado

Proyecto: Narrativas de vida y muerte: relatos de vida de varones que cometieron homicidio o femicidio en AMBA (FSOC) (Pendiente de aprobación) (Proyecto Aprobado por CEI H.

Posadas)

Director: Martín Hernán Di Marco

Eje temático "Biopolítica y necropolítica"

LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL PATRIARCADO: NOCIONES SOBRE LAS MUJERES DE VARONES QUE COMETIERON FEMICIDIO ÍNTIMO

FEMICIDIO ÍNTIMO – VIOLENCIA - MASCULINIDAD HEGEMÓNICA – PATRIARCADO - SUBJETIVIDAD.

RESUMEN

Los estudios de género, los estudios sociales de violencia y las diversas ramas de la criminología han mostrado el carácter sistemático y estructural que tiene la violencia basada en relaciones de género en América Latina. No obstante, la perspectiva de quienes ejercen esta violencia ha sido un eje comparativamente menos explorado, más aún cuando se trata de femicidios. En el marco de un estudio socio-narrativo sobre varones que cometieron femicidio, en esta ponencia nos preguntamos por las narrativas y nociones sobre las mujeres que tienen los varones que cometieron femicidio íntimo. Para ello se realizaron y analizaron 19 entrevistas

narrativas con varones condenados por femicidio en el Área Metropolitana de Buenos Aires y se llevó a cabo un análisis intertestimonial a partir de una estrategia de codificación temática. Las nociones referidas a las mujeres (y lo femenino) se organizaron alrededor de tres grandes temas: la amenaza, el control, y el contexto. Se discute la posible construcción de una tipología narrativa sobre las nociones en torno a las mujeres, y el vínculo con los relatos de vida.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia de género y, en particular, la violencia ejercida hacia la mujer en el marco de una relación íntima son problemáticas que han adquirido centralidad en diferentes campos de conocimiento. Las ciencias sociales, las ciencias de la salud y el derecho han establecido diferentes líneas de indagación que abordan estos temas (E. Dobash & Dobash, 2017; Schuh Reif & Di Marco, 2019). A pesar de ello, las perspectivas de quienes ejercen violencia son un tema poco explorado desde puntos de vista teórico-metodológicos en los que se consideren las propias visiones del mundo de los perpetradores de violencia (Di Marco, 2019; R. E. Dobash & Dobash, 2011). El objetivo de esta ponencia es reflexionar acerca de las nociones referidas a las mujeres (tanto a las víctimas del femicidio como a otras), de varones que cometieron femicidio en el marco de una relación íntima. Abordamos este objetivo a través de un estudio socio-biográfico, abrevando de los aportes de la antropología de la violencia, la criminología narrativa y los estudios sociales del género.

En la siguiente sección realizamos una breve revisión bibliográfica en torno a los estudios sobre femicidio y perspectiva de los perpetradores. En la tercera sección describimos la estrategia metodológica con la que abordamos el objetivo de esta ponencia. En la cuarta sección realizamos una descripción de la situación argentina en relación a legislación y femicidio. En la quinta sección analizamos las nociones sobre las mujeres y lo femenino a partir del análisis temático de las entrevistas biográficas. En las conclusiones destacamos la prevalencia de nociones y narrativas misóginas y controladoras que mantienen los entrevistados, y destacamos la aparente desconexión entre las narrativas de los entrevistados y los discursos políticamente correctos dentro de las instituciones.

II. UNA BREVE REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

El femicidio¹, el asesinato intencional de una mujer por motivos de género, representa una forma de violencia extrema contra la mujer (Fernández, 2012; UNODC, 2018). La investigación y la comprensión del femicidio han cambiado desde la introducción de la palabra en 1976 por Diana Russell durante el Primer Tribunal Internacional sobre Crímenes contra la Mujer (Corradi, Marcuello-Servós, Boira, & Weil, 2016). Sin embargo, a lo largo de su derrotero, las investigaciones se han limitado principalmente al estudio de las víctimas, con especial atención en sus características sociodemográficas, la incidencia de femicidios y la identificación de factores de riesgo (Campbell, Glass, Sharps, Laughon, & Bloom, 2007; Campbell et al., 2003). A pesar de que las perspectivas y biografías de los perpetradores son clave para la comprensión del fenómeno, este sigue siendo un tema poco explorado en la literatura científica.

Lograr una descripción precisa de la escala mundial de femicidios ha sido un desafío. Diversas iniciativas nacionales de recopilación de datos a menudo utilizan diferentes definiciones para la clasificación de femicidio, lo que dificulta la agregación de estos datos para estimaciones globales. En Argentina, se ha realizado un reciente esfuerzo institucional y político para comenzar a medir con precisión este fenómeno a través de la creación en 2014 del Registro Nacional de Femicidios (Corte Suprema de Justicia de La Nación, s.f.), entre otras iniciativas. Sin embargo, este esfuerzo enfrenta desafíos metodológicos que incluyen el subregistro, la identificación de casos a partir de datos secundarios y las diferencias en los datos obtenidos a partir de múltiples fuentes (Fernández, 2012; Kohan, 2018; Otamendi, 2020). En 2018, se identificaron 255 víctimas de femicidio, lo que equivale a una tasa de femicidio de 1,1 por cada 100.000 mujeres.

En contraste con el volumen de investigación sobre víctimas, los estudios enfocados en los perpetradores son relativamente escasos (E. Dobash & Dobash, 2017, p. 135; Johnson, Eriksson, Mazerolle, & Wortley, 2019). Como señalaron Ruotti et al. (2011) y Segato (2003, p. 23), los autores de homicidios y femicidios son los menos comprendidos entre los sujetos que cometen delitos. La indagación empírica con los perpetradores es compleja por cuestiones de acceso, su voluntad de participar en estudios científicos, y la vacilación de los investigadores para interactuar directamente con ellos (Adshead, Berko, Bose, Ferrito, & Mindang, 2018; Nee, 2004, p. 3).

¹ En esta ponencia hacemos referencia a “femicidio” con la intención de utilizar el mismo término de la ley argentina. No obstante, reconocemos las diferencias conceptuales entre feminicidio y femicidio, particularmente en torno al diferente rol que se le atribuye al accionar estatal (Albarrán, 2015; Lagarde, 2006).

Con respecto a investigaciones biográficas, los estudios de Dobash y Dobash (2017; 2011; 2009) son una referencia central en esta área y contribuyeron significativamente al campo de la investigación de femicidios demostrando, por ejemplo, que los femicidios no ocurren azarosamente y sin antecedentes previos: la mayoría de los perpetradores de femicidio ejercen violencia, abuso o control de forma continua dentro de la relación. Estos estudios también confirmaron que los perpetradores tienden a tener relaciones íntimas conflictivas, incluyendo un historial de abuso violento grave y frecuente de mujeres, así como comportamiento controlador y celos extremos.

La adhesión a la masculinidad hegemónica, definida como prácticas modeladas que apoyan la dominación masculina (Connell & Messerschmidt, 2005), desempeña un papel central en la perpetración del femicidio. Las normas de género refuerzan continuamente la distribución desigual del poder entre hombres y mujeres, y los hombres utilizan la violencia, en particular el femicidio, para reafirmar el control (Corradi et al., 2016, p. 979; Fleming, Gruskin, Rojo, & Dworkin, 2015; Fleming, McCleary-Sills, et al., 2015; Fulu, Jewkes, Roselli, & Garcia-Moreno, 2013; Messerschmidt, 2017, p. 70; UNODC, 2018)

Diversos estudios han ampliado el conocimiento sobre las características y procesos en los niveles micro, meso y macro de la violencia de género, incluido el femicidio (Corradi et al., 2016). No obstante, una paradoja central en este campo es que los significados y biografías de los actores rara vez se estudian de primera mano y desde una perspectiva emic, a pesar de que esto es fundamental para comprender los factores que impulsan la violencia.

Diferentes disciplinas y escuelas teóricas, incluida la criminología del curso de la vida (Farrington, Kazemian, & Piquero, 2018), la criminología cultural (Ferrell, 1999), la sociología y antropología de la violencia (Collins, 2008; Hartmann, 2017; Riches, 1986) han abordado cómo los perpetradores narran sus vidas y cómo significan violencia. Los estudios biográficos de los perpetradores de homicidios han demostrado el impacto de las experiencias adversas, especialmente durante la infancia, en la perpetración de violencia (Ferrito, Needs, & Adshead, 2016; Viscardi, 2008). La tolerancia alta a la violencia también ha sido un foco común de atención para analizar cómo se minimizan y normalizan los actos violentos tanto en las rutinas diarias (Heilman & Barker, 2018) como en circunstancias extraordinarias (Roy, 2008). Además, estudios etnográficos han ilustrado cómo la perpetración de homicidios está estrechamente asociada con formas específicas de masculinidad que se negocian como parte de la formación de

la identidad (Baird, 2018, 2019).

En el campo del análisis narrativo, una línea de investigación específica se ha centrado en el proceso de construcción de significado y los discursos explicativos de los perpetradores de homicidios (Adshead & Ferrito, 2015; Ferrito et al., 2016). Un enfoque diferente sobre este tema ha mostrado las técnicas de neutralización (Sykes & Matza, 1957) empleadas por los perpetradores para dar sentido y explicar el asesinato. Estos estudios han ilustrado cómo los agentes construyen imágenes de sí mismos y de sus acciones y, por tanto, racionalizan el homicidio (Henson & Olson, 2010; Pettigrew, 2018).

III. METODOLOGÍA

Este trabajo se enmarca en una investigación más amplia sobre relatos de vida de varones que cometieron homicidio y/o femicidios. La estrategia teórica-metodológica se encuadra dentro del amplio paraguas del enfoque biográfico, en la intersección entre los estudios que reconstruyen culturas grupales y los que relevan marcas narrativas de los sujetos (Meccia, 2019, p. 40).

Se realizaron entrevistas abiertas o narrativas (Alonso, 1995; Schütze, 2008) a varones mayores de edad con condenas por femicidio de sus parejas o ex parejas (femicidio íntimo). A diferencia de otras modalidades, estas entrevistas implican una perspectiva de construcción de datos en una forma eminentemente inductiva, siguiendo el discurso o narración de los propios entrevistados. A su vez, el uso de entrevistas abiertas se asienta sobre al menos dos premisas teóricas (Alonso, 1995): por un lado, se reconoce que el yo narrado no es un yo racionalizado sobre la historia “objetivista” de vida, sino un yo narrativo; por otro, la entrevista abierta permite acceder a los discursos arquetípicos de los individuos.

La definición del uso de esta modalidad de entrevista no solo se vinculó con el interés por el análisis narrativo (como perspectiva teórico-metodológica), sino también se debió al propio campo de estudio y a la situación institucional de los entrevistados. En experiencias de trabajo de campo en temáticas y/o contextos vinculados con violencia y muerte (Nateras Domínguez, 2015), la entrevista debe representar un instrumento amoldable tanto a la situación del entrevistado, como del entrevistador y del contexto físico.

La muestra de este trabajo está compuesta por 19 entrevistas narrativas que fueron realizadas a 7 varones cis-género de entre 27 y 48 años del Área Metropolitana de Buenos Aires (ver Tabla 1).

Tabla 1. Descripción de la muestra.

Pseudónimo	David	Luis	Ramiro	Walter	Edgardo	Pablo	Hércules
Edad al momento de la entrevista	27	29	29	33	35	39	48
Edad al momento del femicidio	25	26	28	32	S/D	37	40
Nivel de estudio	Secundario incompleto	Secundario Completo	Secundario incompleto	Secundario incompleto	Secundario Incompleto	Universitario	Universitario
Jurisdicción	PBA	PBA	CABA	PBA	País Limítrofe	PBA	PBA
Vínculo con la víctima	Ex pareja (no conviviente)	Novia / conviviente	Novia (no conviviente)	Novia (no conviviente)	Convivientes	Cónyuge	Cónyuge
Tiempo de relación	SD	Aproximadamente un año	SD	SD	Más de 10 años de	10 años de	21 años de

		de conviven cia, se conociero n en su adolescenc cia			conviven cia. Se conociero n en la adolescenc cia	conviven cia	conviven cia, se conocían de chicos
Fuente: elaboración propia.							

Debido a este carácter no dirigido, y por el propósito de seguir el relato a partir de los esquemas, tematizaciones y periodizaciones de los entrevistados, no se emplearon guías de entrevista o de pautas. Las entrevistas comenzaron con dos preguntas iniciales: a) ¿podrías comentarme sobre tu vida?, y b) ¿qué momentos fueron importantes en tu vida?

La dimensión espacial implicó el mayor desafío metodológico e institucional. El trabajo de campo se realizó en tres tipos de instituciones: penitenciarias, instituciones educativas dentro de predios carcelarios y residencias de varones. Estos espacios difieren en concurrencia, cantidad de actores, circulación y posibilidad de moverse libremente. Por lo tanto, solo se realizaron entrevistas en los momentos y lugares en los que se consiguieron espacios resguardados (principalmente, aulas u oficinas) sin la presencia de otras personas.

Las entrevistas fueron grabadas y luego desgrabadas y volcadas en el Atlas.TI en donde se conformó una unidad hermenéutica. Realizamos un análisis temático de los datos (Braun & Clarke, 2006) y una lectura general de todo el material identificando los temas que se abordaban en los relatos; establecimos un listado de códigos general y validamos la consistencia y “fundamentación” de los temas a partir de codificadores independientes. Para esta ponencia, seleccionamos específicamente los códigos que se vinculan con las nociones referidas a las mujeres y las narrativas explicativas del femicidio.

El proyecto fue presentado y aprobado por el Comité de Bioética del Hospital A. Posadas. Previo a la realización de las entrevistas se les explicaron los objetivos del proyecto a los entrevistados y se leyó el consentimiento informado. Sólo se realizaron entrevistas si los/as investigadores/as y los entrevistados consideraban que el espacio de realización era cómodo y

seguro para poder hablar en confianza.

IV. PERSPECTIVAS PENALES SOBRE EL FEMICIDIO

La problemática de género ha tomado preponderancia social a raíz de los numerosos casos de femicidios que tuvieron lugar en los últimos años (Corte Suprema de Justicia de La Nación, s.f.) y de la proliferación de movimientos sociales que lograron instalar la temática en la agenda pública. Este tema no es ajeno a la legislación tanto nacional como internacional, por lo que realizamos una breve reseña normativa referida a la inclusión de la perspectiva de género en el ámbito legal.

En un primer momento jurídico (a partir de la Sanción del Código Civil de 1869, que se basó en la tradición del derecho romano y en la adecuación realizada en Francia a propósito del denominado Código Napoleónico de 1804), los casos de violencia no poseía una regulación específica, aplicándose la normativa del Código Civil, abordando la violencia contra la mujer desde el punto de vista del temor, la intimidación, la coerción y las amenazas, complementados en aquellos casos de extrema gravedad con los artículos del Código Penal correspondientes a lesiones leves, graves o gravísimas u homicidio agravado por el vínculo según los hechos ocurridos.

La reforma constitucional incorporó a nuestra legislación los tratados internacionales (Reforma Constitucional 1994, art. 75 inc 22) y con ellos “La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”, más conocida como la Convención de Belém do Pará, reconociendo en ella que la violencia contra la mujer es una violación a los derechos humanos. En diciembre de ese año se sanciona la Ley 24.417 de Protección contra la violencia familiar (Sancionada el 07/12/94, BO., 03/01795 decr,-regl. 235/96, BO, 08/03/96), dando soluciones a un tema que legislativamente se encontraba vacío, brindando respuestas a las denuncias formuladas por las mujeres víctimas de este flagelo.

En marzo del año 2009 se sancionó la Ley 26.485, “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales” (Sancionada el 11/03/09, decr.-regl 1011/10, BO. 20/07/10), que amplía e incorpora términos que la Ley 24.417 había dejado vacíos de fundamentación, incluyendo la prevención y tratamiento a niñas, adolescentes y mujeres, diferenciándose así de la Ley 24.417 que ampara por igual a hombres y mujeres víctimas de violencia familiar. Esta ley

brinda una definición de violencia contra la mujer y amplía el concepto de grupo familiar, permitiendo que aquellas mujeres que sufren violencia en relaciones finalizadas o fuera de la convivencia pueda formular su denuncia, al igual que aquellas mujeres que estuvieran en una relación de noviazgo y sufrieran agresión por parte de sus novios. Actualmente este tipo de vacíos legales se encuentran subsanados por la Ley 26.485. En el ámbito provincial se sancionaron leyes similares como ser la Ley 12.569 (Protección contra la Violencia Familiar, sancionada el 02/01/01; decr.-regl. 2875/05, BO. 02/01/01), modificada por la Ley 14.509 (Sancionada el 29/11/12, BO. 03/06/13). complementarias de la Ley 24.685, ampliando el abordaje de la violencia de género.

Luego de la sanción de la Ley 26.791 (Sancionada 14/11/12. Promulgada 11/12/12, más conocida como la “Ley de Femicidio”) se realizó el cambio de redacción de varios de los artículos del Código Penal, se amplió la figura del homicidio calificado por el vínculo, se incorporaron los crímenes de odio, la figura de femicidio y el “femicidio vinculado”. El nuevo Código Civil y Comercial incorporó la violencia familiar en su articulado (CCCN: art. 276, 277, 278, 555 ,639, 647 ,657, 700, 704,1737 ,1739, 1740, 1741,1746, entre otros) ampliando los canales de defensa; se crearon “Protocolos de actuaciones en casos de Violencia de Género”, pero aun así la problemática sigue avanzando.

La incorporación de la cronología jurídica pretende exponer el acompañamiento normativo que se fue gestando a partir de la lucha de movimientos sociales que apuntaron a las diferencias existentes entre las muertes intencionales de hombres y mujeres. A pesar de ello se visibiliza un aumento estadístico del femicidio², por lo que la problemática de género continúa siendo foco de investigación a pesar de la legislación implementada.

Una de las razones por las que la problemática de género continúa, está dada por la falta de uniformidad en el criterio aplicado al análisis y resolución de los casos de femicidio. Aún hoy encontramos discrepancias doctrinarias provenientes de la teoría crítica del derecho, la dogmática jurídica derecho procesal y la criminología. Su incorporación al Código Penal se encuentra cuestionada por la indefinición del término violencia de género (Furg, 2006, Mackinnon, 2014).

² El registro estadístico sobre homicidios, femicidios y actos delictivos en general ha acarreado un profundo debate sobre las dificultades metodológicas, teóricas y políticas del registro estadístico, por ejemplo en torno a la llamada “cifra negra del delito”. En particular se ha señalado que el femicidio es un fenómeno con un notorio subregistro, tanto a nivel internacional (UNODC, 2019; Corradi et al., 2016, p.978;) como nacional (Fernández, 2012; Kohan, 2018; Otamendi, 2020).

Hasta acá realizamos un acercamiento a las cuestiones básicas que enmarcan el tipo penal de femicidio, el cual abandona la formulación del tipo penal con género neutro. Teniendo por fin visibilizar estos hechos como emergentes de una situación de desigualdad estructural de género. Siendo el rasgo central del tipo penal femicidio el hecho de ser mujer o su condición de género lo que nos lleva a preguntarnos cómo son vistas las mujeres desde la perspectiva de los varones que cometieron dicho delito.

V. RELATOS, NOCIONES Y ABERRACIONES

Los relatos biográficos de los entrevistados, por la propia naturaleza de las entrevistas, recorren y abordan diversos temas. Al indagar sobre sus propias biografías, y los momentos y personas importantes, los relatos se vuelven particulares y singulares. ¿Pero qué lugar ocupan las mujeres (y lo femenino) en sus vidas? ¿Qué nociones se articulan y presentan en torno a las mujeres?

A continuación, presentamos cuatro ejes o temas en los cuales se estructuran las nociones en torno a las mujeres en las narrativas biográficas. Encontramos que, en diferentes formas y con diversos clivajes, se pueden hallar tres temas recurrentes que estructuran las nociones en torno a las mujeres en las narrativas biográficas: amenaza, control, y el contexto.

V. A. De amenazas a cofradías

La amenaza aparece en los relatos como un tema central para describir los vínculos y nociones, de los varones, sobre las mujeres y las parejas. Las nociones de amenaza aparecen narradas en una doble figura: por un lado, se considera amenazante a toda persona que pueda interferir de algún modo negativo en el vínculo de pareja y, por otro lado, la pareja misma es identificada como una amenaza (potencial o efectiva) frente los deseos, expectativas y proyecciones de los entrevistados.

Luis tenía 29 años al momento de ser entrevistado. Tres años antes cometió el femicidio de su pareja, ahorcándola tras descubrir una conversación entre ella y otro varón en su celular. Luis y su pareja se conocieron en la adolescencia y ella se mudó a su casa luego de un año de relación. Al momento del femicidio llevaban un año conviviendo en un barrio del conurbano bonaerense lindero a la Ciudad de Buenos Aires.

En el relato de Luis las referencias a potenciales amenazas están vinculadas a varones que

podieran llegar a mirar sexualmente a su pareja y a la mejor amiga de esta: *“En Conurbano la cosa no es tan fácil. Y menos para una mina joven y linda. Entre los tipos que la pueden llegar a mirar y, no sabés qué más van a hacer”*; *“Encima se fue a bailar. ¡A bailar! Cuántos aguiluchos le habrán volado alrededor”*; *“No sé qué carajo le pasaba, pero te aseguro, ¡te aseguro! Que nos quería separar”*.

Muchas de las descripciones que hace Luis sobre su pareja se vinculan con las posibles amenazas y riesgos que ella pueda sufrir. El foco narrativo no está puesto en el cuidado de la mujer, en preservar su integridad, sino en el riesgo de perderla como posesión, dando lugar a lo que Segato (2016) denomina objetificación: “la percepción de las mujeres como cuerpo a ser apropiado y rapiñado” (42). A partir de esta lógica, el control aparece como la estrategia válida y coherente para evitar el arrebato de ese cuerpo al que se concibe como una pertenencia.

Con respecto a su pareja como amenaza, esta noción se torna central en los relatos en los que la mujer (sea la pareja u otra figura femenina) es vista como³ adquiriendo autonomía (ya sea vinculado al estudio de una profesión, a conseguir un empleo, o salir de su casa con mayor frecuencia). La “lectura” de las prácticas y de la situación de la mujer en clave de amenaza por su autonomía es interpretada con un potencial efecto en frustrar los deseos y expectativas de vida que el varón tiene.

En este sentido, Luis señala que este esfuerzo por adquirir autonomía amerita de su parte adoptar una posición defensiva. La postura de la mujer es experimentada como una acción dirigida intencionalmente en su contra.

”y acá no es que te vas a tu casa después. Acá es [ENFATIZA] tu vida. Y entonces hacés lo que hacés. - ...-Y te defendés. Como podés. Vos te querés ir. Vos me querés cagar la vida. Bueno. No te la voy a dejar fácil. Tanto tiempo pensando en vos. Y zaz. No, así no”.

Vale aclarar que en aquellos fragmentos del relato en que la mujer es concebida de esa forma, la nombra con adjetivos descalificativos, infantilizantes y que minimizan, tales como “*la minita*”, “*la zorra*”, “*la boluda*”, “*la piba*”, “*conchuda*”, “*la mina*” o “*la hija de puta*”. La infantilización o, en términos más generales, la descalificación, aparece en estos relatos como una estrategia para hacer frente a las acciones consideradas inválidas o ilegítimas que amenazan una situación, interacción u orden preexistente (Boiras, 2009).

³ Destacamos que el eje de este aspecto radica en que “sea vista” bajo esta clave, independientemente de los procesos objetivables de autonomía, independencia o desarrollo que la mujer atraviese.

Dentro de los relatos de los varones, la figura extrema de la(s) mujer(es) como amenaza están representadas por “un otro” colectivo. La “cofradía” es mencionada por Luis para hacer referencia a una amenaza “defensiva” frente a un interés suyo por acercarse a una mujer:

“Vas a un boliche y están todas en grupito, más cuando son adolescentes. Típica del grupito de minas, cerrado para sí...como en círculo, y... nada. Si uno quiere hablar con una, tenés que mandarte ahí. Pero siempre sale mal, porque no da. Fijate, te hacen sentir que no da, te generan incomodidad. Es como super claro. Te hacen sentir que no llegás a la altura para estar hablando con ellas ni siquiera”.

La referencia a la “cofradía” ilustra, en el relato de Luis, la noción de una amenaza que ya no es individual (como en los relatos enfocados en la pareja), sino en una colectividad. El uso de este término ilumina las situaciones que los varones entrevistados mencionan de distinto modo. Por ejemplo, Luis plantea cómo el ir al baño entre varias es también una práctica amenazante: *“una cosa femenina de cubrirse el culo. Como en el colegio o ir al baño juntas, ¿no? Manadita”.* Aquí, la cofradía es descrita como alianzas o asociaciones entre mujeres y que en sus relatos aparecen caracterizadas como vínculos de complicidad que se dan por obvios y normales entre las mujeres a la vez que excluyen a los varones.

La amenaza es un tema que atraviesa las historias de los varones, ya sea en sus vínculos con sus parejas, con otras mujeres o en referencias generales. Si bien esta noción se materializa y simboliza de diferente forma (la amenaza de un otro, la amenaza de ellas, la amenaza de ellas como colectivo), el tema es recurrente y siempre se presenta en la díada ella/s-yo. En la presentación del yo y la reconstrucción biográfica, la amenaza femenina es narrada como desestabilizante.

V. B. Control, autonomía y sometimiento

Al igual que la amenaza, el control es un tema estructural en los relatos que demarca el mundo de vida con el que los entrevistados experimentan, interpretan y narran su vínculo con las mujeres.

En particular, el tema del control en los relatos aparece con frecuencia vinculado a la esfera laboral. De los relatos se desprende que, el hecho de que las mujeres decidan salir de sus hogares para trabajar es experimentado por los varones como un acontecimiento bisagra del que surgen otras acciones que denotan mayor autonomía por parte de ellas (salir a divertirse o

compartir con amigas). Dos de los entrevistados cuestionan el deseo que manifestaban sus parejas por trabajar, bajo el argumento de que con el dinero que ellos obtenían de sus empleos a ellas no les falta nada, como si la única motivación que pudiera tener una persona para desempeñarse laboralmente fuera un objetivo económico; y se refieren a ellas con calificativos despectivos, como “loca” u otros. Además, se observa que aquellos momentos que en los relatos aparecen valorados positivamente son referidos a situaciones que la literatura sobre género suele identificar como estereotipos de un orden patriarcal en el que la autonomía de las mujeres se encuentra limitada a las tareas domésticas y de cuidado.

Hércules es un varón de 48 años, que alcanzó el nivel educativo universitario (es ingeniero al igual que su padre). Conoció a su esposa cuando ambos eran chicos y luego de 21 años de relación, en ocasión en que la mujer pretendía irse del hogar, la mató de un tiro. Hércules al momento del hecho tenía 40 años.

Con respecto al deseo de su esposa de desarrollarse laboralmente, Hércules explica en las entrevistas: *“Después empezó con berrinches de que quería salir a trabajar. Una locura. Digo, después de 25 años en la casa, ¿qué pensaba hacer afuera?”*. El deseo de su pareja por retomar la vida laboral es interpretado, en su relato, como un interés disruptivo frente a su postura de víctima: *“Ella estaba maníaca, con esto de salir, de hacer cosas. Era una locomotora. Y yo me la estaba bancando, intentando mantener como en pie las cosas que teníamos”*.

Según su relato, le suministró psicofármacos a escondidas con la intención de que abandonara su idea de salir a trabajar:

“la cosa siguió hasta que en un momento se volvió imposible hablar con ella. Era como que... no podía frenar con lo de tener una vida nueva con el laburo. Y no paraba de hablar de eso. No paraba. ¿Viste estas situaciones como ridículas? No quería ni saber de ir al psiquiatra”

La estrategia para mantener control sobre su pareja es, en este caso, medicalizada: Hércules utiliza la psiquiatría como saber experto para dar sentido a su acción. Pero a la vez explica que no quería que piense, sino solamente que se mantenga calma, lo que daría cuenta de que la posible autonomía de la mujer era una cuestión que a Hércules lo perturbaba. Tal es así, que al verla con las valijas listas dispuesta a abandonar el hogar, es decir cuando ella finalmente está por ejercer su autonomía, cuando Hércules parece percibir que ha perdido el total control sobre su pareja, le dispara.

Sobre el acontecimiento Hércules señala en la entrevista que *“sentía aceleración, que ella se estaba yendo, que si se iba no iba a poder ayudarla, que iba a ser muy tarde”* y explica además que no vio otra opción posible: *“esa desesperación de querer ayudar a otra persona que uno ama y no poder, que el otro no te deje”*.

En el caso de Luis, la cuestión del control también aparece vinculada al deseo de su pareja de desarrollarse laboralmente, según cuenta en las entrevistas, fue entonces que comenzaron los problemas y explica que antes *“ella cocinaba y me esperaba con la cena, ¿viste? Los domingos hacía tallarines y pasta. Me acuerdo mucho de eso de esa época, que me sentía como re bien cuidado. Me sentía como un rey. Y ella era mi reina. Yo la cuidaba”*.

El deseo de la mujer entra en tensión con el bienestar que Luis dice experimentar hasta entonces, aparece como una amenaza a un estado de situación que le resultaba confortable y que implica un esquema típicamente patriarcal, en el que la vida de las mujeres se encuentra limitada al ámbito doméstico con la consecuente dependencia económica que ello implica.

Al igual que la amenaza, el control aparece como tema estructural en los relatos, siendo un eje que estructura la misma narrativa biográfica y de pareja. La disputa por la autonomía, el abuso como estrategia de control y sometimiento, entre otras prácticas vinculadas con violencia de género, son temas que han sido exploradas por la literatura de este campo temático (Campbell et al., 2003; Campbell, Glass, Sharps, Laughon y Bloom, 2007). No obstante, el análisis de las entrevistas muestra, además, que el control (o la disputa o pérdida del control) no solo es un tema que moldea el vínculo de la pareja, sino que se presenta como un giro biográfico: los momentos y procesos que los varones ven como decisivos en la pérdida del control son bisagras en las que cambian su vínculo de pareja.

V. C. Contexto político, movilizaciones y relativismo

La dimensión coyuntural con respecto al contexto político y de movilización social en torno a la violencia de género aparece en algunas entrevistas como un aspecto que delimita dos momentos: un antes y un después. En función de ello se relativizan prácticas y situaciones que, según explican los entrevistados, antes eran toleradas, pero en la actualidad serían mal vistas o cuestionadas.

Pablo es un varón, de nivel universitario, proveniente de una localidad de la zona norte del Gran Buenos Aires. Al momento de ser entrevistado tenía 39 años de edad. Cometi

femicidio de su esposa, a quien apuñaló en la cocina de su casa tres años atrás, cuando llevaban 10 años de relación.

Hoy en día las cosas son, por todo el movimiento feminista y todo eso, son diferentes, pero antes era así y eso es algo que la gente tiene que entender. Vos tenés que marcar esto, vos tenés que hacer a la gente entender que en otros momentos las cosas eran diferentes y que no era ni bueno ni malo, era lo que se hacía.

La referencia a que “antes las cosas eran diferentes” estructura el relato de Pablo a lo largo de toda la entrevista. La diferenciación de períodos es utilizada para dar sentido a que su hermana fue educada en una escuela de mujeres, y para describir el momento en que su padre lo llevó a debutar sexualmente con una “puta”. Es bajo esta misma lógica que Pablo da sentido y presenta el femicidio que cometió:

Pasa exactamente lo mismo con los momentos en los que uno comete digamos errores. Pasó lo que pasó con mi mujer, no estoy diciendo que esté bien, lo que estoy diciendo es que nadie se pregunta cómo era el momento.

A la hora de hablar de antecedentes de situaciones violentas anteriores al femicidio, lo hace utilizando conceptualizaciones jurídicas que implican perspectiva de género: “Ella me había hecho una denuncia por violencia de género o violencia doméstica. Hacía mucho. Y eso jugó en contra, como que sumó a la hipótesis de que fue un crimen de género y no un accidente”, relativizando lo acontecido en función de una coyuntura que según entiende no lo favorece en los términos de su causa. “Además no hay que perder de vista que esto pasa en el momento en el que ponen a la luz esto de femicidio y quieren volverlo un tema importante, entonces necesitan casos. Y yo no soy un perejil, porque lo que pasó pasó, pero no fue un femicidio”.

La lógica que ilustra Pablo vincula los contextos sociales, las prácticas de violencia y los umbrales de tolerancia y legitimación. La validez de su acción, está dada por marcos interpretativos vigentes, no por el hecho disvalioso. En este sentido, Walter también ancla la legitimidad de la violencia de género al contexto:

Yo honestamente creo que con todo lo que pasó estas últimas décadas ellas están más alborotadas. No es que sea... no es que no tengan que tener los mismos derechos que nosotros. Eso es otro tema. Pero de un día al otro querés tener lo mismo... y genera esto. Como histeria. Entonces se complican las cosas y pasan cosas como las que me pasaron a mí. Son los problemas de las movilizaciones y los movimientos ideológicos.

El contexto, como recurso discursivo para dar sentido al femicidio, la violencia a la pareja y, en un sentido más general, para definir a las mujeres, es un aspecto emergente que muestra la necesidad de considerar los contextos discursivos “macro” de las entrevistas. Por un lado, da cuenta que los varones entrevistados articulan sus relatos con los procesos macrosociales que habitan. Por otro lado, da cuenta de un posicionamiento reaccionario y defensivo frente a los movimientos feministas y de derechos sociales.

VI. CONCLUSIONES

En el presente trabajo nos propusimos reflexionar acerca de las nociones referidas a las mujeres (tanto a las víctimas del femicidio como a otras), de varones que cometieron femicidio íntimo. Realizamos esto a través de una indagación socio-narrativa y biográfica. Elegimos esta perspectiva centrada en el análisis narrativo de los perpetradores por tratarse de una línea poco abordada por la literatura científica que, generalmente centra su atención en las víctimas, y en escasas oportunidades en los victimarios.

A partir del análisis temático de los relatos identificamos tres grandes ejes temáticos que organizan las nociones sobre las mujeres: la amenaza, el control y el contexto. Estos ejes engloban la heterogeneidad de formas en las que los varones le dan sentido a sus vínculos, experiencias vividas y trayectorias socio-afectivas y familiares. Las nociones de amenaza varían en diferentes gradientes que tienen en común el verse amenazado por un otro (sea otro varón, la pareja, o las mujeres en general). A su vez, el control emerge como un tema central que muestra la “puesta en práctica” de las nociones de los varones: la limitación de la autonomía femenina se torna un campo de disputa en el cual los varones despliegan acciones tendientes a imponer su perspectiva interaccional (Collins, 2019). Por último, el contexto como marco de las nociones e interacciones es quizás la categoría más novedosa del análisis, porque muestra cómo los varones toman en cuenta y usan narrativamente la situación contextual para dar sentido a las experiencias. A su vez, la justificación de las acciones a partir de las transformaciones socioculturales y políticas de género en la sociedad no solo muestran el uso de una técnica de neutralización (Sykes & Matza, 1957), sino el efecto discursivo de los movimientos de género en estos varones.

En particular, la identificación de nociones sobre la mujer que se vinculan y “dialogan” con los procesos colectivos, sociales y contextuales es un aspecto a destacar. Esto ha sido una dimensión ignorada dentro de la bibliografía especializada y es un aspecto central para poder

comprender los cambios en los patrones de violencia de género.

Nuestra lectura y análisis de las entrevistas tuvo un esfuerzo activo de evitar las interpretaciones medicalizantes. Si bien el análisis desde la dimensión psi aporta elementos para comprender los procesos subjetivos y vinculados a la salud mental de los varones (Boira, Carbajosa, & Marcuello, 2013), creemos y defendemos que las dimensiones socio-política y estructural del femicidio exigen poder evitar lecturas que individualicen la violencia (Segato, 2003).

Resulta curioso que a pesar de que los varones fueron entrevistados en contexto de encierro, y por lo tanto los relatos fueron producidos en el marco instituciones en donde los discursos sobre responsabilidad y culpa son centrales (Adshead et al., 2018), no encontramos un predominio de narrativas de redención o culpabilización individual. Esto abre la pregunta sobre el efecto discursivo y de subjetivación de las instituciones de encierro y los dispositivos psi en varones que cometieron femicidio. Así la ausencia de “marcas narrativas” de las instituciones es una característica saliente de este trabajo. Comparado con otros estudios sobre femicidio (Boira et al., 2014; Boira Sarto, 2010) o de homicidio (Adshead & Ferrito, 2015) los relatos de los varones aparentarían estar poco moldeados por las instituciones terapéuticas / de encierro.

Por otro lado, si bien no creemos que el acceso, disponibilidad y familiaridad con las armas de fuego sea un factor determinante en la perpetración de femicidios, destacamos que es necesario explorar cómo incide el acceso y uso de armas en las modalidades de femicidio.

Por último, En ningún caso los entrevistados hicieron referencia a elementos que puedan dar cuenta de que se autoperciban enmarcados en un sistema social regido por pautas culturales patriarcales que configuran sus subjetividades a la vez que legitiman sus sentimientos de amenaza ni sus estrategias de control ante esa potencial amenaza. Cabe preguntarnos, en qué medida los dispositivos que tratan a la problematización de cuestiones de género y masculinidades al interior de las instituciones que alojan a los varones condenados por delitos de género trabajan en función de las vivencias de los participantes.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adshead, G., Berko, Z., Bose, S., Ferrito, M., & Mindang, M. (2018). Is there a murderer here? The language of agency and violence in homicide perpetrators. In J. Adlam, B. Lee, & T. Kluttig (Eds.), *Violent States and Creative States: From the Global to the Individual*

(pp. 53–66). Londres: Kingsley.

Adshead, G., & Ferrito, M. (2015). Recovery After Homicide: Narrative Shifts in Therapy With Homicide Perpetrators. *Criminal Justice and Behavior*, 42(1), 70– 81. <https://doi.org/10.1177/0093854814550030>

Albarrán, J. (2015). Referentes conceptuales sobre femicidio / feminicidio: Su incorporación en la normativa jurídica Venezolana. *Comunidad y Salud*, 13(2), 75–80. Retrieved from http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1690-32932015000200010&script=sci_abstract

Alonso, L. E. (1995). Sujeto y discurso: el lugar de la entrevista abierta en las prácticas de la sociología cualitativa. In J. M. Delgado & J. Gutiérrez (Eds.), *Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales* (pp. 225–240). Madrid: Fundamentos.

Baird, A. (2018). Becoming the “Baddest”: Masculine Trajectories of Gang Violence in Medellín. *Journal of Latin American Studies*, 50(1), 183–210. <https://doi.org/10.1017/S0022216X17000761>

Baird, A. (2019). Man a kill a man for nutin’: Gang transnationalism, masculinities, and violence in Belize City. *Men and Masculinities*, (September), 2016–2017. <https://doi.org/10.1177/1097184X19872787>

Boira, S., Carbajosa, P., & Lila, M. (2014). Principales retos en el tratamiento grupal de los hombres condenados por un delito de violencia de género. *Clínica Contemporánea*, 5(1), 3–15. <https://doi.org/10.5093/cc2014a1>

Boira, S., Carbajosa, P., & Marcuello, C. (2013). La violencia en la pareja desde tres perspectivas: Víctimas, agresores y profesionales. *Psychosocial Intervention Intervención Psicosocial*, 22(2), 125–133. <https://doi.org/10.5093/in2013a15>

Boira Sarto, S. (2010). *Hombres maltratadores. Historias de violencia masculina*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

Braun, V., & Clarke, V. (2006). Using thematic analysis in psychology. *Qualitative Research in Psychology*, 3(2), 77–101. <https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa>

Campbell, J. C., Glass, N., Sharps, P. W., Laughon, K., & Bloom, T. (2007). Intimate partner homicide: Review and implications of research and policy. *Trauma, Violence, and Abuse*, 8(3), 246–269. <https://doi.org/10.1177/1524838007303505>

Campbell, J. C., Webster, D., Koziol-McLain, J., Block, C., Campbell, D., Curry, M. A., ... Laughon, K. (2003). Risk Factors for Femicide in Abusive Relationships: Results from a

Multisite Case Control Study. *American Journal of Public Health*, 93(7), 1089–1097.
<https://doi.org/10.2105/AJPH.93.7.1089>

Collins, R. (2008). *Violence. A micro-sociological theory*. New Jersey: Princeton University Press.

Collins, R. (2019). Preventing Violence: Insights from Micro-Sociology. *Contemporary Sociology: A Journal of Reviews*, 48(5), 487–494.

Connell, R., & Messerschmidt, J. (2005). Hegemonic Masculinity: Rethinking the Concept. *Gender & Society*, 19(6), 829–859.

Corradi, C., Marcuello-Servós, C., Boira, S., & Weil, S. (2016). Theories of femicide and their significance for social research. *Current Sociology*, 64(7), 975–995.
<https://doi.org/10.1177/0011392115622256>

Corte Suprema de Justicia de La Nación. (n.d.). Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina. Retrieved March 10, 2020, from <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>

Di Marco, M. H. (2019). *La producción de conocimiento sobre violencias ocurridas en Argentina, 2001-2016*. Universidad Nacional de Lanús.

Dobash, E., & Dobash, R. (2017). When women are murdered. In *The handbook of homicide* (pp. 131–148). Chichester: Wiley Blackwell.

Dobash, R. E., & Dobash, R. P. (2011). What Were They Thinking? Men Who Murder an Intimate Partner. *Violence Against Women*, 17(1), 111–134.
<https://doi.org/10.1177/1077801210391219>

Dobash, R. E., Dobash, R. P., & Cavanagh, K. (2009). “Out of the Blue” Men Who Murder an Intimate Partner. *Feminist Criminology*, 4(3), 194–225.
<https://doi.org/10.1177/1557085109332668>

Farrington, D. P., Kazemian, L., & Piquero, A. R. (2018). The oxford handbook of developmental and life-course criminology. In *The Oxford Handbook of Developmental and Life-Course Criminology*. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190201371.001.0001>

Fernández, A. M. (2012). Femicidios: la ferocidad del patriarcado. *Nomadías*, 0(16), 47–73. <https://doi.org/10.5354/0719-0905.2012.24957>

Ferrell, J. (1999). Cultural criminology. *Annual Review of Sociology*, 25, 395–418.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

Ferrito, M., Moore, E., Adshead, G., & Vetere, A. (2013). *Life After Homicide: Exploring Accounts of Recovery and Redemption by Mentally Disordered Offenders in a High Security Hospital*.

Ferrito, M., Needs, A., & Adshead, G. (2016). Unveiling the shadows of meaning: Meaning-making for perpetrators of homicide. *Aggression and Violent Behavior, 34*, 263–272. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2016.11.009>

Fleming, P. J., Gruskin, S., Rojo, F., & Dworkin, S. L. (2015). Men's violence against women and men are inter-related: Recommendations for simultaneous intervention. *Social Science and Medicine, 146*, 249–256. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2015.10.021>

Fleming, P. J., McCleary-Sills, J., Morton, M., Levtov, R., Heilman, B., & Barker, G. (2015). Risk factors for men's lifetime perpetration of physical violence against intimate partners: Results from the international men and gender equality Survey (IMAGES) in eight countries. *PLoS ONE, 10*(3). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0118639>

Fulu, E., Jewkes, R., Roselli, T., & Garcia-Moreno, C. (2013). Prevalence of and factors associated with male perpetration of intimate partner violence: Findings from the UN multi-country cross-sectional study on men and violence in Asia and the Pacific. *The Lancet Global Health, 1*(4), e187–e207. [https://doi.org/10.1016/S2214-109X\(13\)70074-3](https://doi.org/10.1016/S2214-109X(13)70074-3)

Hartmann, E. (2017). Violence: constructing an emerging field of sociology. *International Journal of Conflict and Violence, 11*, 1–9. <https://doi.org/10.4119/UNIBI/ijcv.623>

Hearn, J. (1998). The Violences of Men: How Men Talk about and How Agencies Respond to Men's Violence to Women. In *The Violences of Men: How Men Talk about and How Agencies Respond to Men's Violence to Women*. <https://doi.org/10.4135/9781446279069>

Heilman, B., & Barker, G. T. (2018). *Masculine norms and violence: Making the connections*. Washington D.C.

Henson, J. R., & Olson, L. N. (2010). The Monster Within: How Male Serial Killers Discursively Manage Their Stigmatized Identities. *Communication Quarterly, 58*(3), 341–364. <https://doi.org/10.1080/01463373.2010.503176>

Johnson, H., Eriksson, L., Mazerolle, P., & Wortley, R. (2019). Intimate Femicide: The Role of Coercive Control. *Feminist Criminology, 14*(1), 3–23. <https://doi.org/10.1177/1557085117701574>

Kohan, J. (2018). Una metodología para estimar los femicidios en la Argentina a partir

de las estadísticas vitales. *Notas de Población*, (106), 153–184. Retrieved from <https://www.cepal.org/es/publicaciones/43798-metodologia-estimar-femicidios-la-argentina-partir-estadisticas-vitales>

Lagarde, M. (2006). Del femicidio al feminicidio. *Desde El Jardín de Freud*, 0(6), 216–225. Retrieved from <https://revistas.unal.edu.co/index.php/jardin/article/view/8343>

Meccia, E. (2019). *Biografías y sociedad. Métodos y perspectivas*. Santa Fe: Ediciones UNL.

Messerschmidt, J. (2017). Masculinities and Femicide. *Qualitative Sociology Review*, XIII(3), 71–79.

Nateras Domínguez, A. (2015). *Vivo por mi madre y muero por mi barrio. Significación de la violencia y muerte en el Barrio 18 y la Mara Salvatrucha*. México D.F.: UAM-I y Tiran Blanch Humanidades.

Nee, C. (2004). The Offender's Perspective on Crime: Methods and Principles in Data Collection. In A. Needs & G. Towl (Eds.), *Applying psychology to forensic practice* (pp. 3–17). Oxford: Blackwell.

Otamendi, M. A. (2020). Suicidios, femicidios-suicidios y armas de fuego en Argentina. La masculinidad hegemónica en debate. *Revista de Ciencias Sociales*, 33, 107–130. <https://doi.org/DOI>: <http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v33i46.6>

Pettigrew, M. (2018). Confessions of a Serial Killer: A Neutralisation Analysis. *Homicide Studies*, 1–16. <https://doi.org/10.1177/1088767918793674>

Riches, D. (1986). The phenomenon of violence. In D. Riches (Ed.), *Anthropology of violence* (pp. 1–27). Oxford: Blackwell.

Roy, S. (2008). The grey zone: the 'ordinary' violence of extraordinary times. *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 14(2), 316–333.

Ruotti, C., Coutinho Massa, V., & Tourinho Peres, M. F. (2011). Vulnerabilidade e violência: uma nova concepção de risco para o estudo dos homicídios de jovens. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação*, 15(37), 377–389.

Schuh Reif, K., & Di Marco, M. H. (2019). Biografias de homens e mulheres autores de violência: uma revisão bibliográfica sobre o uso de métodos com trajetória para o entendimento do fenômeno sociológico. *Conversas & Controversias. Revista de Graduação e Pós-Graduação Em Ciências Sociais Escola de Humanidades*, 6(2), e-34317.

Schütze, F. (2008). Biography Analysis on the Empirical Base of Autobiographical Narratives: How to Analyse Autobiographical Narrative Interviews – Part one. *European Studies on Inequalities and Social Cohesion*, 1(2), 153–242. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

Segato, R. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Quilmes: Universidad Nacional de Quilmes.

Sykes, G. M., & Matza, D. (1957). Techniques of neutralization: a theory of delinquency. *American Sociological Review*, 22(6), 664–670.

UNODC. (2018). *Global study on homicide. Gender-related killing of women and girls*. Retrieved from https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/GSH2018/GSH18_Gender-related_killing_of_women_and_girls.pdf

Viscardi, N. (2008). Integración perversa: los caminos de la desafiliación en jóvenes marginados. *Revista de Ciencias Sociales*, 21(24), 73–94. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Andrea Fernanda Schuster - Facultad de Derecho (UBA)

schusterandrea@gmail.com

Estudiante de grado

Proyecto PII "Los riesgos democráticos de la inteligencia virtual en espacios virtuales"

Director Juan Carlos Rúa

Eje temático "Biopolítica, necropolítica y gubernamentalidad. Intersecciones entre Derecho, poder y violencias"

DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CASOS DE ESCRACHES SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Luego de una serie de denuncias públicas realizadas por redes sociales y medios de comunicación masivos, conocidos como "escraches", hemos vivenciado una explosión de estas expresiones a lo largo de todo el país. Además, muchos de estos escraches fueron realizados y estuvieron dirigidos a niños, niñas y adolescentes (en adelante "NNyA"). Esta investigación surge como continuación del trabajo "¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en casos de escraches en materia de género" (Schuster, en prensa), en el que trabajé el alcance de la protección a los escraches sobre violencia de género.

De este modo, el objetivo de esta investigación es analizar si el derecho humano a la libertad de expresión protege, y en qué medida, los escraches sobre violencia de género específicamente dirigidos a niños y adolescentes.

Para ello, será importante realizar una caracterización del derecho a la libertad de expresión a la luz de su rol en el debate público y democrático. Se reconstruirán los estándares desarrollados para el entendimiento de este derecho y se analizará si tales estándares pueden ser aplicables al caso de los escraches. Por otro lado, se estudiará la específica protección en materia de derechos humanos otorgada a los niños, niñas y adolescentes. Así, se analizará la protección al derecho a la libertad de expresión de mujeres que realizan denuncias o escraches públicos por hechos de violencia de género a la luz de la protección especial de NNyA. En esta

línea, intentaré explorar algunas repuestas propias del derecho a la libertad de expresión que pueden ser útiles para estudiar esta problemática en particular.

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y VIOLENCIA DE GÉNERO

El derecho a la libertad de expresión es profundamente contraintuitivo. Si bien resultaría difícil encontrar detractores de este derecho que pretendan llamarse democráticos, lo cierto es que muchas veces el compromiso formal que se tiene con la libertad de expresión no logra abarcarlo en toda su amplitud. Eso se debe a que, lejos de lo que podríamos inicialmente pensar, los efectos de este derecho nos pueden parecer profundamente injustos. Su vocación democrática muchas veces tiene como efecto proteger algunas expresiones¹ que generan (mucho) *daño*.

En este sentido, en su concepción moderna, se entiende que la libertad de expresión es un prerequisite fundamental para una democracia robusta: no se trata sólo de un derecho individual tendiente a proteger a una persona que se expresa frente a la amenaza externa de la censura (principalmente del Estado), sino de un derecho tendiente a la autodeterminación colectiva (Fiss, 1997). Es una forma de garantizar que una amplia pluralidad de voces se exprese en el debate público, de modo tal que nos permita deliberar y tomar decisiones democráticas con los mejores argumentos posibles (y habiendo permitido la participación de todos/as).

Este entendimiento del derecho tiene, desde ya, varias consecuencias. En particular, se ha caracterizado como un derecho “bidimensional”:² la libertad de expresión no sólo protege a quien se expresa, sino también a todos/as quienes podemos estar expuestos a esa expresión. Tal es el sentido que se le otorga, en efecto, en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de *buscar, recibir y difundir* informaciones e ideas de toda índole...” (art. 13). Tenemos derecho a saber qué dice y qué opina el resto. Por otro lado, esta concepción social de la libertad de expresión³ tiene como efecto la modificación sustancial del rol del Estado, que se posiciona como garante de cierto grado de igualdad necesaria para el ejercicio de este derecho (Fiss, 1997). Así, debe asegurarse que todos los sectores de la sociedad puedan

¹La voz “expresiones” es usada en sentido amplio, no sólo para las expresiones verbales. Así lo establece el artículo 13 de la Convención de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión [...] ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

²Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Colegiación obligatoria de periodistas”, Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica OC-5/85, 13/11/85

³Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Colegiación obligatoria de periodistas”, Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica OC-5/85, 13/11/85, párrafos 30 y 70.

participar del debate público (principalmente de aquellos que, por su situación de desigualdad estructural, corren el riesgo de ser *negativamente afectados/as* por decisiones que no los/as toman en consideración) (Fiss, 1997).

Asumir que el derecho a la libertad de expresión tiene estas características amplía necesariamente su ámbito de protección. En primer lugar, permite proteger muchos discursos que pueden, en alguna medida, resultar dañosos, pero que igualmente hacen a la calidad nuestra práctica democrática. En efecto, podría incluso decirse que el objetivo de este derecho es, principalmente, proteger aquellas expresiones que resultan dañosas (Rúa, 2018). De hecho, el derecho a la libertad de expresión es mucho más amplio que el principio de autonomía que, en nuestra Constitución Nacional (CN) establece el artículo 19: este principio protege al individuo siempre y cuando aquello que realice no genere daño,⁴ en tanto el derecho a la libertad de expresión protege también las expresiones que, por fuera del ámbito de protección del artículo 19, lo producen (o pueden hacerlo) (Rúa, 2018).⁵ Y así lo hace justamente por la importancia democrática que implica expresarse y participar en el debate público aun cuando se afecte a terceros. Esto es relevante para el caso que nos convoca: es indudable que los escraches realizados en redes sociales por casos de violencia de género generan daño en “los escrachados”: pierden sus trabajos, a su familia, sus parejas, entre otras consecuencias posibles.

Ello implica necesariamente que los escraches están muy por fuera del ámbito de protección del principio de autonomía personal. También, hasta aquí, el derecho a la libertad de expresión podría habilitar acciones de “responsabilidad ulterior”⁶ (como las llama la CADH) como demandas civiles por daños y perjuicios, o denuncias penales por calumnias o injurias. Sin embargo, a continuación, señalaré algunas razones adicionales que justifican por qué los escraches por violencia de género ameritan una protección mayor del derecho a la libertad de expresión.

⁴En palabras de Nino a la hora de explicar el artículo 19 de la CN que “[...] las acciones son privadas en la medida en que sólo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañinos o beneficiosos sobre terceros” (Nino, 2003, p. 305)

⁵Es decir, el artículo 19 es el “núcleo básico de la libertad de expresión” porque protege también expresiones, pero sólo aquellas que no generan daño.

⁶Como veremos, la CADH prohíbe en todos casos la censura.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷ e incluso la jurisprudencia local⁸ ha admitido una protección mayor a aquellas expresiones que versan sobre *cuestiones de interés público*. Esto está íntimamente relacionado con las características democráticas del derecho: no podemos condenar (civil o penalmente) a las personas por participar en el debate público cuando sus expresiones tienen un contenido importante para nuestra práctica democrática. Además, eso podría desalentar la participación en la deliberación pública. Por ello, el ordenamiento jurídico tolera expresiones que versan sobre cuestiones de interés público, sin posibilidades de respuestas jurídicas negativas para quien se expresa. Para el caso que nos convoca de los escraches sobre violencia de género, entonces, habría que preguntarse en qué medida puede decirse que revisten tal interés.

En particular, una de las principales consignas de los feminismos (ya desde la década del '60) fue el entendimiento de la violencia de género como una problemática de índole pública y de carácter estructural. Este reconocimiento, que implica también una demanda específica de políticas públicas destinadas a la protección de las mujeres, puede ser un primer paso para considerar a las expresiones que versan sobre violencia de género como cuestión de interés público. Pero, además, ello se ve reforzado en tanto la protección de las mujeres (y nuestro derecho a una vida libre de violencias) es una obligación a la que los Estados se han comprometido en el ámbito internacional a través de diversos tratados de derechos humanos - TIDH- (muchos de ellos sobre derechos humanos de las mujeres en particular).⁹ En esta misma línea, la propia normativa local reconoce la problemática de la violencia contra las mujeres con gran amplitud.¹⁰ Por otro lado, muchas veces el escrache es utilizado cuando a las mujeres víctimas de violencia de género no les es garantizado y respetado su derecho de acceso a la justicia (intentaron denunciar y la causa fue archivada, por ejemplo).¹¹ En estos casos también revisten interés público, porque visibilizan una problemática de violación de derechos humanos

⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso ‘Herrera Ulloa Vs. Costa Rica’, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 2/07/2004; Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso ‘Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina’, Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/201 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Kimmel Vs. Argentina”, 2 de mayo de 2008.

⁸Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pandolfi”, “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa ‘Pandolfi, Oscar Raúl c/Rajneri, Julio Raúl’, 1/07/1997, *Fallos* 320:1272 y Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Di Salvo”, “Di Salvo, Miguel Ángel c/ Diario La Mañana s/ Daños y Perjuicios”, 19/05/2010, entre otros.

⁹Principalmente la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo (en el ámbito interamericano).

¹⁰Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Ley de Protección Integral), N°26.485.

¹¹Ver Dirección General de Políticas de Género, *La violencia contra las mujeres en la justicia penal*, Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2018.

(acceso a la justicia) a manos del Estado. De este modo, más allá de los juicios que podamos realizar sobre los beneficios y problemas de los escraches, es evidente que han visibilizado una problemática de orden estructural sobre la que precisamos debatir. Así, si bien los escraches pueden parecer “individuales” (porque su emisora es una sola) o “individualizados” (porque el escrachado es uno solo) sin dudas forman parte de un debate público general que supone reconocer, en primer lugar, a la violencia de género como un problema real, sistémico y transversal, y también los problemas de nuestras instituciones para poder combatirla.

Esta protección se refuerza si tomamos en consideración que las mujeres son un grupo históricamente vulnerabilizado (CEDAW, 1992). De este modo, condenar de algún modo (con responsabilidad civil o penal) los escraches por hechos de violencia de género, puede relegar a un grupo que se encuentra en una situación de desigualdad estructural al silencio, y reproducir su desventaja.¹² Así, condenar a las mujeres por los escraches puede, incluso, volver inaudibles sus reclamos (que en sí mismos resultan ya relegados porque la propia estructura social vulnera su derecho a la libertad de expresión) (Gargarella, 2005). Puede decirse entonces que el derecho a la libertad de expresión protege los escraches, porque versan sobre cuestiones de interés público (ponen “sobre la mesa” la problemática de la violencia de género) y porque tales expresiones provienen de un grupo al que ya de por sí poco le es permitido participar en el debate público. Condenar a las mujeres por repudiar actos de violencia de género puede implicar, sin lugar a duda, un desincentivo para las mujeres a la hora de alzar la voz por sus derechos humanos.

Es importante señalar que las consideraciones vertidas sobre este (alto) grado de protección de los escraches que versan sobre hechos de violencia de género no diferencian entre las conductas que constituyen delito y las que no constituyen delito. Una de las principales críticas que se esgrimió contra los escraches (en la discusión pública) es que eran improcedentes porque correspondía radicar una denuncia en sede judicial (principalmente penal)¹³ ante hechos de violencia de género.¹⁴ No se mencionaba demasiado con relación a las conductas

¹²Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, pp. 38- 40.

¹³Es importante señalar que, en muchos de los casos de violencia de género (lesiones, abuso sexual, entre otras) la acción penal es dependiente de instancia privada. En este sentido, pretender que la mujer denuncie en sede penal como requisito para su expresión va en contra de la naturaleza propia del régimen de la acción. Ello incluso implicaría un trato desigual, porque no le demandamos a nadie que radique una denuncia en sede penal para participar del debate público. Por otro lado, un proceso penal puede terminar en un sobreseimiento por prescripción o una absolución por inimputabilidad, por ejemplo. En esos casos la justicia tampoco aclara necesariamente el fondo de la cuestión, pero ello no puede impedir a las mujeres que participen en el debate público.

¹⁴Sería injusto no reconocer que quienes sostuvieron esta posición asumen los problemas de la justicia para recibir las denuncias. No se trata de una crítica necesariamente actual, porque se acepta que a las mujeres les es violado

“escrachadas” que no constituyen delito. Sin embargo, la protección que otorga el derecho a la libertad de expresión no realiza tal diferencia, ni requiere la denuncia en sede penal (en los casos que correspondiere). Ello es así porque el estándar para la protección es el *interés público que revisten las expresiones sobre violencia de género*; y las conductas que constituyen violencia de género (a la luz, principalmente, de la Convención Belém do Pará, pero principalmente de la Ley de Protección Integral) no son necesariamente delitos. Por ello, la libertad de expresión protegería las expresiones más allá de tal distinción, sin requerir denuncia en sede penal, en tanto versen sobre conductas jurídicamente consideradas violencia de género.¹⁵

II. A. ¿Qué hacemos? Responsabilidades ulteriores y censura previa

Resulta necesario, a los fines de este trabajo, pensar cuáles son las posibles respuestas jurídicas que existen o pueden existir como límites al derecho a la libertad de expresión (si bien algunas ya fueron deslizadas previamente). Como sabemos, los derechos no son absolutos y, parafraseando a nuestro texto constitucional, se ejercen conforme las leyes que reglamentan su ejercicio. En este sentido, cabe señalar cuál es (y puede ser, a la luz de los TIDH) la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de este derecho, en particular con relación a la censura, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal (las “responsabilidades ulteriores”).

Con relación a la censura, el texto del artículo 13 de la CADH ya reseñado es claro cuando indica que la censura *previa* se encuentra prohibida en todos los casos. Sin embargo ¿cómo debe entenderse la voz “previa” a la luz del carácter bidimensional del derecho a la libertad de expresión? Tomando en consideración que el derecho comprende aquel de recibir información, también se prohíbe la censura una vez que la expresión fue emitida. De este modo, podríamos decir que cualquier clase de censura resulta ilegítima (Rúa, 2018). La censura, entonces, no es una respuesta viable.

Este mismo artículo 13 de la CADH establece que las expresiones sólo pueden estar sujetas a responsabilidades ulteriores (en los casos de “arbitrariedad” por afectación a la

el derecho de acceso a la justicia en muchos casos. Sin embargo, esta postura sostiene que la justicia penal *debería* ser la vía idónea, y que ante una justicia que funciona correctamente y no vulnera derechos de las mujeres, los escraches son ilegítimos.

¹⁵Es claro que en los casos en los que no existe violencia de género a la luz de la Ley de Protección Integral y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no cabría ese grado de protección (salvo que también revista interés público). Por ejemplo, si escracho a mi expareja porque me fue infiel, probablemente no exista la posibilidad de otorgarle a mi escrache el grado señalado de protección. En este sentido, lo que deberían analizar los/as jueces/as es si la conducta escrachada constituye violencia de género en los términos de la ley y, por lo tanto, reviste interés público; o si reviste interés público por alguna razón.

intimidad y de “ilegalidad” en los casos de la afectación a la honra y la reputación). En estos supuestos, podría haber responsabilidad civil o penal. Sobre la responsabilidad penal, recordemos que en el artículo 109 del Código Penal de la Nación encontramos receptado el delito de calumnias, que se define como “imputación falsa de un delito”. Por otro lado, en el artículo 110 se establece el delito de injuria, que es una afectación al honor de un tercero (cuando no configura un delito). Para ambos casos, cabe señalar que el Código Penal aclara que las expresiones que revisten interés público no configuran delito. De este modo, considerando que los escraches que versan sobre hechos de violencia de género revisten interés público, no resulta procedente la acción penal.¹⁶

En segundo lugar, cabe analizar la imposición de responsabilidades ulteriores a través de las sanciones civiles. En este sentido, corresponde señalar que en el caso “Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina”, la Corte IDH utilizó el mismo estándar del interés público para restringir las limitaciones al derecho a la libertad de expresión.¹⁷ De este modo, señaló que “el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante o inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal” y que puede tener como consecuencia un “resultado evidente y disvalioso de autocensura”.¹⁸ Sin embargo, en algunos casos *sí se permite* la responsabilidad civil. En particular, la CSJN ha “importado” de la Corte estadounidense el estándar de la “real malicia”.¹⁹ Bajo el prisma de este estándar, una expresión que reviste interés público podrá generar responsabilidad civil de probarse la “real malicia” de la persona que emite una expresión determinada. El estándar, en este sentido, supone que la emisora se exprese con conocimiento de que lo expresa es falso, o con imprudente y notoria despreocupación sobre si era o no falso el contenido de la expresión. Es importante señalar que el estudio de la real malicia para atribuir responsabilidad civil no es un “test de la verdad”:²⁰ no se debe analizar que el *contenido* de la expresión sea verdadero o falso. Lo que debe ser probado (por la parte actora) para atribuir responsabilidad civil por expresiones que revisten interés público, es la *real malicia*.

III. LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LOS/AS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

¹⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Kimel Vs. Argentina”, 2 de mayo de 2008.

¹⁷Ya lo venía usando, por ejemplo, en Herrera Ulloa. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso ‘Herrera Ulloa Vs. Costa Rica’, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 2/07/2004.

¹⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso ‘Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina’, Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/2011, párr. 74.

¹⁹Corte Suprema de los Estados Unidos de América, “New York Times Vs. Sullivan”, 9/03/1964.

²⁰Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros”, 24/06/2008, Fallos 331:1530.

El caso que me propongo analizar en este trabajo es muy específico: se trata de escraches o denuncias públicas en redes sociales y medios de comunicación masivos, por hechos de violencia de género, y dirigidos a niños, niñas y adolescentes. Se trata de una situación muy especial porque involucra la protección de derechos humanos de dos grupos históricamente vulnerabilizados: las mujeres y los/as niños/as. Ello nos obliga a analizar cuál es la protección que nuestro ordenamiento jurídico le otorga a este último grupo en especial. La importancia de analizar la particularidad de estos casos radica especialmente en que muchos de los escraches ocurrieron entre jóvenes y niños/as, por estar muy presentes en la discusión pública sobre violencia de género, y porque tienen un manejo y acceso a las redes sociales muy alto.²¹

En primer lugar, cabe señalar que la protección específica de los derechos de NNyA se encuentra consagrada en el artículo 19 de la CADH. La Corte IDH ha determinado que se entiende como tal a todos/as los/as menores de 18 años.²² Así, podemos referirnos conjuntamente a derechos de niños y niñas, y también derechos de los y las adolescentes. Para este último caso, muchos Estados (entre ellos la Argentina) han optado por establecer en su derecho interno regímenes diferenciados (Beloff, 2019). Esto es relevante porque los escraches sobre hechos que versan sobre violencia de género afectan principalmente a adolescentes.

Pero no es sólo esta Convención la que establece una protección específica a este grupo. Como señala Beloff (2019), la protección a los/as NNyA es muy amplia y se encuentra receptada de forma especial en el sistema interamericano y universal de derechos humanos.²³ En este sentido, se define “una esfera de protección de los derechos humanos de los niños que reconoce la existencia de obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados, basada en el reconocimiento normativo de la vulnerabilidad esencial de los niños, dato fenomenológico reconocido por todas las culturas humanas a lo largo de la historia” (Beloff, 2019, p. 548).²⁴ Se trata de una protección fundada principalmente en el principio de autonomía personal, y en la posibilidad de que los/as NNyA puedan *ejercer* su autonomía, entendida como la posibilidad de elegir y materializar sus propios planes de vida (Garzón Valdéz, 1994). Garzón Valdéz

²¹El caso de un joven que se suicidó tras un escrache por violencia de género estuvo en boca de muchos/as por bastante tiempo: <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/un-joven-se-suicidio-luego-de-que-su-amiga-le-hiciera-una-denuncia-falsa-por-abuso.phtml>, consultado el 16/8/2020.

²²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, del 19 de noviembre de 1999.

²³Es posible mencionar, por ejemplo, a la Declaración Universal de los Derechos del Niño y la Convención de los Derechos del Niño, entre otras.

²⁴Beloff (2019, p. 548) señala que “Concretamente, en el caso “Niños de la Calle” vs. Guatemala, la Corte IDH consideró que todo menoscabo a los derechos humanos es imputable al Estado si puede ser atribuido, según las reglas de derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de modo de comprometer la responsabilidad del Estado en los términos previstos por la CADH”.

(1994) sostiene, de este modo, que los/as NNyA se encuentran en una situación de vulnerabilidad *absoluta*²⁵ temporal (hasta que cumple 18 años) que amerita, para que puedan ejercer su autonomía personal, la existencia de medidas de ayuda (incluso de índole paternalista).

Así, esta especial protección a los/as NNyA se proyecta de dos maneras distintas: en primer lugar, implica que se tomen medidas efectivas para garantizar sus derechos y, por otro lado, implica “la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH”.²⁶ Esto implica, especialmente, que la responsabilidad del Estado por vulneraciones a los derechos de NNyA no se limita a sus agentes, sino también a *actos de terceros particulares que, en principio, no parecen atribuibles al Estado* (Beloff, 2019). Es decir, que la obligación de protección especial del Estado implica la efectiva garantía de sus derechos también en relaciones inter-individuales y privadas (Beloff, 2019).

En nuestro país, de esta forma, se ha sancionado la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Ley N°26.062) que establece la protección específica, junto con medidas de protección, criterios para el dictado de políticas públicas y procedimientos específicos en casos de vulneraciones de derechos humanos.

Por último, es importante señalar que el *interés superior del niño/a* constituye un principio rector a la hora de analizar cualquier asunto relacionado con derechos de NNyA. En particular, ha sido consagrado expresamente tanto por la Declaración Universal de Derechos del Niño (art. 2), y la Convención de Derechos del Niño (art. 16). También se encuentra expresamente consagrado en la Ley de Protección Integral de NNyA (art. 1 y art. 3). Este principio constituye una pauta interpretativa fundamental para el caso que exploramos, porque ante la imposibilidad de encontrar alguna respuesta directa o expresa en la normativa, será esencial tener en consideración que se debe atender al interés superior del niño/a. Veamos cómo se pone en juego en el caso que nos convoca.

IV. LOS ESCRACHES POR VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

²⁵Como contraposición a la vulnerabilidad relativa, que implica que quien está en esta situación puede ejercer plenamente su autonomía si se eliminan las barreras de explotación o discriminación existentes (Garzón Valdéz, 1994).

²⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”, 2 de septiembre de 2004.

Hasta aquí he trabajado la amplia protección al derecho a la libertad de expresión bajo el estándar democrático que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Bertoni, Salazar & Zelada, 2019). De este modo, he dicho que la libertad de expresión parece proteger a los escraches por violencia de género, tanto de la censura previa (en todas sus formas) como de las responsabilidades ulteriores, civiles o penales. Sin embargo, se permite la responsabilidad civil cuando media *real malicia* del emisor/a de la expresión. En este sentido, podríamos decir que esta limitación a la libertad de expresión no depende del destinatario/a del mensaje sino por la conducta de su emisor/a.

Sin embargo, el caso de los/as NNyA puede variar tales consideraciones. La protección especial que los TIDH le otorgan específicamente a este grupo pone en tensión la amplitud del derecho a la libertad de expresión. En este sentido, y específicamente relacionado con el caso de los escraches, la Ley de Protección Integral de NNyA establece, en su artículo 22, que “Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar”. Así, la ley ya establece una prohibición generalizada que podría afectar (mucho más allá de los escraches, que son objeto de este trabajo) el ejercicio de la libertad de expresión de quien pretenda, por ejemplo, difundir una imagen de un/a niño/a sin su consentimiento o el de sus representantes legales. Además, cabe recordar que, en casos que involucran a NNyA, el Estado puede ser responsable internacionalmente en virtud de la CADH incluso por actos de particulares (a estos últimos se dirige la prohibición citada).

Es importante recordar cuáles son las *razones* que motivan la protección especial y la norma citada.²⁷ Lo que se pretende, en todos los casos, es permitir el desarrollo de una autonomía que, para la ley, aún no puede ser plenamente *ejercida*.²⁸ De este modo, la difusión sin consentimiento de imágenes o información puede generar *daño* o afectar el desarrollo de la autonomía personal de los/as NNyA (que es aquello que convierte a este grupo en especialmente

²⁷ Señalo este aspecto porque entiendo que son las razones que motivan la específica protección de NNyA las que hacen “ceder” al derecho a la libertad de expresión en casos de escraches por violencia de género. No considero que lo expuesto pueda trasladarse a otros grupos vulnerados en lugar de los/as NNyA (por ejemplo, migrantes o miembros de pueblos indígenas).

²⁸ Desde ya la ley argentina prevé esta evolución en el ejercicio de la autonomía y diferencia, como he dicho, entre “adolescentes” y “niños/as”. Sin embargo, a la luz de los TIDH y por las razones que motivan su protección especial, considero que es indistinto en el caso de los escraches.

vulnerable, y por lo que se pretende su protección especial). Es evidente que, dentro de la difusión de imágenes e información que genera daño, podemos encontrar los escraches y denuncias por violencia de género dirigidos a NNyA. Además, señalar esta “colisión” entre el derecho a la libertad de expresión (especialmente protegido por tratarse de cuestiones de *interés público* como la violencia de género, y venir de un grupo históricamente vulnerado como las mujeres) y los derechos de NNyA también implica realizar un análisis a la luz del *interés superior del niño/a*. Así, esta pauta de interpretación en materia de derechos humanos nos requiere que, en casos de “duda” -como el presente, en que hay dos grupos con protección especial- debe tomarse en consideración el interés superior del niño que, en este caso, implica la reducción del margen de protección del derecho a la libertad de expresión.

En resumen, las razones que motivan la protección específica de los derechos de NNyA suponen protegerlos, también, de los escraches y sus efectos, más allá de la amplia protección que tienen los escraches en materia de género y sus emisoras. Pero ¿qué consecuencias jurídicas tiene asumir esta limitación del derecho a la libertad de expresión?

V. RESPUESTAS POSIBLES: EL CASO DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

El reconocimiento de la limitación a la libertad de expresión en casos de escraches por violencia de género que afectan a menores de 18 años nos obliga a pensar en herramientas apropiadas para proteger a estos sujetos específicos. De este modo, considero que es útil analizar qué se ha dicho en materia de libertad de expresión en otro de los casos importantes de afectación de los derechos de NNyA: la pornografía infantil.

En primer lugar, es importante señalar que la pornografía infantil está absolutamente prohibida en el derecho internacional de los derechos humanos, y también constituye delito en la amplia mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluida la Argentina (art. 128 CP). Esto diferencia las consecuencias -penales- de la pornografía infantil de las consecuencias de los escraches por hechos de violencia de género. Sin embargo, sí puede trazarse un paralelismo desde que la pornografía infantil es una de las excepciones de la protección a la libertad de expresión, justamente por su afectación a los derechos de NNyA, e incluso implica una excepción a la prohibición también *casi absoluta* de la censura.^{29 30}

²⁹ No así la pornografía de mayores de edad. La discusión sobre libertad de expresión, pornografía y derechos de las mujeres es también una cuenta pendiente de los feminismos. Ver, por ejemplo, Dworkin & MacKinnon, 1993, 1994.

³⁰ La pornografía infantil, prohibida en términos absolutos por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 34.c), por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y por el Convenio No. 182 de la OIT sobre las

Lo interesante de este caso es que la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas³¹ y la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH³² han permitido para el caso de la pornografía infantil el *bloqueo* del contenido. Desde ya “siempre que la legislación nacional sea suficientemente precisa y se disponga de salvaguardias eficaces frente a su abuso o uso indebido”.³³ El punto es que permite que tal contenido sea dado de baja y *desaparezca*, justamente por la afectación al desarrollo de los NNYA y el ejercicio de su autonomía. Así, si entendemos que los escraches por violencia de género dirigidos a niños y adolescentes pueden afectar el desarrollo del ejercicio de su autonomía -como en el caso de la pornografía- también cabría habilitar esta posibilidad. Es decir que se posibilita como respuesta jurídica la censura de expresiones que afectan la dignidad (en los términos de la Ley de Protección Integral de NNYA) de estos sujetos.

El bloqueo de los escraches (su “censura”) además aparece como reacción deseada justamente porque impiden su difusión. Esto no sucedería en los casos de responsabilidad ulterior civil o penal, que no imposibilita que el discurso continúe en circulación. Además, considerando que es posible que el/la emisor/a del escrache sea también una niña o una adolescente, las reglas de atribución de responsabilidad son considerablemente más restringidas y probablemente no puedan responder este tipo de casos. Por último, la posibilidad del bloqueo o filtro de los escraches dirigidos contra NNYA aparece como una posibilidad que no criminaliza a la mujer o niña que realiza el escrache (recordemos que se trata posiblemente de una víctima de violencia de género), y al mismo tiempo puede proteger al NNYA contra el que se dirige.³⁴

peores formas de trabajo infantil (artículo 3.b). Esta prohibición, leída en conjunto con el artículo 19 de la Convención Americana, en virtud de la cual, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, implica necesariamente que la pornografía infantil, en tanto forma discursiva violentamente lesiva de los derechos prevalecientes de los niños y de su interés superior, ha de estar excluida del rango de la protección provisto por la libertad de expresión. Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, 2010, párr. 60.

³¹Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 2011, párr. 32.

³² Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, OEA, CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 88.

³³Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 2011, párr. 32.

³⁴ La posibilidad de bloquear o filtrar un contenido no está exento de problemas. Es relevante considerar la facilidad con que estos discursos pueden esparcirse y difundirse en redes sociales. Desde ya, no es el objetivo de este trabajo

VI. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo he intentado analizar cuáles son las alternativas que nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, permiten para un caso en que se conjugan los derechos fundamentales de dos grupos especialmente protegidos: los niños, niñas y adolescentes, y las mujeres: los escraches por hechos de violencia de género. A tal fin, he analizado la protección de los escraches a la luz del derecho a la libertad de expresión, y he concluido que se trata de una protección amplia y robusta. Sin embargo, tal protección cede en casos en que el “escrachado” es un niño o un adolescente, por su carácter vulnerabilidad específica. Además, abordé cómo las respuestas que se han dado para el caso de la pornografía infantil pueden resultar útiles para pensar respuestas idóneas que tomen en consideración los derechos de NNyA y también los derechos de las mujeres que realizan estas denuncias.

Desde ya, la discusión en los feminismos actuales sobre los escraches es una cuenta pendiente. No es objetivo de este trabajo justificar o reprochar esta herramienta. Sin embargo, la decisión estratégica e ideológica acerca de si es o no el escrache una vía idónea y querida ante casos de violencia de género no puede implicar la revictimización de las mujeres que hacen uso o han hecho uso de esta herramienta (condenándolas civil o penalmente). Tampoco puede, la discusión sobre los derechos humanos de ciertos grupos históricamente oprimidos olvidar los derechos de otros grupos también vulnerabilizados. En este trabajo intenté analizar algunas de las herramientas que los derechos humanos ponen a disposición en una discusión abierta sobre cómo y a quiénes protege el Derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Beloff, Mary, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, 2da Edición, 2019, pp. 538-556.

Bertoni, Eduardo; Salazar, Daniela Martín & Zelada, Carlos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, 2da Edición, 2019, pp. 405-430.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia de género en las Américas”, 2007.

analizar las posibilidades *de hecho* de realización de estas alternativas jurídicas, sino justamente aquello que -bajo el estado de cosas normativo actual- aparecen como repuestas posibles.

Comité CEDAW, Recomendación General N°19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer, 1992.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto “San José de Costa Rica”, 18/07/1978.

Convención de Derechos del Niño

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención “Belem do Pará”, 1994, y su protocolo facultativo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso ‘Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina’, Fondo, Reparaciones y Costas”, 29/11/2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso ‘Herrera Ulloa Vs. Costa Rica’, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 2/07/2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso ‘Tristán Donoso Vs. Panamá’, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 27/01/2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Colegiación obligatoria de periodistas”, Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica OC-5/85, 13/11/85.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Kimel Vs. Argentina”, 2 de mayo de 2008

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”, 2 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala”, del 19 de noviembre de 1999.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Di Salvo”, “Di Salvo, Miguel Ángel c/ Diario La Mañana s/ Daños y Perjuicios”, 19/05/2010.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pandolfi”, “Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa ‘Pandolfi, Oscar Raúl c/Rajneri, Julio Raúl’, 1/07/1997, *Fallos 320:1272*.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros”, 24/06/2008, *Fallos 331:1530*.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América, “New York Times Vs. Sullivan”, 9/03/1964.

Declaración Universal de Derechos del Niño

Dirección General de Políticas de Género, *La violencia contra las mujeres en la justicia penal*, Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2018.

Dworkin, Ronald & MacKinnon, Catharine, “Pornography: An Exchange”, en *The New York Review of Books*, Harvard University Press, Cambridge, 1993-1994.

Fiss, Owen, *Libertad de Expresión y Estructura Social*, México, Fontamara, 1997.

Garzón Valdéz, Ernesto, “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’”. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños”, en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 15-16, vol. II, 1994, pp. 731-743.

Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999

Ley N°26.062, Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Ley N°26.485, “Ley de Protección Integral a las Mujeres”, 11/03/2009.

NINO, Carlos, *Fundamentos del derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 3° reimp., 2005.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 2011.

Organización Internacional del Trabajo, Convenio No. 182.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, OEA, CIDH/RELE/INF.17/17, 2017.

Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, 2010, párr. 60.

RÚA, Juan Carlos, “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thomson Reuters, N°32, 2018.

Schuster, Andrea, “¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en casos de escraches en materia de género”, en: Herrera, Marisa, de la Torre, Natalia, Fernández, Silvia (directoras) y Videtta, Carolina (coordinadora), *Tratado Géneros, Derechos y Justicia*, Tomo *Derecho Constitucional y derechos humanos* Clérico, Laura / Ronconi Liliana (coords.) Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020 (en prensa).

IV JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Gabriel Agustín Vera – Docente Ayudante - Facultad de Derecho (UBA)

gavera@derecho.uba.ar // gabriel.a.vera@hotmail.com

Magister en Derecho y Violencia de Género – Universidad de Valencia - España

Eje temático “Biopolítica, negrocopolítica y gubernamentalidad: Intersecciones entre derecho, poder y violencias”

VIOLENCIA INSTITUCIONAL: UNA APROXIMACIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD Y DEBIDO PROCESO LEGAL EN LAS SENTENCIAS JUDICIALES

VIOLENCIA DE GÉNERO - ESTEREOTIPOS DE GÉNERO - GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD

I. INTRODUCCIÓN

Los Estados y sus operadores judiciales no están exentos de aplicar estereotipos de género al momento de argumentar y dictar sus sentencias poniendo en jaque las garantías del sistema judicial. El presente estudio se centrará en la posible manifestación, a través de las sentencias judiciales, de violencia institucional contra la mujer. Partiendo de un análisis de diversos antecedentes jurisprudenciales en la materia, propongo dilucidar si es posible cuestionar la validez de la garantía de imparcialidad judicial y el debido proceso legal ante una sentencia basada en estereotipos de género y, en tal caso, que efectos ello podría tener. Más aún, propongo ver si resulta afectado el debido proceso legal, y, en efecto, si es factible cuestionar la validez de una sentencia que atenta contra los derechos y garantías mínimas de las personas.

II. EL ESTADO Y LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Pese a la amplia regulación existente en la materia aún se continúa conceptualizando y relacionando a la violencia contra la mujer como una situación doméstica o de índole privada. Esta situación conlleva dejar de lado el hecho de que la misma responde a una construcción social androcéntrica de imposición de roles y en la que se refleja una violencia ejercida por el

hombre en un contexto de desigualdad estructural en que históricamente fueron ubicadas las mujeres¹ y como medio de control y subordinación: una violencia de género.

Por género en el presente se entiende “tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por ideología e instituciones patriarcales. (...) La atribución de características, comportamientos y roles dicotómicos a cada uno de los sexos es un problema de discriminación contra las mujeres”².

Este reparto inequitativo de roles en la práctica se traduce en una mera igualdad formal, que conlleva a una insuficiente situación de igualdad real entre las personas.

Se trata de una discriminación estructural en el goce y ejercicio de derechos y libertades, y, en consecuencia, una violencia que constituye e implica una violación a los derechos humanos, afectando el derecho a la vida, dignidad, integridad (física y moral), igualdad, seguridad, libertad, autonomía y respeto de sí misma³.

Esto ha sido reconocido por el Comité de la Convención para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer a través de su Recomendación General Nro. 19, en la Declaración sobre la eliminación de la Violencia Contra la Mujer de las Naciones Unidas de 1993, y con posterioridad ampliada y actualizada a través de la Recomendación General Nro. 35 considerando que la violencia contra la mujer por razones de género como “...uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados...”⁴.

¹ Cfr. Defensoría General de la Nación, República Argentina, *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Año 2010, pág. 17 Disponible en <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/010%20Discriminacion%20de%20Genero%20en%20las%20Decisiones%20Judiciales.pdf> (fecha de consulta 01/07/2020).

² FACIO Alda y FRIES Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*. Año 3, Número 6, Primavera 2005, ISSN 1667-4154. Pág. 270.

³ AÑÓN ROIG, María Jose, “Violencia con género. A propósito del concepto y concepción de la violencia contra las mujeres” *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Año 2016, Num. 33. pág. 4

⁴ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación general número 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19*, de fecha 29 de julio de 2017, pág. 4, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf> (fecha de consulta 03/07/2020). En igual sentido véase la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención De Belem Do Para” en la que se afirma que la violencia contra la mujer “constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades” y por ende considera que “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” y a través del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (“Convenio de Estambul”)⁴ reconociendo que la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre

Ahora bien, este tipo de violencia contra la mujer por razones de género puede verse reflejada en las acciones, prácticas u omisiones de los Estados, a través de lo que se denomina Violencia Institucional.

Es el propio Estado el que a través de sus normas e instituciones ha contribuido a conformar la construcción de cultura androcéntrica y de subordinación a la mujer.

En el ámbito judicial esto suele reflejarse tanto en las normas, aplicación de las mismas, en la etapa de prevención, así como durante la etapa de respuesta a la violencia sufrida por la víctima. Se obstaculiza el acceso a la justicia⁵, el ejercicio efectivo de derechos, la obtención de una correcta investigación y reparación del daño sufrido y contar con un asesoramiento jurídico, psicológico y social que la contenga.

Propongo centrar el análisis de este tipo de violencia en las sentencias judiciales y en la argumentación que en estas se utilizan basadas en estereotipos de género. Esto conlleva un incumplimiento de la obligación de actuar con debida diligencia por parte de las autoridades judiciales bajo pre-conceptos y carecer, en efecto, de perspectiva de género.

Para evidenciar este tipo de violencia, y consecuente responsabilidad estatal cabe adentrarse en la revisión de diversas sentencias judiciales. En el ámbito americano debe mencionarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dilucidado esta violencia institucional en aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para” en el *Caso de Maria Da Penha c. Brasil*⁶, causa en la cual el Estado no ejerció la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia pese a las reiteradas denuncias efectuadas por la víctima; y

la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación, y que, asimismo, la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres, está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por lo que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres. Textos disponibles en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> <https://www.boe.es/boe/dias/2014/06/06/pdfs/BOE-A-2014-5947.pdf> (Fecha de consulta 03/07 2020).

⁵ Por acceso a la justicia se entiende “*el acceso de jure y de facto a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos (...) un acceso adecuada a la justicia no se circunscribe sólo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que éstos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas*”. Cfr. Comisión Interamericana de Derecho Humanos, “Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/indiceacceso.htm> (fecha de consulta 05/07/2020).

⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 54/01, Caso 12.051 – María Da Penha Maia Fernandes Brasil, 16 de abril de 2001. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051a.htm> (fecha de consulta 07/07/2020).

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *González y otras c/ México*⁷ en tanto el Estado no dispuso de los medios adecuados para luchar contra los estereotipos de género.

Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, consideró que en el *Caso González Carreño contra España*, el estado español incumplió con sus obligaciones para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer, tanto en la toma de medidas de prevención como en las de reparación, y que, cabe recordar, llevaron al asesinato de la hija de la demandante por parte de su ex pareja ⁸.

En efecto, son los propios Estados quienes en lugar de garantizar y velar por el cumplimiento y protección de los derechos, acaban menoscabando y lesionando los derechos de las personas.

III. EL ROL DE LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA ACTUACIÓN JUDICIAL

Como se ha dicho, el propio Estado a través de sus instituciones atribuye ciertas características o roles a un sector determinado de la sociedad -estereotipos-, contribuyendo a reafirmar y, por ende, a naturalizar una creencia existente hacia un sector determinado de la sociedad. En el caso particular del ámbito de la administración justicia, al ser los jueces quienes cuentan con la facultad de intervenir, examinar y en definitiva decir el Derecho, acaban legitimando y dando fuerza de ley a los estereotipos. Se advierte entonces que se refuerzan legalmente preconceptos y creencias estereotipadas.

De ahí la necesidad de analizar con una mirada crítica y bajo una perspectiva de género la actuación de los órganos de justicia y de sus decisiones. Se debe evitar la naturalización y legitimación de estereotipos de género.

En este sentido y a los efectos del presente, deviene menester mencionar el caso *Karen Tayag Vertido Vs. Filipinas*⁹, donde el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tuvo por acreditados que la actuación de los tribunales judiciales para resolver la

⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos – Caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. Mexico – Sentencia de 16/11/2009. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf (fecha de consulta 06/07/2020).

⁸ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación Nro. 47/2012 del 15/08/2014, Angela González Carreó vs. España. Disponible en <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1878> (fecha de consulta 07/06/2020).

⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*, Comunicación número 18/2008, 16/07/2010. Disponible en <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1700>. (Fecha de consulta 30/06/2020).

denuncia efectuada por violación se basó en estereotipos y nociones preconcebidas sobre qué se debe considerar a una víctima o cómo esta debe actuar.

Por otro lado, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en ya mencionado caso *Angela González Carreño Vs. España*¹⁰ tuvo por acreditada la responsabilidad estatal por haber actuado este bajo estereotipos de género, por cuanto los tribunales españoles decidieron que la menor e hija de la reclamante pasase a un régimen de visitas no vigiladas con el padre sin tenerse en consideración el contexto de violencia y sin escucharse la posición de la menor, y que finalmente terminó con el asesinato de la menor por parte del padre. Por consiguiente, resultó evidente “una actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia”¹¹.

Necesariamente debe mencionarse que en el caso en cuestión, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer mencionó la directa afectación al derecho a un proceso judicial imparcial por la aplicación de estereotipos y nociones preconcebidas, y por tanto “al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia”¹².

Asimismo, dicho Comité se expidió en el caso de *V.K. vs. Bulgaria*¹³, en el cual consideró que se vio afectada la garantía del debido proceso legal traducido en el derecho a un juicio justo con motivo de los preconceptos estereotipados sobre qué constituye violencia doméstica y qué constituye violencia de género por parte de los órganos judiciales locales, y por tanto se violó el artículo 2, inciso c, d, e y f¹⁴. Asimismo, el Comité recordó que los Estados pueden ser

¹⁰ Op. cit. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Angela Gonzalez Carreño vs. España*..... (Fecha de consulta 30/06/2020)

¹¹ *Ibidem*. Considerando 9.4

¹² *Ibidem*. Considerando 9.7.

¹³ Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Comunicación Nro. 20/2008, *V.K vs. Bulgaria*, 15/10/2008. En el caso, V.K. alegaba ser víctima de violencia de género por parte de su esposo, la cual era traducida en violencia psicológica, emocional, económica y, además violencia física. Ante los hechos sufridos, la víctima solicitó el otorgamiento de medida de protección en los términos de la legislación en materia de protección contra la violencia doméstica de Bulgaria, la cual, le fue negada por cuanto la misma, de acuerdo a su legislación, debería de haber sido solicitada dentro del mes de ocurrido el hecho. Disponible en: <https://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW-C-49-D-20-2008.pdf>. (Fecha de consulta 27/06/2020).

¹⁴ Al respecto, cabe recordar que el artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, prevé la obligación de los estados a eliminación la discriminación contra la mujer, y por tanto: “a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica

responsables si fallan en actuar con debida diligencia a efectos de prevenir la violación de derecho o en investigar y castigar los hechos de violencia, y por tanto concluyó que la negativa a otorgar la medida de protección solicitada por la víctima se basó en nociones estereotipadas y discriminatorias sobre qué constituye violencia de género.

Adicional y necesariamente debe mencionarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*¹⁵ expresó que la aplicación de estereotipos de género afectaba la garantía de imparcialidad judicial¹⁶.

Esto lleva a que en reiteradas oportunidades suceda que, si el acto de violencia no ha dejado marca, no es considerado como un acto de violencia en sí, porque no se ve.

En este punto debe reiterarse que la Recomendación General Nro.19 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, expresó que las funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, tales como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato. Esos prejuicios y prácticas pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o

de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación; d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación; e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas; f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer; g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.” Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>. (Fecha de consulta: 27/06/2020)

¹⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fecha 24/02/2012. En el caso la Sra. Atala Riffo mantenía una relación con su pareja del mismo sexo, y esta convivía con ella y sus hijas. Ante lo cual, el padre de las menores comenzó un proceso judicial a los efectos de obtener la custodia de las mismas por cuanto consideraba que su desarrollo físico y emocional estaba en peligro por la orientación sexual de su madre. Ello derivó posteriormente en la concesión de la custodia de las menores al padre por cuanto la madre estaba alterando la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal. La Corte Suprema de Justicia de Chile ratificó la concesión de la tutela al padre, en tanto consideró que la convivencia de la Sra. Atala con su pareja del mismo sexo implicaba una prevalencia de sus propios intereses sobre los de sus hijas, y que, además, se podría producir una confusión de roles sexuales a las menores. Asimismo, a la Sra. Atala se le inició una investigación disciplinaria y visitas extraordinarias a su tribunal, a los efectos de indagar sobre su orientación sexual. Tras todo ello, la Corte Interamericana sostuvo que “no son admisibles las consideraciones basadas por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas, o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”, y por lo tanto no se comprobó la afectación negativa del interés superior de las menores, sino la utilización de “argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión”. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf (Fecha de consulta 26/06/2020)

¹⁶ Al respecto véase CLÉRICO, Laura, “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 67-96

dominación de la mujer, trayendo como consecuencia la privación del goce efectivo, ejercicio y el conocimiento de sus derechos humanos y libertades fundamentales¹⁷.

En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha expedido en el caso de *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*¹⁸ en el cual se condenó al estado portugués por haber violado el derecho a la no discriminación y a la no privacidad al resolver que, frente al caso de la reclamante de haber sufridos lesiones hospitalarias que le produjeron dificultades para llevar adelante relaciones sexual, ello no es tan importante para una mujer de 50 años y madre de hijos como lo es para alguien más joven¹⁹. Dicha asunción refleja una concepción tradicional de la sexualidad femenina vinculado a la procreación, ignorando su relevancia desde el punto de vista físico y psicológico para la autorrealización de las mujeres como personas²⁰.

En suma, resulta necesario analizar estas situaciones a la luz de la garantía de imparcialidad judicial y de debido proceso.

IV. GARANTÍAS JUDICIALES: IMPARCIALIDAD Y DEBIDO PROCESO LEGAL

El derecho a un juez imparcial es una de las bases fundamentales de los sistemas jurídicos contemporáneos y un derecho humano fundamental con los que cuentan las personas frente al poder judicial. En sentido general, esta garantía tiene como principales objetivos (i) evitar el favorecimiento de alguna de las partes intervinientes en un pleito en perjuicio de la otra, o bien, desde otra perspectiva, que exista un perjuicio directo en la otra, garantizando que el juez que interviene durante todo el proceso será ajeno y, por ende, imparcial; (ii) que las decisiones judiciales a ser adoptadas en el marco de un proceso judicial deben estar necesariamente motivadas conforme a derecho; y (iii) evitar presiones externas hacia un juez o jueza para influir en su actuación y decisión.

No obstante, pese a los esfuerzos para lograr la imparcialidad judicial el problema que se presenta es que los magistrados no están exentos de ser influidos por las creencias, prejuicios, y estereotipos existentes en la misma.

¹⁷ Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Recomendación General Nro. 19, párrafo 11, pág., 2. Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom19> (fecha de consulta 30/06/2020)

¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, Application no. 17484/15, 25/10/2017. Disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-175659%22%5D%7D> (fecha de consulta 29/06/2020)

¹⁹ *Ibid.* Párrafo 16.

²⁰ *Ibidem*, párrafo. 52

Por lo tanto, esos mismos prejuicios y estereotipos que hay en la sociedad pueden ser aplicados por funcionarios durante un procedimiento judicial e inclusive durante el dictado de su sentencia.

Es aquí donde surgen dos problemas: (i) el hecho de interpretar la garantía de imparcialidad judicial en ese contexto en el cual el juez es pasible de actuar influido bajo prejuicios y estereotipos, trae como consecuencia el límite que encontraría la garantía de imparcialidad judicial frente al derecho de igualdad; y (ii) si justamente la violencia contra la mujer por razones de género se produce en un contexto de desigualdad estructural, debe – al menos – poder cuestionarse la viabilidad entonces de la garantía.

Partiendo entonces de esta premisa, la garantía de imparcialidad judicial se vería directamente afectada debido a que el propio juzgador puede aplicar una visión, argumentación y opinión parcializada y estereotipada, más aún – como fuera mencionado- en un contexto de desigualdad estructural.

La cuestión pasa por si las diversas subjetividades a la que resulta sometido un procedimiento judicial y posterior dictado de sentencia, valoración real de los hechos y pruebas aportados por las partes permite dilucidar si el juez efectivamente actuó en forma debida o si, por el contrario, se limitó a considerar si una persona debió actuar como era debido o si, al menos, intentó actuar como le era debido de acuerdo al rol – estereotipo – que se le asigna.

Si efectivamente de las actuaciones judiciales, y más aún de una sentencia surge que esta está basada en argumentos, análisis de los hechos y la prueba en estereotipos de género, necesariamente eso resultará traducido en una violación al derecho y garantía que tiene toda persona de contar con un juez imparcial, puesto que ese juez evidentemente ha actuado bajo la influencia de una preconcepción estereotipada de las personas relacionadas a una causa en particular, sus roles en la misma, y por ende su decisión final – la sentencia – se ve directamente afectada.²¹

Ahora bien, la garantía de imparcialidad judicial es parte integrante de un derecho y garantía más amplio: el debido proceso.

²¹ Al respecto véase Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de la Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, Sentencia del 26/11/2018, autos “FARIAS, Matías Gabriel- MACIEL, Alejandro Alberto-OFFIDANI, Juan Pablo s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad- abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio- encubrimiento agravado por la gravedad del hecho precedente”. En el caso el tribunal judicial resolvió del delito de abuso y femicidio a los acusados basándose lisa y llanamente en estereotipos de género respecto de la víctima como de los acusados. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/11/fallos47180.pdf> (Fecha de consulta 06/06/2020)

Este derecho y garantía se hace efectivo mediante un procedimiento que no se agota en el cumplimiento formal de los trámites y reglas previstas en las leyes, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial, siempre cumpliéndose con todas las garantías judiciales establecidas y que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre²².

Sin él no hay lugar al cumplimiento de garantías esenciales que son intrínsecas de la persona, y se someterían a las personas a decisiones arbitrarias. Busca por un lado confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes, cuyo resultado final será una norma individual: la sentencia, y por el otro actuar como un límite a la actividad estatal que debe velar por el respeto de los derechos humanos. De no cumplirse con ello el resultado será que esa actuación será considerada ilícita como “toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos”²³.

En palabras de Rodríguez Rescia, el debido proceso se trataría nada más y nada menos que de uno de los derechos humanos más comúnmente infringido por los Estados puesto que se trata de una garantía que debe estar presente en toda clase de proceso²⁴.

Si la imparcialidad judicial es parte integrante del debido proceso, la violación del primero de ellos implica en forma directa la violación del debido proceso y por tanto de las garantías mínimas con las que debe contar todo procedimiento. Garantías judiciales mínimas que son inherentes a toda persona y que resultan en un derecho humano básico e intrínseco de toda persona frente a un proceso judicial.

V. NULIDAD Y ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA

Tras haberse analizado el concepto del debido proceso, el reconocimiento normativo interno e internacional que el mismo tiene, y que resulta comprensivo de la garantía y derecho a la imparcialidad judicial, corresponde analizar los efectos que podría tener una sentencia que

²² Cfr. CIANCIA, Olga Edda, “El debido proceso”, en *El debido proceso*, Alvarado Velloso Adolfo y Zorzoli Oscar A. Directores, primera edición, Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 140.

²³ Cfr. LARSEN, Pablo, “Las Garantías Judiciales y el Debido Proceso a través de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Pensamiento Penal*, Nro. 174, 2014, pág. 6

²⁴ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, “El debido proceso legal y la Convención americana sobre derechos humanos”, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, pág. 1296 Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf> (fecha de consulta 10/06/2020). Ciertamente es de acuerdo al informe de la Corte Interamericana de derechos humanos, “Un cuarto de siglo 1979-2004”, 2005, en 49 oportunidades la Corte declaró la violación de los derechos y garantías judiciales (debido proceso según la propia Corte) previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos. Véase al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Un cuarto de siglo 1979-2004, 2005, pág. 518. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf> (fecha de consulta 19/06/2020)

viola el mismo, particularmente y como se ha visto en el apartado anterior, por violar la garantía y derecho a juez imparcial por basarse el mismo en fundamentos y argumentos estereotipados los cuales se expresan en el propio texto de la sentencia.

Para efectuar este análisis, corresponde remitirse a lo expuesto por el juez Sergio García Ramírez en el caso *Usón vs. Venezuela*²⁵. En este caso la cuestión versaba sobre un proceso penal llevado a cabo ante el fuero militar contra el general retirado Francisco Usón Ramírez por el delito de injuria a la Fuerza Armada Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, quien posteriormente fue condenado a prisión.

En el caso, la Corte Interamericana expresó que “el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso (...) la imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”²⁶.

Con mayor abundamiento, el magistrado Sergio García Ramírez sostuvo en su voto particular que la intervención de un juez competente, independiente e imparcial es un presupuesto del debido proceso. En ausencia de este, no existe un verdadero proceso, sino una apariencia de tal, tratándose de un simple procedimiento que no satisface el derecho esencial de la persona, y que por tanto dicho procedimiento pueda ser calificado como proceso y la resolución final del mismo como una auténtica sentencia²⁷.

Si justamente no se están cumpliendo con las garantías y derechos mínimos con los que una persona debe contar durante un procedimiento judicial y dictado de sentencia, cómo es posible considerar válida una sentencia. Por el contrario, la misma sería de carácter arbitrario, por cuanto es contraria al ordenamiento jurídico²⁸.

Para que la arbitrariedad se conciba debe haber (i) una conducta antijurídica; (ii) un poder público; y (iii) una irregularidad caprichosa²⁹.

Estos tres aspectos, se darían ante una sentencia basada en estereotipos de género por cuanto (i) la actuación y argumentación sería en detrimento de la garantía de imparcialidad judicial y debido proceso; (ii) sería efectuado por órganos judiciales; y (iii) el argumento utilizado no sería de carácter legal, sino, por el contrario, mediante preconcepciones culturales y sociales.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia del 20/11/2009. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf (fecha de consulta 07/06/2020)

²⁶ Ibid, Párrafo 117.

²⁷ *Ibidem*, cfr. voto particular del magistrado Sergio García Ramírez, punto 6.

²⁸ Cfr. OTERA PARGA, Milagros, “La arbitrariedad”, *Anuario de Filosofía del derecho XII* (1995), pág. 395.

²⁹ *Ibid*. Esta clasificación ha sido tomada del análisis efectuado por Otera Parga Milagros en la obra citada supra.

Como ya ha sido menciona supra, esta cuestión ha sido tratada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*. En el voto citado del juez Sergio García Ramírez este expresó que “Si en un procedimiento se hubiesen observado formalmente todas las garantías señaladas en el artículo 8.2 de la Convención Americana, pero no la garantía de juez natural (imparcial) prevista en el párrafo 1 de ese artículo, no se entendería que hubo debido proceso ni se aceptaría que su culminación constituyese sentencia definitiva. El rechazo provendría de que todas las actuaciones fueron realizadas ante un órgano que no cumplía las condiciones del artículo 8.1, defecto insubsanable. Supongamos, por ejemplo, que el órgano dependiente, parcial e incompetente permitió al inculpado el tiempo y los medios para preparar su defensa. Haberlo hecho no dota a ese órgano de capacidad para resolver la controversia ni convalida la violación al artículo 8.1. Dicho brevemente, el justiciable no fue oído por quien debió oírlo.”

Ante esta situación, debe finalmente mencionarse la nulidad de esa sentencia arbitraria. El planteamiento de la nulidad surge del vicio que acarrea una sentencia de ese estilo y que atenta contra el ordenamiento jurídico³⁰.

En este sentido, debe estar a lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*³¹ donde expresó que “Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos.”³²

En efecto, siendo la sentencia un acto jurídico que requiere para su validez del cumplimiento de la imparcialidad judicial y respeto del debido proceso, la infracción de estos acarrearía, como se ha dicho, su invalidez y nulidad

Finalmente, puede plantearse si este planteo no afectaría la seguridad jurídica. Pero ello no sería posible por cuanto si un proceso judicial y su sentencia han sido arbitrarios “no existe un verdadero proceso, sino una apariencia de tal, tratándose de un simple procedimiento que no

³⁰ Ello no agota la eventual responsabilidad de los funcionarios judiciales que han actuado en tales condiciones.

³¹ Corte Interamericana de derechos humanos, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30/05/1999. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf (fecha de consulta 19/06/2020).

³² *Ibid.*, considerando 218.

satisface el derecho esencial de la persona, y que por tanto dicho procedimiento pueda ser calificado como proceso”³³. Por el contrario, no hubo un proceso judicial real ni mucho menos una sentencia que haya tenido en miras la búsqueda de justicia, verdad y reparación de la víctima.

En efecto, reitero lo ya expuesto anteriormente, si una sentencia se basa en estereotipos de género y por ende viola la imparcialidad judicial y debido proceso legal, se estaría ante un proceso y sentencia de carácter arbitrario y cuya consecuencia es la nulidad. Caso contrario solo se convalidarían estereotipos de género que van en detrimento de las personas y del propio ordenamiento jurídico internacional.

VI. CONCLUSIÓN

Lo expuesto pretende mostrar, aunque sin agotar el tema, cómo los propios Estados a través de sus funcionarios y, particularmente, mediante los funcionarios judiciales puede perpetuar e inclusive justificar la violencia contra la mujer por razones de género aplicando estereotipos de género

Según se ha expuesto, la violencia contra la mujer responde a cuestiones de género que se traduce en una desigualdad estructural en todos los niveles de la sociedad y por tanto ello resulta discriminatorio.

Ello no deja de lado que los propios Estados sean quienes ejerzan esa violencia contra la mujer por razones de género, y mediante la aplicación de estereotipos de género en resoluciones judiciales, lo que resulta traducido en violencia institucional.

Al partir entonces de esa premisa, se concibió y consideró la posibilidad de si ello implicaba o no una afectación a la garantía de imparcialidad judicial, puesto que los jueces y juezas al resolver sobre la base de estereotipos de género estarían siendo influidos directamente por una noción preconcebida para algunas de las partes, manifestándolo así en sus sentencias, más aún en contexto de desigualdad estructural.

En suma, y tras haberse analizado una serie de antecedentes jurisprudenciales, la garantía de imparcialidad judicial es integrante del derecho y garantía del debido proceso, y este último es la garantía mínima con la cuenta toda persona frente a un proceso judicial. Por ende, la afectación del primero conlleva a la afectación del segundo.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Voto particular...op.cit.. punto 6.

En efecto, una afectación del debido proceso por una sentencia que, como se ha dicho, se basa en estereotipos de género resulta contraria a todo el ordenamiento jurídico interno e internacional en materia de derechos humanos. Por ende, esa resolución será arbitraria, trayendo como resultado será su invalidez y nulidad.

Una interpretación en otro sentido traería, en definitiva, (i) la legitimación y perpetuidad de los estereotipos de género contra los que necesariamente se debe luchar; (ii) la negación del derecho y garantía al debido proceso con el que cuentan las personas; y (iii) por ende se justificaría la discriminación estructural contra la mujer que se vería convalidada con los estereotipos aplicados.

VII. BIBLIOGRAFÍA

VII. A. Libros y artículos de revistas

AÑÓN ROIG, María José, “Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Año 2016, Núm. 33

Ciancia, Olga Edda, “El debido proceso”, en *El debido proceso*, Alvarado Velloso Adolfo y Zorzoli Oscar A. Directores, primera edición, Ediar, Buenos Aires, 2006

Clérico, Laura, “Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando a la garantía estándar de imparcialidad”, *Revista Derecho del Estado*, Nro. 41, julio – diciembre de 2018

CUSACK, Simone, *Eliminating Judicial stereotyping – Equal access to justice for women in gender-based violence cases*, 9 de junio 2014, Office of the High Commissioner for Human Rights

De Fazio, Federico, “Sobre el concepto de ética judicial”, *Revista Electrónica, Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Número 22, junio-noviembre 2019, pp. 100-111, Buenos Aires, Argentina.

Defensoría General de la Nación (Argentina), *Discriminación de Género en las Decisiones Judiciales: Justicia Penal y Violencia de Género*, Año 2010

FACIO Alda y FRIES Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*. Año 3, Número 6, Primavera 2005, ISSN 1667-4154

Larsen, Pablo, “Las Garantías Judiciales y el Debido Proceso a través de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Pensamiento Penal*, Nro. 174, 2014

Otera Parga, Milagros, “La arbitrariedad”, *Anuario de Filosofía del derecho XII* (1995).

Rodriguez Rescia, Victor Manuel, El debido proceso legal y la Convención americana sobre derechos humanos

Schedler, Andreas ARGUMENTOS Y OBSERVACIONES: DE CRÍTICAS INTERNAS Y EXTERNAS A LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* [en línea]. 2005, (22), 65-95

VII. B. Jurisprudencia consultada

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 54/01 – *María Da Penha Maia Fernandes Brasil*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nro. 176/10 – *Segundo Aniceto Norin Catriman, Juan Patricio Marileo Saravia, Victor Ancalaf Llaupe y otros vs. Chile*, Fondo, 5 de noviembre de 2010

Comisión Interamericana de derechos Humanos, *María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala*, Caso. Nro. 11.625, 19 de enero de 2001

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Karen Tayag Vertido vs. Filipinas*, Comunicación número 18/2008, 16/07/2010

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Angela Gonzalez Carreño vs. España*, Comunicación número 47/2012, 16/07/2014

Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Comunicación Nro. 20/2008, *V.K vs. Bulgaria*, 15/10/2008

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de fecha 24/02/2012

Corte Interamericana de derechos humanos, *caso Castrillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30/05/1999

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31/01/2001

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“campo algodonoero”) vs. México*, Sentencia de 16/11/2009

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*, Sentencia de 29 de mayo de 2014

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentencia del 20/11/2009

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso V.R.P., V.P.C y Otros Vs. Nicaragua*, Sentencia del 8 de marzo de 2018

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Maldonado Ordoñez vs. Guatemala*, Sentencia del 3/05/2016

Tribunal en lo Criminal Nro. 1 de la Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, Sentencia del 26/11/2018, autos *FARIAS, Matías Gabriel- MACIEL, Alejandro Alberto- OFFIDANI, Juan Pablo s/ tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por ser cometido en perjuicio de menores de edad- abuso sexual agravado por el consumo de estupefacientes seguido de muerte en concurso ideal con femicidio- encubrimiento agravado por la gravedad del hecho precedente.*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal*, Application no. 17484/15

*Eje Derecho a la
educación, enseñanza,
políticas y experiencias.*

Coordinan: María Eugenia Míguez, Samanta Sofía
Delas y Jorge Afarian

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Guadalupe Bustos¹ - FCEyJ-UNLPam

Guadalupe41@hotmail.com

Maestranda en Sociología Jurídica (FCJyS-UNLP)

Micaela Valderrey² - FCEyJ-UNLPam

valderreymicaela@gmail.com

Maestranda en Docencia en Educación Superior (FCH-UNLPam)

Proyecto de Investigación: “Formación jurídica y grupos vulnerables: qué se enseña y se aprende en la carrera de Abogacía de la FCEyJ de la UNLPam”.

Directora: Mg. Betsabé Policastro

Eje Temático: “Derecho a la educación, enseñanza, políticas y experiencias”

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN ABOGACÍA DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

FORMACIÓN JURÍDICA- DERECHOS HUMANOS- PERSPECTIVA DE GÉNERO

RESUMEN

En el presente trabajo se explora la formación en Derechos Humanos (DDHH) y la transversalización de la perspectiva de género en la carrera de abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas (FCEyJ) de la UNLPam a través del análisis de los alcances y posicionamientos que plantea el nuevo plan de estudios –vigente a partir del 2020– y de las percepciones de las/os estudiantes avanzadas/os.

Para ello se examinará el plan de estudios en vinculación a los contenidos prescriptos en el currículum, el perfil profesional pretendido y los desafíos que se propone en materia de DDHH y género.

¹Abogada. Maestranda en Sociología Jurídica con Orientación en Familia y Género de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Extensionista e investigadora (FCEyJ y FCH de la UNLPam). Miembro del Instituto Interdisciplinario de Estudios de la Mujer de la (FCH - UNLPam). Ayudante de Primera en Sociología Jurídica y Derecho Político de Abogacía de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.

²Abogada (FCEyJ - UNLPam). Maestranda en Docencia en Educación Superior de la UNLPam. Extensionista e investigadora (FCEyJ - UNLPam). Miembro del Instituto Interdisciplinario de Estudios de la Mujer de la (FCH - UNLPam). Programa de formación docente de “Sociología Jurídica”, carrera Abogacía de la FCEyJ.

Además, el análisis se complementará con los datos obtenidos de encuestas realizadas en los años 2019 y 2020 a estudiantes de quinto año de abogacía, en el marco del Proyecto de Investigación “Formación jurídica y grupos vulnerables: qué se enseña y se aprende en la carrera de Abogacía de la FCEyJ de la UNLPam”³, lo que permitirá comprender e identificar las perspectivas de las/os estudiantes a través de la reflexión sobre sus trayectorias educativas, las identidades institucionales y los sentidos de la educación jurídica.

Cómo se abordan los DDHH y en qué medida se aplica la perspectiva de género en las carreras de abogacía es clave para pensar qué futuras/os profesionales harán posible el acceso a la justicia, especialmente a grupos vulnerables. Pensar en una educación superior desde una perspectiva de género y de DDHH transversal, obliga a reflexionar los alcances y límites que las/os graduados/as en derecho atravesarán en las intervenciones jurídicas para resolver problemas sociales estructurales. A su vez, permite ingeniar nuevas prácticas educativas colectivas, en diálogo no jerárquico con las funciones universitarias, que articulen el trabajo técnico con estrategias más amplias y que forjen relaciones más equitativas con otras/os sujetos de derecho.

I. LA ENSEÑANZA EN DERECHOS HUMANOS Y LA TRANSVERSALIZACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Resulta pertinente entender la conexión entre el perfil de futura/o graduada/o en derecho que institucionalmente se piensa y aquel que la sociedad necesita, en relación al actual ejercicio profesional de las/os abogadas/os y el de las/os operadoras/es de justicia en temáticas que ponen en juego la equidad y la no discriminación.

La formación de grado en DDHH y perspectiva de género dentro de la FCEyJ se hace indispensable para garantizar profesionales comprometidas/os con problemáticas sociales y en pos de lograr la equidad de género en aquellos espacios donde se inserten laboralmente. La enseñanza del derecho se limita al aprendizaje de ritos, formas de actuar en exceso formalista y otras prácticas tradicionales de ejercicio del derecho dentro del Poder Judicial (y otros espacios) que repercuten directamente en el acceso a la justicia de las personas, en especial, de grupos vulnerables. Se torna imprescindible construir un perfil profesional que no solo implique inculcar ciertas ideas y prácticas desde la perspectiva de género y DDHH, sino también destruir o anular otras tantas (Cristeche, 2014).

³ Dirigido por la Mg. Betsabé Policastro y aprobado por Resolución N° 120/2019 del Consejo Directivo de la FCEyJ-UNLPam.

Las prácticas institucionales que se implementan durante el transcurso del proceso de socialización profesional en la carrera de Abogacía de la UNLPam, la estructura del plan de estudio, los contenidos curriculares de los programas de las materias y los modos en que se construyen los aprendizajes caracteriza el proceso de enseñanza, y por ende, el perfil profesional que defenderá los DDHH.

Para ampliar y democratizar el acceso a la justicia en sentido amplio, no basta realizar reformas institucionales, sino que también se debe problematizar y repensar los roles de las/os profesionales en derecho y la formación universitaria en relación a las necesidades sociales.

Por lo expuesto, el objetivo del presente trabajo, enmarcado en el proyecto de investigación nombrado, será responder a la pregunta de cómo se abordan los DDHH y en qué medida se aplica la perspectiva de género en la carrera de abogacía de la FCEyJ. Ésta cuestión es clave para pensar qué futuras/os profesionales harán posible el acceso a la justicia, en particular de personas en situación de vulnerabilidad (personas con capacidades diferentes, minorías raciales, inmigrantes, pertenecientes a disidencias sexuales, mujeres y comunidades aborígenes).

Entender cuáles son las ‘marcas’ que deja la formación en derecho, cuáles son los perfiles esperados, las capacidades, las expectativas y las falencias, permite problematizar las políticas y las prácticas de formación de las/os abogadas/os, con el objeto de construir herramientas que posibiliten abordar, desde una nueva visión, el actual perfil profesional (Brígido, 2014).

El análisis del presente trabajo será desde una perspectiva de género y de Derecho que considera a la Educación Superior (ES) como un bien público y un DDHH, y por ende a la Universidad pública como garante de saberes socialmente válidos que permiten la transformación social y contribuye a que aquellas personas en situación de vulnerabilidad a que accedan a condiciones de igualdad jurídica, educativa y cultural.

Comprender la importancia de la educación plena en DDHH y desde una perspectiva transversal de género en abogadas/os amplía la mirada de análisis hacia una crítica de la realidad social contextualizada, e interpela los modos tradicionales de abordar y resolver los conflictos.

El tipo de formación que reproducen las/os operadoras/es jurídicas/os, puede ampliar o restringir el acceso a la justicia y el ejercicio de los derechos. Por lo tanto, la trascendencia de la investigación y del presente análisis radica en la posibilidad de cuestionar la actual formación de abogadas/os y en consecuencia motivar a la creación de nuevas estrategias de construcción de conocimiento que incluyan perspectivas de género y DDHH, para así impulsar a una verdadera transformación social a partir de una posible práctica profesional que humaniza las relaciones, politice las demandas jurídicas y anime a la organización colectiva de las y los sujetos de derechos.

A los fines de este trabajo, se sigue la definición de Herrera Flores (2008) sobre los DDHH, que los entiende como “procesos institucionales y sociales que posibiliten la apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad humana” (p. 13). Son varias las razones de tal decisión, por una parte, porque la definición descarta el reduccionismo del carácter normativo de éste tipo de derechos ya que el término “proceso” alude a su dinamismo, producto del contexto histórico, social y político en el que se han ido desarrollando; a la vez, que permite entenderlos en constante expansión. En segundo lugar, jerarquiza a las luchas sociales que persiguen el acceso y concreción de los derechos⁴.

El ejercicio de cada derecho, cada libertad que se persigue, conlleva tensiones entre grupos de poder, estando las/os profesionales en derecho en estas relaciones que se dan desde abajo hacia arriba, desde la periferia al centro, desde los movimientos sociales, ONG’s, sindicatos, hacia el Estado.

Por último, la definición elegida es acertada al mencionar a la dignidad humana como fin último -material, no ideal- de estas luchas. La dignidad humana es “un objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a los bienes que hacen que la vida sea ‘digna’ de ser vivida” (Herrera Flores, 2008, p. 26).

La educación plena en DDHH en las carreras de abogacía es compleja ya que requiere además de un proyecto educativo –que comprende el nuevo plan de estudios–, de un compromiso ético de las y los docentes que educan en derecho.

En el sentido expuesto, Pinto (2010) señala que los DDHH no son un contenido a retener y repetir. Educar en base a éstos implica, además de la enseñanza intelectual, cultivar conductas respetuosas de los valores que tales derechos preservan y el compromiso social de las/os estudiantes para que los promuevan y protejan de manera activa en su futuro ejercicio profesional y en su práctica de ciudadanía.

Por otra parte, una de las cuestiones a transformar es la discriminación y desigualdad en desmedro de las mujeres, que frente a la falta de formación en perspectiva de género de las/os abogadas/os que desconocen la precariedad del estatus legal de éstas y cómo se fue reconstruyendo, no abordan los acuerdos internacionales en materia de igualdad e ignoran el

⁴ Los resultados de estas luchas, según Herrera Flores, siempre deben ser entendidos de manera provisional, pues no basta con el reconocimiento jurídico de los Derechos Humanos, sino que es preciso obtener las garantías que hagan posible su real ejercicio, de forma equitativa y no jerarquizada.

trato diferenciado que se da a hombres y a mujeres, lo que da como resultado, profesionales con una formación incompleta y sesgada (Buquet Corleto, 2011)⁵.

Las/os futuras/os graduadas/os, ante la ausencia de perspectiva de género, reproducen dinámicas propias de la división sexual del trabajo y la separación de las economías productiva y reproductiva, manteniendo desigualdades y problemas de orden económico, social y cultural que asignan distintos roles, tareas y recompensas sociales a partir del sexo/género.

Indagar sobre la formación de abogadas/os en relación a los DDHH y la perspectiva de género, invita a repensar los roles de las facultades de derecho como agentes de transformaciones sociales; es decir, cuál es el compromiso de tales instituciones en relación a una formación transversal en género y DDHH con la integración dialógica de sus funciones sustantivas, para promover transformaciones hacia su interior más igualitarias, y provocar así un efecto multiplicador que trascienda las fronteras universitarias.

El abordaje del tema propuesto será a través del análisis del actual plan de estudios de la carrera de abogacía de la facultad y marcos normativos afines. Además, se examinarán las percepciones de estudiantes avanzadas/os, obtenidas a través de encuestas virtuales en los años 2019 y 2020. En éstas se interrogó sobre las prácticas educativas y sus miradas sobre el grado de formación en DDHH y perspectiva de género. Así, entre las personas encuestadas surgen nociones respecto del carácter político del derecho, de su ejercicio en un marco colectivo, de la necesidad de utilizarlo en defensa de los sectores más vulnerables de la sociedad y sobre la mirada crítica del derecho que tiñe toda su práctica (González y Marano, 2014).

II. PLAN DE ESTUDIOS DE LA CARRERA DE ABOGACÍA DE LA FCEYJ-UNLPAM

La modificación del perfil profesional de abogada/o hacia uno comprometido con el contexto social y su transformación, es una cuestión compleja que obliga a idear estrategias de construcción de conocimiento integrales en las tres funciones universitarias, incluida la gestión, atravesadas por la perspectiva de género y DDHH.

Hasta el 2019, la carrera de abogacía de la FCEyJ contó con 33 asignaturas divididas en 5 años, de las cuales dos corresponden al ciclo de adaptación profesional. Se creó en el año 1995⁶

⁵ Para profundizar sobre formación con perspectiva de género, estudios de género e investigaciones a fines ver: González, M. G.; Miranda, M. Y Zaikoski Biscay, D. (comp.) (2019), *Género y Derecho*. Universidad Nacional de La Pampa. <http://www.unlpam.edu.ar/images/extension/edunlpam/Genero%20y%20derecho.pdf>

⁶ El Plan de 1995 toma como base el de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata del año 1958 y su modificación de 1988.

a través de la resolución N° 172/95-CS⁷ con el Perfil, Alcances, Plan de Estudios, de Correlatividades, Contenidos Mínimos y una carga horaria de 3.312 horas.

En los objetivos de la carrera se apuntaba a formar un/a profesional con pensamiento crítico, con empatía en el reconocimiento de las necesidades de la sociedad y con compromiso transformador de ésta. De alguna u otra forma, daba a entender que las/os abogadas/os egresados/as ejercerían la profesión en respeto a la igualdad de género y de los DDHH.

En relación al perfil institucional ideado, se lo definía a través de la enumeración de 8 características que reforzaban un estereotipo de lo que es ser ‘un buen abogado’, se predicaba por un/a profesional meramente técnica/o que asesora en cuestiones jurídico-legales, no se nombraba a la extensión como forma de aprendizaje y se reforzaba un perfil simplemente ejecutor de la legislación y no uno crítico que garantizara un auténtico desarrollo de los DDHH, la democracia, el desarrollo sostenible y la paz.

Este plan –vigente hasta el 2019– reproducía un lógica verticalista de cliente-abogada/o donde se suponía que la/el última/o es quien detenta el conocimiento; presumía la prestación de servicios a sujetos de derechos con capacidad económica suficiente –y no a personas carenciadas, a ONG’s, colectivos de la economía social y solidaria, entre otros–; y además, no enuncia otras formas de resolución de conflictos amigables como la mediación.

En el 2017 el Consejo Superior de la UNLPam modificó el plan de estudios a través de la Res. N° 179/2017. El fundamento principal fue incorporar a la formación las prácticas comunitarias de forma obligatoria con un mínimo de 40 horas, de conformidad a la Res. N° 297/2011-CS.

Posteriormente y por Res. N° 390/2018-CS se aprobó la última modificación del Plan de estudios, que es estructural en comparación con la anterior. Se basó en el art. 43 de la ley de Educación Superior N° 24.521, que por Res N° 3246/15 el Ministerio de Educación de la Nación (ME) incorpora al título de abogada/o como una profesión que puede poner en riesgo de modo directo la salud, seguridad, derechos, bienes y la formación de habitantes; y en la necesidad de adecuar la enseñanza integral de futuras/os abogadas/os a los estándares acreditados por el Consejo de Universidades según el contenido y criterios aprobados por la Res. N° 3401/17-ME.

En el proceso de debate con diferentes actores de la unidad académica se consideró indispensable orientar el nuevo plan hacia la formación transversal en la temática de los DDHH y con perspectiva de género. Además, se replanteó el perfil de las/os egresadas/os a través de

⁷ Disponible en: http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/normativas/Consejo%20Superior/Res-172-1995-CS-Crear_Carrera_Abogacia.pdf

la incorporación de autoras/es, perspectivas teóricas y experiencias ancladas en la región latinoamericana, al igual que fortalecer la formación práctica a lo largo de todo el trayecto académico.

En el anexo de la resolución de aprobación se resalta la importancia de formar profesionales comprometidas/os con las necesidades de su entorno social y comunitario. Se consideró “imprescindible la intensificación de la formación práctica, de modo tal que los egresados/as de la carrera de abogacía cuenten con herramientas y destrezas que les permitan resolver problemas en escenarios cada vez más complejos” (Res. N° 390, 2018, p. 7).

Desde lo formal y normativo, el actual plan de estudios, vigente desde el 2020, busca formar profesionales con compromiso social y con intención de transformar la realidad en pos del ejercicio de los DDHH y la transversalización en todos los espacios de la perspectiva de género. El cambio es radical, ya no se pretende formar profesionales como meras/os operadoras/es y técnicas/os de las leyes sino empáticas/os y capaces de garantizar el real acceso al derecho de cualquier persona, lo que contribuye a una ampliación de la ciudadanía en igualdad de condiciones.

La enumeración de las características del nuevo perfil de abogada/o se amplió y se llenó de contenido en comparación con el anterior plan. En la actualidad, se busca la formación de agentes de cambio social, humanistas, interesadas/os en conocer y comprender la realidad social, orientadas/os al bien común, a la justicia y a la verdad, que desde su función en la vida jurídico-política de la sociedad propicien, aseguren y defiendan un modelo de organización social más justo (Molina Contreras, 2009).

El actual plan cuenta con una carga horaria de 3076 horas distribuidas en 7 asignaturas correspondientes a la formación general e interdisciplinaria, 26 obligatorias relacionadas a la formación disciplinar y 12 sobre formación prácticas, además de las Prácticas Comunitarias, Taller de Metodología y Trabajo de Investigación, y el taller de pasantías supervisadas con carácter optativo.

Todos estos son, sin duda, cambios importantes que alteraron la forma en que se concibe el derecho en la FCEyJ, ya que se deja de pensar al currículum explícito cristalizado en una sumatoria de compartimentos estancos del derecho y se lo comienza a asimilar con una perspectiva dinámica y en relación con otras disciplinas, tanto de sus autoridades, estudiantes, trabajadoras/es universitarias/os (no docentes) y docentes. Si bien no rompe con la jerarquía áulica ni con la reproducción de los modos tradicionales que asume la educación legal, sí puede observarse que hay un enorme lugar para las actividades prácticas, el protagonismo de los/as estudiantes, la inclusión de nuevas perspectivas –como la de género–, la formación de los

DDHH⁸, un aprendizaje crítico del derecho positivo, una educación inclusiva, entre otras cuestiones⁹.

III. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

A continuación se complementará el análisis con los datos obtenidos de las encuestas virtuales realizadas en los años 2019 y 2020 a estudiantes de Sociología Jurídica –asignatura de quinto año de abogacía–. Esto permitirá comprender e identificar las percepciones de las/os estudiantes a través de la reflexión sobre sus trayectorias educativas, las identidades institucionales y los sentidos de la educación jurídica.

En el 2019, de 100 estudiantes que cursaban Sociología Jurídica respondieron 93 personas a la encuesta, de las cuales el 76,3% eran mujeres mientras que el resto (23,7%) varones. La mayoría rondaba los 25 años de edad (el 14% de las personas encuestadas tenía 25 años, el 12,9% 23 años y el 11,8% tenía 26 años). A su vez, la mayoría de las/os encuestadas/os comenzaron sus estudios universitarios entre el 2013 (10,8%), 2014 (17,2%) y el 2015 (10,8%), estos últimos datos indicarían que casi el 39% de las personas sostienen –en promedio– un proceso continuado de aprendizaje de acuerdo al plan de estudio anterior, mientras que el resto (61%) se les ha prologado en un plazo mayor.

Para comprender el imaginario social y las percepciones que tienen las/os estudiantes sobre la abogacía, se les preguntó sobre las razones de elección de la profesión. Hubo varias respuestas, entre las más usuales fueron por gusto personal, por la amplitud de la salida laboral, por cercanía geográfica y dificultades socio-económicas (indicador de las barreras en el acceso a la educación pública) y por creencias a una posible estabilidad económica. Pero la respuesta más recurrente se relacionaba con que la profesión tiene una función social de resolver los conflictos de la sociedad, de contribuir a alcanzar la ‘justicia’ y de defender los derechos de las personas vulnerables, incluso nombraban razones de conflictos familiares que impulsaron la elección.

En tal sentido, una estudiante responde lo siguiente:

“Decidí estudiar Abogacía porque siempre pensé y pienso en que debemos vivir en una sociedad con mayores niveles de justicia social, y creía (creo) que la carrera me podía brindar herramientas para lograr ciertas modificaciones que tiendan a ello.

⁸ Se incorpora la asignatura DDHH como disciplina autónoma en segundo año.

⁹ Tal como consta en la fundamentación del Plan.

También porque creo que la educación es una forma de ascenso social y de emancipación” (estudiante de Sociología Jurídica, 2019).

Cuando se les preguntó si creían que la enseñanza en abogacía de la facultad respondía a las necesidades actuales del ejercicio profesional, el 76,3% de las/os encuestadas/os dijo que de forma parcial, el 12,9% dijo que sí lo hacía y el 10,8% que no. Quienes respondieron por la parcialidad, la gran mayoría justificó que hay concentración de clases teóricas y falta de enseñanza práctica, incluso hubo respuestas que exponían percepciones de una formación que vuelve a las/os profesionales del derecho sujetos ajenos/os a los problemas sociales. Para ejemplificar lo expuesto se transcriben las siguientes respuestas de algunas/os estudiantes:

“Es una enseñanza muy abarcativa, desde el punto de vista teórico es positivo, pero no siento que salgamos preparados para el ejercicio de la profesión. Sólo se enfocan, en su mayoría, en el futuro abogado litigante. En materia penal los conocimientos que adquirimos son prácticamente de laboratorio, lejos de una mirada realista. Tampoco tenemos un acercamiento a la sociedad de la que formamos parte, es más, quedamos prácticamente aislados, como si las personas que el día de mañana tenemos que representar fuesen números, todos iguales entre sí, hay muy poca mirada ética de la profesión, lo único que importa es ‘ganar’” (estudiante de Sociología Jurídica, 2019).

“Considero que hace falta más práctica en cada una de las materias, es muy teórico lo que vemos y por ahí resulta difícil contrastarlo con la realidad. Estaría bueno también, de cada materia tener una visión crítica, verlo desde otro enfoque o perspectiva y no atenernos solamente a lo que dice la ley” (estudiante de Sociología Jurídica, 2019).

En relación a qué expectativas consideran que tiene la sociedad sobre las/os abogadas/os, una gran mayoría respondió que es negativa porque son deshonestas/os y solo buscan ganar dinero. Paradójicamente, muchas otras personas encuestadas consideraron a las/os profesionales capaces de “solucionar todos sus conflictos”, lo que denota una necesidad y exclusividad de resolución de esta disciplina, y que además, debería de humanizarse el ejercicio profesional.

Sobre el tipo de clase que ha predominado en la formación académica de abogadas/os, del total de las personas encuestada, el 98,9% manifestó que fue expositiva/magistral, frente a las otras opciones ofrecidas como las clases prácticas, exposiciones orales de estudiantes y resolución de casos. En este sentido, Cardinaux (2015) sostiene que la clase magistral es, entre las distintas estrategias de enseñanza, la que mayormente, cuando no exclusivamente, adoptan las/os docentes de derecho. Viene de la mano con el formalismo, es decir, que ese derecho que

se dice, relata, expresa y declama requiere un orador que lo autorice y la estrategia didáctica que mejor se amolda a esa centralidad del orador es la clase magistral (Cardinaux, 2015).

En relación a esto último, el 92,5% de las personas encuestadas consideraron que es necesaria la formación pedagógica de sus docentes, estando dentro de las razones principales la carencia de estrategias para transmitir los conocimientos ya que tienen como trabajo principal la abogacía y no la docencia. En tal sentido, un estudiante expresó lo siguiente:

“Muchos profesores puede que sepan mucho pero no saben cómo transmitirlo a los alumnos, no entendemos de qué nos hablan, se enojan, no tienen llegada con los alumnos, son inaccesibles para hacerles consultas o para darle mayor práctica a lo que están ‘enseñando’” (estudiante de Sociología jurídica, 2019).

Se puede afirmar, como la literatura señala, la preponderancia de un método descriptivo/explicativo de la ley (Tapia Arguello, 2017) y sus distintas formas de aplicación. El derecho pasa a ser lo que dice la norma y se complementa con los análisis realizados por autoras/es y la jurisprudencia. Esta concepción privilegia el método expositivo de enseñanza, la memorización como paradigma del aprendizaje y la repetición como constancia de lo aprendido (Mastache y Devetac, 2017).

Dentro de las preguntas, se buscó conocer cuáles eran, para el estudiantado, los grupos que experimentan situaciones de desigualdad social y jurídica. En el primer grupo, sobre quiénes consideraban que padecían desigualdad social, la gran mayoría respondió que se trataba de personas privadas de libertad, pertenecientes al colectivo LGTBIQ+ y las disidencias sexuales, personas con discapacidad y las mujeres. Sobre las personas que padecían desigualdad jurídica, la mayoría respondió a quienes se encontraban en contexto de encierro; niñas, niños y adolescentes; personas con discapacidad y adultas/os mayores. Es de resaltar que las mujeres son consideradas, en relación a la desigualdad jurídica y como pertenecientes a grupos vulnerables solo en un 8,6%; mientras que las personas del colectivo LGTBIQ+ en un 4,3%.

Cuando se les preguntó sobre qué entienden por DDHH, la mayoría de las respuestas se ubican en dos sentidos. Uno, que se relaciona a la comprensión de los DDHH desde el positivismo jurídico, es decir, que para éstas personas son aquellos derechos que se encuentran en los tratados internacionales u otra normativa escrita formal.

“Los derechos humanos son un sistema de normas y principios que tutelan los derechos de las personas e imponen un mínimo legal para los Estados adheridos ya que deben respetarlos” (estudiante de Sociología Jurídica, 2019).

Y el otro sentido atribuido, fue entender a los DDHH como aquellos inherentes a todas las personas humanas:

“Son los derechos fundamentales e inherentes a todas las personas, por el simple hecho de serlo” (estudiante de Sociología Jurídica, 2019).

“Son aquellos derechos que les corresponden a cada persona por el hecho de ser persona, sin distinción de etnia, sexo, edad, etc.” (estudiantes de Sociología Jurídica, 2019).

Dentro de las 93 personas que respondieron a la encuesta, el 95,7% consideró necesaria la formación en DDHH para el ejercicio profesional, indicando una demanda concreta en la materia y una ausencia en la formación de abogadas/os con perspectiva de género.

En el 2020, del total de 51 estudiantes de Sociología Jurídica respondieron la encuesta 35 personas¹⁰, de las cuales el 76,9% eran mujeres y el 23,1% eran hombres. La mayoría tiene 25 años de edad (17,9%) y comenzó sus estudios universitarios entre el 2012 (15,4%), 2013 (17,9%) y el 2014 (12,8%), estos últimos datos indicaría que el 46,1% de las personas sostiene un proceso continuado de aprendizaje de acuerdo al plan de estudio, mientras que el 53,9% se les ha prologado en un plazo mayor.

Se les preguntó sobre la razones de elección de la profesión para comprender las creencias que tenían al momento de inscribirse a la carrera y la modificación (o no) de las percepciones que tienen sobre ésta. Las respuestas más usuales se asimilan al año anterior ya que se encuentran la cercanía geográfica, dificultades socioeconómicas, amplia salida laboral, preferencias personales, y la idea de ejercer una función social en defensa de los derechos de las personas vulnerables. En tal sentido, un/a estudiante respondió que:

“Es una carrera que permite aprender y trabajar por un mundo mejor, en donde las injusticias se puedan revertir” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

“Pensaba que era una herramienta para el bienestar social, una herramienta para ayudar a otros frente al abuso de quien detenta el conocimiento del Derecho, o tengan más posibilidades ante un conflicto legal” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

Cuando se les preguntó si creían que la enseñanza en abogacía de la facultad respondía a las necesidades actuales del ejercicio profesional, los porcentajes se asimilan al año anterior. El 71,8% de las/os encuestadas/os dijo que de forma parcial, el 20,5% dijo que sí lo hacía y el 7,7% que no. Quienes respondieron por la parcialidad, la gran mayoría justificó en la misma dirección que el 2019, es decir, que existía concentración de clases teóricas y falta de enseñanza práctica, también expusieron percepciones de una formación que torna a las/os profesionales

¹⁰ Se debe tener en cuenta que el porcentaje de respuestas disminuyó notablemente en comparación con el año anterior debido a que las encuestas fueron realizadas en el contexto de Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO).

en derecho personas ajenas a las demandas y problemas sociales. Para ejemplificar lo expuesto se transcriben algunas respuestas:

“Creo que en la mayoría de los casos, salimos con una visión sesgada de la realidad. No estamos inmersxs en problemáticas sociales importantes, y si tenemos conocimiento nos encontramos ajenxs a esas realidades. Además no se enseña la perspectiva de género de manera transversal” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

“Quizá la FCEyJ está muy dirigida a la formación del abogado litigante sin dejar margen a otras áreas a explotar, como el abogado "crítico", el doctrinario, el académico, el investigador de determinado objeto de estudio en tal o cual rama del derecho” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

En relación a qué expectativas consideran que tiene la sociedad sobre las/os abogadas/os, una gran mayoría respondió de forma similar que en el 2019. En tal sentido, y de forma mayoritaria consideran que la sociedad espera que las/os profesionales resuelvan una gran variedad de conflictos y que son vistos de forma negativa por falta de ética profesional. Tal es así que un/a estudiante comenta que:

“Los/as abogados/as en general en la sociedad no tiene buena reputación, aunque ante un problema siempre acuden a ellos/as” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

“(…) Considero que la gente ve al abogado alejado de la sociedad” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

Sobre el tipo de clases que han predominado en la formación académica de abogadas/os, del total de las personas encuestadas, el 82,1% manifestó que fue expositiva/magistral. Nótese que el porcentaje es menor que el del año 2019, pero aún así sigue siendo una cifra elevada.

En relación a esto último, el 92,3% de las personas encuestadas consideran que es necesaria la formación pedagógica y de DDHH de sus docentes. Entre las principales justificaciones de esta respuesta se expuso la falta de herramientas para transmitir los saberes, la falta de compromiso para enseñar y que es insuficiente solo ser abogada/o para ser docente universitaria/o. Algunas personas respondieron lo siguiente:

“Pedagogía hace a la multiplicidad de herramientas que pueden ayudar a desarrollar y fijar contenidos. Hace mucha falta, ya que los docentes universitarios no se comprometen totalmente a enseñar, sólo a dar contenidos que a los alumnos nos cuesta bajar a la realidad, a relacionarlos, a interpretarlos verdaderamente. Para ello no alcanzan los power point, falta compromiso, ese mismo compromiso que en mi caso particular pongo todos los días y nunca alcanza” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

“Creo que no es lo mismo ser abogado, que ser docente, es necesario que tengan herramientas para que nos enseñen el contenido de manera que podamos entender y que nosotros como alumnos podamos aprender también algunas herramientas” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

En relación a las/os sujetos que experimentan situaciones de desigualdad social y jurídica, la mayoría, con respecto a la desigualdad social, respondió que se trata de personas con discapacidad, pertenecientes al colectivo LGTBIQ+, disidencias sexuales, las mujeres y las/os adultas/os mayores. Sobre las personas que padecen desigualdad jurídica, la mayoría respondió que se trata de niñas, niños y adolescentes; adultas/os mayores, personas con discapacidad y aquellas pertenecientes a los pueblos originarios. Nuevamente, y en relación a la identificación de los grupos vulnerables dentro de la desigualdad jurídica, las mujeres y las personas LGTBIQ+ no son vistas como tales.

Cuando se les preguntó sobre qué entienden por DDHH, la mayoría de las respuestas también se ubicaban en los dos sentidos expuestos del 2019. Uno que se relaciona a la comprensión de los DDHH desde el positivismo jurídico, y el otro, que los entiende como inherentes a todas las personas humanas. Para ejemplificar, se transcriben algunas de las respuestas, a saber:

“Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

“El piso básico con que debe cumplir todo ordenamiento jurídico, debiendo estar amparados y protegidos ya que son los derechos que le corresponden a la persona por el solo hecho de serla” (estudiante de Sociología Jurídica, 2020).

Por lo expuesto, se afirma que al formalismo jurídico se le agrega la impronta iusnaturalista en el ámbito de los DDHH, es decir, que se consagran los derechos y las formas jurídicas como naturalmente inherentes a las personas. Lo que imprime esta visión es la consagración de este estadio histórico como un estado natural. En otras palabras, decir que los DDHH son inherentes de las personas es negar que son un producto cultural y que son consagrados mediante un contrato que implica afirmar que son derechos cuyos titulares son aquellas personas que pertenecen a la comunidad (Maino, 2016; Cristeche, 2014).

Pero la disociación entre los principios jurídicos y las necesidades sociales es uno de los mayores problemas que aquejan al mundo del derecho, también visibilizado por las/os propias/os estudiantes de abogacía. Significa “arrancarle de cuajo al derecho su pretensión de ‘ciencia social’, e implica no abonar a una comprensión de los fenómenos sociales sino más

bien a constituirse en un obstáculo de tal empresa” (Cristeche, 2014, p. 116). Y lo más grave es que esa visión deformada y deformadora no se queda en las facultades de derecho sino que se trasladará por todo el entramado social, reproduciendo desigualdades.

Dentro de las 39 que contestaron la encuesta, el 94,9% consideró necesaria la formación en DDHH y la perspectiva de género para el ejercicio profesional, cifra similar que en el 2019. La mayoría de las razones se centran en que la perspectiva de DDHH permitirá detectar violaciones a éstos, contribuir en el conocimiento generalizado de la población de sus garantías y derechos, y garantizar su ejercicio.

Por último, a la pregunta de cuáles eran sus percepciones sobre la propia formación en DDHH, la gran mayoría respondió que era baja, mala y escasa.

IV. REFLEXIONES E INTERROGANTES

Durante el recorrido del presente trabajo se pretendió comprender cómo se abordan los DDHH y en qué medida se aplica la perspectiva de género en la carrera de abogacía de la FCEyJ-UNLPam, a través de un análisis del actual plan de estudios y de las percepciones manifestadas por estudiantes avanzadas/os.

La carrera de abogacía se encuentra en un momento bisagra, en el que confluyen dos planes de estudios, uno de corte profesionalista-liberal de 1995 (correspondiente a quienes respondieron la encuesta), y otro que se puso en marcha este 2020, que procura modificar el perfil hacia uno más crítico y humanista.

Del análisis del plan de estudios, es decir, desde lo formal y normativo, la facultad procura articular la acción y la reflexión, la práctica y la teoría. Pretende el diálogo no jerárquico y permanente de las funciones universitarias en la formación de abogadas/os desde una perspectiva transversal de DDHH y género.

De todas formas, la incorporación de la perspectiva de género dentro de la enseñanza del derecho se plasma de forma muy general en las características del perfil pretendido al decir que se desempeñará el/la profesional en distintos ámbitos del ejercicio con compromiso ético, solidaridad social, respeto por los DDHH y el sostenimiento de las instituciones republicanas y democráticas.

Se espera que tanto la interpretación del plan como su puesta en marcha interpele a los actores involucrados y se impulse a la co-construcción de conocimientos a través de una perspectiva respetuosa del género y DDHH que, como categorías dinámicas, permitan identificar que las personas y los grupos están situados de un modo diferencial e interseccional en relación al acceso a bienes, que se encuentran distribuidos de forma jerarquizada y desigual.

Por otra parte, si bien las/os estudiantes encuestadas/os han transcurrido la mayoría de sus estudios conforme al anterior plan, las respuestas de las encuestas reafirman la atinencia de modificar el plan hacia uno que incluya una formación integral en DDHH y género.

De todas formas, con la sola modificación de la currícula no es suficiente para lograr un cambio en el ejercicio de la profesión y en los roles de las/os operadoras/es de justicia para que se impulse una ampliación y democratización en el acceso a la justicia, en particular de los grupos vulnerables.

En el sentido expuesto, la modificación del plan de estudios debe acompañarse con medidas, programas y políticas públicas orientadas a revertir las distintas tendencias de segregación entre mujeres y varones, y a garantizar el acceso de los DDHH de toda la población.

A tales efectos, tener en cuenta las percepciones de las/os estudiantes, sujetos principales en la relación y mediación entre el ejercicio de la abogacía y la sociedad, es clave para delinear intervenciones y políticas universitarias que rompan con la formación de profesionales ajenas/os y acríicas/os de las problemáticas sociales. Las/os propias/os encuestadas/os demandan una formación más práctica, empática con otras realidades y ser parte de las transformaciones sociales, para así modificar las percepciones negativas y categóricas que la sociedad tienen de las/os abogadas/os.

Ahora bien, a pesar de que el nuevo plan consagra de forma amplia las perspectivas de género y DDHH, quedan muchos interrogantes que responder surgidos de las encuestas y de tensiones concretas entre sujetos del espacio universitario. Es decir, ¿se llevarán a cabo acciones concretas que impulsen la formación pedagógica y en DDHH del cuerpo docente o se presumirá que por pertenecer a la carrera de abogacía ya cuentan con tales conocimientos?, ¿se pretende poner en cuestionamiento el perfil de las/os docentes de abogacía para así replantear concretamente el perfil del/de la futura/o profesional?, ¿las/os encargadas/os de gestión, incluido el personal no docente de la facultad, están formadas/os desde una perspectiva crítica en DDHH que impulsen relaciones y cambios en tal dirección?.

En fin, hay más interrogantes que se desprenden del presente trabajo y que invitan deconstruir y construir un nuevo perfil de abogada/o, al igual que repensar y modificar las prácticas educativas colectivas. Por el momento, se puede afirmar que la comunidad en general demanda profesionales más comprometidos con la transformación social, y que la facultad y la comunidad académica en general pueden impulsar este cambio a través de una nueva forma de construcción de conocimientos en donde los DDHH y la perspectiva de género sean transversales y esenciales.

V. BIBLIOGRAFÍA

Brígido, A. M. (2014). *Prólogo*. La formación de abogadas y abogados. Nuevas configuraciones (González, M. y Marano, M. G., comp.), 12-17. Imás.

Buquet Corleto, A. (2011). Transversalización de la perspectiva de género en la educación superior. Problemas conceptuales y prácticos. *Perfiles Educativos*, 33, 211-225. <http://www.scielo.org.mx/pdf/peredu/v33nspe/v33nspea18.pdf>

Cavagnaro, M. V. (2011, 22 de marzo). *El nuevo perfil de abogado y los medios alternativos de resolución de conflictos: Desafíos para la enseñanza del Derecho*. Sistema Argentino de Información Jurídica. <http://www.saij.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-nuevo-perfil-abogado-medios-alternativos-resolucion-conflictos-desafios-para-ensenanza-derecho-dacf110016-2011-03-22/123456789-0abc-defg6100-11fcanirtcod>

Cardinaux, N. (2015). Las investigaciones sobre educación legal universitaria en la Argentina: diagnósticos y perspectivas. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 2(1), 13-39. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-5885.2015.36701>

Cristeche, M. (2014). *Crítica de la enseñanza del derecho. El caso del Curso de Ingreso de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP*. La formación de abogadas y abogados. Nuevas configuraciones (González, M. y Marano, M. G., comp.), 90-116. Imás.

González, M. y Marano, M. G. (2014). *Introducción*. La formación de abogadas y abogados. Nuevas configuraciones (González, M. y Marano, M. G., comp.), 18-30. Imás.

Herrera Flores, J. (2008). *La reinención de los derechos humanos*. Atrapasueños. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-reinencion-de-los-derechos-humanos.pdf>

Maino, C. A. (2016). Fundamentación de los Derechos Humanos a la luz del pensamiento del Profesor Massini Correas. *Filosofía Práctica y Derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas* (Cianciardo, J.; Etcheverry, J; Martínez Cinca, C.; Rivas, P.; Saldaña Serrano, J.; y Zambrano, P., coord.), 211-228. Universidad Nacional Autónoma de México.

Mastache, A., y Devetac, R. (2017). La formación jurídica: una mirada desde una didáctica analítica y reflexiva. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 15(30), 153-180.

Molina Contreras, D. L. (2009). Repensar el Perfil del Abogado en un Nuevo Modelo de Estado Social de Derecho y de Justicia. *Revista REMO*, 6(16), México, Enero-Abril de 2009. <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/remo/v6n16/v6n16a03.pdf>

Pinto, M. (2010). La Enseñanza de los Derechos Humanos en la Universidad de Buenos Aires. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 8(16), 9-21.

Tapia Arguello, S. (2017). La crítica jurídica en la enseñanza del Derecho. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 425-444.
<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/65115>

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Denisse Sara Derenovsky- Facultad de Filosofía y Letras (UNT)

dsderenovsky@gmail.com

Lic. en Trabajo Social

Proyecto PIUNT: "Derechos sociales, económicos y culturales. Su instrumentación y controversias en las políticas sociales".

Directora: Mag. Nilda Gladys Omill

Eje temático: "Derecho a la educación, enseñanza, políticas y experiencias".

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS TITULARES DEL PROGRAMA HACEMOS FUTURO (EX – ARGENTINA TRABAJA) EN EL GRAN SAN MIGUEL DE TUCUMÁN: LA EDUCACIÓN DEL CIUDADANO VS LA EDUCACIÓN DEL TRABAJADOR EDUCACIÓN-CIUDADANO-EMPLEABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN

El año 2003 marca en Argentina la configuración de un nuevo escenario socio-político-económico en el que también se advierten algunas variaciones en los lineamientos en materia de políticas sociales. Los mismos parecen poner un particular énfasis en el trabajo como uno de los mecanismos centrales de la integración social – especialmente en la esfera de la Economía Social, buscando distinguirse y oponerse, al menos discursivamente, al carácter asistencial que caracterizó a gran parte de las intervenciones anteriores de corte neoliberal. En esta línea, en el año 2009, desde el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación se lanza el programa Ingreso Social con Trabajo -Argentina Trabaja (**de ahora en adelante, PRIST-AT o PRIST**). El objetivo del mismo es “la promoción del desarrollo económico y la inclusión social, a través de la generación de nuevos puestos de trabajo genuino, con igualdad de oportunidades, fundado en el trabajo organizado y comunitario, incentivando e impulsando la formación de organizaciones sociales de trabajadores”¹. De esta forma, el desarrollo de la actividad laboral es pensado a través de formas cooperativas.

¹ Resolución Ministerio de Desarrollo Social de la Nación (de ahora en adelante: MDS) n° 3182 del 14 de Agosto de 2009

El cambio de modelo político desde fines del 2015 se tradujo en medidas económicas que tendieron a beneficiar a los sectores económicos más concentrados, generando un aumento del desempleo y un deterioro del salario real de los trabajadores. En este nuevo panorama, surge el interrogante por los fundamentos que sustentan las políticas sociales en este nuevo modelo político, encabezado por la gestión de Mauricio Macri. En 2016, la ministra de Desarrollo Social de la Nación ratificó la continuidad del programa “Argentina Trabaja”, introduciendo modificaciones sustanciales: la transferencia de ingresos pasó a denominarse “Subsidio Personal por Capacitación” y ya no comportaba un incentivo para la generación de puestos de trabajo en cooperativas. Finalmente, en el año 2018, la administración nacional anunció la unificación de los programas “Argentina Trabaja”, “Ellas Hacen” y “Barrios de Pie” en un nuevo programa denominado “Hacemos Futuro”, que tiene como objetivo “empoderar a las personas o poblaciones en riesgo o en situación de vulnerabilidad social promoviendo la progresiva autonomía económica”². Así, se continúa cobrando el “subsidio personal por capacitación”, mientras se cumpla con tres contraprestaciones: relevamiento o actualización anual de datos, terminalidad educativa obligatoria (primaria o secundaria) y formación integral (cursos de formación formal y capacitaciones brindados por organismos gubernamentales y no gubernamentales).

A raíz de la reconversión del PRIST- AT al programa Hacemos Futuro, surgió el interés de indagar acerca de los marcos interpretativos de ambas políticas sociales y como estos son significados por sus titulares desde su vida cotidiana.

El objetivo general de nuestra investigación fue estudiar los cambios que la reconversión del Programa “Argentina Trabaja” al actual “Hacemos Futuro” conlleva en términos de significados en la vida cotidiana para sus titulares tomando como área de estudio el Gran San Miguel de Tucumán. Nuestro problema de investigación se ubica en el área temática de las políticas sociales como vía para la integración social de sus titulares.

Intentamos lograr una aproximación a las subjetividades implicadas, afectadas y afectantes de políticas sociales como el PRIST y el Hacemos Futuro. Partimos del convencimiento de que las Ciencias Sociales en general y el Trabajo Social en particular, deben estar siempre comprometidos con las luchas históricas de los pueblos. Como dice De Sousa Minayo (2003: 15):

Aunque sea una práctica teórica, la investigación vincula pensamiento y acción. O sea, nada puede ser intelectualmente un problema si no hubiera sido, en primer lugar, un

² Resolución Ministerio de Desarrollo Social de la Nación(de ahora en adelante : MDS) n° 96 del 8 de Febrero de 2018

problema de la vida práctica. Las cuestiones de la investigación están, por lo tanto, relacionadas a intereses y circunstancias socialmente condicionadas.

En este sentido, consideramos que los resultados de nuestra investigación pueden tener implicaciones prácticas ya que eventualmente podrían considerarse como parte de los insumos que –articulados con otros- se apliquen en la evaluación de estas políticas.

Los ejes del PRIST fueron “la inclusión social a través del trabajo” y “el cooperativismo” (enmarcado dentro de la Economía Social y Solidaria), mientras que los ejes del programa Hacemos Futuro fueron “la formación integral” y “la educación formal”. En nuestra investigación, nos hemos exployado acerca de los cambios que los titulares del ex Programa Argentina Trabaja mencionan como significativos en cada uno de estos ejes a partir de la reconversión del mismo. Sin embargo, en esta ponencia interesa analizar en profundidad los hallazgos encontrados respecto a uno de nuestros objetivos específicos de investigación: indagar las características que adquiere la dimensión de "educación formal" del programa Hacemos Futuro, en el marco de la construcción de significados, para los titulares del mismo.

Se parte de la metodología de investigación cualitativa, utilizando como técnicas la entrevista en profundidad a nueve informantes clave y el análisis de documentos de base del programa. El trabajo de campo se desarrolló durante los meses de agosto, septiembre y octubre de 2019.

En un primer momento, presentaremos brevemente ciertas categorías conceptuales, que sirvieron de guía en el momento de la construcción de la guía temática de las entrevistas en profundidad y en el momento del análisis e interpretación de los datos. En un segundo momento, abordaremos las principales cuestiones referidas al diseño metodológico de la investigación. Luego, nos detendremos en exponer algunos hallazgos de la investigación, a la luz de análisis documental realizado y las voces de nuestros entrevistados. Finalmente, presentaremos algunas conclusiones para la discusión.

II. NUESTRAS CATEGORÍAS CONCEPTUALES FUNDAMENTALES

Para los objetivos de esta ponencia, deseamos compartir la perspectiva teórica desde la cual se comprende el papel de la “educación formal” en la construcción de un proyecto de sociedad y en las políticas sociales, en particular. Para ello, nos basamos en los aportes de Levy (2015) y Levy (2010).

Si tomamos la definición de la Organización Internacional del Trabajo del año 2000 y la Recomendación N° 195 de 2006, la empleabilidad se define por la capacidad individual de las personas de poner en juego sus calificaciones, conocimientos y competencias para

conseguir y conservar un empleo, cambiarlo por otro que le resulte más conveniente, adaptándose a los cambios de modo de integrarse más fácilmente al mercado laboral. Según Levy (2015), este es un concepto que se ha naturalizado sobre todo en los ámbitos políticos a partir de la década del 90, instalándose en el vocabulario cotidiano especialmente en relación a los programas de las políticas activas de empleo (para desocupados que, entre otras cuestiones, tienen dificultades para insertarse en el mundo del trabajo por falencias en su formación). Asimismo, la autora afirma que la naturalización del término no deja ver los supuestos ocultos en el concepto.

En primer lugar, el concepto de empleabilidad da cuenta del enfoque individual que se le concede a la problemática de la desocupación, depositando en los trabajadores “sin empleo” gran parte de la responsabilidad respecto de sus posibilidades para revertir su situación a través de la formación. Esto a su vez, corre el eje de la cuestión ya que la falta de empleo constituye un dilema de la macroeconomía y no un problema en el que pueden incidir las decisiones de los propios trabajadores. Derivada de esta línea de pensamiento, otra de las dificultades que presenta el concepto de empleabilidad por la naturaleza misma de su propia definición, es que reduce el trabajo a la noción de trabajo asalariado, es decir al empleo. Se trata de un concepto ligado a los enfoques economicistas vinculados a la Teoría del Capital Humano, en tanto recupera sus postulados centrales, a partir de la referencia a la inversión en formación para acceder a mejores posiciones en el mercado laboral.

La posibilidad de conseguir, retener y cambiar de empleo (tal como lo plantea la definición de empleabilidad) no son cuestiones que estén bajo la órbita de decisiones que puedan tomar los trabajadores desocupados. De ser así, el equívoco reside en ubicar en el plano de la responsabilidad individual aquello que la supera, reforzando las posiciones meritocráticas del liberalismo clásico. Por otro lado, este énfasis en la meritocracia actúa desconociendo diferencias de origen, de capital cultural, de posibilidades de acceso a formaciones de diferente calidad (sistema educativo formal, escuela técnica, universidad, etc.) que posicionan también diferencialmente a las personas en relación al mercado de trabajo. Todas estas diferencias denotan desigualdades que nada tienen que ver con los esfuerzos individuales. (Levy, 2015: 9)

Nos preguntamos así sobre las posibilidades reales que tiene un destinatario de un programa social o de transferencias de ingresos, de acceder a un puesto de trabajo, sólo por el componente de formación que atienden algunos de estos programas: ¿sólo se trata de esta variable a atender? ¿Cómo intervienen las características centrales del contexto, del mercado de trabajo, de la situación económica en las posibilidades concretas de acceder a un empleo?

Cabe destacar que Levy (2015) analiza la compleja relación entre educación y trabajo presente en el debate académico y político.

El debate, según la autora, radica en el análisis de dos posturas claramente diferentes:

- la educación debe estar a la espera de las demandas de la economía para poder definir sus objetivos y perfiles de egreso (la educación como formadora de trabajadores con objetivos basados en las necesidades de la empresa/sector productivo)
- la educación debe ser un campo autónomo que tenga como un objetivo más entre otros, la formación vinculada al mundo laboral. Desde este último enfoque, se destaca la importancia de la escuela como espacio de lucha y transformación, con el objetivo esencial desarrollar la conciencia crítica. En este sentido, se la considera como un espacio privilegiado en las sociedades modernas para el logro del desarrollo personal, lo cual implica la formación del trabajador, pero desde una perspectiva integral.

Afirma la autora que estas dos posiciones ilustran el lugar que se atribuye a la educación en el campo de las políticas públicas cuando se piensa la formación de trabajadores desocupados.

Tomando en cuenta estas consideraciones, nos preguntamos cuál es el lugar que se le atribuye a la educación formal en el programa Hacemos Futuro. ¿Se trata de formar sujetos que “sepan hacer” un determinado trabajo, disciplinados, que no cuestionen las reglas del juego del modelo de producción, flexibles, competitivos y que se adapten a las incertidumbres de los avatares de la economía, o la formación del trabajador como ciudadano con pleno conocimiento de sus derechos?

Sobre el requerimiento de realizar contraprestación bajo la modalidad de formación y de finalización del ciclo educativo formal, la contraprestación educativa encierra en sí misma una contradicción no sólo porque estudiar ‘no es ni debería ser’ una acción de contraprestación en tanto derecho humano básico, sino porque además pone en evidencia a un Estado que no cumplió con sus obligaciones en el momento oportuno y que ahora, a pesar de manifestar su acuerdo en relación con el contenido de los pactos internacionales, tampoco lo hace en relación con los sectores de la población más postergados.

(Levy, 2010, citado en Gabrinetti, 2013: 98)

III. ASPECTOS METODOLÓGICOS

En vistas a que el objetivo de nuestra investigación fue estudiar los cambios que la reconversión del Programa “Argentina Trabaja” al actual “Hacemos Futuro” conlleva en términos de significados en la vida cotidiana para sus titulares, tomando como área de estudio

el Gran San Miguel de Tucumán, optamos por la elección del Paradigma Interpretativo, basado en la Teoría Crítica y el Constructivismo, planteando, en coherencia con ese marco, la utilización de la Metodología Cualitativa de Investigación social. Consideramos así que la metodología cualitativa es la más adecuada para abordar el problema de investigación, ya que nos permitió pensar en los participantes de los programas sociales como sujetos con un rol activo en la construcción y transformación de los mismos y no como meros receptores de los avatares de las acciones de los decisores públicos.

Entre la diversidad de métodos o enfoques que la investigación cualitativa incluye, optamos por la fenomenología hermenéutica que se basa en la filosofía de Heidegger, ya que su objetivo es “comprender las habilidades, prácticas y experiencias cotidianas, y articular las similitudes y las diferencias en los significados, compromisos, prácticas, habilidades y experiencias de los seres humanos” (Castillo, 2000), estando esto vinculado a la finalidad de nuestra investigación.

Con respecto al tipo de diseño de esta investigación, cabe aclarar que empleamos un diseño flexible, en coherencia con las características del proceso de investigación cualitativa, entendido como un proceso interactivo, que admite posibilidad de cambio en los elementos del diseño, en función de situaciones nuevas e inesperadas que puedan surgir durante el transcurso de la investigación.

Al ser reciente la reformulación del programa “Argentina Trabaja”, las transformaciones que conlleva en términos de significados en la vida cotidiana de los titulares del mismo fue un planteo novedoso, por lo cual propusimos un nivel de profundidad exploratorio y descriptivo.

La población en estudio fueron los titulares del Programa Ingreso Social con Trabajo-Argentina Trabaja (PRIST-AT) del Gran San Miguel de Tucumán, que fueron afectados por la reconversión del mencionado programa al actual “Hacemos Futuro”. Para la selección de las unidades de observación, se utiliza el muestreo intencional (no probabilístico).

Cabe destacar que tuvimos en cuenta los siguientes criterios para la selección de los casos estudiados:

- Género, teniendo en cuenta que los estereotipos socialmente construidos de femineidad y masculinidad podían condicionar la salida de las mujeres del espacio del hogar para acceder tanto a un espacio laboral como a espacios de capacitación y educación formal.

- Pertenencia generacional, como factor que podía influir en los significados construidos en torno a la educación formal como a la capacitación que ofrecía el Programa Hacemos Futuro.
- Antigüedad en el programa PRIST-AT: nos interesó aprehender la experiencia de sujetos con cierta trayectoria en el PRIST-AT que les permitiese explicar con fluidez los cambios que consideraban significativos a partir de la reconversión del mismo.
- Nivel de autonomía de la cooperativa de la cual formaban parte y participación (o no) en organizaciones sociales, considerados factores que podían influir en los significados construidos en torno a la experiencia cooperativa desarrollada en el marco del PRIST-AT.

Al comienzo, se utilizó la investigación documental, entendida según Valles (1999) como una estrategia metodológica de obtención de información, que supone por parte del investigador el instruirse acerca de la realidad objeto de estudio a través de documentos de distinta materialidad. El análisis de documentos de base del programa Argentina Trabaja y Hacemos Futuro y de manifestaciones de funcionarios públicos respecto a los programas permitió confirmar datos sobre las experiencias que atravesaron los sujetos participantes y confrontar con los datos obtenidos de fuentes directas. Se buscó de esta manera analizar los marcos interpretativos presentes en la formulación de los programas sociales de referencia, para luego, contrastar los mismos con los sentidos o significados que adquieren estas experiencias para los sujetos que forman parte de la misma.

En coherencia con los objetivos de este trabajo y con los aportes de la fenomenología (que nos dice que comprender a los seres humanos exige escuchar sus voces, sus historias y experiencias), se utilizó como técnica de recolección de datos la entrevista en profundidad realizada a informantes clave (titulares del programa PRIST- AT, que fueron afectados por su reconversión al actual Hacemos Futuro). Valoramos de la entrevista en profundidad la posibilidad de trabajar desde la epistemología del sujeto conocido (Vasilachis, 2003), donde entrevistador y entrevistado se reconocen como personas, en esencia, iguales, con dimensiones existenciales diferentes. Sólo de esta manera, nuestra investigación nos permitió rescatar las voces de los protagonistas, sin quedar estas replegadas a la voz del investigador. Además, su flexibilidad y dinamismo, nos permitió indagar con mayor profundidad en las perspectivas que tienen los informantes sobre sus experiencias, en relación a la reconversión del PRIST al Hacemos Futuro.

Durante los meses de Agosto, Septiembre y Octubre, realizamos entrevistas en profundidad con tres mujeres y seis varones. Los encuentros tuvieron lugar en espacios de

distensión y confianza (domicilio de los entrevistados, lugares de trabajo, biblioteca popular, Consejo Deliberante de Las Talitas).

El análisis e interpretación de datos se realizó a través de matrices conceptuales y analíticas que nos permitieron presentar conclusiones como aportes a la discusión.

IV. ALGUNOS HALLAZGOS DE INVESTIGACIÓN

IV.A. Análisis documental

Como ya dijimos, en un primer momento realizamos un análisis de documentos de base de ambos programas. De esta forma, se buscó indagar acerca de los marcos interpretativos que atraviesan la formulación de los programas PRIST-AT y Hacemos Futuro. Tal como afirma Ruiz Olabuénaga e Ispizua (1989), a estos textos se los indaga haciéndole preguntas y se los observa como a cualquier acontecimiento que se está produciendo actualmente, teniendo en cuenta la relación texto y contexto.

A partir de este análisis documental, afirmamos que la estrategia de comunicación política del gobierno encabezado por Mauricio Macri, en cambio, no contiene términos como “sociedad”, “bien común”, “trabajadores” o “excluidos”.

“El sujeto al que se dirigen las alocuciones del Presidente y funcionarios no representan nunca a colectivos sociales. Ellas no incluyen sustantivos que nombren, convoquen o interpelen a sujetos sociales reconocidos por alguna identidad derivada de sus intereses, necesidades y derechos comunes y, menos contrapuestos o en tensión con otros. Los interlocutores son siempre particulares sin pertenencia”

(Grassi, 2018: 89).

Así es que la página web del MDS de manera coloquial y refiriéndose a los intereses de un destinatario individual al que se tutea (del que parece suponer que está capacitado para manejarse en ese entorno) expresa lo siguiente: “Te brindamos herramientas para que termines tus estudios, te capacites en oficios y tengas más oportunidades en el mundo del trabajo”, “Termina tus estudios y capacitáte en lo que más te gusta”.

Hacemos Futuro se dirige fundamentalmente a personas que son llamadas al estudio y son las propias capacidades individuales las que resultan condición de realización de la inserción laboral y la integración social. En el nuevo discurso, es el mérito individual demostrado con esfuerzo lo que legitima la dependencia temporal y acotada del Estado. De esta manera, ni en la normativa del programa ni en las declaraciones públicas de funcionarios del gobierno se hace referencia al rol del Estado como articulador de la vida social, en

cambio, se remarca la importancia del acompañamiento(limitado) de las trayectorias individuales en su inserción al mercado, que es el “legítimo asignador de recursos”.

“Educación y trabajo son los pilares básicos para ayudar a una familia a salir de la situación de pobreza y detectamos que más del 60% no había terminado el colegio secundario, por eso queremos ayudarlos en este proceso, debido a que cualquier empleo pide que una persona haya terminado la secundaria, contó Stanley al programa "Cada Mañana" en radio Mitre. La idea es que quienes no terminaron el secundario, puedan terminar y que elijan en qué se quieren capacitar, formar, concluyó la funcionaria nacional”³.

Pudimos concluir que en el programa Hacemos Futuro, se reaviva el debate mencionado por Levy (2015) entre la educación como formadora de trabajadores con objetivos basados en las necesidades de la empresa/sector productivo o la formación del trabajador como ciudadano con pleno conocimiento de sus derechos, con el objetivo esencial de desarrollar la conciencia crítica. El programa se inclina por la primera opción (por el fuerte predominio del discurso de la empleabilidad), con el reduccionismo que ello implica.

Cabe destacar que en lo referido a la posibilidad de terminar estudios primarios y secundarios, el PRIST enfatiza una concepción de la educación como un derecho más que como un requisito para mejorar la empleabilidad.

En este marco cabe destacar que, los grupos de egreso lo conforman personas de distintas edades, mayores de 18 hasta 80 años que cursaron su trayecto educativo en diversas sedes que se encuentran en los barrios. Los lugares donde cursan son instituciones educativas, religiosas, sindicatos, sociedades de fomento, fábricas, casas de familia. Esto implica una amplia red de organización social y comunitaria desplegada alrededor de una propuesta pedagógica que fue re organizándose en base a las necesidades de la comunidad en general, permitiendo el acceso en el marco del Programa Ingreso Social con Trabajo y también de manera ampliada en cada punto donde se ha presentado la necesidad de restitución de un derecho fundamental como el de la educación. Desde esta perspectiva, se quiere profundizar la ejecución de un programa educativo con características propias, basado en la educación popular y en las exigencias que ésta modalidad requiere, que rompe con el paradigma educativo de la escuela formal, llevando el aula al barrio y posibilitando la inclusión de todos los ciudadanos a la educación.

³https://www.clarin.com/politica/carolina-stanley-confirmo-control-planes-sociales_0_Byew0FZuz.html?fbclid=IwAR2F9qf7YISAInwUvTeL5NTry6HotqQUGCCSYJO-puSe9v2nI8kru4cnB9w

(MDS, 2015: 33).

En el programa Hacemos Futuro, no se prioriza la opción por el Plan Fines y es el propio titular del Programa el que debe acercarse al Ministerio de Educación u otro organismo estatal encargado de asesorarlo sobre la oferta educativa existente para adultos (en la página web del programa Hacemos Futuro, existe un buscador por provincia).

La concepción de la gestión actual es que los receptores utilicen la oferta educativa existente en los territorios. Esto desconoce las lógicas expulsivas de los sistemas educativos que históricamente operaron sobre estas poblaciones y deja de lado un esquema que –aun con dificultades– presentaba esquemas más inclusivos, con propuestas flexibles y adaptables para propiciar la continuidad de las trayectorias educativas.

(Arcidiacono, 2017: 99).

En coherencia con este diferente papel otorgado a la educación, la concepción del trabajo también difiere en ambos programas.

El trabajo es el mejor organizador e integrador social y constituye la herramienta más eficaz para combatir la pobreza y distribuir la riqueza. Además es una actividad clave en la vida de las personas, porque les permite desarrollar sus capacidades, sociabilizarse y crecer con dignidad. Por eso entendemos que la generación de trabajo digno y genuino es la mejor política social.

(Kirchner, 2010: 170).

Desde el discurso oficial del PRIST, se reconoce la multidimensionalidad del trabajo planteada por Neffa (2003): espacio de socialización, de actualización de las potencialidades de los seres humanos, de identidad.

La concepción del trabajo implícita en el Hacemos Futuro no tiene en cuenta estas diversas dimensiones, sino que es visto desde la mera lógica del capital; el trabajo es visto como energía (fuerza de trabajo), un factor de la producción que tiene costos. Desde este estricto punto de vista, se usa o desecha según las necesidades de la producción, el empleador elegirá al mejor postor, siendo responsabilidad del individuo aprender a venderse de la mejor manera.

Asimismo, tal como afirma Levy (2015), el concepto de empleabilidad asimila como la única forma de trabajo posible al empleo. En cambio, el PRIST tenía la potencialidad de ubicarse, al menos discursivamente, en el plano de la Economía Social y Solidaria, reconociendo de esta manera que el trabajo no se asimila unilateralmente al empleo asalariado; es decir, se reconocía así la posibilidad de ver al trabajo como una construcción histórica, susceptible de modificarse a través de la lucha colectiva.

IV.B. Análisis de las entrevistas

En el análisis documental, destacamos que desde el discurso oficial del Programa Hacemos Futuro, las complejas relaciones entre educación y mundo del trabajo son reducidas a la necesidad de formar trabajadores disciplinados, flexibles, competitivos que no cuestionen las reglas de juego del modelo de producción. La pregunta que nos formulamos fue: ¿Qué significa ir a la escuela para estos sujetos vulnerados en su derecho a la educación?

Existe una valoración diferente de la contraprestación educativa según el género.

Antes del inicio del Programa Hacemos Futuro, Bianca y Ana contribuían a la economía familiar a través de su trabajo en el PRIST de manera complementaria, sus parejas eran el sostén económico principal del hogar. De esta manera, la posibilidad de terminar la secundaria es significada por las mismas como un proyecto personal que fue postergado por mucho tiempo en función de sus responsabilidades con las tareas reproductivas del hogar. Bianca ya había empezado a estudiar en una Escuela Nocturna, debido justamente a la menor carga de tareas domésticas al tener ya hijas adultas. Ana, en cambio, debe combinar sus actividades educativas con sus actividades reproductivas.

Bianca: “Lo que nos está sirviendo ahora en la actualidad es el cambio que hicieron porque yo antes que dijeron que teníamos que estudiar yo ya había empezado la secundaria. Entonces esta oportunidad que están dando para que la gente termine sus estudios”.

“Ana: En esta segunda etapa, estoy estudiando (se sonríe). Era una cosa que sino era obligatoria, no la iba a hacer, porque capaz que nunca me daba el tiempo. Pero sí quería. Estoy haciendo la secundaria.

Entrevistadora: ¿Vos siempre quisiste hacerla?

Ana: Y sí, pero con la casa, las chicas, capaz que nunca me daba yo el tiempo para decir voy estudiar. Y esto me ha venido de diez, porque es como obligatorio, que sí o sí, lo tenés que hacer.

Entrevistadora: Que lindo ¿Dónde estudias?

Ana: Yo estoy en una nocturna. Ya estoy en segundo, son tres años. Fue difícil para mí, no sabía cómo iba a ser eso, o sea, en qué momento porque tenía todo el día ocupado con mis hijas. No sé cómo pero me estoy desarrollando, después ya me gustó. Tenía miedo de ir a la escuela, a empezar. Yo a los 12 años dejé la secundaria, ahora tengo 37. Hice hasta séptimo grado y de ahí nunca más”.

Debido a los mandatos sociales y culturales sobre el rol de cuidadora de terceros para las mujeres, las mismas tienen serias dificultades para asumir proyectos personales que no

sean para un otro. En este marco, el carácter obligatorio de la contraprestación educativa les habilita un espacio desde el cual pueden asumir sus propios deseos, sin sentir que están “abandonando a sus familias”.

Ana siempre quiso terminar la secundaria, para ella significa una forma de integración social. En este sentido, no están presentes en su discurso alusiones referentes a la empleabilidad. La escuela para ella implica la posibilidad de que se le ablande la mano para escribir, la posibilidad de leer poesía. Es decir, su visión de la educación formal está más asociada a lo que Levy (2015) entiende como “formación del ciudadano desde una perspectiva integral”, que le permita cambiar su forma de pensar, asumirse como sujeto activo.

Ana: “La de lengua del año pasado nos hacía leer un montón, memorizar poesía, sabes lo que era eran los nervios decir una poesía pero había que hacerlo porque había que escribir mucho porque dice que así se nos ablandaba la mano”.

No obstante, el formato tradicional de educación para adultos (escuelas nocturnas) es muchas veces poco flexible, lo que dificulta las trayectorias educativas de sujetos adultos con múltiples derechos vulnerados. Al respecto, es útil recordar lo ilustrado por Ana:

“El año pasado hemos andado bien; pero ahora con la de lengua no sé, ella dice acá no me importa si trabajas, no trabajas y en las primeras clases a mi cuñada que tenía el certificado médico no le quiso tomar de vuelta al examen, estaba en el hospital, ella no estuvo en la prueba, ella quería hacer la prueba”.

Cabe destacar además la dificultad mencionada por Ana para combinar las actividades reproductivas con las actividades educativas y de capacitación.

“Ana: A mí me parece que sino están las capacitaciones mejor. A mí se me hacen muchas horas. A la mañana estoy con las nenas, tengo que hacerlas que hagan los deberes, la comida. Y encima tengo una q va a la mañana, la otra a la tarde. Por suerte, la más grande, ella viaja sola. A la siesta, me quedo aquí en el taller hasta que sale mi hija de la escuela a las seis. La dejo a la más chica en la casa y voy volando a la escuela. El horario de entrada es a las siete, yo estoy entrando 7 o 7 y 20. Por suerte, la escuela me queda ahí a unas cuadras nomás.

Entrevistadora: ¿Y cómo hiciste con el tema de las capacitaciones este año?

Ana: Este año tuve una a la mañana, de nueve y media así, la levantaba a mi hija, la llevaba a la más chiquita. Y después volviendo corriendo a prepararle la comida, ya la dejaba semilista para que coma y la traiga a la escuela”

Ana valora la educación como un proyecto personal, en cambio, entiende las capacitaciones como una contraprestación que no tiene relación con las posibilidades laborales futuras, sólo es un requisito más para acceder al programa que dificulta la organización de las tareas reproductivas a su cargo. Nos parece oportuna la siguiente reflexión:

En la actualidad, lo más común es que el cambio en la participación económica de las mujeres no implique una reestructuración profunda del hogar: no hay redistribución de tareas y responsabilidades hacia los miembros varones; las mujeres-amas de casa-madres ven sobrecargadas sus labores y en el caso de hallarla disponible, recurren a la ayuda de otras mujeres en el núcleo familiar (abuelas, hijas adolescentes o aún niñas). Hablar de la necesidad de encarar las tareas reproductivas cotidianas como parte de las políticas públicas implica reconocer básicamente el hecho de que las tareas de reproducción cotidiana de la población, esas tareas históricamente invisibles “privadas”, no se pueden seguir tomando “datos”, dándolas por supuestas”.

(Jelin, 1998: 52)

Con respecto a los varones entrevistados, es la mencionada falta de flexibilidad (formato de educación tradicional) un factor fundamental para que los sujetos entrevistados varones no asuman como proyecto personal propio “terminar la secundaria”, obstaculizando así su derecho a la educación. Los varones entrevistados remarcan constantemente su rol de proveedores principales del hogar; de ahí, su dificultad de combinar actividades educativas (en un formato educativo poco flexible), sus actividades cooperativas (en el caso de Mauro y David), sus actividades laborales adicionales (changas, manejar un taxi, albañilería, etc.).

Hugo: “En el caso mío, a mí no me gusta estudiar, por ejemplo, yo tengo 45 años. A mí no me sirve de nada terminar la secundaria hoy en día. Yo soy una persona que necesita estar trabajando, haciendo plata para poder mantener a mi familia”.

“Mauro: Trabajamos a la mañana y a la noche vamos a estudiar, yo estoy terminando la secundaria.

Entrevistadora: ¿Qué tal esa experiencia?

Mauro: linda, linda... solo que a veces no te dan los tiempos, yo tengo otro trabajito a la tarde...nosotros trabajamos acá a la mañana y hacemos la seguridad también a la tarde y a la noche”.

Resulta ilustrador lo afirmado por David respecto a la división sexual del trabajo presente en muchos hogares:

“Para mí no, se complica el tema porque un albañil tiene que meterle todo el día, es distinto a una mujer que quizá tiene su trabajo de empleada doméstica medio día y ya a la noche estudia tranquila. O hay gente que tiene todavía sus padres, sabe que tiene comida, entonces no le importa... y dice ah voy a estudiar. Pero para mí no”.

Asimismo, en los sujetos varones se naturaliza que la única función de la educación es lograr una mejor empleabilidad, en línea con el discurso oficial del Programa Hacemos Futuro. Si la educación tiene ese mero objetivo, los sujetos no ven el sentido de retomar sus trayectorias educativas truncadas, ya que los mismos son conscientes de las exigencias actuales del mercado laboral en el capitalismo post-industrial en lo que respecta a la edad.

Hugo: “Y yo sé que si termino la secundaria y veo en los aviso pero de cuánto es de 18 a 25 años los avisos y lo que tenemos 45 y estamos estudiando para terminar el secundario ¿de qué nos sirve?”.

Por último, cabe destacar con Levy (2012) que la contraprestación educativa encierra en sí misma una contradicción porque estudiar ‘no es ni debería ser’ una acción de contraprestación en tanto derecho humano básico. Esto es entendido por Hugo en sus propios términos de la siguiente manera:

“Lo que yo no estoy de acuerdo es que una persona vaya a terminar el secundario a los 45 años porque sí...está el que quiera hacerlo, muchos van pero van por obligación, yo también. A mí no me gusta estudiar, iba para que me paguen. Está quien es devoto el estudio, el que quiere por vocación propia, eso no hay que negar a nadie .Que sea abierto para el que por vocación quiera terminarlo, es así”.

V. CONCLUSIONES PARA LA DISCUSIÓN

Podemos concluir que los nuevos sentidos que circulan a partir del Programa Hacemos Futuro, refuerzan posiciones meritocráticas y culpabilizantes, en la que cada uno debe gestionarse de manera individual su derecho al trabajo, su derecho a la educación, su derecho a la formación permanente, sin brindar espacios donde uno se encuentre con el otro. Si bien se rescata el potencial emancipador que tiene la educación, en especial para las mujeres que se encontraban recluidas en la esfera doméstica, nos seguimos interrogando sobre el papel que tiene la misma en las políticas sociales destinada los sujetos denominados “vulnerables”, es decir, sujetos con una relación precaria o nula con el trabajo. Queda pendiente el desafío de repensar las prácticas educativas para adultos desde una perspectiva de formación integral (Levy, 2015), con un formato flexible que tenga en cuenta la dificultad de combinar actividades reproductivas, educativas, de capacitación y laborales.

Nos interpelamos: ¿Qué inclusión a qué sociedad se busca promover desde políticas sociales como el PRIST- AT y el Hacemos Futuro? ¿Y qué papel tiene la educación formal en este proceso?

La última pregunta es de fundamental importancia ya que esta línea programática destinada a “los vulnerables” (el Programa “Argentina Trabaja”, desde su origen hasta su reconversión en “Hacemos Futuro” y actualmente “Potenciar Trabajo”) se sigue sosteniendo como uno de los ejes centrales de la política social argentina, a pesar de los cambios en el modelo de Estado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Castillo, E. (2000). “*La fenomenología interpretativa como alternativa apropiada para estudiar los fenómenos humanos*” en Investigación y Educación en Enfermería [en línea] XVIII núm. I, pp. 27-35. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia. Disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/1052/105218294002.pdf>

De Sousa Minayo, M(2003). “ *Investigación Social: Teoría, Método y Creatividad*”. Buenos Aires: Lugar.

Gabrinetti, M. (2013). “*Programas sociales de empleo y de transferencia condicionada de ingresos: representaciones de los destinatarios y agentes que participan de su implementación. La Plata y Gran La Plata, 2000-2012*” (tesis de doctorado). Recuperado de:http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/59601/Documento_completo.pdf?sequence=3

Grassi (2018) “ Estado Social y Desbloqueo de la Sociedad Neoliberal”. En Grassi e Hintze (comp). *Tramas de la desigualdad. Las políticas y el bienestar en disputa* (p.57-119) Buenos Aires: Prometeo.

JELIN, E (1998). *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Buenos Aires: FCE.

Kirchner, A. (2010). “*Políticas Sociales del Bicentenario. Un Modelo Nacional y Popular (Tomo 1)*”. Buenos Aires: Ministerio de Desarrollo Social de la Nación Argentina. [versión electrónica]

Levy (2015). Educación y trabajo en los Programas Sociales. Tensiones y debates no saldados. Ponencia presentada en *Congreso Nacional de Estudios del Trabajo*. Congreso realizado en Facultad de Filosofía y Letras (UBA), Buenos Aires los días 5, 6 y 7 de Agosto de 2015.

MDS(2015). “SITUACIÓN ACTUALIZADA DE LAS COOPERATIVAS MIXTAS.PERFIL DE LOS TITULARES Y ASPECTOS EVALUATIVOS”.

Neffa, J (2003). *“El trabajo humano. Contribución al estudio de un valor que permanece”*. Buenos Aires: Lumen.

Ruiz Olabuénaga, J.I., Ispizua, M. A. (1989) *“La decodificación de la vida cotidiana: metodos de la investigación cualitativa”*. Bilbao: Universidad de Deusto.

Valles Martinez, M. (1999). *“Técnicas cualitativas de investigación social: reflexión metodológica y práctica profesional”*. Madrid: Síntesis sociología.

Vasilachis de Gialdino, I. (2003). *“Pobres, pobreza, identidad y representaciones sociales”*. Barcelona: Gedisa.

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Issac Roberto Martínez Barraza- Facultad de Derecho (UNAM)

issacmtz.barraza@gmail.com

Licenciatura en Derecho

Lizbeth Arianne Neri Cabrera- Facultad de Filosofía y Letras (UNAM)

nec.lizbeth@gmail.com

Licenciatura en Pedagogía

Eje temático “Derecho a la educación, enseñanza, políticas y experiencias”

ENTRE LOS DERECHOS Y EL NEOLIBERALISMO: UNA MIRADA CRÍTICA A LA EDUCACIÓN ARTÍSTICA A DISTANCIA EN LA UNADM

ESTADO CONSTITUCIONAL – NEOLIBERALISMO - DERECHO A LA EDUCACIÓN - DERECHOS
CULTURALES - EDUCACIÓN A DISTANCIA

ÍNDICE

1. Introducción
2. Estado Constitucional y los derechos económicos sociales y culturales (DESCA)
3. Rasgos generales del modelo neoliberal en México e implicaciones críticas
4. Conceptualizando el Derecho a la Educación artística en México
5. La educación a distancia y la UnADM
6. Conclusiones
7. Fuentes de información

I. INTRODUCCIÓN

Como resultado de la aproximación hacia lo que se puede conceptualizar como un modelo de Estado Constitucional y de procesos de transición a la democracia, en México, los Derechos Humanos han jugado un rol cada vez más relevante en la esfera pública, tanto en el discurso político esgrimido por diversos actores sociales, como en el reconocimiento jurídico, a nivel constitucional y convencional, lo que incluye al derecho a la cultura y a la educación.

En este contexto, la Universidad Abierta y a Distancia de México (UnADM), que forma parte de la estructura de la administración pública federal del Estado mexicano, ofrece distintos planes de licenciatura y posgrado, sin embargo ninguno vinculado con la formación en arte, lo que da pie a la hipótesis de que el derecho al acceso a la educación en materia artística es relegado en dicha institución gubernamental, entre otros factores, como consecuencia de una contradicción entre el modelo de Estado Constitucional que conlleva una concepción fuerte de los derechos humanos, por lo tanto el fortalecimiento de la estructura estatal y una participación gubernamental intensa en la garantía y respeto de derechos, frente al modelo económico neoliberal que implica la reducción y privatización del Estado.

Analizar este fenómeno hasta ahora poco estudiado, permitirá generar elementos para construir un diagnóstico crítico y explicativo que ayude a vislumbrar parte de las causas del abandono de la educación artística en México y de otros derechos sociales y culturales, que podrá ser útil para la elaboración de políticas públicas, modificaciones institucionales, económicas y jurídicas, que vayan más allá de lo estrictamente normativo, en beneficio del fortalecimiento del Estado de Derecho, la garantía de los derechos del pueblo y el desarrollo del tejido social en México, brindando además experiencias y aportaciones para el debate en nuestra América Latina. El presente texto, forma parte de un proceso de investigación crítico, desarrollado desde diversos espacios y foros académicos, con avances y argumentos sólidos aquí vertidos y otras líneas de trabajo por desarrollar en futuros espacios.

II. DESARROLLO

II. A. Estado Constitucional, los derechos humanos y los derechos económicos sociales y culturales (DESCA)

II.A.1 El Estado Constitucional

Después de que en gran parte del siglo XX, aun con la guerra fría, el modelo teórico del Estado liberal se extendió a lo largo de occidente con enorme éxito y con variaciones como el Estado Social, desde hace décadas el paradigma teórico del Estado Constitucional ha ganado terreno y hoy se coloca como el modelo mayormente aceptado en la academia occidental que, aunque con disensos entre sus teóricos, es protagonista en el escenario de los debates constitucionales; este modelo abreva de las tradiciones contractualistas del Estado (Ferrajoli, 2001), rompiendo con corrientes que atribuyen un origen divino al poder, se reconoce que el

Estado es creación de la comunidad política, que mediante un pacto social, el pueblo soberano entrega parte de su poder para crear una estructura gubernamental, con cierta legitimidad que persiga el bien colectivo; el poder del Estado debe tener controles y límites, y ser distribuido entre la ciudadanía (Salazar, 2011), entre esos controles se incluye el respeto y vigencia del principio de la división o separación de poderes, que es “fundamental y medular para [...] un ejercicio del poder democrático, con controles, especializado, y que permita la garantía de los derechos humanos” (Martínez, 2018, p. 318), así estos derechos, se configuran como un límite al ejercicio del poder y como “fundamento y fin del Estado y del orden jurídico” (Cárdenas, 2017, p. 105), estos deben ser garantizados plenamente en la praxis y en consecuencia la constitución debe ser efectiva (Cárdenas, 2017).

Bajo el denominado modelo de democracia constitucional, las mayorías participan y toman decisiones públicas en el campo de la esfera política, aunque sus voluntades no puedan trastocar los derechos humanos de otros miembros de la comunidad, Jaime Cárdenas, parafraseando a Ferrajoli, sostiene que “es un arreglo institucional para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos” (2017, p.113), sin embargo no existen consensos suficientes, mientras que algunos autores sugieren una democracia que se puede considerar “limitada”, otros como Cárdenas, sostienen que se deben replicar elementos de la democracia procedimental y sustantiva (2017), con mayores ejercicios de participación ciudadana en el ejercicio cotidiano del poder.

La función judicial, juega un rol más activo en la vida pública y aspira a aproximarse a la figura y los contenidos del tribunal constitucional, como guardián último de la Constitución y el Estado, que además de sus atribuciones clásicas, (dirimir conflictos y aplicación de las normas), también interpreta, protege y amplía derechos humanos, obligando a funcionarios y autoridades del Estado a garantizarlos, protegerlos y respetarlos, desde los principios y normas contenidos en la constitución, tratados y criterios internacionales, teniendo en muchos casos la decisión final, sin embargo, al respecto tampoco existen consensos en la materia, (desde nuestra interpretación) por ejemplo autores como Gargarella han escrito sobre la importancia de dotar de legitimidad democrática a los jueces constitucionales y han cuestionado las Cortes Supremas tengan la “última palabra”, o desde Nino que ha propuesto mecanismos de “reenvío” de los jueces constitucionales a los legisladores.

II.A.2 Aproximación a los Derechos Humanos y a los DESCAs

Conforme se intensificaron los procesos de transición y consolidación de la aún débil democracia mexicana, los derechos humanos han ganado terreno en la esfera pública nacional, tanto en el discurso de los movimientos sociales, partidos políticos, sindicatos, medios de comunicación, y otros actores políticos, como en el reconocimiento formal por parte del Estado de cada vez más derechos a nivel constitucional y convencional, así como su convergencia y apertura al sistema universal e interamericano de derechos humanos.

La reforma al artículo primero constitucional, conjugada con la Contradicción de tesis 293/2011, que da lugar a la jurisprudencia P./J. 20/2014, y otras modificaciones jurídicas en materia de derechos humanos de los últimos años, implican, haciendo una interpretación en las ciencias sociales desde Thomas Kuhn (2012), un cambio de paradigmas que revolucionan la forma de entender el rol de los derechos en la vida pública; en cuanto a la reforma, en lugar de hablar de “otorgamiento de garantías”, hoy hace referencia a “reconocimiento de derechos humanos”, lo cual implica una transformación del sentido y la relación entre la comunidad y el Estado, ya no es potestad de éste brindar estas facultades a la comunidad, sino su obligación, ante el reconociendo de la dignidad humana.

En ese orden de ideas, se amplía el reconocimiento de derechos humanos, comprendido en la normatividad nacional y los tratados internacionales de la materia; las autoridades están obligadas a “promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad” (Artículo 1, 2011), finalmente el Estado prevendrá, investigará, sancionará y reparará violaciones a los derechos (Artículo 1, 2011).

Conforme a la jurisprudencia mencionada, los derechos humanos reconocidos en la normatividad nacional e internacional “constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional” (20/2014, 2014), en caso de contradicción entre ambas normas, prevalecerá la Carta Magna; las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son vinculantes para el Estado mexicano, sea o no condenado en estas.

En el marco de ese modelo teórico y los rasgos jurídicos que hemos delineado, coexisten diversos derechos humanos que corresponden a múltiples etapas históricas del desarrollo de la humanidad y de las luchas sociales que han implicado un reconocimiento mayor de derechos, en se marco los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), que en el

ámbito del derecho constitucional se han denominado históricamente como derechos sociales, aunque comprenden también “acciones de no hacer”, históricamente relacionadas solo con los derechos civiles (Ferrer Mac-Gregor, 2018, p. 2), consideramos que la mayoría de dichos derechos implican “acciones positivas o de hacer” por parte del Estado y por lo tanto (desde una necesaria perspectiva interdisciplinaria), significan o deberían implicar necesariamente el desempeño de un rol más activo del Estado en la vida social y la economía.

Estas facultades comprenden en términos generales el Derecho a la Salud, a la Seguridad Social-Pensiones, Derechos Sindicales, al Trabajo y Condiciones Justas y Satisfactorias de Trabajo, al Medio Ambiente Sano, a la Alimentación, a la Vivienda, y finalmente el Derecho a la Educación y a los Beneficios de la cultura, sobre los que nos referiremos más adelante en la conceptualización de lo que denominamos como *derecho a la educación artística*. Vale la pena mencionar que, desde propuestas académicas conservadoras, durante mucho tiempo, se les consideró a los DESCA solo como normas programáticas no exigibles ante los tribunales, limitando el reconocimiento, garantía y respeto a muchas personas en condiciones de desigualdad y opresión, pero que en palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor “interpretaciones dinámicas a la altura de nuestro tiempo [...] podrían conducir hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales o ambientales, sin jerarquía ni categorizaciones que menoscaben su realización” (Ferrer Mac-Gregor, 2018, p.222), por lo que se deben garantizar con el mismo compromiso que se da a otros derechos.

II. B. Rasgos generales del modelo neoliberal en México e implicaciones críticas

Aunque ha sido menos difundida o estudiada, la relación entre la economía y el derecho en comparación con otras disciplinas como la ciencia política o sociología, ésta existe y es sumamente estrecha; del modelo económico adoptado depende cómo se configurarán las relaciones y roles que tendrán entre sí el Estado, la sociedad y el mercado, así como del sentido de las normas y valores protegidos. Todo país sigue un modelo económico, según sus características históricas, políticas y sociales; desde nuestra óptica, podríamos entender por modelo económico aquellos principios y lineamientos que conducen la forma en que se producen, distribuyen y consumen bienes y servicios, así como la relación entre mercado y Estado; el

modelo económico se manifiesta a través de la normatividad, políticas económicas y públicas, y tiene como sustrato una teoría.

A nivel global, particularmente después del desastre de la segunda guerra mundial, bajo las ideas Keynesianas y sus propuestas de teoría económica, el modelo de Estado de Bienestar floreció en gran parte del mundo, lo que “significó el incremento del poder adquisitivo de los trabajadores al asumir el Estado la atención de los servicios de salud, educación y la seguridad social [...] que de otra manera eran partidas a cargo del presupuesto familiar” (Tello, 2015, p. 31), este modelo trajo altas tasas de crecimiento económico, desarrollo social y distribución más equitativa de la riqueza; bajo el mismo, el régimen posrevolucionario mexicano se sostuvo durante décadas, hasta que en los 80tas, desplazando las propuestas del Estado de Bienestar y las corrientes nacionalistas, el programa neoliberal fue impuesto verticalmente por la élite política, bajo un régimen político autoritario y sin grandes ejercicios de diálogo o consenso social sobre proyecto de nación a seguir.

Dichas políticas neoliberales, conjugadas con vicios del sistema político como la corrupción, se caracterizaron, entre otras por la reducción del gasto público, particularmente el social y la reducción de subsidios e incremento de precios y tarifas, privatización y cierre de empresas del sector público, desregulación de actividades económicas, privatización de la banca nacional y apertura al capital internacional, eliminación del control de cambios, apertura al comercio internacional con firma de tratados, ingreso a acuerdos y organismos internacionales en materia comercial y económica, sin apoyo a la industria nacional (Tello, 2010, p. 245), lo que en retrospectiva, ha provocado el agudo aumento de las desigualdades, la pobreza, bajas tasas de crecimiento económico y la falta de acceso a derechos humanos, particularmente los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) para las mayorías.

Este modelo económico neoliberal desdibuja al Estado y reduce su participación en la sociedad, generando un diseño institucional, que siguiendo a Cárdenas, entre otros elementos, se caracteriza por la existencia de poderes fácticos sin límites ni controles suficientes, “derechos fundamentales sin garantías plenas de realización, principalmente respecto a los derechos económicos, sociales y ambientales [...] mecanismos débiles de derecho procesal constitucional para no proteger con suficiencia los derechos fundamentales de carácter social ni los derechos colectivos [...] implantación del modelo económico neoliberal globalizador para someter al derecho y al estado nacional en su provecho.”(Cárdenas, 2017, pp. 193-194).

Implica cambios filosóficos profundos, que impactan en lo cultural, por ejemplo desde la mirada de Wendy Brown, el conocimiento se busca para el fortalecimiento y beneficio del capital en lugar de para “desarrollar las capacidades de los ciudadanos, mantener la cultura, conocer el mundo o imaginar y crear diferentes maneras de vida común” (2015, pp. 238 y 239), estos nuevos paradigmas de pensamiento y de concepción de la educación y el conocimiento se manifiestan, en consecuencia en las instituciones y normas del Estado, incluyendo la UnADM y la ausencia de oferta educativa en materia de educación artística.

II. C. Conceptualizando el Derecho a la Educación artística en México

En el marco de los DESCAs, encontramos diferentes derechos que dan pie a lo que conceptualizamos como el derecho a la educación artística, particularmente el derecho a la cultura, a los beneficios de ésta y a la educación. Por su parte el derecho a la educación, es reconocido en la Constitución en el artículo 3 que reconoce la educación con carácter obligatorio, a nivel básico, medio y superior, la que deberá ser “universal, inclusiva, pública, gratuita y laica”. (1917).

Por su parte el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 13 y 14, reconoce el derecho a la educación a todas las personas y esta “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.” (1981).

El derecho a la cultura, es reconocido en el artículo 4 constitucional, párrafo 12, de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa.” (1917).

Y dicho derecho se reconoce en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su artículo 15 inciso a), de la siguiente forma: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural”. (1981).

En ese sentido, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27, se sostiene que: “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten” (1948).

En cuanto a la normatividad nacional, el artículo 11 de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, reconoce a los habitantes el derecho a acceder a la cultura, bienes y servicios relacionados brindados por el Estado, a usar las tecnologías de la información y comunicación para ejercer sus derechos culturales; en ese orden de ideas, en el artículo 12, se manifiesta que para garantizar el ejercicio efectivo de dichos derechos, el Estado federal mexicano, en su orden municipal, local y federal, en el marco de sus respectivas competencias, está obligado a fomentar y promover:

“VIII. La educación, la formación de audiencias y la investigación artística y cultural;

IX. El aprovechamiento de la infraestructura cultural, con espacios y servicios adecuados para hacer un uso intensivo de la misma;

X. El acceso universal a la cultura para aprovechar los recursos de las tecnologías de la información y las comunicaciones, conforme a la Ley aplicable en la materia.” (2017).

De esta manera, el Estado está obligado a garantizar la educación desde el nivel básico hasta el superior en todas las disciplinas del conocimiento humano, lo que engloba carreras artísticas o relacionadas con el arte, y paralelamente a garantizar el acceso a la cultura y al ejercicio de los derechos culturales, dentro de lo que se ubica el arte en un sentido amplio, mediante la educación, entre otros medios.

Ambas obligaciones del Estado, conforme al artículo 11 fracción IX de la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, se pueden realizar desde diferentes vías, por ejemplo mediante las Tecnologías de la Información y la Comunicación, con lo que se abre la oportunidad de usar la modalidad a distancia para la garantía del derecho a la educación artística, en forma de estudios de grado o posgrado o como ejercicio de los derechos culturales mediante cursos, talleres, encuentros o seminarios.

En dicha lógica, resulta relevante delinear lo que comprende la educación artística, sobre lo que Victoria Morton plantea que es:

Un tipo de praxis social que aspira a la formación integral del educando por medio del desarrollo de competencias expresivo-creativas. Esto supone el

aprendizaje de los valores estéticos, las técnicas y los materiales propios de cada lenguaje artístico y la aplicación de dichos conocimientos al trabajo creador. (2001, p. 43)

II. D. La educación a distancia y la UnADM

II.D.1. La educación a distancia

Tras reconocer estas transiciones del sistema jurídico mexicano, resulta sustancial advertir el desarrollo que desde hace décadas han tenido otros terrenos fértiles, como es el caso del campo de la comunicación y la informática, ya que ello ha tenido un efecto directo en el ámbito educativo en sus diversas modalidades, siendo la Educación a Distancia (EAD) una de las variantes que ha reflejado en mayor manera el resultado de la incorporación de estas constantes innovaciones y su aprovechamiento ante los procesos de enseñanza y aprendizaje.

A continuación se abordan las principales características de la EAD, teniendo como referencia el listado de Noemí Wallingre, inspirado por las ideas de García Aretio:

- a) La casi permanente separación del profesor y alumno/participante en el espacio y en el tiempo, pero dando lugar también a la interacción síncrona.
- b) El estudio independiente en el que el alumno controla tiempo, espacio, determinados ritmos de estudio y, en algunos casos, itinerarios, actividades, tiempo de evaluaciones, etc.
- c) La comunicación mediada de doble vía entre profesor y estudiante y, en algunos casos, de éstos entre sí a través de diferentes recursos.
- d) El soporte de una organización/institución que planifica, diseña, produce materiales (por sí misma o por encargo), evalúa y realiza el seguimiento y motivación del proceso de aprendizaje a través de la tutoría. (2011, p. 22).

Basadas en la corriente cognitivo-constructivista, estas características han sido directriz de la modalidad educativa que se estudia en este trabajo, y esto nos permite percatarnos de las transformaciones de esquemas que pueden beneficiar la labor educativa en el futuro, ya que se reflexiona acerca de la inclusión de un modelo que constantemente está brindando nuevos

entornos de aprendizaje, y ello ha dado pie a que su aceptación en diversos niveles sea una realidad a nivel nacional e internacional.

Uno de los niveles en donde ha tenido mayor aceptación es el superior; la inclusión de esta modalidad en las ofertas educativas de diversas instituciones va en aumento reflejándose en una gran variedad de carreras, diplomados, talleres, etc. Por consiguiente y haciendo frente a esta realidad, en el siguiente apartado se aterrizará en el estudio de un caso específico que busca aprovechar estas nuevas formas de interacción para el desarrollo de procesos formativos.

II.D.2. La Universidad Abierta y a Distancia de México

Ante las crecientes tasas de rechazo y exclusión a jóvenes mexicanos en el acceso a universidades públicas de calidad y por lo tanto de derechos humanos por el gobierno federal, presidido por el ex presidente Felipe Calderón (2006-2012), bajo una corriente neoliberal, con un bajo índice de legitimidad popular y acusaciones de fraude electoral, en lugar de fortalecer el rol del Estado en la educación con una política educativa integral o aumentando, por ejemplo, los presupuestos de dichas universidades estatales de prestigio a fin de crear nuevos cupos para los miles de rechazados, el 19 de enero del 2012 creó la Universidad Abierta y a Distancia de México (UnADM), como un organismo con carácter público y gratuito, desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública (SEP), que conforme a su Objetivo General a estudiar más adelante, interpretamos que busca atender particularmente a dichos rechazados, lo que se puede entender como una política paliativa e incompleta, con algunas carencias y limitaciones a estudiar más adelante.

Esta institución ofrece actualmente: 19 carreras técnicas; 23 licenciaturas, 10 de ellas para mexicanos que residen en el extranjero; 3 posgrados y programas de educación continua, para efecto del análisis, se mencionan las licenciaturas que ofrece dicha institución: Administración de empresas turísticas, Administración y gestión pública, Gestión y administración de PyME, Seguridad pública, Desarrollo comunitario, Desarrollo de software, Logística y transporte, Tecnología ambiental, Promoción y educación para la salud, Contaduría y finanzas públicas, Derecho, Energías renovables, Enseñanza de las matemáticas, Políticas y proyectos sociales, Gestión industrial, Nutrición aplicada, Gestión territorial, Seguridad alimentaria, Biotecnología, Telemática, Mercadotecnia internacional, Matemáticas, Gerencia de servicios de salud (UnADM, 2020).

A partir de la información anterior, es notoria la completa ausencia de carreras relacionadas directamente a la educación artística, de igual forma su ausencia destaca en la falta de materias obligatorias u optativas ligadas a esa área del conocimiento en sus planes de estudio. Continuando con el análisis, es pertinente identificar las directrices de la institución, ya que compendian el sustrato filosófico bajo el que se conforma, así como sus alcances institucionales y aspiraciones:

Objetivo general: Ampliar las oportunidades y atender la demanda de educación superior en todo el país, bajo criterios y estándares de calidad e innovación permanentes, con especial atención a las regiones y grupos que por diversas razones no tienen acceso a servicios educativos escolarizados. (UnADM, 2020).

Como se mencionó anteriormente, esta institución no ofrece programas de educación artística, por lo tanto, se desvía del objetivo en el que busca atender la demanda de formación a nivel licenciatura en todo el país, respondiendo con un número limitado de carreras a solamente un sector de la comunidad estudiantil.

Si su meta se enfoca en la búsqueda de innovación permanente, esta institución acertaría en dar apertura a una nueva política incluyente y diversa, la cual destaque por incorporar carreras o materias relacionadas con el arte.

Interpretamos, de las últimas dos líneas del objetivo citado, que dicha institución busca centrar su atención en los rechazados de las universidades presenciales (aunque tengan ofertas virtuales como la UNAM) de calidad donde si se ofrecen programas en materia artística o en personas que solo encuentran en la educación virtual y particularmente en dicha institución una opción para estudiar, por lo que de no ofrecer programas en el área artística, se estaría excluyendo a los excluidos que de otra forma no podrían o difícilmente acceder a la educación en arte.

Misión: Formar profesionales del más alto nivel y en diversas áreas del conocimiento; éticos y con un sólido compromiso social hacia su comunidad; competitivos nacional e internacionalmente; con espíritu emprendedor y los conocimientos para que respondan a los avances de la ciencia y la tecnología, así como a las necesidades de desarrollo económico, político, social y cultural del país. (UnADM, 2020).

La UnADM se compromete a través de esta misión a formar el mejor perfil de egresados en múltiples áreas del conocimiento, pero cumple insuficientemente con este propósito, dado que, aunque brinda una formación en ciertas disciplinas, claramente desdibuja la formación en el ámbito artístico, por lo que no existe una verdadera diversidad en las áreas de conocimiento y se desplazan derechos que pueden ser garantizados por este ente estatal en la actualidad y para atender las necesidades del futuro.

Visión: Ser la institución líder de educación superior a distancia en los países de habla hispana, con un modelo educativo flexible e innovador y un amplio reconocimiento social, que promueva la preservación del medio ambiente, la generación de conocimiento y el desarrollo científico y tecnológico”. (UnADM, 2020).

Esta institución aún debe buscar respuestas ante la evidente falta de una oferta académica enfocada en la educación artística, deliberando junto con los actores sociales que se interesen por este debate, pero asumiendo la gran responsabilidad que tiene ya que su aspiración es ser una universidad líder en el territorio de habla hispana, por ello debe reflexionar respecto al fortalecimiento de ese liderazgo a partir de la inclusión y la diversidad formativa. La importancia pedagógica y jurídica de licenciaturas enfocadas en la educación artística es innegable, y su logro permitiría la consolidación y fortalecimiento de su liderazgo institucional y académico llevando su visión a la praxis.

II. E. Conclusiones

- a) La educación en sus diferentes modalidades, promovida por el Estado, no debe ofrecer solamente carreras que satisfagan los intereses del mercado y capital, ni responder a esos intereses, sino a las necesidades populares y desde la diversidad de disciplinas humanas, con un enfoque de derechos humanos.
- b) El acceso a la educación, particularmente en materia artística, debe ponerse en el centro del debate y de la agenda pública nacional para atenderse como una prioridad en materia de derechos humanos, desarrollo y construcción del tejido social, escuchando a todos los sectores sociales involucrados.
- c) La modalidad a distancia, particularmente en el nivel educativo superior, gana cada vez más terreno en la sociedad y aunque para algunas clases sociales puede significar una

alternativa más o complementaria a la educación universitaria presencial de calidad a la que tienen acceso, en un contexto de profundas desigualdades, como el que se vive en nuestra América Latina y en el caso estudiado de México, para las mayorías que han sido excluidas por la falta de cupo en las universidades de alto prestigio, a veces la modalidad a distancia representa la única opción de acceso a la educación.

- d) Sin embargo, conjugado con el planteamiento anterior, dicha modalidad puede ser profundamente excluyente para esas mayorías ya excluidas de otras instituciones de educación superior, frente a retos como la brecha digital, la falta de recursos económicos familiares para contratación de servicios de internet, el limitado alcance de servicios de energía eléctrica o internet en algunas comunidades rurales, la ausencia de aparatos tecnológicos adecuados, carencia de conocimientos técnicos para su uso y buen aprovechamiento, etc, por lo que se deben generar políticas públicas que fortalezcan la educación mediática, digital, el acceso a tecnologías y la cobertura al acceso a la red. En ese orden de ideas, fortalecer la educación a distancia y ampliar la cobertura de acceso a internet, no debe implicar en ninguna manera la desatención de la educación presencial, esta debe mantenerse y fomentarse paralelamente.
- e) Hay razones para considerar que la UnADM, material y tecnológicamente ya cuenta o en su caso, a través de una mayor inversión de recursos estatales, puede contar con la infraestructura y capacidad suficiente para contratar académicos que diseñen y ofrezcan propuestas educativas en materia artística, lo que es plenamente compatible y sostenible conforme a la naturaleza filosófica de sus directrices, sin embargo, a más de 8 años de su fundación, dicha institución no ofrece programas relacionados directa o indirectamente a la formación en arte.
- f) Como se ha expuesto, la UnADM, es una intuición, que en 2012 nace como una política pública de un gobierno federal neoliberal, que conforme a su Objetivo General, busca atender las necesidades educativas de la población “con especial atención a las regiones y grupos que por diversas razones no tienen acceso a servicios educativos escolarizados” (UnADM, 2020), lo que nos invita a suponer que es creada como un paliativo para dar un espacio a los excluidos de la educación presencial de universidades de alto prestigio, (en lugar de fortalecerlas y aumentar sus presupuestos) en ese orden de ideas, no ofrecer programas de educación artística a este sector social oprimido y solo ofrecer carreras que

se aproximan más a las necesidades del mercado, significaría excluir de la educación artística, ahora de forma virtual a los que ya han sido excluidos de la educación de calidad presencial, población que probablemente no podría acceder a la educación artística desde otros espacios.

- g) La UnADM se debe reformar y ofrecer educación a distancia en materia artística, de hacerlo, podría llegar a un universo mayor de estudiantes que de esa forma ejerzan y gocen plenamente sus derechos culturales y educativos.
- h) Aunque es multifactorial, existen razones sólidas y tangibles que invitan a pensar que la adopción de un modelo económico neoliberal que implica el adelgazamiento del Estado, el desdibujamiento de su rol en la vida y un cambio cultural y filosófico profundo donde la vida y la educación no se concibe si no es para el beneficio del capital, son factores altamente relevantes para comprender y explicar las causas del abandono del tema educativo en México, particularmente en materia artística, lo que se manifiesta en un diseño legal incompleto, sin garantías suficientes para el ejercicio de los derechos implicados, falta de políticas públicas a la altura de las necesidades populares y una institución con oferta limitada.
- i) Aun cuando no deja ser fundamental exigir un rol más activo en el fomento de la educación artística a las élites políticas, una regulación garantista de los derechos, así como proponer modificaciones y actualizaciones en la institución educativa analizada; es fundamental y necesario desde una mirada integral repensar críticamente el modelo económico neoliberal y buscar otras alternativas, ya que son las condiciones materiales y económicas las que brindan los recursos para hacer sostenibles los derechos humanos.
- j) Con lo planteado, se desnuda una parte de las profundas y aún poco analizadas contradicciones entre El Estado Constitucional, los DESCA y el modelo económico neoliberal; de no encontrar una salida modélica, teórica y paradigmática en materia económica de forma alternativa, se corre el agudo riesgo de que la ciudadanía viva excluida y relegada del universo de los derechos.
- k) Finalmente, la presente investigación, representa un primer avance inacabado, que busca brindar herramientas y parámetros de análisis de un fenómeno profundo y altamente complejo, como la educación a distancia en materia artística, en un mundo de derechos en el que muchos se quedan en el papel por la adopción de un modelo que limita y erosiona

al Estado, lo que siembra nuevas hipótesis por refutar o confirmar y un amplio y oscuro horizonte de interrogantes por iluminar con el fulgor de los derechos, la dignidad y la profundamente necesaria transformación de paradigmas.

III. FUENTES DE INFORMACIÓN

Brown, W. (2015). *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*. Barcelona: malpaso ediciones.

Cárdenas, J. (2017). *Del estado absoluto al estado neoliberal*, México: UNAM-IIIJ.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 3. 1917.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 4. 1917.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 27. Firmada por México el 10 de diciembre de 1948.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2018). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Galindo, R. (2014, 22 de junio). *Primeros egresados de la Unadm, a 5 años: ¿logro o fracaso educativo?* Contralinea. <https://www.contralinea.codm.mx/archivo-revista/2014/06/22/primeros-egresados-de-la-unadm-5-anos-logro-fracaso-eucativo/>

Galindo, R. (2013, 28 de octubre). *Unadm: el fraude educativo del calderonismo*. Contralinea. https://www.contralinea.com.mx/archivo-revista/2013/01/13/unadm-el-fraude-educativo-del-calderonismo/?fbclid=IwAR3X49v4UJS4doICAzNrybUtzMWTC-7yYNia44uiYLjUj_imNHtH5X-bz_c

Jurisprudencia P./J. 20/2014, *publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, tomo 1, abril-2014, p. 202*.

Ley General de Cultura y Derechos Culturales. Art. 11 y 12. 19 de junio de 2017.

Martínez, I. (2018). “ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN AMÉRICA LATINA, REDISEÑO Y DEMOCRACIA”. En: *Derecho Administrativo para el siglo XXI. Hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Forum.

Morton, V. (2001). *Una aproximación a la educación artística en la escuela*. México: editorial UPN.

OCDE. (2005). *Educación para adultos más allá de la retórica*. OCDE; Ministerio de Educación de España; Fondo de Cultura Económica.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículos 13, 14 y 15. Ratificado por México el 23 de marzo de 1981.

Salazar, P. (2011). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica.

Tello, C. e Ibarra, J. (2015). *La revolución de los ricos*, México: UNAM, Facultad de Economía.

Tello, C. (2010). *Sobre la desigualdad en México*, México: UNAM, Facultad de Economía.

Universidad Abierta y a Distancia de México (2020, 4 de agosto). *Conócenos misión, visión y objetivo*. UnADM. <https://www.unadmexico.mx/index.php/2015-09-09-22-32-08/mision-vision-y-objetivo>

Universidad Abierta y a Distancia de México (2020, 4 de agosto). *Oferta educativa Licenciaturas*. UnADM. <https://www.unadmexico.mx/index.php/oferta-educativa/licenciaturas>

Eje *Derecho de las* *Familias*

Coordina: Carolina Videtta

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Ignacio Josué Arrossagaray - Facultad de Derecho (UBA)

arrossagaray875@est.derecho.uba.ar

Estudiante de grado

Proyecto UBACyT “La mediación transfronteriza como mecanismo idóneo de solución de las controversias en asuntos de familia, en particular en los casos de restitución internacional de niños”

Directora Dra. Luciana Beatriz Scotti.

Eje temático “Derecho de las Familias”

LA MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA EN LOS CASOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS ATRAVESADOS POR CUESTIONES PENALES

MEDIACIÓN – RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS/AS – DELITO DE SUSTRACCIÓN -
VIOLENCIA DE GÉNERO.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigor del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980), los procesos de restitución transfronteriza han evidenciado serias demoras que dificultan el retorno rápido y seguro del niño trasladado a su país de origen. Por este motivo, en los últimos tiempos, diversas organizaciones han propugnado la implementación de la mediación como una alternativa idónea para eludir la lenta gestión burocrática de los mecanismos jurisdiccionales y así agilizar los procedimientos.

Sin embargo, su propuesta se enfrenta con un serio inconveniente: el empleo de este método alternativo de resolución de conflictos (en adelante, “MARC”) ha sido objetado cuando las cuestiones penales entran en juego. En particular, este cuestionamiento adquiere especial importancia en los casos de sustracción internacional, debido a que en la mayoría de ellos, se atribuye la comisión de un delito a alguno de los progenitores involucrados.

En este contexto, nos proponemos emprender un análisis de la prohibición que problematice su razonabilidad en función del impacto que tiene en estos supuestos. Con esta meta, en lo sucesivo, intentaremos exhibir algunas aristas relevantes de los procesos de sustracción transfronteriza atravesados por cuestiones penales que nos permitirán advertir tanto

los beneficios como las desventajas que conlleva la interdicción de mecanismos autocompositivos.

II. LA VIABILIDAD DE LA MEDIACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Dada la frecuencia con que las acusaciones de violencia doméstica son introducidas en los casos de sustracción transfronteriza, es claro que no podría realizarse un análisis exhaustivo del asunto sin tomar esta problemática en cuenta. Por este motivo, corresponde analizar el modo en que este factor incidirá en la posibilidad de recurrir a métodos alternativos para encontrar una solución definitiva al litigio.

Al respecto, es necesario indicar que históricamente, la legislación de muchos países ha vedado la posibilidad de recurrir a la mediación para poner fin a estos conflictos. En un principio, la prohibición apuntó a asegurar que estos casos se dilucidarían exclusivamente ante los órganos jurisdiccionales, ya que, de este modo, se eliminarían las prácticas culturales que tendían a invisibilizar la violencia contra el género femenino. Sin embargo, los cambios experimentados por las sociedades en los últimos años han intentado modificar esta óptica. Así, se ha buscado superar las antiguas políticas paternalistas que privaban a las mujeres del derecho a decidir para avanzar hacia nuevas legislaciones sustentadas en el empoderamiento.

Desde una perspectiva basada en la autonomía, se ha considerado esencial que el sistema brinde a las víctimas la oportunidad de conocer todas sus opciones para decidir cuál de todas ellas satisface mejor sus intereses. De este modo, se pretende evitar que el aparato estatal imponga una solución única a las damnificadas, incluso en los casos en que ellas no presten su consentimiento. En contraposición, se espera que los entes gubernamentales brinden una respuesta personalizada que resulte lo más satisfactoria para sus necesidades en función de las particularidades que presente cada caso.¹

Precisamente por estas razones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas estableció en su “Recomendación General N°35 sobre la Violencia por Razón de Género contra la Mujer” que constituía una obligación de los Estados: *“Velar por que la violencia por razón de género contra la mujer no se remita **obligatoriamente** a ningún tipo de procedimiento alternativo de arreglo de controversias, como la mediación y la conciliación. El uso de esos procedimientos debe regularse estrictamente y permitirse únicamente cuando una evaluación anterior por parte de un equipo especializado garantice el consentimiento libre e informado de las víctimas y supervivientes y no existan indicadores de*

¹ Para un análisis en profundidad, ver Goodmark, Leigh, “Autonomy feminism: an anti-essentialist critique of mandatory intervention in domestic violence cases”, FLORIDA STATE UNIVERSITY LAW REVIEW, n° 37, 2009.

*nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares. Los procedimientos **deberían empoderar** a las víctimas y supervivientes y correr a cargo de profesionales especialmente capacitados para comprender e intervenir debidamente en los casos de violencia por razón de género contra la mujer, garantizando la protección adecuada de los derechos de las mujeres y los niños y que dichas intervenciones se realicen sin una fijación de estereotipos ni revictimización de las mujeres. Los procedimientos alternativos de arreglo de controversias no deberían constituir un obstáculo para el acceso de las mujeres a la justicia formal”.*²

A partir de la opinión del Comité, puede afirmarse que la mediación constituye una posibilidad válida de abordaje del conflicto en las condiciones propicias, por lo que no debe descartársela sin antes analizar cada caso con detenimiento. Es por esto que a nuestro juicio, los casos de sustracción internacional de niños podrían ser resueltos a través de métodos autocompositivos, ya que existen particularidades en ellos que impiden asemejarlos a otro tipo de supuestos en que se configuren episodios de violencia.

En efecto, los procesos de restitución solo tienen por objeto asegurar el regreso del joven a su país de origen, pero no persiguen un pronunciamiento definitivo acerca de qué progenitor debe convivir con el niño o cómo deben resolverse otras problemáticas familiares en juego. Las restantes controversias que pudieren suscitarse entre las partes –en principio– siempre exceden el marco de actuación que deben asumir los Estados en este tipo de procedimientos. Por ende, el acuerdo al que se arribe en la mediación podría ceñirse simplemente a decidir sobre el retorno seguro del niño, dejando de lado los demás puntos de conflicto.

Por lo demás, existe la posibilidad de que la proscripción tajante del uso de los MARC en este tipo de supuestos haya quedado desactualizada frente a los nuevos patrones culturales que se han desarrollado recientemente. En rigor, la prohibición de mediar parte de un posicionamiento sociológico del objeto de estudio, que necesariamente mutará a medida que las sociedades evolucionen. De ahí que resulte indispensable analizar cada caso concreto para alcanzar una solución adecuada que tome en consideración las marcadas diferencias culturales que existen entre las naciones junto con los frenéticos cambios sociales que se han sucedido en las últimas décadas.

Ergo, entendemos que la visión sustentada en el empoderamiento que se ha desarrollado recientemente se encuentra en las antípodas de la postura según la cual las víctimas de violencia pierden su capacidad de evaluar y decidir libremente. Antes que prejuzgar, el tipo de

² El resaltado nos pertenece.

controversias en análisis demanda adaptarse a los nuevos tiempos con el propósito de resguardar el interés superior del niño y de sus progenitores en todos los supuestos.

III. EL ROL CENTRAL DE LOS ESTADOS

Por otro lado, corresponde mencionar el rol crucial que en estos casos cumplen las políticas de los Estados intervinientes, debido a que -en definitiva- este factor determinará la viabilidad de las alternativas conciliatorias que podrán operar en resguardo del niño. A este fin, nos referiremos al papel que adoptan los gobiernos en la criminalización de los casos, para luego proseguir en el estudio de su incidencia en la viabilidad del proceso de mediación, así como en el cumplimiento voluntario de los acuerdos.

III. A. La criminalización de los casos

Es ineludible abordar en primer lugar la política de persecución criminal adoptada por los países que se involucren en la controversia, ya que en supuestos de traslado internacional como los analizados, conferir amplias facultades de negociación a los funcionarios a cargo de impulsar la acción penal posibilitaría poner fin al proceso de forma consensuada. Al margen de que esta política se conformaría con las tendencias recientes en materia penal que buscan la autocomposición de los conflictos³, lo cierto es que también crearía incentivos en las partes para conseguir el retorno del niño a su centro de vida o el diseño de un régimen de coparentalidad basado en el acuerdo.

De este modo, los procesos de mediación pueden constituir un mecanismo idóneo para desarticular supuestos de sustracción que se prolongan en el tiempo a raíz de las investigaciones penales iniciadas contra el progenitor sustractor en el país de origen⁴. De lo contrario, se estaría colocando a este último frente a una disyuntiva que en ningún caso aumentaría las posibilidades de un regreso seguro.

En efecto, si este permitiese el retorno del niño, sus posibilidades de contacto con él se verían ampliamente limitadas debido a que no podría ingresar a su país de origen en lo sucesivo sin correr el riesgo de ser detenido y perder contacto con su hijo de forma definitiva. Pero si -en cambio- optase por perpetuar la situación de traslado ilícito con el objeto de mantener su vínculo con el joven, expondría al niño a una perniciosa situación de desarraigo que

³ Con este objetivo, estas corrientes intentan ubicar al ejercicio del poder punitivo como última *ratio* en el marco de un derecho penal mínimo.

⁴ Alanen, Julia, "When human rights conflict: mediating international parental kidnapping disputes involving the domestic violence defense", *INTER-AMERICAN LAW REVIEW*, n° 40, p. 52.

obstaculizaría su relación con el progenitor que reclama su retorno. En ninguno de estos casos nos hallaríamos frente a panoramas beneficiosos.

Por otro lado, no puede perderse de vista que los procesos de extradición que pudieren iniciarse en el país en el que el niño es retenido tampoco brindan un marco apropiado de tratamiento del conflicto. Por el contrario, en esta hipótesis, el progenitor sustractor podría verse incentivado a modificar nuevamente el centro de vida del niño, con las consiguientes secuelas que esto acarrearía en la psiquis de un sujeto en desarrollo. Por este motivo, la posibilidad de mediar una solución basada en el consenso podría prevenir la adopción de medidas unilaterales que aumenten el riesgo al cual se encuentra expuesto el niño⁵.

Como corolario de lo antedicho, no caben dudas de que lejos de asegurar el bienestar del joven, la criminalización de los casos de secuestro transfronterizo pone el acento en factores que no toman su interés superior como directriz central en el abordaje del conflicto. En este contexto, la mediación solo podrá constituir el ámbito propicio para tratar la cuestión si los Estados intervinientes brindan la asistencia necesaria para remover este obstáculo del escenario. Así, la cooperación entre las autoridades de los países involucrados resultará indispensable para garantizar que los procesos penales no frustren la implementación de un acuerdo⁶; en especial, cuando el impulso de la persecución criminal depende íntegramente de entes gubernamentales, como sucede en determinados sistemas jurídicos⁷.

En síntesis, es necesaria una reformulación de la política criminal de las naciones intervinientes para que la postura que asuman los Estados responda más fielmente al objetivo primordial en el proceso: obtener una solución armónica que atempere los efectos nocivos que el traslado ilícito genera tanto en los progenitores como en el niño.

III. B. El papel de los aparatos estatales en el proceso de mediación

En segundo lugar, es necesario poner de relieve que a diferencia de otros supuestos, los Estados deberán adoptar un rol imprescindible en la mediación de este tipo de casos. Esto responde a que la presencia de cuestiones penales inevitablemente complejizará la controversia desde varios aspectos que harán indispensable la existencia de recursos y asistencia profesional especializada. Solo de este modo podrá determinarse seriamente si los MARC resultan

⁵ Ibid., p. 52.

⁶ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, “Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Mediación”, punto 88, pp. 37/38.

⁷ Ibid., punto 86, p. 37.

aplicables a la controversia y si están dadas las condiciones para que el procedimiento se desenvuelva regularmente.

Como primera aproximación a este punto, es prioritario señalar que en los casos de violencia, deberán evitarse las generalizaciones a la hora de tratar la disputa⁸. En efecto, antes de someter el caso a mediación, se considera importante que se realicen diagnósticos previos de la situación para evaluar si ésta es apta para ser abordada por esta vía o si -en rigor- esto no es factible.

Esto obedece a que “la mediación no debe poner en riesgo ni la vida ni la seguridad de ninguna persona, en particular, la de la víctima de violencia doméstica”. Por lo tanto, en un caso de este tipo, el procedimiento deberá ser llevado adelante por “mediadores con experiencia especialmente formados para mediar en tales circunstancias”⁹. Paralelamente, deberá procurarse que los encuentros se den en condiciones óptimas que impidan que el posible acuerdo se vea afectado por poderes de negociación desiguales¹⁰.

En este orden de ideas, se ha sostenido que la mediación no debe involucrar necesariamente sesiones presenciales, sino que pueden emplearse otros mecanismos como teleconferencias para prevenir posibles riesgos en caso de ser necesario¹¹. A su vez, puede recurrirse a la mediación indirecta, en la cual las reuniones serán realizadas por el mediador de forma separada con cada una de las partes¹². Pero en todos los casos, la cooperación de las autoridades estatales será vital para proveer recursos que posibiliten evaluar el caso con precisión y así resguardar el bienestar de los intervinientes al mismo tiempo.

Por último, el respaldo gubernamental también resultará indispensable con posterioridad al proceso de mediación, dado que incluso en los casos en que se alcance un acuerdo, se requerirá un trabajo interdisciplinario ulterior que contemple la derivación a distintas instituciones¹³ capaces de garantizar que el niño regrese a un ambiente seguro, donde no sea puesto en peligro.

III. C. El respaldo institucional en el cumplimiento voluntario de los acuerdos

Otro aspecto medular de la problemática radicará en los inconvenientes que suelen suscitarse en la etapa de ejecución de las órdenes de restitución. Si bien el procedimiento

⁸ Ríos, Juan Pablo y García Gilardoni, Virginia E., “Mediación y violencia familiar”, THOMSON REUTERS, cita online AR/DOC/4426/2016, p. 6.

⁹ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, ob. cit., p. 82.

¹⁰ Ibid., p. 84.

¹¹ Ibid., p. 80.

¹² Ibid., p. 83.

¹³ Ríos, Juan Pablo y García Gilardoni, Virginia E., ob. cit., p. 6.

consagrado en los instrumentos internacionales no debería dar a lugar a mayores demoras una vez adoptada la decisión de retorno, la realidad ha demostrado lo contrario: el regreso de los niños sustraídos suele experimentar complicaciones sobrevivientes aun cuando ya existe una sentencia judicial que dispone su restitución.¹⁴

En este escenario, los métodos alternativos de resolución de conflictos introducen otro beneficio que adquiere especial importancia en estos casos, ya que los acuerdos alcanzados se cumplen voluntariamente en la mayoría de las oportunidades. En consecuencia, la búsqueda de consensos que suplan la decisión jurisdiccional probablemente traerá aparejado el cumplimiento voluntario del acuerdo, disminuirá las consecuencias psicológicas de las partes y preservará el funcionamiento y estabilidad del grupo familiar¹⁵. Esta característica no solo se traducirá en una ventaja para los Estados que se verán relevados de destinar cuantiosos recursos a litigios de alta complejidad, sino que también significará una disminución en los niveles de conflictividad que deben atravesar las familias para solucionar la controversia.

Sin embargo, lo expuesto no implica que el papel de las naciones pase a un segundo plano en el abordaje del conflicto. Por el contrario, las investigaciones llevadas a cabo por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado permiten concluir que el cumplimiento voluntario de los acuerdos se encuentra asociado al rol que asumen los Estados, porque -en verdad- existe una tendencia a desobedecer los convenios alcanzados cuando estos no son exigibles o no se cuenta con el respaldo de instituciones que realicen un seguimiento del caso.¹⁶ Esto resulta particularmente aplicable en los supuestos en que hayan sido denunciados episodios de violencia en el país de residencia habitual, debido a que la nación de origen deberá encontrarse en condiciones de garantizar que entes especializados puedan actuar si el pacto es infringido por cualquiera de las partes.

Por todos estos motivos, puede afirmarse que el respaldo y la validación gubernamental constituyen un eje central en la implementación de políticas que propugnen la autocomposición de este tipo de disputas, porque solo de este modo será posible otorgar verdadera eficacia a los acuerdos que logren agilizar el proceso de retorno del niño.

IV. CONCLUSIÓN

¹⁴ Rubaja, Nieve, “La estabilidad del niño y de los vínculos de sus progenitores luego de emitida la orden de restitución. Recursos judiciales disponibles”, XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO FAMILIAR “LAS FAMILIAS Y LOS DESAFÍOS SOCIALES”, Mar del Plata, octubre de 2012.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

A partir de los aspectos del fenómeno desarrollados, hemos intentado demostrar que la mediación podría traer aparejadas grandes ventajas susceptibles de brindar una solución expedita y capaz de mitigar tanto los padecimientos del niño como los de sus progenitores en los casos de restitución transfronteriza. En efecto, de reunirse las condiciones necesarias, este mecanismo de resolución de controversias otorgaría a los actores la posibilidad de llegar a un acuerdo que proteja al niño sustraído y al mismo tiempo, diseñe un régimen de coparentalidad basado en el consenso.¹⁷

Pero más allá de los beneficios descritos, no puede perderse de vista otro punto central. La mediación puede convertirse en la única alternativa para resolver la controversia cuando el Estado al que el niño es trasladado carece de mecanismos diplomáticos o legales idóneos para tratar este tipo de asuntos, no cumple con las obligaciones asumidas en tratados internacionales en la materia o se encuentra desprovisto de instituciones sólidas destinadas a abordar supuestos de violencia infantil o de género. En este marco, la autocomposición del conflicto se presenta como la única herramienta que podría asegurar el bienestar y seguridad del niño, así como su retorno en condiciones adecuadas a su centro de vida.¹⁸

Es por esto que -a nuestro entender- la tensión que se genera entre los derechos del niño trasladado, el progenitor que reclama su regreso y aquel que lo ha sustraído dota al caso de particularidades que ameritan ponderar la posibilidad de acudir a MARC. De este modo, creemos que será factible dar el puntapié inicial para derogar prohibiciones tajantes y admitir soluciones más acordes a la problemática que contemplen los derechos de todos los sujetos intervinientes, con especial énfasis en el interés superior del niño. Como se ha expuesto, las peculiaridades de los casos de sustracción internacional complejizan la disputa y demandan respuestas innovadoras que se adapten específicamente a la tríada de intereses en juego.

¹⁷ Alanen, Julia, ob. cit., p. 52.

¹⁸ Ibid.

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Mariana Paola Cendoya – Facultad de Derecho (UNT)

Abogada Especialista

Eje temático “Derecho de las Familias”

CONSTRUYENDO UN PUENTE A LA DIVERSIDAD FAMILIAR

SOCIOAFECTIVIDAD- LÍMITE FILIAL – IGUALDAD – IDENTIDAD

“La familia no es una comunidad encerrada en sí misma: dada su entidad independiente, establece comunicación con otras células sociales; el hogar no solamente es un “interior” en el cual se confina la pareja, es también la expresión de su nivel de vida, de su fortuna, de su gusto: debe ser mostrado a los ojos de terceros”.

Simone de Beauvoir¹

I. PRELIMINARES

En los tiempos que transcurren, comenzaron a surgir –o simplemente a mostrarse-, otras formas de ser familia, rompiendo con aquel modelo de la familia tradicional, heterosexual y matrimonial que se impuso por muchas décadas como el modelo “correcto” a seguir. Dentro de este relato, nos preguntamos si lo diverso, como categoría de lo variado y lo distinto, tiene lugar al momento de repensar a la familia argentina, lejos de sesgos morales y otras subjetividades que la tiñeron por un largo de tiempo. Se trataron de tiempos en los que la familia de manera necesaria debía encajar dentro de parámetros y estructuras duras, tanto desde lo social; como para su reconocimiento en el ámbito del derecho y, el consecuente goce de prerrogativas fundamentales.

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, que hoy viene a calar hondo en la forma de vivir el derecho, las instituciones, los vínculos sociales y personales, en esta materia, debemos traer a colación los distintos instrumentos internacionales que tratan y desmenuzan la idea de familia desde una mirada humanitaria. En esta línea, el Preámbulo de la Convención de los

¹ De Beauvoir, Simone, El segundo sexo, 16° ed., Debolsillo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, pág. 514.

Derechos del Niño –en adelante CDN-, se refiere a la familia como aquel “*grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de lxs niñxs (...). Reconociendo que el niñx², para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos –DUDH-, consagra que “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia (...). La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*” –Art. 16.1, 16.2.-. En esta línea, continua el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP-, concibiendo que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*” –Art. 24. 1.-; reconociendo además el derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia, poniendo como único requisito la edad hábil –Art. 24.2.-.

A toda esta batería supra legal, se suma la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer –CEDAW-, resaltando en su Preámbulo el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, como así también la importancia social de la maternidad y la función de los padres dentro del ámbito familiar.

En esta línea, se desprende que existe un concepto amplio y abierto de familia, constituyendo un derecho fundamental el de formar una, considerándola como la célula madre y fundante de una sociedad –ahí es donde radica una de sus notas características-, destinada a brindar bienestar a cada uno de sus integrantes, sobre todo a lxs niñxs. Esta idea se prioriza tanto en la niñez, la adolescencia y la familia; las que son consideradas vulnerables per se, entendido este término como se expresa M. Córdoba, quien citando a Fulchiron enseña que “*vulnerabilidad*” se refiere a la idea de la fragilidad y debilidad, que exige protección, cuidado y atención³.

² El uso de la “x” en el presente, responde a la promoción en la utilización no sexista del lenguaje, haciendo eco de la Resolución 14.1 aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, en su 24ª reunión, apartado 1 del párrafo 2 (1987) invita al Director General, en el apartado 1) del párrafo 2): establece “adoptar, en la redacción de todos los documentos de trabajo de la Organización, una política encaminada a evitar, en la medida de lo posible, el empleo de términos que se refieren explícita o implícitamente a un solo sexo, salvo si se trata de medidas positivas en favor de la mujer”.

³ Córdoba, Marcos M., Tratado de la Familia, Tomo II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, Año 2020, pág.

Esta idea se reforzó a partir del caso “Fornerón e hija vs. Argentina⁴”; donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que en la Convención Americana de Derechos Humanos no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo de la misma. Estableciendo que el término «familiares» debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano, por cuanto la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de los NNyA.

Reforzando lo anterior, la Corte sostuvo en el precedente “Atala Riffo y niñas vs. Chile⁵” que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del NNA.

En efecto, ante este panorama se impone la pregunta ¿cuál es la mirada que hoy se tiene desde lo jurídico y social con respecto a lo familiar? ¿Existe mayor aceptación o solo resignación de las distintas formas de ser familia que van surgiendo?, ¿la protección es homogénea o se presenta en distintas tonalidades?, ¿en el ámbito familiar “tres son multitud” ?; estos y otros cuestionamientos nos acompañan al momento de volver nuestra atención a las familias de nuestro territorio, donde voy adelantando con este plural; que la diversidad y la democracia se acoplaron a la institución familiar y vinieron para quedarse. Estas ideas responden a la recepción y el abrazo de los derechos y libertades fundamentales, el feminismo con su fuerte cuestionamiento de la posición de la mujer en la sociedad y dentro de la familia y la desconstrucción del binario del sexo, del género, de las relaciones y de los roles⁶.

II. LA PLURIPARENTALIDAD: CONTRACARA DEL PRINCIPIO FILIAL BINARIO. INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 558 DEL CCYCN.

Partimos de la idea que el Sistema Jurídico en materia de filiación se encuentra edificado bajo la premisa de un límite legal de vínculos filiales de hasta dos. Desde este plano, a partir de la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación nos debemos preguntar

⁴ Corte IDH, 27-4-2012, caso «Fornerón e hija vs. Argentina», pág. 98.

⁵ Corte IDH, 24-2-2012, caso «Atala Riffo y niñas vs. Chile», p. 99.

⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída –Molina de Juan, Mariel F., Paradigmas y Desafíos del Derecho de las Familias y de la Niñez y Adolescencia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Año 2019, Pág. 148.

qué ha sucedido con el Artículo 558 hasta la fecha, puntualmente con su última parte, que dispone en el carácter de prohibición que: *“Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”*.

Teniendo en cuenta la actividad jurisprudencial de todo el territorio argentino, distintos tribunales se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad y la anti convencionalidad del mencionado, en razón de haberlo encontrado conforme a los casos concretos presentados, contrario a las disposiciones que conforman el bloque constitucional; es decir Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y nuestra Constitución Nacional, como ley suprema de nuestro ordenamiento jurídico positivo.

En este sentido, el control de constitucionalidad tiene la clara finalidad de verificar si determinadas normas o determinados actos guardan congruencia con la Constitución, pudiendo, llegado el caso, a declarar la invalidez de aquellos que se encuentren en pugna con ella, asegurando de tal modo, el imperio o supremacía constitucional⁷. Desde esta mirada, el Art. 558 de la CCyCN no ha podido resistir a los diversos procesos de control que ha sido sometido, deviniendo su declaración reiterativa en inconstitucional.

Por lo que, tales decisiones de la Judicatura, pone en jaque el límite legal sobre la cantidad de vínculos filiatorios con los que puede contar una persona, haciéndonos reflexionar que claramente dicha norma se pensó –posiblemente–; desde aquel modelo de familia hetero, tradicional y cimentada de manera inexorable entre dos personas, por lo general mamá y papá. Fueron estas resistencias las que mejor explican la necesidad de mantener la regla del doble vínculo filial, las cuales pueden resumirse en el apego a lo genético como fuente constitutiva de vínculos filiales causado por el quiebre del paradigma que significaba la incorporación de las TRHA como fuente filial, la cual debía encuadrarse dentro del modelo heteronormativo⁸.

Ahora bien, los cuestionamientos que sufrió el Art. 558, nos obliga a repensarlo a partir de la recepción del derecho humano a formar una familia en condiciones de igualdad y de libertad, que se presenta no solo como un derecho fundamental sino, además uno de los derechos que más ha evolucionado y sigue evolucionando, generando avances y reconocimientos, implicando el

⁷ Hocsmán, Heriberto S., El Control de Constitucionalidad Argentino. Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. La Importancia del control de constitucionalidad, http://www.justiniano.com/revista_doctrina/control_constitucionalidad.htm.

⁸ Galperin, Gabriel N., “Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura. Primera parte”, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/09/17/repensar-la-familia-pluriparental-desde-el-ejercicio-de-la-magistratura-primera-parte/>.

acceso democrático e igualitario a este derecho por toda persona⁹. Esta prerrogativa universal, hoy presenta diversas fisonomías, adoptando distintos rostros y cuerpos, mostrándonos que lo tradicional se abandona, para dar lugar a lo moderno, donde a las familias se le reconoce no solo su derecho de ser y formarse, sino además de auto determinarse dentro del marco de las libertades reconocidas por ley y receptadas por el conocido Principio de Reserva del Art. 19 de nuestra Carta Magna; como garantía legal que asegura una zona de libertad que no puede ser reducida por ley.

En efecto, ante la crisis de la norma que impone la imposibilidad de reconocer a aquellas familias donde más de dos adultos ocupen el rol de madres/padres, es decir aquellas que se estructura sobre sistemas de crianzas llevados a cabo por co-madres/co-padres; adicionándose una tercera figura –por lo general-; denotándose esta pluralidad de personas que ejercen de manera simultánea o alterna la ma-paternidad.

Este cambio de paradigma, obligó la interposición de planteos ante la Justicia por parte de co-madres/co-padres; quienes conforme a su realidad y dinámica, quedaban fuera de la ley, sin la posibilidad de que sean abrazadxs y contempladxs por el derecho, repercutiendo negativamente en el Derecho a la Identidad de los lxs hijxs; desde la mirada de que pudieran ser parte de un núcleo familiar particular y distinto a lo tradicional, negándoles la posibilidad de que su historia sea contada de manera completa y aceptada como tal.

Se afirma entonces, que la Parentalidad se trata de construcciones, transformaciones y permanencias a través de las cuales se deviene padre o madre desde el punto de vista psíquico.

Estas funciones no se corresponden con el sexo biológico (madre/padre) ni implica ubicarlas en dos personas, cada función por separado. Estas pueden ser alternadas, compartidas o fijas entre las personas a cargo de la crianza¹⁰.

Motivo por el cual, el “ahijamiento” no se trata de un vínculo que nace de manera necesaria desde la paternidad o filiación biológica, o mediante el uso de Técnicas Humanas de Reproducción Asistida –TRHA-, sino de una capacidad humana que se desarrolla a partir del amor, mostrándonos hoy que claramente es la base de la vinculación parental. Entonces, si las personas en los súper y legítimos derechos fundamentales que le asisten, desde el afecto

⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aida –Molina de Juan, Mariel F., op. cit. P. 147.

¹⁰Paolicchi, Graciela; Bozalla, Lucía; Sorgen, Eugenia; Bosoer, Eliana; Núñez, Ana; Maffezzoli, Mabel; Botana, Hilda; Pereyra Bentivoglio, Cecilia; Metz, Miriam, “Parentalidad y constitución subjetiva”, Investigaciones en psicología, Facultad de Psicología – UBA, 2017, pág. 59.

conforman familias más allá de los cánones sociales y jurídicos, resulta imperioso que el derecho las reconozca en igualdad de condiciones. Traduciéndose en una realidad que nos demuestra que estamos ante una nueva fuente filial a partir del afecto; como causa motora de la institución familiar y del vínculo parental.

III. MÁS ALLÁ DE LA LEGALIDAD Y MÁS CERCA DE LA SOCIOAFECTIVIDAD

Ante este panorama, el cuestionamiento del límite de los vínculos filiales forma parte de un amplio abanico de posibilidades, ilustrándonos desde aquellos supuestos de empleo de las TRHA, habiéndose considerado en un primer momento que las mismas monopolizaron la pluriparentalidad, como categoría permisible solo a esta fuente filial, apareciendo hoy también en vínculos que nacen de lo biológico, de la adopción y de lo socioafectivo.

Estas características comunes permiten observar que las familias pluriparentales se caracterizan por la primacía de la voluntad y el afecto; conceptos de índole fáctico que encuentran cauce jurídico en las ideas de voluntad procreacional y socioafectividad. La primera refiere al acto volitivo, decisional y autónomo encaminado por el deseo de ser progenitor, causa fuente de la filiación por TRHA, mientras que la segunda alude a la conjunción de lo social y lo afectivo, la cual emerge de la libre voluntad de asumir las funciones parentales¹¹.

Si bien el afecto siempre existió en las relaciones humanas, nunca fue un elemento determinante para el derecho como si lo fue la consanguinidad, pues en definitiva estamos en presencia de relaciones humanas que varían en cada situación en particular¹². Como señala Aida Kemelmajer de Carlucci, *“el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos...”*¹³.

¹¹ Silva, Sabrina Anabel, “Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida “monopolizan” la pluriparentalidad?”, Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 30 - 11.07.2017, <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/07/Sabrina-Anabel-Silva-Civil-Bioetica-y-Derechos-Humanos-11.07.2017.pdf>.

¹² Vittola, Leonardo R., “La noción de la socioafectividad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro. 42 - 16.10.2018.

¹³ Aida Kemelmajer de Carlucci, Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014, Revista Jurídica La Ley, 8 de octubre de 2014, p. 9. LL, 2014, AR/DOC/3592/2014.

Ahora bien, ¿qué entendemos entonces por socioafectividad? Podríamos referirnos como aquella conjunción de dos elementos: lo social y lo afectivo; “...cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos...”¹⁴. Esta denominación se la debemos al derecho brasileiro¹⁵ que viene trabajando sobre ello hace ya bastante tiempo, principalmente, poniendo en crisis el derecho filial en base al componente afectivo, pero luego extendiéndose a otros ámbitos.

Desde esta mirada, reciente jurisprudencia reconoció y extendió a la socioafectividad como elemento fundante de un vínculo filial, en un caso que se expuso ante la justicia tucumana; donde se presentó la historia y vida de una niña llamada Juli y se le reconoció la co-paternidad, entre el padre biológico y el que se insertó a su vida, ejerciendo actos de crianza y habiéndola emplazado en el estado de hija. En este sentido, se estipuló que: “*Esto comprende y se relaciona directamente con la identificación y el reconocimiento afectivo que tiene Juli con ambos padres. Con ellos la une el afecto, además del lazo legal con uno y el lazo biológico con el otro. Concretamente en esta historia, Juli vive y disfruta de dos padres (...). Esa y no otra, es su realidad, su identidad familiar y la construcción de su vida cotidiana. Situación que tanto la sociedad como el Estado deben respetar y abstenerse de cualquier intromisión en su proyecto de vida personal y familiar (CDN, Artículo 8:1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.)*”¹⁶.

En esta línea, con la intención puesta en darle un lugar jurídico al afecto y al amor, como la base para construir un vínculo parental dentro del ámbito filial originado a raíz de la institución de la adopción; se ha reconocido la historia de la niña M. –como ella prefería ser llamada–; de ser adoptadas por sus dos padres. Así se presentó a la justicia cordobesa una familia entrelazada por el afecto, como elemento primordial y gestante. En esta oportunidad, se reconoció que: “*Ha sido la evolución del vínculo y la integración familiar palpable en los hechos, en el plano factico, lo que me ha permitido vislumbrar, que esa relación se visualiza afianzada, desarrollándose con naturalidad y espontaneidad, observándose a nivel manifiesto el conocimiento recíproco entre*

¹⁴ Vittola, Leonardo R., op. cit. p. 2.

¹⁵ “A.N. c/ F.G.”, Superior Tribunal Federal, Brasil, 21/9/2016, disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>, compulsado el 1/05/2017.

¹⁶ “L.F.F. C/ S.C.O. S/ FILIACIÓN. EXPTE. N° 659/17 – Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, 07/02/2020.

todos los involucrados: los Sres. F.V. – F., ocupan un lugar de figuras parentales protectoras, lo que favorece la sensación de seguridad de la niña M. (...)”. Continuando, entendiendo que “*La Parentalidad y la filiación se trata de construcciones y dentro de la realidad observable nos encontramos con la monoparentalidad, coparentalidad o pluriparentalidad (...). M. tiene el derecho de ser tratada de igual manera ante la ley y su realidad tiene reconocimiento en la legislación nacional y en nuestra Constitución (arts. 1 y 2 C.A.D.H., arts. 2 y 4 de la C.D.N., arts. 16, 19 y 75 inc. 22 de la C.N.)*”¹⁷”.

Resulta claro ante novedosos precedentes, que la sociedad evoluciona y se van delineando distintas situaciones de las que surgen diversos modelos familiares, siendo hoy la pluriparentalidad un verdadero desafío para el Derecho de las Familias. Se tratan de historias de vida que deben ser miradas desde la conjugación armónica de los derechos fundamentales de todos los involucrados; haciéndose hincapié particularmente sobre las personas menores de edad, como las verdaderas protagonistas de las decisiones judiciales arribadas. En efecto, el reconocimiento legal de su realidad familiar; se tradujeron en decisiones que abrazaban verdaderamente su Interés Superior y con él, su verdadera identidad y dignidad humana.

IV. FAMILIAS HOMOPARENTALES: UNA VISIÓN MÁS ABIERTA A LA DIVERSIDAD

Dentro de esta línea de las nuevas formas de estructurar la familia, existen a la fecha diversas historias de aquellas familias homoparentales, que han comenzado a tener mucha más visibilidad en los últimos años. Esto se debe a grandes cambios traídos, donde el colectivo LGTB+ apareció con más fuerza en el campo de la conquista y ampliación de derechos. Este camino fue trazado por la Ley de Matrimonio Igualitario y de la de Identidad de Género; que, sumado al avance de la medicina en materia de técnicas de fertilización asistida, a la mayor apertura social y judicial, se ha facilitado el camino a la paternidad y maternidad a parejas de idéntico sexo.

En los últimos años se viene produciendo, especialmente en la Argentina, un importante desarrollo en torno a la homoparentalidad, al tiempo que constituye un punto de partida para la reflexión y profundización con relación a los derechos de este colectivo. Las familias no constituyen un conjunto de expresiones unívocas respecto de su estructura, lo que convoca a pensar esta institución desde una perspectiva de la diversidad, que promueva los derechos

¹⁷ “F., F.C. – V.A.F. – F.C.A. – ADOPCIÓN”. Expte. S.A.C. N° 3.515.445, Córdoba, 18/02/2020.

ciudadanos¹⁸. Ante este panorama, se evidencia que la crianza de niños y niñas en hogares de parejas del mismo sexo no muestra particularidades distintivas respecto de aquellos/as criados/as en hogares heteroparentales. No obstante, la homoparentalidad es puesta bajo sospecha, incluso dentro del campo psicosocial¹⁹.

Dentro de esta evolución de lo familiar, las parejas de idéntico sexo se les han reconocido su derecho humano a formar una familia en condiciones de igualdad y libertad, construida sobre la base de la voluntad procreacional, como manifestación del amor filial. En este sentido, la justicia ha entendido que: *“la voluntad procreacional es querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables, sin exclusiones irrazonables y respetando la diversidad como característica propia de la condición humana y de la familia, y se expresa mediante el otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado. El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación. Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana²⁰.”*

Ahora bien, ¿qué sucede en el ámbito de las adopciones? ¿Las parejas homoparentales son valoradas en condiciones de igualdad que las heterosexuales? ¿Qué pesa más el derecho a formar una familia desde el relato adultocéntrico o el de los chicos y chicas a vivir en el seno de una, desde el amor y la integración? Ante estos cuestionamientos, existen dos visiones sobre la temática, una valorada desde la realidad interna de nuestro país y otra desde la mirada del exterior.

Mientras que en el diario El Universal de México²¹, resaltan que en nuestro país llevar adelante procesos de adopción por parte de parejas homoparentales se da en condiciones de igualdad, a partir del reconocido caso de la niña Olivia; se reflexionó con mayor profundidad sobre aquellas parejas de idéntico sexo que deseaban incorporar a sus vidas niños, niñas o adolescentes; destacando que el camino es de difícil tránsito.

¹⁸ Robles, Claudio Omar – De Leso, Lía Carla - García, Alejo – Rearte, Pamela – González, Silvia, Diversidad Familiar: Un estudio sobre la dinámica de los hogares homoparentales, UNLaM, p. 106

¹⁹ Robles, Claudio Omar – De Leso, Lía Carla - García, Alejo – Rearte, Pamela – González, Silvia, op. cit. p. 107.

²⁰ Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, Provincia de Río Negro, 06/07/2017.

²¹ La vida de una familia parental en Argentina, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/articulo/mundo/2016/12/28/la-vida-de-una-familia-homoparental-en-argentina>

A partir del caso mencionado, un matrimonio conformado por dos hombres adoptó a una niña diagnosticada con VIH, luego de haber sido rechazada por diez parejas heterosexuales, a quienes se consideraba que poseían la capacidad de procrear. Los hombres a través de su conmovedora historia buscaron crear conciencia a los efectos de que se facilite el acceso a cientos de niños que puedan tener una familia, como la que ellos han formado con dos niñas.

En efecto, si la legislación civil recepta el instituto de la adopción sobre la base de la igualdad y el respeto de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los miembros de la familia; siendo todos en su conjunto esenciales para el bienestar familiar y de la sociedad en su conjunto; la vara con la que se mida a todos debe ser la igualdad y la no discriminación.

V. CONCLUSIÓN

Ante las distintas formas de organización que la familia de hoy puede presentar, es decir monoparentales, biparentales, pluriparentes u homoparentales; debemos reconocer la centralidad de los derechos humanos de los individuos dentro de tales contextos familiares y en consecuencia, materializando de manera amplia el derecho a formar una familia, a ser parte de una y a la libre determinación de las estructuras sobre las que decidan cimentarse, siendo el norte el amor y el afecto que se brinde a cada uno de sus integrantes, más allá de las elecciones sexuales de quienes ejercerán la crianza o el número de personas que la asuman de forma efectiva sobre los niños, niñas y adolescentes involucrados.

Desde esta mirada, donde el afecto, el amor y la socioafectividad resultan ser elementos indispensables y categorías indiscutidas para conformar estructuras familiares, el derecho debe abrazarlas en condiciones de igualdad. Es por ello, que nuestra tarea radica en construir y darle forma a ese “puente” que ayude a la sociedad a transitar de modelos tradicionales al reconocimiento de la diversidad familiar, con idénticos derechos evitando la judicialización del afecto para su reconocimiento legal.

A modo de cierre, traigo a colación una frase célebre de María Elena Walsh, quien escribió: “Cuando voy a dormir, cierro los ojos y sueño con el olor de un país florecido para mí”. Es mi humilde deseo que efectivamente florezca para mí y para todos.

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

María Martina Salituri Amezcua – Facultad de Derecho (UNICEN)

msalituriamezcua@gmail.com

Estudiante de doctorado

Esteban Marmeto – Facultad de Derecho (UNICEN)

estebanmarmeto@hotmail.com

Becario doctoral CIC

Proyecto “El Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y

la Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La experiencia en el

Departamento Judicial de Azul”. Observatorio de Derechos de Niñas, Niños y

Adolescentes, Facultad de Derecho, UNICEN

Directoras: Dras. Marisa Herrera y Carla Villalta

Eje temático “Derecho de las Familias”

INVESTIGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO(S): LA EXPERIENCIA DEL OBSERVATORIO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA UNICEN¹

DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES – SISTEMA DE PROTECCIÓN – PERSPECTIVA DE
GÉNEROS – IGUALDAD – FAMILIAS

I. INTRODUCCIÓN ¿QUÉ Y DESDE DÓNDE?

Desde el Observatorio de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes² de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN), celebramos esta oportunidad de compartir y debatir sobre algunas de nuestras actividades, a través de las premisas de las jornadas.

¹ Este trabajo también fue presentado en las “Primeras Jornadas sobre innovación en las prácticas de la enseñanza y la investigación en Ciencias Jurídicas. Desafíos para transversalizar la perspectiva de género(s) y consolidar el derecho antidiscriminatorio”, organizadas por la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Negro y la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica, 19 y 20 de noviembre de 2020.

² Creado por Resolución del Consejo Académico N°239/2017 (http://www.der.unicen.edu.ar/uploads/resoluciones/CAS_RES_239_2017.pdf)

En consecuencia, venimos a contarles sobre una investigación en la trabajamos los últimos dos años desde el Observatorio y cuyo informe final ha sido recientemente publicado³. Se trata de una práctica de investigación en Ciencias Jurídicas en que se adopta la perspectiva de género(s) como herramienta teórica y metodológica transversal. Asimismo, nos proponemos visibilizar en qué medida la construcción de datos a través de la tarea investigativa derivó en la transferencia de dichos conocimientos mediante un curso de capacitación con mirada de género(s), a fin de impactar en la aplicación de políticas públicas.

Finalmente, nuestra presentación en esta mesa obedece a que la materia de estudio se inserta en el Sistema de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (SPIDNA), microsistema legislativo de la rama del derecho de las familias que dialoga expresa y consistentemente con el Código Civil y Comercial (CCyC), especialmente con el régimen de responsabilidad parental (cuidado personal) y con la adopción (medidas de protección excepcional como antesala de declaraciones de situación de adoptabilidad).

II. UNA INVESTIGACIÓN EXPLORATORIA E INTERDISCIPLINARIA: EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DE NIÑXS⁴ Y ADOLESCENTES EN LA ESCALA LOCAL

El objetivo principal de la indagación consistió en conocer y analizar la realidad local del departamento judicial de Azul⁵ en relación a las tensiones y desafíos que el andamiaje jurídico, instaurado a partir de las leyes de protección integral de derechos de niñxs y adolescentes (NA) -nacional 26.061 y bonaerense 13.298- y del CCyC, presenta respecto a las prácticas del SPIDNA.

Se privilegió un abordaje socio-jurídico y antropológico orientado a explorar y visibilizar las diversas interacciones y tensiones que surgen en la dinámica cotidiana de actuación del sistema y a analizar las modalidades de garantía y restitución de derechos de lxs NA y sus familias que desarrollan los diferentes órganos y agentes, reparando especialmente en la

³ Disponible en: <http://www.der.unicen.edu.ar/repositorio/ebooks/El%20sistema%20de%20protecci%C3%B3n%20integral%20de%20derechos%20de%20ni%C3%B1as,%20ni%C3%B1os%20y%20adolescentes%20ebook%2007%2020.pdf>, compulsado el 5/11/2020.

⁴ Se decide utilizar la “x” ya que: “El lenguaje es una convención: se construye, se actualiza, se modifica. El feminismo fue contundente al sostener que el uso del masculino como genérico oculta la mención de lo femenino y, al hacerlo, confirma jerarquías en favor de los hombres. El debate no acaba allí (...) el lenguaje no contempla identidades ambiguas o mixturadas y descarta la intersexualidad de nacimiento de algunos. Actualmente, hay propuestas que abogan por el uso de la arroba, la equis, el asterisco o la e (...) Si bien cualquier de estas variantes puede resultar árida, nuestra decisión se inclinó por reflejar la diversa actualidad en cuanto a modos de nombrar los géneros” (Faur, E., Mujeres y Varones en la Argentina de Hoy. Géneros en movimiento, Siglo XXI, Buenos Aires, 2017, pp. 13-14).

⁵ El trabajo de campo se realizó en las localidades de Azul, Tandil y Olavarría.

exigibilidad de los derechos sociales (DESC o DESCAs en el ámbito internacional de los derechos humanos⁶). Ello, en virtud del paradigma de “desjudicialización de la pobreza”⁷ y la consecuente sustancia social que atraviesa los tres niveles de actuación del sistema (medidas de promoción, protección integral y protección excepcional de derechos).

En este sentido, resulta fundamental considerar la íntima conexión entre derechos sociales y derechos civiles en la materia, a la luz de la indivisibilidad entre igualdad y libertad como base de la protección especial de la vulnerabilidad generacional. Es decir que no hay ciudadanía real posible sin derechos sociales, todo compromiso con la libertad implica también un compromiso con las precondiciones sociales de la libertad⁸. Lo cual se recrudece, aún más, ante colectivos vulnerables (art. 75, inc. 23 CN). Ser plenamente conscientes de esta interdependencia jurídica y de sus consecuencias normativas permite una mirada más integral y real de los derechos de las niñas y las adolescencias, así como una revisión de las construcciones, históricas y negociables, de los ámbitos públicos y privados y su interacción en materia de familias.⁹

Por su parte, el marco teórico jurídico de la investigación estuvo dado por el enfoque de derechos humanos en tanto manda constitucional y convencional ineludible que permea todo el sistema de derecho argentino -arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN)-, reforzada por los arts. 1 y 2 del CCyC y el art. 2 de la ley 26.061. En consecuencia, se deriva la perspectiva de género(s) como herramienta metodológica transversal de análisis. ¿Acaso se puede indagar con los lentes de los derechos humanos sin considerar la mirada de género(s)? La respuesta negativa se impone, y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) junto a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) lo justifican. Este prisma

⁶ Dichas siglas responden a las denominaciones de “derechos económicos, sociales y culturales” y, más contemporáneamente, “derechos económicos, sociales, culturales y ambientales” (Ver: Corte IDH, 8/3/2018, “Poblete Vilches y otros vs. Chile”; 31/8/2017, “Lagos del Campo vs. Perú”; 23/8/2018, “Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”).

⁷ Conf. Corte IDH, 28/8/2002, OC N° 17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

⁸ Ya que, como bien se ha señalado, si éstas precondiciones sociales no se hallan presentes, si las personas no disponen de una cuota mínima de dignidad y están dominadas por miedos tan elementales como el de no lograr sobrevivir, carecen entonces de autonomía y su presunta libertad se vuelve un simulacro (Conf. Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Ciudad de Buenos Aires. El rol del Ministerio Público de la Defensa para su exigibilidad, 2015, pág. 255. Disponible en: https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/Informe_MPD_EEUU_bilingue.pdf, compulsado el 2/11/2020).

⁹ Al respecto, ver Jelin, Elizabeth, Pan y afectos. La transformación de las familias. Segunda edición. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2010.

de género(s), enmarcado dentro del enfoque de derechos humanos, fue aplicado a la luz de la perspectiva crítica del derecho¹⁰.

Entre las preguntas que guiaron esta indagación exploratoria y descriptiva¹¹, cabe destacar las siguientes: ¿Cómo funciona el SPIDNA en la escala local? ¿Qué tipo de intervenciones se promueven e implementan? ¿El sistema garantiza y restituye derechos o reproduce vulneraciones? ¿Los efectos de sus acciones son diferentes en relación a las niñas y las adolescentes, por un lado, que, respecto a los niños y los adolescentes, por otro? ¿Cuáles son los roles y estereotipos que el sistema atribuye a madres y a padres?

III. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO(S) COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA, TRANSVERSAL E INELUDIBLE

En materia de investigación jurídica, la perspectiva de género(s) constituye el conjunto de ideas, metodologías y técnicas que permiten “cuestionar y analizar las formas en que los grupos sociales han construido y asignado papeles para las mujeres y para los varones, las actividades que desarrollan, los espacios que habitan, los rasgos que los definen y el poder que detentan”, proponiendo una nueva mirada de la realidad que permite desentrañar aquellos aspectos que de otra manera permanecerían invisibles¹².

En lo que hace a esta temática, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que, un sistema de protección de NA basado en derechos debe considerar los principios de igualdad y no discriminación desde la perspectiva de género, apuntando a identificar y modificar estereotipos, creencias, prácticas, normas y valores sociales sobre las

¹⁰ Sobre este tema puede leerse, entre otros, Cárcova Carlos María “La Opacidad del derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2019; Cárcova, Carlos María “La teoría jurídica desde perspectivas críticas”, en Botero Bernal, Andrés (Editor) “Filosofía del derecho argentina”, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2008 Ruiz, Alicia “Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

¹¹ Para el desarrollo de la investigación, la estrategia metodológica elegida consistió, principalmente, en la realización de entrevistas semi-estructuradas y abiertas y se complementó con el análisis de diversas fuentes documentales. Se realizaron un total de 17 entrevistas a distintos tipos de actoras y actores, a saber: magistradxs judiciales del fuero de familia; asesorxs de menores; autoridades y profesionales de Servicios Locales de Protección de Derechos; autoridades y profesionales de Servicios Zonales de Protección de Derechos; abogadxs del niñx; defensorxs oficiales. También se relevaron 21 legajos, 10 sobre medidas de abrigo y 11 sobre medidas de protección integral. Para realizar el análisis jurisprudencial, se recabaron y sistematizaron fallos paradigmáticos sobre control de legalidad, declaraciones de situación de adoptabilidad y planteos de acceso a derechos sociales de NA y sus familias.

¹² Pautassi Laura, “La igualdad en espera: el enfoque de género”, Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho, UBA, Núm. 89, 2011, pág. 280. Tanto en la conceptualización del “género(s)” -y su distinción del “sexo” - como en este proceso de de-construcción y des-invisibilización de las relaciones asimétricas de poder, desigualdad y opresión bajo las que se encuentran estructuralmente sometidas las mujeres y otras identidades “feminizadas”, han sido fundamentales las luchas, conquistas y desafíos de los movimientos feministas y de los colectivos de diversidad sexual y de género (LGBTIQ+), en su carácter de corrientes políticas tensionales de reacción frente al modelo hegemónico, androcentrista y patriarcal de nuestras sociedades.

diferencias sexuales y los roles de género que han sido usados históricamente para discriminar a las mujeres. Destacándose que este enfoque debe ser aplicado en forma transversal.¹³

La aplicación de dicha perspectiva en la presente investigación implicó, principalmente, visibilizar dos aristas:

1.- Por un lado, la incidencia de los géneros de lxs NA en el ejercicio y efectividad de sus derechos, es decir las complejidades y particularidades relativas a los derechos y vulnerabilidades de las niñas y las adolescentes¹⁴, de manera diferenciada en algunos aspectos a las de los niños y los adolescentes¹⁵, así como los géneros y las diversidades en materia de niñeces y adolescencias¹⁶.

2.- Y, por otro lado, la incidencia de los géneros de las personas adultas cuidadoras en relación a los derechos de lxs NA, es decir los impactos de los roles, preconceptos y estereotipos asociados, fundamentalmente, a las maternidades y paternidades que circulan en los organismos y prácticas de lxs agentes que conforman el SPIDNA, la construcción del lugar de las mujeres como principales cuidadoras, y las asociaciones que operan entre identidades y orientaciones sexuales “diversas” y cuidados de NA¹⁷.

En el siguiente punto, nos abocaremos a esta última arista.

IV. ¿CÓMO SE CONSTRUYEN LAS MATERNIDADES Y PATERNIDADES EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN? ALGUNOS RESULTADOS Y NUEVAS PROYECCIONES

La realidad social se construye¹⁸ y, en ella, permea una determinada representación de la maternidad, la cual se observa teñida por términos biologicistas y esencialistas (producto de un “innato instinto maternal” que las mujeres tendrían por su propia condición de tales)¹⁹, perdiéndose de vista que la maternidad es un constructo histórico-social.

¹³ CIDH, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección, OEA/Ser.L/V/II.166, Doc. 206/17, 2017, pág. 146, párrs. 371 y 377.

¹⁴ Al respecto, cabe considerar que a nivel del derecho internacional de los derechos humanos se está evaluando la posibilidad de creación de un nuevo protocolo adicional a la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la especificidad de derechos de las niñas y adolescentes mujeres.

¹⁵ En líneas generales, surge en el discurso de lxs operadorxs una vinculación de las niñas y adolescentes mujeres a cuestiones de violencia sexual y trabajo doméstico. Mientras que las problemáticas relativas a los niños y adolescentes varones están más asociadas a explotación laboral y conflictos con la ley penal.

¹⁶ Ver: Lamm, Eleonora y Andriola, Karina, “Infancias trans. Luchas ganadas y deudas pendientes”, en Herrera, Marisa - Gil Domínguez, Andrés - Giosa, Laura, A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos, Ediar, Buenos Aires, 2019.

¹⁷ Ver: Corte IDH, 24/2/2012, Caso “Atala Riffo y Niñas vs Chile”; 9/3/2018, Caso “Ramírez Escobar y otro vs Guatemala”.

¹⁸ Berger, Peter - Luckmann, Thomas “La construcción social de la realidad”. 25ª reimpresión. Amorrortu. Buenos Aires, 2019 Págs 11 y 22

¹⁹ Villalta, Carla, Gesteira, Soledad, Graziano, Florencia “La construcción de significados sobre la maternidad en prisión. Mujeres presas en cárceles de la provincia de Buenos Aires, Argentina” Desacato, revista de Ciencias Sociales, núm 61, septiembre-diciembre 2019, pág. 84

Del trabajo de campo realizado se observa que existe una mirada muy arraigada por parte de lxs agentes que conforman el SPIDNA de que es la madre de lxs NA a quien se le deben direccionar todas las acciones pedagógicas, educativas y moralizantes; será ella la persona a la que se deberá interpelar, aun cuando no sea la causante de la violencia, como responsable del no cuidado o desprotección de sus hijxs, y a quien se la deberá educar para que tenga al día el calendario de vacunación de sus hijxs y para que garantice su escolaridad.²⁰ También a ella se la instruirá y presionará para que denuncie y no sea cómplice de situaciones abusivas, aun cuando ella misma pueda estar siendo también víctima, y aun cuando dependa materialmente del hombre y el Estado no le ofrezca ningún apoyo para poder independizarse junto con sus hijxs.²¹

En función de esos estereotipos de roles de género, la responsabilidad primaria y exclusiva del cuidado²² y la crianza de lxs niñxs recae sobre las mujeres (sus madres, abuelas o tías). Esta feminización del cuidado provoca que ellas sean interpeladas en las micro-prácticas cotidianas, a través de la construcción de políticas públicas y modelos de abordaje de restitución de derechos que se engranan en torno a las personas del sexo femenino.

Así, la interrelación entre la tendencia a la privatización de las situaciones de vulneración de derechos de lxs NA con la consecuente invisibilización de las desigualdades socioeconómicas estructurales y la preponderante culpabilización de lxs progenitorxs, por un lado, y la falta de capacitación, supervisión y efectivización de derechos a través de prácticas y estrategias complejas con perspectiva de género(s), por el otro, permite re-pensar la interseccionalidad de discriminaciones por motivos de pobreza y de género(s) en el marco del SPIDNA.

²⁰ En ese sentido, “las medidas son interpretadas casi exclusivamente en términos de acompañamiento, fortalecimiento y guía a la familia de origen para la realización ‘correcta’ de sus tareas parentales, destacando sobre todo en el relato el lugar de la ‘mamá’. Ahora bien, cuando estas acciones no dan los resultados esperados, el “fracaso” es atribuido exclusivamente a los propios progenitores, sobre todo a las madres, a sus ‘limitaciones’ y ‘resistencias’ a modificar sus conductas. Motivos esgrimidos a la hora de justificar la toma de una medida de abrigo”. Citar informe...

²¹ Ver informe, op. cit., p. 199.

²² Para profundizar sobre el cuidado y su feminización, se sugiere la lectura de Pautassi, Laura “La urgencia de los derechos: exigibilidad en el marco de la desigualdad de género” Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Ciencias Económicas, 2013

En este sentido, variados y concordantes son los datos en materia de infantilización de la pobreza²³ y de feminización de la pobreza, resultando que esta última se recrudece notoriamente en los casos de madres a cargo de hogares monoparentales²⁴.

De allí que es muy importante agudizar el análisis cuando las situaciones del grupo familiar son de vulnerabilidad socio-económica estructural -tanto respecto de adultxs como de NA- y las medidas de protección integral “fallan” dando lugar a la procedencia de medidas excepcionales motivadas, generalmente, en categorías de “negligencia” y “abandono”²⁵, ya que podrían estar invisibilizando fuertes carencias y vulneraciones de derechos sociales así como la imposición de ideales, como los de “buena madre” y “mala madre”²⁶ que se alejan completamente de la comprensión y realidad social que atraviesan estas personas y generan exigencias y “compromisos” de cumplimiento imposible para las personas sobre quienes recaen²⁷, ya que “naturalizan” sus contextos de fuertes desigualdades y vulneraciones²⁸. Por

²³ INDEC publicación abril 2020; UNICEF (2018) Pobreza monetaria y privaciones no monetarias en Argentina; Barómetro de la Deuda Social de la Infancia del Observatorio de la Deuda Social Argentina–UCA, 2019. Derechos, Infancia y Adolescencia. Monitoreo del cumplimiento de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Buenos Aires. Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. 2017. Sobre este tema, ver Herrera, Marisa - Villalta, Carla (directoras) “El sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia del departamento judicial de Azul”. Editorial Azul. Azul, 2020, p. 33.

²⁴ UNICEF, Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional - actualización 2017, op. cit., págs. 23-25; Informe del Centro de Economía Política Argentina (CEPA), 8/3/2019, disponible en: <https://centrocepa.com.ar/informes/151-mujeres-argentinas-entre-la-organizacion-por-la-conquista-de-derechos-y-la-profundizacion-de-las-inequidades-economicas>.

²⁵ En sentido concordante, dentro de los resultados del relevamiento de UNICEF sobre NNA carentes de cuidados parentales, el cual se ha realizado en tres oportunidades en los años: 2011, 2014 y 2017, desde la comparación entre ellos respecto a las causas de aplicación de las medidas de protección excepcional, se señaló que “[a]nalizando los datos sobre la categoría abandono, en el año 2014 se observó una notoria disminución con respecto al año 2011, sin embargo, en el año 2017, se observa un llamativo incremento” (UNICEF, *Situación de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina. Relevamiento nacional - actualización 2017*, op. cit., pág. 22).

²⁶ Desde la antropología se han realizado estudios sobre la premisa de considerar a la crianza como una práctica socio-cultural anclada históricamente. Sobre este tema, se recomienda la lectura de Colangelo, María Adelaida “La crianza como proceso sociocultural. Posibles aportes de la antropología al abordaje médico de la niñez”. Primeras Jornadas Diversidad en la Niñez. Hospital El Dique, Ensenada (Buenos Aires), 2014 <https://www.aacademica.org/000-098/6.pdf> (Compulsado el 06/11/20)

²⁷ La puesta en práctica de las acciones de trabajo “suscita entre los agentes encargados de instrumentarlas distintas tensiones. Estas muchas veces se originan en la confrontación de sus ideales sobre lo que debe ser una familia y la crianza de los hijos con los comportamientos y posibilidades concretas de las unidades domesticas de las que provienen esos niños, y así tendrán que ponderar si sus conductas, que distan bastante del modelo normal y aceptable de crianza de los hijos, son producto de las limitaciones impuestas por la miseria o si esos comportamientos revelan “actitudes negligentes”. Tensiones que también pueden suscitarse en la confrontación de lo estipulado normativamente en términos de derechos de los niños con los recursos concretos de que disponen los distintos agentes institucionales para fortalecer el vínculo familiar de esos niños” (Villalta, Carla, “Un campo de investigación: las técnicas de gestión y los dispositivos jurídico-burocráticos destinados a la infancia pobre en la Argentina”, CIVITAS, 13 (2), 2013, pág. 262).

²⁸ En este sentido, se ha señalado desde el análisis antropológico que “la cotidiana vulneración de derechos económicos y sociales que sufren los niños, y sus familias, resulta en muchos casos naturalizada. Es esta naturalización la que borra las desigualdades sociales y coloca a todos los padres en condiciones de igualdad, construyéndolos como únicos responsables del devenir de sus hijos” (Conf. Grinberg, J., Los Suárez y las instituciones del sistema de protección de la infancia: Un análisis sobre las formas contemporáneas de gobierno

ello, resulta también fundamental que podamos de-construir qué implican estas categorías, así como el modo en que se generan y reproducen las mismas.

En consecuencia, la culpabilización²⁹, principalmente de las mujeres pobres, lleva en última instancia dentro del sistema a la adopción de medidas excepcionales de separación de lxs NA de sus grupos familiares de origen y, finalmente, al dictado de declaraciones de situación de adoptabilidad en sede judicial³⁰. En este sentido, resulta oportuno señalar un paradigmático fallo³¹ del ámbito local en el que se desarrolló el trabajo de campo de la investigación a través del cual se cruzaron pobreza, género(s) y violencias en el marco del control de legalidad de medidas de protección excepcional de un grupo de hermanxs.

Se consideró en dicha sentencia que “es una práctica generalizada en casos como el que nos ocupa, que el primer objetivo o meta que impongan los Servicios de Niñez y adolescencia es que la progenitora ponga fin a la relación violenta, imponiéndole para ello estrategias que generalmente –y sin el debido acompañamiento- resultan prácticamente imposible de cumplir no sólo para una mujer víctima de violencia sino para cualquier persona que, además, debe procurarse diariamente su sustento”³². En consecuencia, el trabajo realizado por el organismo administrativo de protección fue inadecuado y no se configuró la excepcionalidad justificante de la separación de lxs niñxs.

Asimismo, cabe considerar que este entrecruzamiento no es solo una problemática local, sino nacional³³ e incluso latinoamericana. En este sentido, en el caso “Ramírez Escobar y otro vs Guatemala”³⁴, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hizo especial hincapié en la prohibición de discriminación y la protección especial de lxs NA, en el marco de un proceso de adopción internacional de dos hermanos, por tres motivos: 1.- los estereotipos de

de las familias en contextos de desigualdad y pobreza. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 14 (1), 2016, pp. 631-643).

²⁹ Se descata en el informe que: “se observa con nitidez en las prácticas de todos los organismos de protección de derechos, impregna de un cariz individualizante y en buena medida moralizador a la intervención estatal sobre las familias de lxs niñxs. Ello porque el objetivo central de esas intervenciones busca principalmente “responsabilizar” (...) y para tal fin en ocasiones asume un tono marcadamente pedagógico y por momentos aleccionador. En un segundo plano, queda la exigibilidad de derechos o el trabajo orientado a que a esxs niñxs, adolescentes e integrantes de sus familias se les garantice el acceso al goce pleno de los DESC que en la enorme mayoría de las situaciones todxs tienen vulneradxs” (Conf. Herrera, Marisa y Villalta, Carla –directoras- “El sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: la experiencia del departamento judicial de Azul”. Editorial Azul. Azul, 2020)

³⁰ Herrera, Marisa y Villalta, Carla (directoras), op. cit., p. 135.

³¹ Juzgado de Familia N°1 de Olavarría, 17/01/2020, “M. V. F. y Otro s/ abrigo” y su acumulado “S. S. s/ abrigo”, elDial AABB1B

³² De este modo, en “el caso concreto de J., entre las distintas posibles causas, entiendo como decisiva, además del miedo, la dependencia económica respecto a R. y el aislamiento social (...) Durante la convivencia R. fue el “macho proveedor” no sólo para el sustento de J. y de la pequeña hija de ambos, sino también para los tres hijos de la Sra. V. y, como tal, consideró a “los proveídos” como cosas de su propiedad y actuó en consecuencia”.

³³ Herrera, Marisa y Villalta, Carla (directoras), op. cit, capítulo 3.

³⁴ Corte IDH, 9/3/2018, Caso “Ramírez Escobar y otro vs Guatemala”.

género de la progenitora de los niños y del progenitor de uno de ellos; 2.- la situación económica de la familia; y 3.- la orientación sexual de la abuela materna.

De esta manera, la Corte IDH realizó una lectura interseccional del derecho de lxs NA a no ser discriminadxs con base en estereotipos de género atribuidos a sus madres, padres y otrxs cuidadorxs así como por motivos socioeconómicos de sus familias de origen. Señalando la consecuente prohibición de que ello se plasme en las prácticas y políticas de los agentes estatales, de allí la importancia de trabajar en la visibilización de estos aspectos con lxs operadorxs del SPIDNA.

V. TRANSFERENCIA Y ENSEÑANZA: CURSO DE CAPACITACIÓN PARA OPERADORXS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO(S)

Con la finalidad de poder generar un puente entre investigación y docencia³⁵, desde el Observatorio se dictó una capacitación denominada “El sistema de protección integral de derechos de niñxs y adolescentes en perspectivas de género(s)”, dirigida a operadorxs que, de manera directa o indirecta, trabajan con NA, lo que implica en consecuencia una prolongación de ese puente que llega, en definitiva, al ejercicio y aplicación del Derecho³⁶.

Con una carga horaria de diez horas totales, distribuidas en cinco módulos, el curso se desarrolló entre los meses de julio y agosto de 2020 en encuentros quincenales vía plataforma Zoom³⁷. En este sentido, el Aislamiento Preventivo, Social y Obligatorio en virtud de la pandemia del COVID19 obligó a que la actividad se desarrollara de manera virtual. Lo cual, como aspecto positivo, trajo aparejada la posibilidad de participación de una gran cantidad de agentes del SPIDNA de todo el país e incluso de países limítrofes, contando con una concurrencia de más de 100 participantes de diversas disciplinas (abogacía, psicología, trabajo social, docencia), que a su vez se integraban distintos sectores y áreas (poder judicial, ministerio público, organismos administrativos, escuelas, universidades, ejercicio libre de la profesión).

Al respecto cabe destacar la conformación de redes y vínculos entre lxs participantes del curso, quienes crearon un grupo de contacto a través de la aplicación de WhatsApp con la

³⁵ Consideramos que el puente es recíproco y se retroalimenta. Es decir, a la inversa, los debates e intercambios horizontales y democráticos producidos en las aulas motivan nuevos interrogantes y áreas de investigación.

³⁶ Entendemos que este puente también es de ida y vuelta, las prácticas de ejercicio concreto del derecho son disparadores fundamentales de las principales complejidades y problemáticas jurídicas.

³⁷ En cuanto a los contenidos, en el primer módulo se presentó el informe de investigación del Observatorio y los resultados obtenidos del trabajo de campo. El segundo módulo versó sobre niñez, adolescencias y géneros desde el derecho internacional de los derechos humanos. El tercer módulo fue dedicado a abordar la matriz del SPIDNA en perspectiva de género(s) desde la lente de la antropología, con un especial énfasis en los roles de cuidados y el ideal de “buena madre”. En un cuarto encuentro, se visibilizó el ineludible cruce entre los derechos sociales, pobreza y género(s) en el sistema. Para finalmente, cerrar los encuentros con un abordaje sobre las medidas de protección excepcional y la declaración de la situación de adoptabilidad en clave de géneros.

intención de seguir compartiendo experiencias, dudas y soluciones. Asimismo, plantearon la necesidad de generar más ámbitos como el de la capacitación para intercambiar enfoques de abordaje, avances y desafíos en la protección de derechos de NA con perspectiva de género(s).

VI. BREVE CIERRE

A través de la presente ponencia hemos tenido la intención de transmitir nuestra experiencia, como integrantes del Observatorio de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la investigación y transferencia de conocimientos relativos a la protección de derechos de NA y su indispensable análisis transversal a la luz de la perspectiva de género(s), como herramienta teórica y metodológica ineludible bajo el enfoque de derecho humanos.

Ello, con la finalidad y convicción de poder aportar nuestro pequeño granito de arena en la de-construcción, re-construcción y co-construcción de políticas públicas más igualitarias, humanas y respetuosas de los derechos y garantías de todas las personas y, especialmente, de quienes se hallan en situaciones de exclusión y vulnerabilidad.

Eje *Nuevos paradigmas del
derecho privado en
Latinoamérica*

Coordinan: Karen Miranda y Julieta Haase

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Fernando Exequiel Barrionuevo – Universidad Nacional de Tucumán

Abogado

Proyecto de Investigación: “El derecho empresario y civil de los pequeños y micro productores de alimentos frutihortícolas de la región del NOA (Noroeste Argentino) en el derecho comunitario del MERCOSUR, el derecho internacional privado, y el derecho regional: su inclusión y desarrollo en la región del NOA”.

Director Dr. Mario Rodolfo Leal.

Eje temático “Derecho Privado en Latinoamérica”

RESPONSABILIDAD CIVIL Y DAÑO AMBIENTAL. INTERSECCIÓN A PARTIR DE LA SANCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) trajo consigo el cuestionamiento y ruptura de algunos paradigmas vigentes hasta ese momento en el derecho argentino. Así es que, lo que se conoce como la “constitucionalización” del derecho privado, pone en crisis la histórica separación entre derecho público y privado.

Ya desde el artículo primero del código unificado, podemos observar dicha orientación. Es decir, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos encierra la cuestión de la aplicación de los efectos de los derechos fundamentales, de jerarquía constitucional, a las relaciones entre particulares¹. Estableciéndose así, un sistema de jerarquías y fuentes sostenido en la idea del pluralismo jurídico, es decir, en la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también en la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos.²

Es así que el objeto del presente trabajo será describir la importancia que reviste la

¹ Mosset Iturraspe, Jorge, "Derecho Civil Constitucional", p. 13, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011

² Lorenzetti, Ricardo (Director), Código Civil y Comercial comentado, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 271

regulación del deber de prevención en el código civil y comercial para el derecho ambiental, en el marco de lo que se ha llamado “publicización” o “constitucionalización” del derecho privado.

II. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Tal como se dijo, el Código Civil y Comercial trajo consigo aires de cambio al derecho argentino, requiriendo el cuestionamiento de paradigmas que empezaban a evidenciar una falta de respuestas ante las exigencias de la vida jurídica. Al decir de Lorenzetti³, se establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.

Ello se asienta particularmente en un proceso que se ha denominado “Constitucionalización del Derecho Privado”, reconociendo la eficacia de las normas constitucionales de derecho fundamental en las relaciones entre particulares y no sólo como exigencias para el Estado. Es decir, la horizontalidad de los derechos fundamentales (o drittwirkung), propone la idea de un diálogo entre la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, por un lado, y el Código Civil, los microsistemas y la jurisprudencia, por el otro, para compadecer los principios y las reglas en la vida de las relaciones entre particulares.

En este sentido, Jorge Gamarra⁴ expone que “Nadie puede discutir que las normas constitucionales son auténticas normas jurídicas, y es muy destacable también que incorporen al derecho positivo un catálogo de derechos fundamentales. Sea cual fuere la variante elegida, la tutela de los derechos fundamentales es el rasgo que caracteriza al neoconstitucionalismo”. Por lo tanto, el Código Civil y Comercial toma dicha perspectiva exigiendo que la interpretación de sus disposiciones deba ser conforme a la Constitución y a los Tratados en los que la República sea parte, lo que significa que “si la ley es susceptible de dos interpretaciones, siendo que según una de ellas la ley sería considerada inconstitucional y según la otra válida, es deber del tribunal adoptar la construcción que salve la ley de la inconstitucionalidad. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la

³ Lorenzetti, Ricardo L, Presentación del Proyecto, "Código Civil y Comercial de la Nación", p. 12, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

⁴ Gamarra, Jorge, "Neoconstitucionalismo, Código y ley especial", p. 1-14, Fundación de Cultura Universitaria, 2012.

última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su simple coincidencia con la Carta Magna”.⁵

III. CUESTIÓN AMBIENTAL Y CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Bajo este nuevo paradigma, que exige de los operadores del derecho una interpretación completa del ordenamiento jurídico, que considere además de la reglas, los principios y valores del sistema en un diálogo de fuentes, el derecho ambiental se ha visto fortalecido.

Al respecto, Lorenzetti⁶ explica que el Derecho Ambiental no es un derecho neutral, (y contiene una obligación de resultado). En ese sentido, se recuerda que el "paradigma ambiental" es "Valorista", es decir, establece una orientación a la razón técnica. La existencia de un valor permite señalar una finalidad a la acción. Es así que, el ambientalismo introdujo nuevos valores que han ingresado en los textos constitucionales, y que cumplen una función material para la legislación.

Lo expuesto nos lleva a sostener que la adopción por parte del Código Civil y Comercial de la cuestión ambiental en sus disposiciones tiene como consecuencia inmediata la exigencia de reelaborar una interpretación de los principios del derecho privado en clave ambiental.

Es así que, cuando se dice que los derechos deben ejercerse de buena fe, se refuerza la idea base de una ética ambiental o moral ambiental que resulta fundamental para la protección del ambiente. Al respecto, el art. 14 del Código reconoce los derechos de incidencia colectiva además de los derechos individuales, y agrega que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, lo que, al decir de Cafferatta,⁷ reviste una enorme significación jurídica ambiental: primero, porque introduce al texto de ley el concepto de "ambiente", segundo, porque la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva, cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia “colectiva”, entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías o la sociedad

⁵ Highton De Nolasco, Elena “Título Preliminar del Código Civil y Comercial- Principios Generales del Derecho Argentino”, p.36, Revista de Derecho Privado y Comunitario- Claves del Código Civil y Comercial, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2015-Número Extraordinario

⁶ Lorenzetti, Ricardo L., Teoría del Derecho Ambiental, p. 20, La Ley, 2008.

⁷ Cafferatta, Nestor A., “La Cuestión Ambiental en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 304, La Ley Online AR/DOC/556/2015.

en su conjunto.

A su vez, el art. 240 regula que el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse con las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros. Es así que, se introduce en nuestra legislación civil y comercial, el concepto de ambiente y el macro fin del derecho ambiental, que no es otro que la sustentabilidad que demanda necesariamente una labor de articulación política y jurídica.

El ambiente es el "macro-bien" del derecho ambiental, y como tal es un "sistema", lo cual significa que es más que sus partes, es la interacción de todas ellas. Los "micro-bienes" son partes del ambiente que, en sí mismo, tiene características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el "macro-bien"; en esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. Es claro que lo que predomina, es la noción de "interrelación" —ecosistema—, que es esencial para la comprensión.⁸

Por lo tanto, esta nueva visión constitucional del Derecho Privado, la regulación del Derecho Privado Colectivo, y la integración de fuentes (el diálogo de fuentes), son modalidades generales de este Código Civil y Comercial que en definitiva resulta un aporte a la protección del derecho ambiental, el cual tiene jerarquía constitucional (Art. 41 CN), de base grupal o colectiva, supraindividual, se refiere a bienes colectivos o indivisos, bienes comunes, y porque se trata de casos de "sensible interés social", complejos, de prueba ríspida, de normativa concurrente, que en ocasiones colisiona, requiere del intérprete una fina labor de interpretación para lo cual, resulta indispensable contar con reglas claras de hermenéutica jurídica.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL Y DERECHO AMBIENTAL

De lo expuesto hasta aquí, resulta claro que la incorporación de la cuestión ambiental al Código, tiene como mayor efecto el fortalecimiento de los alcances del derecho Ambiental.

⁸ Lorenzetti, Ricardo L, "Teoría del Derecho Ambiental", p. 12, La Ley, 2008.

En ese mismo sentido, la regulación del deber de prevención que sobrevuela el código civil y comercial, erigiéndose como principio del derecho privado, tiene un grado de influencia mayúscula en lo que a la protección del ambiente se refiere.

Así lo evidencian, por ejemplo, el art. 10: "evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva"; art. 52: "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención"; art. 53: Derecho a la imagen, la persona tiene derecho a que "se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario"; art. 54: "excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias"; art. 59, última parte: "el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente"; art. 338: "puede solicitar la declaración de inoponibilidad... con los que hubiese evitado empeorar su estado de fortuna"; art. 722: medidas de seguridad para "evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro"; art. 1032: "suspender el cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño"; art. 1102 "solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita"; art. 1641: "la transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin" (78); art. 1673 "en tal caso, el fiduciario debe evitar cualquier conflicto de intereses"; art. 1718: Está justificado el hecho que causa un daño: "... c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable"; art. 1982: "el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias"; art. 2035: "cualquiera de los condóminos puede solicitar que el árbol o arbusto sea arrancado a costa de ambos, excepto que se lo pueda evitar mediante el corte de ramas o raíces"; art. 2377: "Debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas"; art. 2602: los jueces argentinos pueden intervenir, excepcionalmente, "con la finalidad de evitar la denegación de justicia", etc. Otras normas no mencionan la palabra evitar o prevenir; no obstante, tienen esos mismos fines; así por ejemplo, para prevenir daños que puedan sufrir personas menores de edad, el art. 111 impone el deber de denunciar la situación, entre otros, a los parientes obligados a prestar alimentos.

No obstante, conviene detenernos en la intersección entre la responsabilidad civil y el derecho ambiental a partir de la regulación específica del deber de prevención. Es decir, hasta

ahora la responsabilidad civil estaba pensada para resarcir económicamente el daño, a partir del Código Civil y Comercial, queda expresamente establecido cuál es el juego actual del régimen de daños.

Lo dicho responde a los requerimientos que hacen la protección ambiental, exigiendo soluciones tempranas, de anticipación del daño ambiental, porque se sabe que de producirse, este lleva a situaciones de daño grave e irreversible o puede conducir a un desastre, emergencia o estrago ambiental, que es necesario evitar y controlar.

Es decir, lo primero es prevenir, y si no obstante, ocurre el daño, lo siguiente será indemnizar (resarcir) o en el caso del daño ambiental colectivo, recomponer (o compensar ambientalmente).⁹

En que, desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique ex ante (y no ex post), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas.

Por lo tanto, el ingreso del principio de prevención al Código Civil y Comercial, fortalece la postura de defensa del ambiente. Aunque hace tiempo se sabe en la doctrina que el Derecho de Daños incluye además de la resarcitoria o indemnizatoria, una función preventiva y disuasiva, es valioso que expresamente se establezca esta regla de funcionalidad del instituto de la responsabilidad civil, en todas sus variantes.

Adoptar medidas que eviten o disminuyan la magnitud de un daño, o no agravar el daño si ya se produjo, es una fórmula perfecta para el Derecho Ambiental.

V. CONCLUSIONES

En definitiva, la adopción de la cuestión ambiental por parte del nuevo código civil y comercial viene a contribuir a un fortalecimiento de un joven derecho como es el derecho ambiental. Es así que, el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva como límite al ejercicio de los derechos individuales, a partir de la injerencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, resulta un enorme aporte a la protección del bien jurídico ambiental.

⁹ Cafferatta, Néstor A. "El principio de prevención en el derecho ambiental", Revista de Derecho Ambiental, Noviembre de 2004, p. 9, Abeledo Perrot.

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Guillermo A. Belcastro Bäcker – Universidad de Buenos Aires

Eje Temático “Derecho Privado en Latinoamérica”

DERECHO DE LA SALUD Y SUS MÚLTIPLES ACTORES, MÁS ALLÁ DE LA OBLIGACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

I. A. Fundamentos y planteamiento del problema

Esta ponencia se va a enmarcar en el nuevo eje temático denominado “*Nuevos paradigmas del derecho privado en América Latina*”. Digo nuevo, ya que en un principio desde las Jornadas de Jóvenes Investigadorxs en Derecho y Ciencias Sociales del Instituto Ambrosio L. Gioja, dicho eje no existía y fue a partir de la cantidad de resúmenes que encuadraban en el derecho privado, que los coordinadores de las jornadas, de forma correcta y atendiendo a esta situación, propusieron la creación de este nuevo espacio como denominador común de todos esos trabajos.

Elijo resaltar esta particularidad en la introducción de mi ponencia, ya que la problemática que vengo a plantear mediante este trabajo, sin dudas se corresponde con un nuevo paradigma al interior del mundo del derecho privado. Este versa puntualmente en lo que denominamos comúnmente como “derecho de la salud” y/o “derecho sanitario”. Esta materia ha crecido exponencialmente en los últimos años, conforme las obligaciones que ha asumido el Estado Nacional, configuradas en el art. 41, a través de la protección y cuidado del medioambiente, el art. 42, donde se focaliza en la protección de la salud de los usuarios de bienes y servicios, abarcando por medio de esta norma los servicios de salud, siendo los pacientes los “consumidores” de aquellos y el art. 43, que plasma la herramienta fundamental en la protección de este derecho, como lo es la acción de amparo. Incluso también, de forma implícita, podemos encontrar vinculación entre dicha materia y el artículo 33 de la Constitución Nacional, puesto que conforme la lectura de la norma constitucional, el derecho de la salud, bien podría ser considerado un derecho implícito. Por último, y no menos importante, cabe resaltar la jerarquización

constitucional que se le ha otorgado a diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos, conforme el artículo 75 inc. 22 de nuestro cuerpo constitucional.

De igual manera, también encuentro diferentes artículos en el Código civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), que dan cuenta del desarrollo y la importancia que está adquiriendo el derecho de la salud y consecuentemente la necesidad de legislarlo de forma clara y precisa. A modo de graficar lo dicho, podemos mencionar los artículos 59 y 60, que regulan respectivamente, tanto el consentimiento informado, cómo las directivas medicas anticipadas.

Ahora bien, conforme lo dicho, me es preciso señalar que, así como se producen modificaciones en materia legislativa, también lo ha hecho el sistema de salud. En función de esto, corresponde explicar que al día de la fecha el sistema de salud argentino, es producto de la conjunción de 3 subsistemas:

- Sistema público: El presente subsistema, también conocido como “sistema universal”, es aquel que se financia a partir de los recursos obtenidos mediante el sistema impositivo, en sus diferentes niveles, ya sea nacional, provincial o municipal. Este reviste la mayor demanda, tanto por su gratuidad y consecuentemente atención a los sectores más vulnerables de la sociedad, como así también, por el prestigio de sus profesionales, los cuales acceden a sus cargos por medio de concursos públicos y conforme a ello, cumplen funciones en el marco de las diferentes unidades estatales. El sistema público de salud, brinda una cobertura universal a todos los habitantes por medio de una red de hospitales con jurisdicción en los 3 niveles indicados precedentemente.
- Obras Sociales: Éste se encuentra intrínsecamente ligado a lo que conocemos por seguridad social. Los beneficiarios del respectivo sistema son aquellos/as trabajadores y trabajadoras que se encuentran en el marco de una relación laboral debidamente registrada. Recalco la importancia de la correcta registración, tanto para el supuesto precedentemente mencionado de la relación de dependencia como también para aquellos trabajadores autónomos inscriptos al sistema de monotributo, conforme la resolución 667/2004, emitida por la Superintendencia de Servicios de Salud. Es por medio de los aportes que realizan los trabajadores y las trabajadoras que se financia el presente sistema, y por el cual, obtienen el derecho a ser atendidos en el mismo. Las obras sociales nacionales se encuentran reguladas por -entre otras- las leyes 23.660 y 23.661. Por último, señalo que, así como el sistema público se encuentra dividido a nivel nacional, provincial y

municipal, en la seguridad social sucede lo mismo, con las OO.SS nacionales y provinciales, sumándole el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP-PAMI) junto con las OO.SS de seguridad, fuerzas armadas, universitarias y del poder legislativo y judicial.

- Sistema de Salud Privado: Es el que se corresponde a las empresas de medicina privada, reguladas en el 2011 por medio de la ley 26.682 y que, al igual que las obras sociales, su autoridad de contralor es la Superintendencia de Servicios de Salud. Dicho sistema obtiene su financiación a partir de contrataciones individuales que realizan con sus respectivos clientes. Estos últimos realizan un pago mensual y como contraprestación obtienen la disponibilidad en los servicios que ofrece la empresa, según el plan que contrataron. A diferencia de los mencionados anteriormente, tiene como finalidad el lucro de su actividad comercial.

De esta forma, nos encontramos ante un sistema de salud, que se compone de 3 subsistemas con características distintas en su formación y funcionamiento, pero con obligaciones similares, de acuerdo a la legislación constitucional y a las leyes que las regulan propiamente. A modo de ejemplo podríamos mencionar, cómo una obligación en común y fundamental, aquella que exige cumplimiento del Plan Médico Obligatorio (PMO) y que es uno de los ejes principales en el aumento de la judicialización, puesto que la mayoría de los amparos que reclaman el cumplimiento de una prestación, tienen como objeto de su pretensión, una prestación incluida en el P.M.O.

A los fines de ejemplificar esto último, cabe recordar las palabras del entonces Gerente de asuntos jurídicos de la Superintendencia de Servicios de Salud, Dr. Alejandro Cooke, durante el “Congreso de Salud de los Trabajadores” desarrollado en el año 2017. Fue durante su exposición que hizo público los datos obtenidos por medio del Registro Nacional de Juicios de Amparos, donde afirmo, que, durante el primer semestre de dicho año, los reclamos atinentes a problemas prestacionales, es decir, al incumplimiento del P.M.O ocupaban el primer lugar, representando casi el 34%.

Como anticipo, este trabajo no tiene como horizonte discutir una problemática particular de aquellas que podríamos encontrar bajo la temática del derecho de la salud. Por el contrario, la cuestión a resolver se compone de un cumulo de aristas, tales como la judicialización de la salud, la efectividad del recurso de amparo, la convivencia de los 3 subsistemas y a su vez, la actual configuración del sistema nacional de salud. Por supuesto

que también está presente la discusión sobre el costo económico que posee este tipo de derechos, que se encuadran dentro de la esfera social. Es decir, derechos vitales para el correcto desarrollo de las personas y que al Estado le generan un gran costo económico, tales como la educación y la vivienda.

A modo de conclusión preliminar, y para dar paso a los objetivos, se podría indicar que el objeto que impulsa el desarrollo de esta ponencia consiste en analizar lo que sucede con posterioridad a la sentencia y consecuentemente al efectivo cumplimiento del derecho reclamado. Este análisis versara en la interacción económica entre el Estado Nacional y los otros dos subsistemas, tomando como referencia lo expresado por los tribunales mediante sus resoluciones, cuando por medio de estas se condene al Ministerio de Salud de la Nación, ya sea en forma subsidiaria y/o solidaria.

II. OBJETIVO

El objetivo del presente trabajo es explorar lo que sucede en supuestos en que el habitante que percibió finalmente esa prestación -amparo de por medio- a través del Estado Nacional, y que estaba afiliado/a a una obra social nacional, o bien era cliente activo de una empresa de medicina prepaga.

De lo dicho se deduce que el Estado, como último garante de todas las obligaciones a las que ha suscripto, es condenado a realizar tal erogación cuando en primera instancia, hubiese correspondido que las empresas de medicina prepaga o las obras sociales abonaran dicho medicamento, prótesis o práctica, por solo mencionar algunos ejemplos.

Desde la visión de este trabajo, no se pretende poner en duda la calidad de co-demandado del Estado a la hora de realizar los amparos. De igual forma, ponderamos la celeridad en la entrega de la prestación, independientemente de cuál de los 3 subsistemas responda primero. No obstante, atendiendo a la importancia de la faz económica planteada en el cierre de la introducción, nos interesa poner el foco en que sucede más allá del cumplimiento del derecho. Es en función de lo descripto que surge el siguiente objetivo.

II. A. Objetivo General

Analizar la factibilidad de que el Estado Nacional, condenado solidaria y/o subsidiariamente a garantizar una prestación de salud por medio de una sentencia judicial, pueda ejercer la acción de repetición contra el subsistema de salud que hubiere debido responder, a los fines de recuperar la totalidad o parte del patrimonio público erogado a tal efecto.

III. METODOLOGÍA

La metodología a utilizar será bajo un enfoque mixto. A través de éstas, se analizarán los datos cuantitativos en materia económica y judicial, combinado con un abordaje cualitativo a los fines de dar respuesta a los objetivos generales.

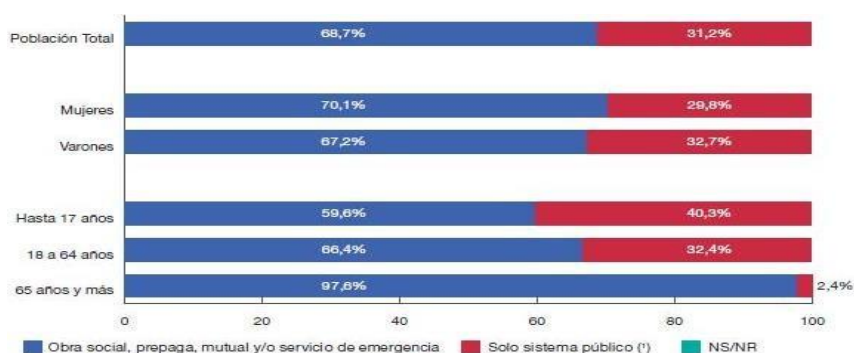
- Lectura y análisis de sentencias dictadas con posterioridad al año 1995, tanto tribunales de 1era instancia, como así también de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los fines de profundizar y ahondar en los diferentes argumentos que esgrimen los jueces y las juezas de nuestro país a la hora de dar sus veredictos. Mediante la presente lectura, se busca analizar la postura del Poder Judicial de la Nación a través de las resoluciones emitidas por sus funcionarios, y de esta forma, generar un análisis jurisprudencial sobre los argumentos esgrimidos y posibles soluciones que confluyan hacia el cumplimiento de los objetivos.
- Bibliografía correspondiente a elaboraciones doctrinarias que aborden el derecho de la salud y sus diferentes problemáticas (judicialización de la salud, integración económica, funcionamiento colectivo de los 3 subsistemas, efectividad del amparo), como así también la utilización de investigaciones previas que retribuyan datos pasibles de ser utilizados en la presente.
- Análisis de las respectivas normas indicadas en el acápite “*Fundamentos y planteamiento del problema*”, en suma, con aquellas resoluciones, disposiciones e informes que puedan emitir diferentes organismos administrativos y que guarden estricta relación con cualquiera de los actores que conformen al Sistema Nacional de Seguro de Salud, a los fines de clarificar, y confirmar las diferentes obligaciones que tienen también las obras sociales como las empresas de medicina privada, independientemente su conformación y financiación.
- Información cuantitativa: Desde el presente trabajo, nos proponemos obtener la información correspondiente a la cantidad de amparos que ha debido abonar el Estado Nacional, conforme la estadística acumulada por parte del Registro Nacional de Juicios de Amparos de Salud (Res. 409/2016) en los últimos 3 años. Una vez obtenida dicha información, corresponderá discriminar, si quien reclamaba se encuadraba dentro de una

obra social o prepaga. Consecuentemente, intentaremos conseguir las sumas en materia económica que han sido erogadas en estos supuestos y sobre todo que ha sucedido con posterioridad a la erogación. Con esto nos referimos a la pregunta eje del trabajo, que consiste en si el Estado Nacional ha podido recuperar una parte o el total de ese dinero.

- Análisis cualitativo: Conforme los datos obtenidos y en conjunción a la lectura de los diferentes argumentos por los cuales los jueces y juezas emiten este tipo de resoluciones anteriormente indicadas, se procederá a analizar si es factible que el Estado Nacional implemente la acción de repetición contra los otros dos subsistemas.

IV. MARCO TEÓRICO. ESTADO DEL ARTE

Al día de la fecha y consecuentemente lo expresado en las líneas anteriores, nos encontramos con un sistema de salud, dividido en tres subsistemas y con una gran interconexión. A modo de graficar lo dicho, podríamos señalar las cifras que arroja el informe técnico Vol.4, N°80 correspondiente al segundo semestre del año 2019, elaborado por el Instituto Nacional de Censos y Estadísticas (INDEC).



A través de este informe se visualiza que el **68,7%** tiene obra social y/o está suscripto a una empresa de medicina privada, o bien cuenta con mutual o servicio de emergencia. Por el contrario, el **31,2%** posee como única cobertura de salud, la atención que brinda el sistema público universal, lo que equivale a **9.100.000** personas. No obstante, la diversificación que se puede encontrar en estos 3 subsectores no es total, ya que hay un cumulo de la población que a pesar de tener obra social y/o prepaga sigue recurriendo al sistema público.

Es aquí donde me interesa detener, ya que a raíz, de esta situación que se da de forma constante, es que, desde el Ministerio de Salud de la Nación, se instrumentaron diferentes

herramientas que culminaron en el dictado de la **Resolución 635/2015**, mediante la cual se configura el procedimiento para que los Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada, es decir, unidades del sistema de público universal, puedan realizar la facturación y el cobro de las prestaciones efectuadas a los beneficiarios de los Agentes del Sistema Nacional de Seguro de Salud.

Este cobro se realiza de forma administrativa y, consecuentemente, sin ningún tipo de judicialización, mediado por el órgano administrativo descentralizado que controla el funcionamiento de estos dos subsistemas, la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación.

Entiendo que es relevante mencionar que existe este mecanismo de cobro, a los fines de vislumbrar la constante interacción entre los 3 subsistemas, que da cuenta de la problemática que conlleva armonizar los aspectos financieros, pero también, para remarcar la solución que se plasmó por medio de este mecanismo.

Comprendo que también es útil, para indicar que a la hora de pensar la interacción financiera de un modo más directo entre los respectivos subsistemas –ya que también podríamos mencionar el Fondo de Redistribución Solidaria- es sobre este mecanismo que se han centrado investigaciones anteriores y que serán tomadas en cuenta en aquellos aspectos que nos resulten útiles.

Entre las investigaciones mencionadas precedentemente, podemos resaltar las siguientes:

- Gastón L. Salerno “*Recupero de Costos en el Subsistema Público de Salud. Mejora en la gestión de recupero a través de Superintendencia de Servicios de Salud.*”. Universidad de Buenos Aires – Facultad de Ciencias Económicas. Buenos Aires. 2017
- Díaz Casale A, Fernandez J. “*Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada y su interacción con las Obras Sociales Nacionales*”. Buenos Aires. Curso Anual Auditoria Medica Hoy. 2019
- Yavich N, Báscolo EP, Haggerty J. “*Financiamiento, organización, costos y desempeño de los servicios de los subsistemas de salud argentinos.*” Salud Publica Mex 2016;504- 513
- Hugo E. Arce “*Organización y financiamiento del sistema de salud en Argentina*” Departamento de Salud Pública, Instituto Universitario de Ciencias de la Salud, Fundación Barceló, Buenos Aires. 2012;(414-418)

No he registrado investigaciones realizadas en cuanto a lo que sucede a posteriori de una sentencia judicial y cómo el Estado Nacional podría recuperar el patrimonio erogado, ni tampoco ningún registro bibliográfico que aborde las preguntas descriptas en el presente trabajo. Sin embargo, me valdré de diferentes investigaciones y artículos que abordan la problemática relativa a la judicialización de la salud, a la historia del sistema argentino de salud, y a aquellos que estudios y/o investigaciones que se encargaron del análisis pormenorizado de alguno de los tres subsistemas.

En suma y conforme lo explicado en el apartado sobre metodología a utilizar, trabajare con doctrina jurídica relativa al derecho de la salud y con fallos judiciales. Estos últimos son de cuantiosa utilidad, puesto que nos permiten analizar la escala del problema y pensar posibles soluciones, en función de las argumentaciones expuestas en cada una de las resoluciones. En función de esto, paso a exponer tres sentencias judiciales, a los fines de graficar la problemática descripta, y resaltar la importancia de su análisis como eje de la presente ponencia.

V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Para ejemplificar lo expuesto, hare mención a tres sentencias judiciales en las cuales, por medio de los argumentos expuestos, nos permite verificar cómo ocurre esto en la práctica y las diferentes soluciones esbozadas. De esta forma, podremos comprender mejor lo planteado y acercarnos a las respuestas:

- **Expediente N° 15.233, caratulado; A. G., L. c/ OSDE y Otros/ amparo proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia n° 3 de Lomas de Zamora.**

La presente sentencia fue dictada por la Cámara Federal de la Plata – Sala II, el, 16 de septiembre de 2008. La secuencia de la causa indica que, en primera instancia, condenan tanto a OSDE como al Poder Ejecutivo Nacional, en su carácter de garante del derecho de la salud, a los fines de cubrir un tratamiento al cien por ciento de estimulación de la comunicación y lenguaje de las habilidades cognitivas y de independencia en el instituto FLENI.

Sin embargo, contra la sentencia, el Ministerio de Salud de la Nación interpuso recurso de apelación, señalando;

- a) *“Los agravios del recurrente se circunscriben a señalar que, según su parecer, resulta errado que se le haga responsable subsidiario de los deberes impuestos en autos. En este sentido, resalta que la obligada primaria es la Obra Social a la que se encuentra afiliada el amparista. Estima que no es cierto que el Estado Nacional sea el garante absoluto del derecho a la salud y que la función subsidiaria que posee debe estar restringida a los carenciados y los pacientes sin obra social”* (Ap. III, párr. 1)
- b) *“Asimismo, el recurrente dice que la sentencia facilita el incumplimiento para los verdaderos obligados, porque es más cómodo aplicar el principio de subsidiariedad y recurrir al Estado Nacional que obligar a los verdaderos responsables. Señala el principio de progresividad, remarcando que su parte debe satisfacer obligaciones asistenciales únicamente en la medida de los recursos disponibles. Y, además, que la responsabilidad subsidiaria no corresponde para los beneficiarios de las obras sociales”* (Ap. III, párr. 3)

Por medio de estos dos párrafos visualizamos el contenido esencial de la expresión de agravios realizada a través del Ministerio de Salud de la Nación, donde alega –sin desconocer sus obligaciones como último garante- la responsabilidad en primera instancia, del otro actor correspondiente al subsistema de salud privado.

Sin embargo, la Cámara Federal de la Plata resolvió no admitir los agravios de la apelante, bajo los argumentos correspondientes de que el Estado Nacional ha suscripto diversos tratados internacionales a los que se les ha otorgado jerarquía constitucional, que aseguran este derecho. Hace énfasis en aquellos instrumentos y leyes nacionales que ponen en cabeza del Estado la obligación de eliminar todo tipo de discriminación contra las personas discapacitadas y cumplir con el sistema de protección integral configurado por la ley 24.901, en conjunto con los instrumentos que promueven la protección del niño.

Dicho esto, cabe agregar que los párrafos que motivan la inclusión de la presente sentencia en este trabajo, son los siguientes:

- a) *“Por otra parte, es claro que OSDE es la que debe cumplir con las prestaciones que requiera la amparista, condena que se encuentra firme y, llegado el caso, el Estado, ante el incumplimiento de las prestaciones, debe suplir la omisión de la empresa ante la importancia del tratamiento.”* (Ap. V, Párr. 3)

- b) *“Asimismo, el sentido de la obligación del Estado Nacional se debe a que, en última instancia, es el garante del cumplimiento a través de acciones positivas. Por esta circunstancia, no puede desobligarse aludiendo al carácter subsidiario de su deber, correspondiendo por medio del Ministerio de Salud cumplir integralmente las prestaciones que, llegado el caso, puedan reclamarle. Esta solución no impide que pueda solicitar una compensación a la entidad prestataria de salud, ante su incumplimiento”* (Ap. V, Párr. 4)

Desde el propio Poder Judicial de la Nación, se reconoce la responsabilidad primaria de uno de los subsectores de salud -en este caso, la empresa de medicina privada- y a su vez, pone de manifiesto que la sentencia guarda estricta relación con el propósito de que la entrega de la prestación se cumpla en tiempo y forma, ponderando la salud del niño. No obstante, deja entrever la posibilidad de que ante el supuesto de que la prepaga no asuma sus obligaciones, el Estado Nacional pueda exigirle una compensación. Si bien no menciona la palabra *“repetición”* ni tampoco *“crédito”* puesto que ambos son los condenados, entiendo la lectura de estas líneas esbozadas en la resolución, nos permite acercarnos a los objetivos planteados.

- **Expediente caratulado: Tolosa, Nora Elida y otro e/ Swiss Medical S.A. s/ cobro de sumas de dinero. – Recurso de Hecho. 27 de agosto de 2013.**

Por medio del presente caso, el Máximo Tribunal de nuestro país resolvió por el voto de la mayoría declarar inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por parte de la empresa de medicina prepaga *Swiss Medical*.

A los fines del presente trabajo, interesa analizar el dictamen de la Procuradora General, Dra. Alejandra Cordone Rosello, emitido el 17 de diciembre de 2012 y el voto en disidencia del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, dictado el 27 de agosto de 2013,

La Dra. Cordone Rosello se manifestó a favor del reintegro de los gastos por alimentos medicamentosos y honorarios médicos, como consecuencia de los respectivos incumplimientos para con los clientes que habían contratado la cobertura. Esta decisión tuvo como fundamento en que la misma suspendió la prestación a la que había sido condenada a cumplir por medio de una medida precautoria dictada en el 2002 alegando que la regulación, vigente hasta el año 2007, no obligaba a las entidades de medicina prepaga a proveer los alimentos medicamentosos, que resultaban imprescindibles para evitar un retraso mental grave e irreparable, a partir de la enfermedad metabólica que

padecen ambas hermanas (fenilcetonuria) menores de edad, representadas por sus padre y madre.

Asimismo, pone de relieve el rol social que tienen estas empresas, puesto que el objeto de su servicio es la salud. *“Desde otro ángulo, es útil recordar una vez más que, si bien la actividad de las empresas de medicina prepaga presenta ciertos rasgos mercantiles, ellas adquieren un compromiso social para con los usuarios, lo cual supone una responsabilidad que trasciende el mero plano negocial (arg. Fallos: 324: 677; 324:754; y 327:5373, por remisión al dictamen de esta Procuración). Este concepto se ha reforzado, trayendo a colación la idea de que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía [...]”*

Es dable recalcar de las palabras de la procuradora la vital importancia que tienen las empresas de medicina prepaga, independientemente de que sean compañías con fines de lucro y que la fuente de su obligación surja de la letra de un contrato entre privados. Es en función de la trascendencia social que tiene el servicio que ofrecen a sus clientes, lo que hace surgir esta interpretación, que excede la esfera de lo estrictamente privado.

Dicho esto, cabe transcribir los párrafos del voto del Dr. Lorenzetti, donde manifiesta una visión distinta, más focalizada en la letra de la ley y en las cargas legales que recaían en su debido momento sobre dicha empresa y el Estado Nacional. El entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que quien debía asumir dicha obligación, cual es de dar satisfacción plena al derecho de la actora, era el Estado Nacional puesto que la empresa de medicina privada no se encuentra alcanzada subjetivamente por ninguna obligación.

Más interesante aún es el análisis que lleva adelante dicho magistrado, a los fines de armonizar los intereses de la parte actora a obtener la indemnización y –en consecuencia, con su pensamiento- a que el Estado Nacional se haga cargo de los mismos y no la prepaga.

- a) *“De lo dicho, surge que la revocación de la sentencia dejaría sin reparar el perjuicio experimentado por los demandantes -costos de medicación y tratamiento- como consecuencia de la omisión estatal. Por lo tanto, la demandada deberá pagar el importe diferido a condena -cuya cuantía no es susceptible de revisión (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)- que constituirá un crédito de la empresa contra el Estado que ésta podrá recuperar. (Ap. IV, Párr. 2)”*

- b) *“Que la solución dispuesta en el considerando anterior es concordante con un análisis consecuencialista y con la naturaleza del contrato celebrado. El costo de la prestación puede ser soportado por el Estado o por la empresa de medicina privada, pero nunca por el enfermo, pues de lo contrario se vería frustrado su derecho a la salud. (Ap. V. Párr. 1)”*
- c) *“En cambio, la empresa puede absorber los gastos de modo transitorio, puede difundirlos convenientemente y, finalmente, recuperarlos de las finanzas públicas.” (Ap. V. Párr. 2)”*

Atendiendo a los párrafos transcriptos, podemos ver, en palabras del entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, su postura en cuanto a que Swiss Medical, podría recuperar el dinero invertido, ya que conforme su interpretación es el Estado Nacional quien debió cumplir en 1era Instancia.

- **Expediente N° 31335/2017, caratulado; H. V. D. A. y otro c/ Parque Salud Sociedad Anónima y otro s/ prestaciones farmacológicas.** La presente sentencia fue dictada por la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial – Sala A, el, 18 de diciembre de 2017.

La matriz del caso revela que la Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción resolvió condenar en forma solidaria tanto a la empresa de medicina prepaga Parque Salud S.A y al Estado Nacional, en un 10% y 90% respectivamente, en lo atinente a la cobertura de los medicamentos que requieren dos menores de edad que padecen la enfermedad denominada, Atrofia Medular Espinal.

En primera instancia, se condenó tanto a la empresa de medicina privada, como así también al Estado Nacional a cubrir el medicamento cuyo nombre es “Spinraza”. No obstante, es menester aclarar que el Juzgado Federal N°2 condeno con porcentajes distintos a los que luego resolvería la cámara. Parque Salud S.A debía cubrir en un 30% la medicación, en tanto que el Estado Nacional se debería hacer cargo del 70% restante.

Sin embargo, contra dicho fallo, la empresa de medicina privada interpuso recurso de apelación alegando que no estaba en condiciones económicas de cumplir con el porcentaje a la que fue obligada, en función del elevado costo que estimo en 300 mil dólares, solo, en lo que respecta al inicio del tratamiento. Indica que el mantenimiento de la sentencia conllevaría la suspensión de los servicios médicos para los restantes 30 mil

clientes que tiene la prepaga y concluye en que es el Estado Nacional quien se encuentra en mejores condiciones económicas para garantizar el debido tratamiento, en función de que cuenta con fondos específicos a utilizar en este tipo de casos. Es por ello que concluye en solicitar que, el 100% del tratamiento este a cargo del Ministerio de Salud de la Nación.

Es así, que llega el expediente a la cámara de apelaciones, donde la misma resuelve modificar los porcentajes de la forma ya indicada. Dicha decisión fue resuelta, en función de los libros contables que presento la empresa, a partir de los cuales, los jueces dedujeron que en el caso de no modificar los porcentajes la empresa sufriría una desfinanciación que le impediría seguir prestando servicios. De igual forma, recalca que el Estado Nacional es *“garante del efectivo cumplimiento de las prestaciones necesarias para resguardar la salud o la vida de los menores como máximo interés jurídico protegido por la Constitución Nacional”*. En función de estos dos parámetros es que emite su resolución, a cumplirse dentro de los 5 días de su notificación y termina resolviendo la cuestión apelada.

Es entonces, conforme al análisis de las 3 sentencias presentadas, que partiendo de la idea esbozada por el Dr. Lorenzetti, en consonancia con lo expuesto por la Procuradora de la Nación, en cuanto a la responsabilidad social que tienen las empresas de medicina prepaga, y enlazándolo con la característica de ultimo garante que tiene el Estado, podemos concluir en que es necesaria una legislación específica que indique como resolver estas situaciones financieras que se dan entre por lo menos, 2 de los 3 subsistemas con posterioridad a una sentencia.

De igual forma y a modo de establecer una línea de investigación futura, será preciso vislumbrar *¿cómo debería proceder el cobro de ese crédito y/o compensación por parte de un subsistema hacia el otro?* Entendiendo que la mejor forma, sería generar mecanismos administrativos internos, con reglas claras que permitan a los actores resolver esta cuestión con celeridad. Si bien, dicha investigación se centra puntualmente en la idea de cómo el Estado Nacional, podría recuperar los fondos que eroga, la confirmación y posterior creación de dicho mecanismo serviría para la correcta armonización de los 3 actores. Esto podría dar como resultado una equidad en el uso de los fondos, y paralelamente, pensando en el patrimonio que se alcanzaría a recuperar, esto podría resultar en una

mejora de los servicios, puesto que aumentaría la capacidad de inversión y tal vez se conseguiría llegar a una disminución de la judicialización.

VI. CONCLUSIÓN

Conforme lo visto durante toda la ponencia, el móvil que inspiró la escritura de trabajo, surge a partir de una observación. La misma consiste, en que en estos últimos tiempos y de acuerdo al aumento de la judicialización de la salud, se ve como el Estado Nacional, año tras año, eroga millones de pesos en el cumplimiento de las sentencias y consecuentemente en la entrega de la debida prestación. Esto ha sido manifestado por el actual Ministro de Salud de la Nación, Ginés González García en una entrevista ofrecida al diario Página 12, publicada en fecha 31 de enero de 2020, en la cual declaraba *“Hoy en la reunión de gabinete (del Ministerio) informaron que esta semana, por amparos, pagamos 300 millones de pesos por productos. Ocho amparos fueron.”*

No obstante, no fue mi intención apuntar al análisis a cuándo es correcta la procedencia de la acción de amparo para el reclamo por el derecho de la salud o si es menester que el Ministerio de Salud atienda ese reclamo individual por más costoso que le sea. Lo que busco es tratar el vacío que hay a posteriori de que ocurra la sentencia, es decir, la falta de integración económica y/o de responsabilidad, que hay entre los 3 subsistemas en cuanto a la financiación de aquellas prestaciones que se resuelven, no por mecanismos administrativos, sino por medio de la intervención del Poder Judicial de la Nación.

El derecho de la salud, como he analizado, posee vital trascendencia para el cumulo de la sociedad, por lo cual, se hace preciso legislarlo de forma clara y certera. Es fundamental que la persona que necesite una determinada medicación, prótesis o tratamiento, pueda obtenerla de forma clara y sencilla, no obstante, si ha llegado al punto de judicializar el caso por la falta de respuesta de los subsistemas, es imperioso que exista un mecanismo para armonizar las diferentes situaciones financieras que se puedan dar entre estos 3 actores.

Como indique anteriormente, en la actualidad no he encontrado investigaciones previas, que traten específicamente la problemática sobre el recupero de costos con posterioridad a una sentencia judicial. Por lo cual, podríamos señalar que el tema, que aborda la presente ponencia, tiene un carácter exploratorio. Cabe volver a remarcar, que si he visibilizado y leído investigaciones que tratan la faz económica, más específicamente la facturación

que

puede darse entre los Hospitales de Gestión Descentralizada y los restantes actores del Sistema Nacional de Seguro de Salud. Un aporte que es por demás valioso ya que nos demuestra lo integrados que están los tres subsistemas y la necesidad de seguir creando mecanismos que faciliten, también, su configuración económica. Máxime, atendiendo a que por medio del presente trabajo, elijo poner el foco en la recuperación que debería realizar el Estado Nacional, ya que si bien, es efectivamente, quien tiene más recursos para afrontar los costos de diferentes prestaciones, es también, quien en su rol de último garante del derecho de la salud, se constituye en el actor más co-demandado y consecuentemente sobre el que más sentencias recaen, ya fuere en carácter solidario o subsidiario.

Asimismo, remarco el valor que nos aporta la jurisprudencia, puesto que, a través de ella, podemos visibilizar la problemática planteada, pero también, diferentes alternativas que han explorado los magistrados por medio de sus sentencias.

Por último y a modo de conclusión, señalo que, de la escritura de la ponencia, se verifica que existe un vacío en materia legislativa sobre el objeto estudiado. En consecuencia, con ello, son los jueces y juezas de nuestro país, quienes por medio de sus sentencias terminan creando diferentes alternativas para suplir esta falta de regulación, algo demostrado en las primeras sentencias examinadas. Razón por la cual, se vuelve preciso investigar sobre la situación planteada, a los fines de generar respuestas que brinden un acercamiento hacia una mejora en la seguridad jurídica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Silvia Y. Tanzi – Juan M. Papiullú “*Juicio de amparo en salud*”. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 2018
- Victor Bazan. “*Derecho a la salud y justicia constitucional*”. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2015
- TOBAR, F (2012).” *Breve historia del sistema argentino de salud*” En: GARAY, O (Coordinador) “Responsabilidad Profesional de los Médicos. Ética, Bioética y Jurídica. Civil y Penal”. Buenos Aires. La Editorial La Ley. 2012
- Abramovich V, Pautassi L. “*El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina*”. Salud Colectiva. 2008;4(3):261-282.

Burgos Mirta Sigrid “*El estado frente a los incumplimientos médicos de las obras sociales y su judicialización*”. Universidad de San Andrés. Buenos Aires. 2017.

Gastón L. Salerno “*Recupero de Costos en el Subsistema Público de Salud. Mejora en la gestión de recupero a través de Superintendencia de Servicios de Salud.*”. Universidad de Buenos Aires – Facultad de Ciencias Económicas. Buenos Aires. 2017

Díaz Casale A, Fernandez J. “*Hospitales Públicos de Gestión Descentralizada y su interacción con las Obras Sociales Nacionales*”. Buenos Aires. Curso Anual Auditoria Medica Hoy. 2019

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Denise Etchepare

Eje Temático "Derecho Privado en Latinoamérica"

LA MEDIACIÓN COMO PREVENCIÓN DE CONFLICTOS

MEDIACIÓN – TIEMPO – JUSTICIA – CAMBIO - CONSCIENCIA

RESUMEN

Ya no es una norma la que quedó en desuso, ahora es el funcionamiento del sistema normativo por completo el que no encuadra en este nuevo paradigma jurídico/social. La presente ponencia tiene por objeto visibilizar a la instancia de mediación como la única herramienta a priori efectiva que se ajusta a las nuevas circunstancias. El nuevo escenario que tiene al Covid-19 como actor principal nos da un mensaje muy claro: no se puede seguir actuando de la misma forma en la que veníamos haciéndolo. Mientras que el mundo nos pide que retrocedamos para que pueda respirar, se hace inminente una modificación del sistema legal tal cual lo conocemos.

Mi propuesta aquí es que podamos pensar en la instancia previa para dejar de ir al choque. Innumerables veces nos encontramos deseando la armonía, sin embargo, la justicia no está planteada para eso. *¿Quién entiende cuando lo acusan? ¿Cómo pretender dialogar con la premisa de que hay una sola voz correcta?*; cuando nos quejamos del tiempo lento de la justicia, hay que tener presente que la ley es un dictador, capaz ese tiempo no hace otra cosa que ponerlo en su lugar. La metodología de estudio aquí empleada consiste en una observación analítica de la naturaleza y de La Ley. Consciente de que vivimos en un mundo donde lo científico está asociado a los números y estos son palabra mayor, creo, asimismo, que las Ciencias Sociales son números que toman otra forma cuando se torna necesario hablar, para lo que me resulta idóneo priorizar la Mediación como espacio de comunicación y como una herramienta en este nuevo proceso.

I. INTRODUCCIÓN

A modo de comienzo y con el fin de acercarnos al objeto del siguiente trabajo, considero necesario tener presente el concepto de mediación vigente hoy en día en Argentina. La Instancia de mediación prejudicial obligatoria está contenida en la ley 26589; es así que en el artículo primero define a la mediación como un medio para promover la comunicación directa entre las partes con el propósito de encontrar una solución al conflicto allí planteado¹; en caso de llegar a un acuerdo queda anulada la instancia judicial posterior; cabe recordar además su carácter previo obligatorio² vigente en nuestro ordenamiento desde su publicación en el 2010. En este orden de ideas, situándonos en contexto actual, el 17 de Marzo del corriente año se publica por decreto una resolución que impone el distanciamiento social preventivo y obligatorio³; la causa: el brote de una nueva enfermedad pandémica, dada a conocer por la OMS como Covid-19⁴, de este modo el Ministerio de justicia y Derechos Humanos dicta el decreto número 121/2020 por el cual las mediaciones presenciales quedan suspendidas hasta nuevo aviso.⁵

Con este panorama legal general y particularmente consiente de la emergencia sanitaria mundial que se está viviendo, la presente ponencia hará visible el inminente cambio en la Justicia Argentina y buscará proponer a la mediación como la única herramienta a priori efectiva que se ajusta a las nuevas circunstancias.

II. PONENCIA

El tiempo lento de la justicia no es un tema novedoso, sino más bien, se viene considerado desde hace décadas en diferentes temáticas de la doctrina legal Argentina. En el siguiente trabajo *ese* tiempo es captado como factor clave para el desarrollo de la hipótesis a desarrollar.

Hoy en día el escenario de pandemia nos hizo recordar el valor que tiene nuestro tiempo, cuestión que en los juicios se venía expresando en forma de queja constante por parte de todos los actores involucrados, sin embargo, nada se hacía al respecto. Con el distanciamiento social preventivo y obligatorio, el poder judicial argentino queda paralizado casi por completo; la

¹ “Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.” (Art. 1 Ley 26.589. Fecha de publicación 3 de Mayo de 2010)

² Ver Art. 5 ley de mediación: Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

³ DECNU-2020-287-APN-PTE - Decreto N° 260/2020. Modificación.

⁴ Ver <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

⁵ Ver Art. 1 de la Resolución 121/2020

implicancia de esto fue que no avancen los juicios en curso y la extrema dificultad por iniciar nuevos. Es así, que la desinformación generalizada sobre el virus no le escapó al poder judicial y más allá de los esfuerzos que se hicieron y la rapidez con la que se logró en despachar varios decretos, no hubo una solución efectiva.

Es importante destacar en este momento del trabajo por qué no se encontró una “*solución efectiva*” al inicio de la cuarentena. Creo que por un lado la respuesta está dada ya que estamos en una situación nueva, no solo para la Argentina sino para todo el mundo, lo que el modo de accionar requiere que sea nuevo también; sin embargo, tengo bien a considerar que, los decretos empleados en materia de instancia de mediación a priori no obedecen a una realidad aplicable.

Los medios que se tuvieron en cuenta para llevar a cabo las mediaciones son todos medios virtuales, de igual forma como para el seguimiento e impulso de expedientes se viene intentando utilizar la forma virtual, es de público conocimiento que no somos un país en el que se tenga acceso igualitario a la tecnología. La modernización de la justicia es tema redundante en los últimos cinco años y por más de que no hace al objeto de la ponencia, cabe decir que los avances no fueron suficientes. Hablar de la **posibilidad de acceso a la justicia** con todo lo que ella implica no es un tema menor, una defensa en juicio adecuada es garantía constitucional, la cual todos y cada uno de los ciudadanos tenemos para defendernos y sin ella La Justicia de nada nos sirve.

Puedo decir que la emergencia sanitaria nos deja un panorama extremo que se aproxima al siguiente: los juzgados sin personal, los juicios no pueden ser sorteados, las mediaciones no pueden ser llevadas a cabo de manera personal y las vías electrónicas planteadas no pueden ser accesibles por todos, de igual modo las mediaciones que si pueden llegar a celebrarse no tienen un respaldo garante por no haber instancia posterior.

III. ¿POR QUÉ LA MEDIACIÓN COMO PREVENCIÓN DE CONFLICTO?

Los dos puntos hasta aquí expuestos - tiempo de justicia y garantía de defensa en juicio- sirven de argumento para avanzar en con esta premisa. La instancia previa a los juicios es comúnmente utilizada como eso, una mera instancia previa para llegar a entablar demanda y ahí embarcarse en una ardua tarea conflictiva. Los litigios requieren tiempo y mucho; requieren gasto material pero por sobre todo gasto de energía, tiempo de las personas que forman parte de ese conflicto, tiempo gastado en pelear. Es dable notar que este trabajo no escapa a la noción de que

un proceso judicial, es entre otras cosas, trabajo remunerado para muchas personas, sin embargo, esto último también se vio afectado en el inicio de la cuarentena; con lo dicho en este apartado intento apuntar a que todas las partes envueltas en un juicio, no solo el accionante y el demandado, quedaron afectadas en razón de tiempo y dinero.

En el orden de ideas es que aparece la mediación como única herramienta que, captada desde su génesis es una verdadera instancia resolutoria, de dialogo y por qué no como red de contención, puede dejar de lado la instancia judicial. Los conflictos entre las personas existen y seguirán existiendo, sin embargo, algo se está modificando en el mundo y quedo a la vista de todos. En nuestro país las ideas, principalmente las ideas que datan de largo tiempo suelen sostenerse con un aferramiento en muchos casos absurdo, con esto no quiero decir que sean inservibles, si no que para obtener el resultado deseado es necesario considéralas y actuar en consecuencia; priorizar un espacio para el dialogo creo que es un buen comienzo para los cambios que inevitablemente estamos viviendo. La situación de pandemia dejo entrever al *tiempo* como un tesoro y la desinformación generalizada abrió lugar a un sentimiento de anarquía. ¿Quién desea ser parte de un juicio? ¿Quién desea ser parte de un juicio por 7 años? ¿Quién busca gastar plata en pelear? ¿Hay en verdad un vencedor y un ganador, o ambos perdedores?, con estas preguntas muchas veces se opta por no comenzar un proceso judicial o por no defenderse adecuadamente en el que se está inmerso y se busca priorizar la tranquilidad.

Hoy en día, la mediación previa obligatoria ha tenido sus progresos en varias ramas del derecho y una de ellas es el derecho del consumidor, una rama en auge, donde las empresas están en la mira por parte del control estatal, los montos no suelen ser muy elevados dándose un ámbito propicio para arreglar; no es así por ejemplo en las acciones por siniestros donde generalmente los montos son un poco más elevados y no hay ánimos de llegar a un acuerdo, lo que termina provocando que la instancia de mediación sea un requisito más a ser sorteado para entablar una demanda. Por la extensión que requiere el trabajo no puedo entrar en detalle, pero destaco que la mediación prejudicial obligatoria no se aplica para acciones penales a pesar de ello hay un concepto en esta rama del derecho que se aplica bastante bien y es el de Justicia restaurativa.

Ahora bien, una de las cuestiones más problemáticas que emerge con esta hipótesis está ligada a la noción de *prueba*⁶; el tiempo que duran los juicios encuentran o deberían encontrar su razón de ser en la instancia probatoria; es así que en la mediación las partes pueden exponer

⁶ Ver Art. 360 del Código procesal civil y comercial.

pruebas o conversar abiertamente los hechos sin embargo no es usual hacerlo, estas se guardan para la instancia posterior del conflicto. Por supuesto que se están resguardando, más allá de que se tengas ánimos de llegar a un acuerdo, no sería negocio mostrar todas las cartas siempre que esté la posibilidad de continuar con la “resolución” del conflicto en una instancia posterior.

Lo que por momentos se ve muy acertado por momentos se ve muy lejano, pero hay una cosa a la cual no se puede escapar y es a la realidad que nos rodea y nos dice que algo cambia. Las mediaciones ya sean personales o virtuales, crean espacio de dialogo y donde las partes pueden exponer sus diferencias e intereses. Podemos sorprendernos de la cantidad de veces que estos intereses coinciden y que cuando hablamos de dinero incorporamos sentimientos ajenos a lo que en verdad buscamos.

Repensar a la mediación como una instancia de dialogo verdadero, captar la esencia de su objeto el cual busca acercar a las partes a encontrar una solución, puede ser un inicio de una nueva forma de ver a la justicia y al ordenamiento jurídico por completo. Imaginar un ideal y ponerlo en práctica con los medios con los que contamos para hacerlo es una forma de ayudar al cambio. ¿Es posible encontrar una solución a un conflicto donde todas las partes queden satisfechas? Nos guste o no, si hay un conflicto es porque algo resuena en nosotros y para superarlo siempre hay algo que se gana y algo se pierde. En los juicios civiles perdemos plata; en los juicios de familia donde los sentimientos quedan envueltos en intereses monetarios, sufrimos; en los juicios penales donde el bien a defender es la libertad ¿se puede considerar mediar ante un arrebato de esta índole? Lo que tenemos en común en todas estas preguntas es que, para acordar, para llegar a vencer a la otra parte en juicio, para demostrar el poder que tenemos sobre nuestros bienes y muchas veces sobre las personas que legalmente están a nuestro cargo es: **el tiempo que usamos en “resolver” el conflicto.**

No se puede seguir actuando de la misma forma en que veníamos haciéndolo. El mundo está expresando un malestar, los humanos que habitamos esta tierra hacemos un paso atrás para poder sobrellevar estos cambios y no es casualidad que la naturaleza avance sin nuestra interferencia; pareciera como si por momentos nos hubiésemos olvidado de que necesitamos de ella para sobrevivir. Creo que considerar aprender de la naturaleza, por muy vano que parezca, es fundamental para orientarnos a los resultados correctos; me atrevo a decir además, que lo dicho es tenido en cuenta por varios países en los cuales aprenden más rápido de los errores que en el nuestro.

Para finalizar, la Justicia, acá y en todo el mundo está pensada desde la base de obtener un ganador y un vencedor, de probar la mejor estrategia para finalmente tener una sentencia favorable, donde un papel diga que uno tiene razón. Asimismo, ¿quién dispone quien tiene la razón? la respuesta es: La ley. La ley dictamina lo que se puede hacer y lo que no y cómo hacerlo; así es que hay una ley de mediaciones que nos dice como llevarla a cabo. A raíz de lo expuesto, considerando que la ley per se cómo también la puesta en práctica de todo el ordenamiento jurídico al momento de iniciar una demanda busca *hacer justicia*, la pregunta es, ¿para quién termina siendo justo el tiempo gastado en litigar?

IV. CONCLUSIÓN

No está de más decir que de la teoría a la práctica hay un gran paso, las particularidades de cada caso es lo que hace que hoy estemos compartiendo y debatiendo nuevas ideas. Por su puesto que la mediación practicada actualmente no es aplicable para el ideal del que estamos hablando y mientras que a nivel global, se están debatiendo cuestiones de Derechos Humanos muy importantes a futuro, donde el contexto legal será otro porque nuestras realidades ya son otras, hacer visible la energía que depositamos en perpetuar problemas a lo largo del tiempo y buscar un método que pueda englobar a la justicia vista ya no como una forma de competencia por una sentencia favorable si no como instancia ultima de lograr armonía entre las partes, nos lleva a elegir a la mediación como la única herramienta a priori efectiva para la resolución de conflictos en estas nuevas circunstancias.

V. BIBLIOGRAFÍA

<https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>

<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233684/20200816>

<https://www.un.org/es/coronavirus>

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
10 y 11 de noviembre de 2020
Juan Cruz López Guillermon – Facultad de Derecho (UBA)
Eje temático “Derecho Privado en Latinoamérica”

ÉTICA Y MORAL EN IA: DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

I. INTRODUCCIÓN

Se asoma lentamente el ocaso de nuestra era para dar lugar a una nueva llena de oportunidades como a su vez de pérdidas. No faltan debates acerca de cómo los años venideros cambiarán nuestra presente realidad. Esta misma discusión también se ve reflejada en el campo jurídico y en sus diferentes ramas.

En la doctrina de aquellos estudiosos del derecho del trabajo podremos observar arduos debates de cómo la Inteligencia artificial, principal elemento destructivo de las épocas venideras, muestra el potencial necesario para suplantarnos en nuestras relaciones de producción. Similares interrogantes se plantean en otras ramas jurídicas como el derecho penal y el derecho privado. En todas ellas no falta argumentación sólida respecto de las instituciones propias del derecho. Sin embargo, podemos observar que en su gran mayoría carecen de todo componente contextual y con esto buscamos referirnos a aquellos elementos enriquecedores del derecho. En otras palabras aquellos debates analizan y observan estructuras propias del derecho positivo, pero dejan de lado componentes que hacen a la filosofía del derecho.

En este sentido podemos analizar desde la primera óptica la igualdad entre los particulares pero no será una labor adecuada y quedara inconcluso de no estudiar el contexto, motivaciones y normas que rigen la conducta entre aquellos. Por ello en este trabajo se busca exponer la relación existente entre la Ética, moral e igualdad, dentro de los límites del derecho privado argentino. A su vez para que dicho análisis no pierda valor en los tiempos próximos se analizará dichas relaciones a partir de la Inteligencia artificial.

II. ¿QUÉ ES LA IA?

Antes de comenzar resulta necesario realizar una pequeña aclaración y es que no es tarea sencilla definir a la IA dentro del marco académico. Ello es así ya que resulta atravesada por

múltiples campos y disciplinas, y encontrar una definición del nombrado concepto con el potencial necesario para ser aceptada por todas no es fácil.

Sin embargo, para una mejor comprensión de la presente obra por nuestra parte tomamos postura por la definición propuesta en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la IA, que versa

“El término «inteligencia artificial» (IA) se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos.”¹

Aquella cita expone cuales son los tres elementos característicos de la IA. Ellos son la capacidad de procesamientos de datos, ya que se produce la intervención de una gran cantidad de ellos, el auto aprendizaje y su consecuente autonomía.

Para otorgar mayor claridad a las nociones recién brindadas resulta necesario comprender que en la base de la inteligencia artificial están los algoritmos, códigos informáticos diseñados y escritos por seres humanos que ejecutan instrucciones para traducir datos en conclusiones, información o productos.²

A su vez también es de destacar el elemento de racionalidad que reviste a los sistemas en cuestión.³ Es decir, la IA puede ser utilizada tanto en componentes donde se produzca su interacción física con el plano factico de manera directa, como por ejemplo a través de un robot autónomo, como también su interacción con el exterior, pero de manera no directa. Este último caso puede ser representado por ejemplo cuando observamos su implementación en un proceso informático de selección y contratación de personal de trabajo.

En el primero de los casos estos alcanzarán e irán progresando en su racionalidad gracias a la percepción de su

“entorno [...] través de sensores, recopilando e interpretando datos, razonando sobre lo que percibe o procesando la información derivada de esos datos, decidiendo cuál es la

¹. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia Artificial para Europa, Bruselas, 25.4.2018 COM (2018) 237 final.

². Internacional, Resolución N° 73/348, de 29 de agosto de 2018, Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de la. Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, 2018, considerando 5. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/73/348>). Consultado por última vez 29/11/2019.

³. Sobre este punto, y por cuestiones didácticas nosotros lo vincularemos con su aplicación.

mejor acción que puede realizar y actuando en consecuencia mediante accionadores, pudiendo así modificar el entorno.”⁴

En el segundo de los casos, sin alejarse en extremo de lo recién dicho y como mencionáramos párrafos antes –incluso en la era del Big Data con mayor razón- se avanza en su racionalidad al integrarse la IA con un número muy grande de datos. Estos pueden ser fijados de base con la limitación de su no posterior actualización o incursión en una cantidad mayor (aunque como veremos en el trabajo su limitación no es recomendable). Además, gracias a nuestra actualidad tecnológica, estos cuentan con poderosos procesadores de información y en virtud de las diferentes técnicas⁵ aplicables en la presente disciplina se logrará transformar aquellos datos en conocimiento susceptible de ser representado.

Una vez que se conforma un modelo sobre la pequeña facción de la realidad que trabajará el sistema seguirá la interacción o “aprendizaje” de las diferentes técnicas con los datos. Entre ellas podremos nombrar a los Sistemas Expertos, Redes neuronales, Algoritmos Genéticos, etc., otorgan a la aptitud de aprender a resolver problemas a la IA.

El siguiente y último paso es la toma de decisión sobre cuál será la acción a llevar. Aquí se produce el momento de mayor exposición de su autonomía y adaptación donde, también con motivo de las técnicas recién expuestas, el sistema arrojará la decisión.

La nota que más destaca es su Autonomía y por ello vemos que los sistemas inteligentes se están desarrollando a una gran velocidad. Es por ello que es la tecnología disruptiva de la cuarta revolución.

La IA cambia y cambiará nuestras vidas, pues mejorará la **atención sanitaria** (por ejemplo, incrementando la precisión de los diagnósticos y permitiendo una mejor prevención de las enfermedades), aumentará la **eficiencia de la agricultura**, **aumentará la seguridad** y nos aportará otros muchos cambios que de momento solo podemos intuir.⁶

Sin embargo, Al mismo tiempo la inteligencia artificial (IA) conlleva una serie de riesgos potenciales, como la **opacidad en la toma de decisiones**, la **discriminación** de género o de otro tipo, la **intromisión en nuestras vidas privadas** o su uso con fines delictivos.

⁴. Europa, Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas, de junio de 2018. Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, Unión Europea. 2018, p. 1.

⁶. El libro blanco sobre IA; sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza.

Por ello y para aprovechar las oportunidades que ofrece la inteligencia artificial, sin dejar de lado el respeto por nuestros derechos, es que utilizamos lo que conocemos como *Ética de Datos*.

Sin sumergirnos en la disciplina filosófica de la Ética y en su rica historia que va principalmente desde Aristóteles a la actualidad, al hacer mención a la Ética de Datos buscamos aludir al estudio de las normativas –en clave no jurídica- morales volcadas en los datos y cuál es su fundamentación. Estrecha relación aguarda tal definición con la conceptualización más conservadora de la Ética en tanto la encuentra como el “estudio de las reglas morales y su fundamentación”⁷. La Ética observa y analiza a la moral entendida como “la conducta reglada por costumbres o por normas internas del sujeto”.⁸

Es en esta relación de gran importancia donde debemos escuchar a las distintas sociedades del mundo ya que, mientras en la Ética hallamos principios con carácter universal, al hablar de moral estaremos en el campo interno de los individuos. Es decir, como miembros de la sociedad forma parte de nuestro deber estar atentos a la moral recurrente en nuestro día a día, y para ello podemos valernos de la disciplina filosófica antes tratada.

Por lo expuesto surge la pregunta ¿hasta dónde llega la IA?, o quizás sería mejor formular la pregunta con nosotros dentro, ¿hasta dónde debería llegar la IA?

Cuando comenzamos a indagar en documentos que aborden la temática de la Ética de Datos, por su actualidad y gusto personal, me resulta muy atractivo tanto “El Libro Blanco sobre inteligencia artificial”⁹, de la UNION EUROPEA con fecha de 19.2.2020¹⁰ como también las Directrices Éticas para una IA fiable, creado por el grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA, también en el marco de la UNION EUROPEA, en abril de 2019

De ambos documentos, como así también en la bibliografía popular del tema, podemos observar distintos principios y directrices éticas, entre las más importantes el respeto por la autonomía de las personas, la prevención del daño y el trato igualitario y no discriminatorio. Ahora, resulta de gran importancia como entendamos el concepto de igualdad ya que sus alcances y aplicaciones variaran dependiendo su interpretación.

⁷. Bilbeny Norbert, “Aproximación a la Ética”, Editorial Ariel, España, 1992.

⁸. Bilbeny Norbert, “Aproximación a la Ética”, Editorial Ariel, España, 1992.

⁹. El libro blanco sobre IA; sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza.

¹⁰. La finalidad del presente Libro Blanco es formular alternativas políticas para alcanzar estos objetivos; no aborda ni el desarrollo ni el uso de la inteligencia artificial para fines militares.

III. DERECHO A LA IGUALDAD

A lo largo del tiempo, en diferentes contextos y países, se han efectuado diferentes formas de entender el derecho en cuestión. Quienes se dedicaron a enriquecer el debate sobre cuál debía ser la concepción prevaleciente se han nutrido de lecturas extranjeras como forma de cumplir su deber como operadores del derecho.

Aquellos debates, más allá del atractivo teórico que puede suscitar en los cautivados por el tema, posee gran relevancia en razón que sus resultados tienen que implicancia en nuestra vida cotidiana. Sus efectos, tanto directos como indirectos, repercuten en nuestra rutina y es por ello que emerge la responsabilidad de cada participante. No podemos negar que la interpretación que prevalezca sobre el derecho a la igualdad generara cambios en relación con las otras visiones.

Como resultado de lo recién expuesto debemos mencionar que podemos encontrar en la letra de nuestra doctrina, como así también en nuestra ley y jurisprudencia, distintas interpretaciones del mencionado derecho. El recorrido comienza por aquellos que lo entiende en sentido formal, pasando por su trato en tanto no discriminación para así terminar con su faz como no sometimiento o igualdad estructural.¹¹

En su entendimiento como igualdad formal buscaremos que quienes pertenezcan a una misma categoría fijada por la letra de nuestra ley deberán recibir el mismo trato.

Ésta es la versión más restringida del principio¹². Se debe ofrecer igual trato a todas aquellas personas que se encuentren dentro de la clasificación que realiza la norma. En compatibilidad con lo expuesto se establece que se permite llevar a cabo un trato diferente para todas aquellas personas que no se encuentre en aquella categoría. Con esta misma idea se relaciona aquella frase *separados pero iguales* de la sentencia del reconocido fallo Plessy vs. Ferguson de la Suprema Corte de EE.UU. Allí se habilito una distinción con base en la raza.¹³

Avanzando en la línea del debate, comprendiendo la noción recién explicada del derecho en cuestión, quizás podamos visualizar eventuales conflictos en puerta. Con motivo de ello brota en nuestra doctrina una nueva forma de entender el derecho a la igualdad. Sin embargo, ella debe

¹¹. Saba, Roberto y Alegre, Marcelo, “(Des) igualdad estructural”, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

¹². Ferreyra R. G., “Gobernar es igualar. Isonomía, oportunidades y justicia social en Argentina”, *Revista Academia (Buenos Aires)*, año 14, nro. 28, segundo semestre, 2016, p.198.

¹³. Suprema Corte de EE. UU. , “Plessy vs. Ferguson ,1896.

entenderse como un complemento y no como una forma totalmente diferente a su comprensión en sentido formal. Además, es ahora donde nuestros doctrinarios indican que debemos comenzar a preguntarnos sobre la “razonabilidad” de la distinción a hacer.

A través de doctrina y jurisprudencia se ha establecido que será posible llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre personas siempre que se haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria. Sin embargo, con que se reúnan esas tres características no será suficiente. Es por ello que interpretada en clave de no-discriminación se nos insta a que establezcamos distinciones entre las personas sólo cuando ese trato se encuentra justificado en la aplicación de un criterio razonable¹⁴ y objetivo. Para llevar a cabo el examen de razonabilidad existen distintos modelos como el estadounidense, europeo o integrado, y cada uno de ellos permite complejizar la evaluación del grado de irracionalidad de la distinción.¹⁵

Esta noción busca la correcta relación entre medios y fines, una relación que algunos autores llaman de funcionalidad.¹⁶ Dicho de otra manera, la vinculación en razón de los medios y fines perseguidos.

A pesar del gran avance de esta interpretación con relación a su anterior debemos anticipar que la presente revela un conflicto. Este es que no observa y aprecia las desigualdades que se muestran en el campo factico presentadas como estructurales. A esta clase de desigualdad se hallan rendidos ciertos grupos a los que se los percibe como históricamente desaventajados. De ahí que, y en relación con el criterio de razonabilidad, en ciertas ocasiones el principio de igualdad como no-discriminación puede arrojar resultados contra intuitivos derivados del desconocimiento del contexto social.¹⁷

Al mismo tiempo ciertos criterios de distinción, aquellos que eran el objeto de análisis sobre la relación de funcionalidad, se encuentran bajo sospecha. Conviene dejar en claro que nos referimos a las denominadas categorías sospechosas¹⁸ –donde se procederá con un análisis

¹⁴. Saba, Roberto, “Igualdad de trato entre particulares”, *Lecciones y Ensayos*, (Buenos Aires), Eudeba, 2011, p. 230.

¹⁵. Carlos Bernal Pulido, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2011, pp. 299-347

¹⁶. Saba, Roberto, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (editores), *Fundación Equitas*, Ril Editores, Santiago, Chile, 2013, pp. 85-125.

¹⁷. Saba, Roberto, “Igualdad de trato entre particulares”, *Lecciones y Ensayos*, (Buenos Aires), Eudeba, 2011, p. 231.

¹⁸. Las nombradas categorías forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad con motivo de su incorporación a diferentes cuerpos internacionales, como por ejemplo Convención Americana de Derechos Humanos. Su artículo

estricto¹⁹. Ella son objeto de tal peculiar tratamiento en razón de que acarrear distinciones que, salvo que se muestre lo contrario, exhiben una discriminación sin justificación. Una muestra de su expresión en la ley se halla en la Convención América de Derechos Humanos.

Como mencionáramos hace pocos párrafos uno de los puntos débiles de la interpretación en cuestión es que no considera aquellas particularidades emergentes del contexto social y económico. El trato neutral²⁰ al que son sometidos los individuos del enfoque tratado en esta sección, pareciera mostrar que “tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales”²¹, lo cual no permite advertir las desigualdades a las que ciertos grupos se encuentran sometidos. Es por ello que el trato neutral²², al que pueden ser sometidos los individuos que conforman los grupos desaventajados históricamente, conlleva a un trato discriminatorio.

Por otro lado, y arribando a la última concepción del derecho bajo tratamiento, tomando en cuenta lo dicho sobre categorías sospechosas y trato neutral –con motivo de la presunción de un *statu quo* de hecho igualitario- asignado en su visión como no discriminación, quizás seremos aptos para advertir que en ciertas ocasiones no será suficiente con suprimir la distinción injustificada, sino que además se deberá llevar a cabo ciertas acciones (acciones positivas)²³ para lograr una igualdad de hecho. El grupo relacionado con esta última circunstancia estará constituido por aquellas personas pertenecientes a un grupo históricamente desaventajado.²⁴

primero versa: Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas ó de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

19. Entiendo que puede resultar de interés para todos aquellos interesados en la temática sin embargo no me pronunciare sobre él ya que se aleja del objeto del trabajo.

20 Nuñez R. S. y Diaz R., “El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. La transición entre el juicio a prueba y el principio de igualdad”, *Pensar en derecho*, nro. 10, año 5, Eudeba, Buenos Aires, 2017, p. 173.

21 . MacKinnon C., “Integrando el feminismo en la educación pública”, *Revista Academia*, nro. 6, Buenos Aires, 2005, p. 168.

22. Nuñez R. S. y Diaz R., “El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. La transición entre el juicio a prueba y el principio de igualdad”, *Pensar en derecho (Buenos Aires)*, nro. 10, año 5, Eudeba, 2017, p. 173.

23. Entiendo que puede resultar de interés para todos aquellos interesados en la temática sin embargo no me pronunciare sobre él ya que se aleja del objeto del trabajo.

24. Ronconi, Liliana, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho (Colombia), N° 17, Universidad de Externado, 2018, p. 61-62.

La presente visión ha sido llamada por los mayores exponentes de la doctrina pertinente como igualdad estructural o no sometimiento. Ella toma como base a la anterior pero además tiene en consideración al momento de evaluar si la acción cuestionada es o no desigualitaria. En otras palabras, si la persona que se vería afectada es parte integrante de un grupo históricamente desaventajado. Pasamos de un enfoque individual de discriminación a uno de naturaleza colectiva o grupal, donde la discriminación “estructural” afecta a un grupo.²⁵

Para poder llevar a cabo correctamente esta postura deberemos apreciar la situación en concreto para así comprender si la acción donde el individuo se encuentra afectado es llevada a cabo como una práctica que arroja a la exclusión social a ciertos grupos. Dejamos de lado de la presunción de un statu quo de hecho igualitario para considerar los datos y circunstancias previas al juicio de comparación. A su vez, resulta intrascendente detenernos a observar si se lleva a cabo una discriminación directa o indirecta, solo interesando el efecto y el impacto en los grupos desaventajados.

Aquí buscamos evitar la formación de grupos sometidos y/o desaventajados y que se perpetúe en el tiempo esa condición. En otras palabras, y en conexión con nuestro objeto de estudio, si a miembros de un grupo históricamente desaventajado se les discrimina como consecuencia de ello se les niega el acceso a un puesto de trabajo observaremos el agravamiento del referido grupo. En este caso ya no se vulnera únicamente al aspirante al puesto, sino que se produce un daño al colectivo.

Nosotros utilizaremos esta última concepción para entender los conflictos planteados en lo extenso de la obra.

Es en este momento donde surge la pregunta ¿Cómo conectamos la igualdad y prevención del daño con la IA? La clara respuesta para el autor no es otra que los datos. Necesitaremos contar con una gran cantidad de los mimos para así poder realizar el proceso de aprendizaje.

Tomemos por ejemplo redes neuronales. Ellas están basadas a grandes rasgos en el cerebro humano y como ya hemos sostenido el sistema en cuestión aprende mediante ensayo y respuesta. La distribución de neuronas se realiza dentro de la red formando niveles o capas, con un número determinado de dichas neuronas en cada una de ellas y allí la red aprende algo simple en la capa inicial de la jerarquía y luego envía esta información a la siguiente capa. La capa

²⁵. Ronconi, Liliana, Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento, *Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho* (Colombia), N° 17, Universidad de Externado, 2018, p. 62-63.

siguiente toma esta información simple, lo combina en algo que es un poco más complejo, y lo pasa a la tercera capa.

Este proceso se lleva a cabo de tal manera que cada capa de la jerarquía construye algo más complejo de la entrada que recibió de la capa anterior. De esta forma, la red irá aprendiendo por medio de la exposición a los datos de ejemplo. Y por ello, en algunas técnicas de aprendizaje automático, encontramos grandes críticas a su transparencia. Concretamente nos encontramos con el concepto de “**caja negra**” que refiere a este tipo de escenarios en los que no es posible encontrar el motivo subyacente a determinadas decisiones²⁶.

Además, resulta evidente que utilizaremos aquellos datos que consideremos **relevantes** para esa tarea específica, debiendo dejar de lado aquellos otros datos que no guarden relación con la tarea. En caso de estar en la búsqueda de la obtención de un resultado en específico deberemos utilizar aquellos que estimemos conducentes con él, dejando de lado otros por considerarlos sin relevancia.

También la calidad de los mismos es muy importante. Quizás escucharon el dicho “si entra basura saldrá basura” y se relaciona con que la función de los algoritmos la cual es procesar datos, y en consecuencia se encuentran sujetos a una limitación y ella es que el producto nunca puede superar la información aportada. Al hablar de estos, aquellos ajenos a la ciencia de datos, solemos pensar que son simples representaciones objetivas. Sin embargo, probablemente si nos esforzamos por ver más allá de lo aparente es posible que detectemos que ellos no son objetivos, sino que reflejan ideas preconcebidas, como prejuicios y otros sesgos.

Dicho de otra manera, antes de comenzar el proceso de entrenamiento se produce la decidimos sobre qué datos son relevantes como para incluirlo en él. Sin embargo, puede ser que no alcancemos a incorporar todos los datos necesarios. Al reducir la realidad a una pequeña cantidad de datos es muy probable que nos queden puntos sin ver. Estos puntos ciegos son el reflejo de las opiniones y prioridades de sus creadores para obtener el objetivo determinado.

Incluso tendremos que tener presente que muchas veces, al ser un campo con tantas y muy variadas aplicaciones, se utilizarán datos sustitutivos que realizarán correlaciones entre dos puntos. Muchas veces estas correlaciones son discriminatorias. Esta ventana que se abre es suficiente para que exista la posibilidad de que puedan engendrarse actitudes discriminatorias.

²⁶. Europa, Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas, de abril de 2019. Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, Unión Europea. 2018, p. 8.

Mismo razonamiento surge de la Resolución N° 72/540 de la Asamblea General (ONU) sobre “El derecho a la privacidad”, donde se manifiesta que

“Contrariamente a su estructura aritmética que les da una apariencia de objetividad, los algoritmos ‘inevitablemente conllevan valores’. Los valores que encarnan suelen reflejar los supuestos culturales o de otra índole de los ingenieros informáticos que los diseñan y les implantan dentro de su estructura lógica a modo de opiniones tácitas”²⁷.

A su vez, y citando el documento que nombre al comienzo de mi exposición, el Grupo de expertos de alto nivel sobre Inteligencia Artificial dice

“si los datos de formación presentan sesgos —es decir, si no son suficientemente equilibrados o inclusivos—, el sistema de IA formado a partir de esos datos no podrá extraer generalizaciones correctas y existe la posibilidad de que tome decisiones injustas [...]”²⁸

El algoritmo no introduce sesgos sino que reproduce y profundiza aquellos que ya tienen en virtud del hecho primero. El resultado sesgado es producto del dato sesgado que le dio origen.

IV. CONCLUSIÓN

En el presente hemos analizado a la Inteligencia artificial desde un punto de vista que toma en consideración a la Ética y moral de las personas. Para tal desarrollo hemos expuesto los puntos básicos y necesarios para comprender el funcionamiento de la IA, como también la conceptualización del derecho a la igualdad.

Resulta de enorme importancia trasladar el debate teórico al campo práctico para comprender que los impactos negativos que puede haber en la sociedad por los sesgos introducidos en los datos – o su potencial a ser introducidos-. De esto lo deja en claro el Libro Blanco de IA antes mencionado al exponer

“Estos riesgos pueden ser resultado de defectos en el diseño general de los sistemas de IA (especialmente en lo que se refiere a la supervisión humana) o del uso de datos que puedan ser sesgados sin una corrección previa (por ejemplo, se entrena un sistema

²⁷. Internacional, Resolución N° 72/540, de 19 de diciembre de 2018, El derecho a la privacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, 2018, considerando 57. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/72/540>). Consultado por última vez 09/11/2019.

²⁸. Europa, Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas, de abril de 2019. Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, Unión Europea. 2018, p. 6.

utilizando única o principalmente datos relativos a hombres, y ello se traduce en resultados peores con relación a las mujeres).”²⁹

V. BIBLIOGRAFÍA

Bilbeny Norbert, “Aproximación a la Ética”, Editorial Ariel, España, 1992.

Carlos Bernal Pulido, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura, Desafíos a la ponderación, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2011.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia Artificial para Europa, Bruselas, 25.4.2018 COM (2018) 237 final.

Internacional, Resolución N° 73/348, de 29 de agosto de 2018, Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de la. Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, 2018, considerando 5. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/73/348>). Consultado por última vez 29/11/2019.

Europa, Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas, de junio de 2018. Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, Unión Europea. 2018.

Internacional, Resolución N° 72/540, de 19 de diciembre de 2018, El derecho a la privacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, 2018., considerando 62. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/72/540>). Consultado por última vez 09/11/2019.

El libro blanco sobre IA; sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza.

Saba, Roberto y Alegre, Marcelo, “(Des) igualdad estructural”, en El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Ferreyra R. G., “Gobernar es igualar. Isonomía, oportunidades y justicia social en Argentina”, Revista Academia (Buenos Aires), año 14, nro. 28, segundo semestre, 2016.

Saba, Roberto, “Igualdad de trato entre particulares”, Lecciones y Ensayos, (Buenos Aires), Eudeba, 2011.

²⁹. El libro blanco sobre IA; sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, p. 13.

Ronconi, Liliana, Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento, *Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho* (Colombia), N° 17, Universidad de Externado, capítulo 2, 2018.

Saba, Roberto, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (editores), *Fundación Equitas*, Ril Editores, Santiago, Chile, 2013.

Núñez R. S. y Díaz R., “El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. La transición entre el juicio a prueba y el principio de igualdad”, *Pensar en derecho*, nro. 10, año 5, Eudeba, Buenos Aires, 2017.

MacKinnon C., “Integrando el feminismo en la educación pública”, *Revista Academia*, nro. 6, Buenos Aires, 2005.

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
10 y 11 de noviembre de 2020
Richard Quispe Salazar - Universidad Nacional Federico Villarreal
Eje "Derecho Privado en Latinoamérica"

TEORIA DE LA IMPREVISIÓN COMO PRINCIPIO DE JUSTICIA
EN LATINOAMÉRICA

Justicia: Es dar a cada quien lo que le corresponde de acuerdo a sus actos y naturaleza.

Platón.

La Justicia de nuestra acción depende muchas veces de las circunstancias..

En la proporción que cambian las circunstancias, cambian también las obligaciones...

Ciceron. (Los Oficios)¹

I. INTRODUCCIÓN

En la universidad que imparto cátedra, un estudiante –*de los llamados millennials*- dijo: “...qué sucede si vendrían los alienígenas e invaden la tierra, causando muchos destrozos y no podríamos salir de casa a nuestros trabajos, asistir a la universidad, no habría posibilidad que funcionen los medios de transporte y los negocios tendrían que estar cerrados. Quizá si escucháramos la primera comunicación unidireccional, todo sería distinto...”, hasta que uno de sus compañeros alzó la voz y replicó: *a qué viene todo esto, deja de alucinar* –seguramente como muchos de nosotros nos preguntamos también- el mismo estudiante dijo profesor: : abreviando **¿Cuál sería el protocolo a aplicar en esta situación?**. Recordaba este hecho y a pesar que en algún momento podría pensarse que se trataba de sólo una fantasía, hoy en todos los campos políticos, sociales, jurídicos, culturales, educativos, salud, etc. nos vemos ante la misma pregunta en torno al Covid-19. Es propósito de la investigación hacer el estudio de la institución jurídica denominada “Teoría de la imprevisión”, siendo el problema ¿Cuál es la implicancia de la teoría de la Imprevisión en latinoamérica?, teniendo como objetivo general: Describir el tratamiento normativo de la teoría de la imprevisión en los diferentes países de latinoamérica. Objetivos específicos: Indagar la normatividad jurídica respecto a la teoría de la imprevisión de países relevantes jurídicamente de latinoamérica y analizar la normatividad así

como su aplicación en base a la teoría de la imprevisión como principio de justicia. Investigación correlacional que utiliza el método mixto (cuantitativo y cualitativo) y descriptivo con estudio de casos.

II. LA CRISIS DEL CONTRATO

Esta expresión no es nada nueva, ya hace algunas décadas en las aulas universitarias y certámenes académicos se viene debatiendo, con mucha audacia. Este fenómeno se centra en la revisión de los dos pilares o principios clásicos del contrato “autonomía de la voluntad” y “fuerza obligatoria”, por cuanto según el avance social para muchos se venía debilitando, porque aparecen situaciones como: Los contratantes ya no están en igualdad de condiciones (contratos por adhesión), pierde valor la fuerza obligatoria del contrato e incluso hoy hablamos de instituciones como la lesión, **la imprevisión**, el derecho de los consumidores, que conllevan en muchos casos a la revisión, modificación e inclusive a la nulidad del contrato.

Con buen criterio el distinguido Dr. MARCOS CATALAN² visionariamente señala que: “La noción según la cual los contratos vinculan y producen efectos sólo entre las partes, alcanzando, ciertamente, a sus sucesores o cesionarios, deja de ser la única realidad en una sociedad marcada por la contratación en masa y por la vinculación de aquellos contratos, así como por la inspiración buscada en el vector constitucional de la solidaridad social. Ahora, los efectos del pacto interesan, y a veces alcanzan, a otras personas y a otros contratos, disparando la necesidad de reflexiones y de preocupaciones sobre los efectos que cada contrato produce en el medio en que se encuentra inmerso.” Justamente es precisamente en estos momentos donde es necesario pensar en cuáles deben ser los efectos del contrato en medio del Covid-19, debiendo equilibrarse en mérito al principio de justicia. De acuerdo a su propio análisis del autor citado y concordando en el sentido que el ocaso del individualismo permite el cuestionamiento hasta hace no poco de la idea de justicia contractual, entendida como que el contrato generado en la libre manifestación de voluntad. Ya cambió en nuestros tiempos porque no se ajusta en algunos casos a la realidad, por cuanto una contratación justa tiene como base el equilibrio material de los contratos, entendido como equivalencia en las prestaciones, sobretodo estando pendientes por que se mantenga en el tiempo dicha equitativa proporción. Siendo que cuando se rompa dicho equilibrio, se convierte en un contrato injusto el mismo que debe ser equilibrado, por las partes de común acuerdo, por la ley o por el juez.

El jurista argentino Dr. Atilio Alterini³ señalaba en justa medida, respecto a nuevos códigos civiles en los países latinoamericanos que estos deberían contemplar: “..como corresponde a las exigencias de los cambios culturales, sociales y económicos propios de

nuestros tiempos”, en tanto encontraremos que no sólo existe diversidad de tratamiento del tema de la imprevisión, sino que hay países que aún no la consideran.

III. TEORIA DE LA IMPREVISIÓN COMO PRINCIPIO DE JUSTICIA

Los juristas e investigadores del derecho no se ponen totalmente de acuerdo respecto al origen de la teoría de la imprevisión, algunos lo consideran con mucha anterioridad al derecho romano, otros en el derecho romano en la regla “*contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rec stantibus inteliguntur*”. Algo así como que los contratos sucesivos y futuros dependen de que las circunstancias continúen o se mantengan. Pero es en Francia donde ocurren dos hechos importantes a destacar, una sentencia de fecha 30 de marzo de 1916 en el caso Compañía de Gas de Burdeos y la famosa Ley Faillot de fecha 21 de enero de 1918 esta última que admitía la posibilidad de anular los contratos de tracto sucesivo celebrados antes de 1914 (primera guerra mundial), si existiese un desequilibrio, salvo que las partes accediesen voluntariamente a su revisión y reequilibrio. Este hecho normativo, así como los pronunciamientos de la cortes y otros más, renovaron el debate respecto a su aplicación en los diversos sistemas jurídicos, ahora vemos que la legislación y jurisprudencia de la mayoría de países ya se encuentra considerada, aunque en su aplicación algunos son más expeditivos que otros.

Consideramos que cuando aparezca una situación extraña entre los contratantes que desequilibre, desproporcione y establezca inequidad, respecto a las prestaciones de las partes, es posible invocar como una de las soluciones **la imprevisión**.

IV. IMPREVISIÓN EN LATINOAMÉRICA

IV. A. Argentina

Según el conspicuo prof. W. Krieger de la UBA4, señalaría que en Argentina, se impuso la “teoría del esfuerzo compartido” -en el año 2001-, por los jueces de manera pretorianamente y luego ya se normativizó.

El Código Civil y Comercial de la Nación (vigente desde el 1-08-2015), señala en su Art. 1091 – lo siguiente: “ Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien

le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia.”

El Dr. Sergio Sebastián Barocelli⁵, destacado jurista Argentino profesor de la UBA, señala al respecto lo siguiente : “Como puede observarse, la teoría de la imprevisión se constituye, ante todo, como un remedio jurídico frente a un contrato que con posterioridad a su celebración se ha desquiciado por circunstancias ajenas a las partes”. Además precisa los requisitos o condiciones para su efectiva aplicación serían los siguientes:

- a) La existencia de una contrato de ejecución diferida o permanente. Se establece como regla general que la imprevisión resultará aplicable a los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente. También resultará aplicable a los contratos aleatorios, si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas ajenas al álea propia del contrato.
- b) Una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración. Dicha alteración puede ser fruto de un cambio en la equivalencia de las prestaciones, en el cotejo entre los derechos y obligaciones e las partes, en la ecuación económica del contrato o una alteración extraordinaria de las bases del negocio jurídico, esto es, su objeto, o de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración.
- c) La alteración debe ser consecuencia de un hecho extraordinario, sobreviniente a la celebración de contrato, ajeno a las partes y diferente del riesgo asumido por la parte afectada. Aquí, por ejemplo, el cambio significativo y abrupto de las circunstancias económicas generales constituye un ejemplo al respecto, pudiendo señalar dentro de la historia económica reciente el “Rodrigazo”, la salida de llamada “tablita de Martínez de Hoz”, la hiperinflación de 1989, la salida de la convertibilidad y la sanción de la ley 25.561, entre otros.
- d) Dicha alteración genera que la prestación del contrato se vuelva excesivamente onerosa para una de las partes.
- e) Se encuentran legitimados para accionar por imprevisión tanto la parte contractual afectada como el tercero beneficiario u obligado en una estipulación a favor de terceros, en los términos del art. 1027 del Cód. Civil y Comercil o cargo de un tercero. La parte afectada tendrá derecho a reclamar extrajudicialmente o por la vía judicial. En este último caso podrá hacerlo por vía de acción o como excepción, ante la demanda iniciada por la otra parte.
- f) Tanto en la instancia extrajudicial como judicial la parte afectada podrá solicitar la resolución total o parcial del contrato o su adecuación, esto es, que el contrato que se

encuentra desquiciado vuelva a tener un equilibrio y equivalencia entre el cotejo de derechos y obligaciones. La novedad aquí es la posibilidad de que el actor pueda requerir autónomamente la adecuación.

IV. B. Brasil

El Código Civil de 2002, Título V, Capítulo II, sección IV La resolución por excesiva onerosidad, establece: “En los contratos de ejecución continuada o diferida, si la prestación de una de las partes se torna excesivamente onerosa, con extrema ventaja para la otra, en virtud de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, podrá el deudor pedir la resolución del contrato. Los efectos de la sentencia que la decreta se retrotraerán a la fecha de la notificación.” El art. 479 continúa que “La resolución podrá ser evitada, ofreciendo el demandado modificar equitativamente las condiciones del contrato”. Por último, el art. 480 señala que “Si un contrato generase obligaciones para solo una de las partes, podrá esta solicitar que esta sea reducida, o que se modifique su modo de ejecución, con el fin de evitar la onerosidad excesiva”.

Consideramos que el fin de las citadas normas es resguardar el equilibrio contractual, evitando que una parte obtenga ventajas injustas y excesivas en desmedro de la otra. Aquí nos atrevemos a sostener que tiene como fuente la función social del contrato.

La Dra. Bruna Lyra Duque⁶, señala en relación a los contratos y el Covid-19 sería aplicable “...incluso la teoría de la imprevisibilidad (también llamada excesiva onerosidad), considerada como un instrumento jurídico para la resolución o revisión del contrato, deberá ser fundada en la aplicación directa de la causa del contrato, para permitir la discusión de los preceptos contenidos en las relaciones jurídicas, ante la ocurrencia de nuevos acontecimientos, ya que las partes deben tratar de lograr las prestaciones que originalmente se comprometieron y la forma en que se obligaron.”.

Resulta importante lo señalado por el Dr. Maleiros⁷ en cuanto a la posibilidad de revisar las cláusulas contractuales, quien nos señala: que el Derecho Civil Brasileño incorporó la teoría de la imprevisión, para autorizar el revisión judicial de las prestaciones en situaciones excepcionales, de conformidad con los artículos 317 y 478 de la CC, sin que ello implique necesariamente la resolución de la relación contractual. Sin embargo, llegamos a la conclusión de que la beligerancia negociación y la judicial no son las mejores alternativas para afrontar la crisis que existe. Los efectos nocivos de la pandemia de Covid-19 no sólo permiten sino que exigen un reexamen conjunto de la relación contractual querida por las partes contratantes, constituyéndose como mandato ético, incluido, la preservación de la actividad económica en un contexto excepcional.

Con mucha claridad el jurista brasileño MARCOS CATALAN⁸, nos informa “...que para entender el contrato en el derecho brasileño contemporáneo debe ser leído como una relación equilibrada, leal y solidaria, destinada a la producción de efectos jurídicos existenciales y patrimoniales que repercuten, no sólo en la esfera de actuación de cada contratante o de sus sucesores, sino que alcanzan, también, a terceros directamente implicados (o no) en la relación jurídica negocial...”,

IV. C. Chile

Bruno Caprile Biermann⁹, señala que en el “Derecho privado chileno no existe norma legal que acoja la teoría de la imprevisión, a diferencia de lo que ocurre en ciertos ámbitos del derecho público chileno, en que se la acepta expésamente. Esa disparidad se manifiesta también en la jurisprudencia, ya que mientras la jurisprudencia de la Corte Suprema la rechaza, los dictámenes de la Contraloría General de la República la acogen.”

IV. D. Perú

Se ha venido en denominar Excesiva Onerosidad de la Prestación, que se encuentra regulado en el Código Civil de 1984, en siete artículos, definiéndola en su “**Artículo 1440°**.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

La extensión de la imprevisión se encuentra en el Artículo 1441°.- Las disposiciones contenidas en el Artículo 1440° se aplican:

1.- A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.

2.- A los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

La excesiva onerosidad en contratos con prestación de una parte se establece en el Artículo 1442°.- Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que

cese su excesiva onerosidad. Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 1440°.

La Improcedencia de la demanda lo establece el Artículo 1443°.- No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada.

La Nulidad de la renuncia a la acción se encuentra establecida en el Artículo 1444°.- Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.

La caducidad de la acción se plasma en el Artículo 1445°.- La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el Artículo 1440°.

Plazo de caducidad en el Artículo 1446°.- El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el Artículo 1445° corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

Del texto normativo podemos señalar que sus elementos son:

- a) Se aplica a contratos conmutativos. Es decir que sea uno con prestaciones recíprocas que se asumen como equivalentes. Salvo que se trate de uno aleatorio y la imprevisión se debe a causa extraña al riesgo del propio contrato. También será posible tratándose de contratos con prestación unilateral diferida.
- b) Dichos contratos deben ser de ejecución continuada, periódica o diferida. Es decir se excluye a los contratos de ejecución inmediata, salvo que se trate de uno conmutativo de ejecución inmediata pero que la prestación de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.
- c) Los acontecimientos generadores deben ser extraordinarios e imprevisibles. Es decir el acontecimiento no ocurre en situaciones normales o que las partes no pudieron prever con antelación su ocurrencia.

En tanto que sus efectos será que el juez reduzca o aumente la contraprestación. Además podrán solicitar o disponer el juez la resolución del contrato, además el juez no podrá extender la resolución a prestaciones ejecutadas. También es importante destacar que es nula cualquier cláusula contractual que establezca renuncia. Es importante señalar que la legislación prevé un plazo de caducidad para interponer la demanda de tres meses cuyo plazo inicia en el momento que desaparezca los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.

IV. E. Uruguay

En la legislación uruguaya no existe texto expreso respecto a la Teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad, pero frente al Covid-19, se podría acudir al Art. 1342 del Código Civil : “El deudor es condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, sea en razón de la falta de cumplimiento de la obligación o de la demora en la ejecución aunque no haya mala fe de su parte, siempre que no justifique que la falta de cumplimiento proviene de causa extraña que no le es imputable.” Realizando una interpretación del citado artículo destacamos que el deudor puede exonerarse de cumplir una obligación, cuando su falta de cumplimiento no le es imputable por causa extraña. Que se asemeja a la falta de cumplimiento por fuerza mayor, siempre y cuando exista relación directa de causalidad, pero teniendo en cuenta que sólo existe dos alternativas cumplir o no cumplir.

Como señala el jurista uruguayo Dr. Arturo Caumont¹⁰, citando a Arturo Ardao "la inteligencia ama el caos por el solo placer de ponerle orden". Consideramos que en el momento de crisis actual a la luz del derecho positivo uruguayo, tendrá que ponderarse la alegación del Covid-19, así en palabras propias de Caumont “Pondremos todas nuestras inteligencias para sistematizar y avanzar sin desmayos en la comprensión crítica de las Obligaciones y de los Contratos, corno del Derecho Civil”.

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

El Covid-19 representa un cambio en el escenario del teatro de la vida, hecho que influye directamente a la relación contractual, en cuanto al cumplimiento de obligaciones. Teniendo en cuenta que este cambio resulta ser inesperado, extraordinario y sustancial, es principio de Justicia la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, con las particularidades de cada legislación.

Consideramos que no existe uniformidad en el tratamiento de la teoría de la imprevisión en latinoamérica, atreviéndonos a señalar que son necesarios los impulsos para el desarrollo de un sistema jurídico latinoamericano, que unifique nuestras instituciones jurídicas y su aplicación.

Consideramos que la teoría de la imprevisión debe ser considerada como un principio de justicia, por cuanto restablece el equilibrio de las partes y sus obligaciones. Para ello debe ser considerado normativamente en las legislaciones desde sus títulos preliminares.

VI. REFERENCIAS

Cicerón, Marco Tulio, (43 a.C.) Valbuena, Manuel de, tr. Los Oficios, pag. 30, DOI: <https://doi.org/10.34720/h6xn-0h48>, Texto en español y latín, en forma paralela.

Catalan, M., & Rahde Gerchmann, S. (2014). Un contrato: Doscientos años de historicidad. IUS ET VERITAS, pág. 76. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13615>.

Quispe, Richard (2015) Estudios de derecho civil latinoamericano. IPG, pág. 14.

Krieger, W. (2020). http://www.aiddp.com/?fbclid=IwAR2rlfROMSlpVC3r217giBIwcBz1wMF3pHo3-B_4WlepHBUEbu9eERAeh5A

Barocelli, Sergio S. (2015) La teoría de la imprevisión en el nuevo Código Civil y Comercial.

DPIDiario<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/07/Doctrina1452.pdf>

Lyra Duque, Bruna. (2020). Jusbrasil. <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/831607011/precisamos-falar-sobre-causa-do-contrato-em-tempos-de-crise-pandemica?fbclid=IwAR2Czlb55V2kfKiwFEmdjIDvZmQ5RYT8xOCuFxFxHJI5zSRkrdrb9wYlx5OCs>

Malheiros, Pablo y Freiyas Ramiro. (2020) Impactos nos compromissos de compra e venda em incorporação imobiliária, marco 2020, https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/opinio-impactos-compromissos-compra-venda-imobiliaria?fbclid=IwAR0J41QAnKNyieaCsuRbbBcrJ57edntDmB_hCgQb5V3AFA0GMZ_-P1KR2Q#author

Catalan, M., & Rahde Gerchmann, S. (2014). Un contrato: Doscientos años de historicidad. IUS ET VERITAS, pág. 77. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13615>.

Gaitan, Jose A. y Mantilla, E. (2007) Colección de textos de jurisprudencia. La terminación del contrato: nuevas tendencias del derecho comparado, Biermann. pag. 197.

Caumont, A. (2020). <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=10222571389219193&set=a.10201988558621292&type=3&theater>

Eje *Derechos sociales y
políticas públicas.*

Coordinan: María Eugenia Miguez y Angeles
Bermúdez

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

M. Alejandra Gutiérrez Vargas y M. Florencia Leiva - Facultad de Derecho (UBA)

ale.gutierrez.vargas@gmail.com - mafloleiva@gmail.com

Graduadas

Proyecto DECYT 1809: Teoría Principialista de los Derechos Sociales Constitucionales”

Eje temático “Derechos Sociales y Políticas Públicas”

“EL TEST DE RAZONABILIDAD Y LA TEORÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL: UN

ANÁLISIS A PARTIR DEL FALLO *GROOTBOOM*.”

VIVIENDA – CONTENIDO MÍNIMO - RAZONABILIDAD

RESUMEN

A raíz de la resolución y argumentación del caso ha surgido un debate de mucha actualidad y relevancia con relación a la adjudicación de los derechos sociales constitucionales. Allí, el Tribunal Constitucional utilizó un test de razonabilidad como método de razonamiento para hacer lugar al pedido e la demandante, descartando explícitamente el análisis del contenido mínimo del derecho a la vivienda. Esto derivó en una disputa entre en dos corrientes teóricas: por un lado, quienes aprueban el método de razonamiento del Tribunal y adscriben a la utilización del test de razonabilidad (Lehman:2006) y, por el otro, quienes lo critican y en su lugar apoyan la teoría del contenido mínimo (Bilchitz:2017).

El empleo del test de razonabilidad propone que debe analizarse en el caso en concreto si las medidas tomadas por el Estado resultan ser razonables para alcanzar los objetivos inherentes del derecho social en cuestión. Por su parte, la teoría del contenido mínimo sostiene que todos los derechos sociales tienen un piso mínimo que debe ser garantizado por el Estado sin importar el contexto.

El objetivo de la ponencia es doble: en primer lugar, se delimitará en qué consisten dichas teorías; en segundo lugar, se evaluarán las ventajas y desventajas que cada una de ellas supone para la adjudicación de los derechos sociales (específicamente el derecho a la vivienda). Esto último será hecho sin descartar que eventualmente pueda concluirse que ninguna de ellas resulte efectivamente adecuada para los fines que se propone.

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia partirá del análisis del caso “The Government of the Republic of South Africa vs Irene Grootboom and Others” del año 2000, en el que el Tribunal Constitucional sudafricano analizó el derecho al acceso a la vivienda.

A raíz de la resolución y argumentación del caso surgió un debate de mucha actualidad y relevancia con relación a la adjudicación de los derechos sociales constitucionales. Allí, el Tribunal Constitucional utilizó un test de razonabilidad como método de razonamiento para hacer lugar al pedido de la demandante, descartando explícitamente el análisis del contenido mínimo del derecho a la vivienda. Esto derivó en una disputa entre dos corrientes teóricas: por un lado, quienes aprueban en parte el método de razonamiento del Tribunal y adscriben a la utilización del test de razonabilidad y, por el otro, quienes lo critican y en su lugar apoyan la teoría del contenido mínimo.

A continuación, se expondrá el caso Grootboom brevemente, posteriormente se analizará cada una de las dos posturas principales y se evaluarán las ventajas y desventajas que cada una de ellas supone para la adjudicación de los derechos sociales. Por último, se expondrán algunas conclusiones y preguntas que surgieron a raíz de este análisis.

II. EL CASO GROOTBOOM.

El caso que analizaremos es una sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica que se disputó entre el Gobierno de la República de Sudáfrica e Irene Grootboom en representación de un grupo de personas en el año 2000, conformado por 510 niños y niñas y 390 adultos. Decidimos tomar como caso de estudio este fallo debido al debate que suscitó académicamente la resolución del mismo.

En aquella época, en Sudáfrica la situación habitacional era apremiante, especialmente causada por los efectos del apartheid. Un grupo de personas del área metropolitana del Cabo, entre las cuales se encontraba Irene Grootboom, vivía en un asentamiento informal, sin acceso al agua, cloacas y escaso acceso a la electricidad. Sumado a ello, el área sufría inundaciones. A lo largo de los años, muchos miembros del grupo habían aplicado para recibir subsidios para viviendas y tras 7 años de espera no habían recibido respuesta alguna por parte del gobierno.

Por ese motivo muchas de las personas de bajos recursos comenzaron a tomar medidas por propia iniciativa intentando mejorar su situación habitacional mediante ocupaciones de predios y parcelas destinados a la construcción de viviendas del programa habitacional, allí construyeron refugios precarios para poder pasar el invierno. El 19 de mayo de 1999 este grupo de personas fue desalojado con una orden judicial, en un procedimiento que fue realizado

prematura e inhumanamente. Se quemaron casas y destruyeron pertenencias de los desalojados. Posteriormente el grupo de personas fue alojado en un campo de deportes que no reunía las condiciones de habitabilidad necesarias.

Ante esto, Grootboom, en representación del grupo, demandó al gobierno para obtener una vivienda permanente y alguna ayuda financiera para ella y sus hijos. Principalmente el pedido de los afectados se basaba en que el gobierno les proveyera de: a) refugio temporal básico adecuado o vivienda para ellos y sus hijos hasta que obtengan alojamiento permanente o b) nutrición básica, vivienda, atención médica y servicios sociales para los demandantes que sean niños.¹ Reclamos fundados en las secciones 26 y 28.1.c de la Constitución sudafricana respectivamente.

El gobierno ofreció un acuerdo provisorio para atenuar la situación crítica en la que se encontraban los peticionantes. El acuerdo fue aceptado por ellos, pero cuatro meses más tarde, tuvieron que presentarse nuevamente ante la Corte Suprema denunciando que el gobierno no había cumplido con los términos del acuerdo.

En primer lugar, cabe señalar que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en el caso de Sudáfrica son justiciables, es decir los jueces están obligados a garantizarlos, el problema que presenta este fallo es entonces cómo se debe garantizar dichos derechos.²

La Corte Suprema rechazó el argumento que sostenía que la sección 26 incluía un “contenido mínimo” del derecho a la vivienda, imponiendo sobre el gobierno la obligación de proveer vivienda adecuada mientras implementa un programa habitacional. Los demandados habían alegado dicha interpretación basándose en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ y en las observaciones generales del Comité DESC⁴. Sumado a ello, la Corte estableció que, según la sección 28.1.c, la obligación primaria de brindar refugio a los niños recaía sobre sus padres y que el gobierno debía actuar si estos no podían hacerlo.

Finalmente, la Corte Suprema hizo lugar a la demanda de Grootboom, tras lo cual el gobierno decidió apelar ante el Tribunal Constitucional. Para analizar el alcance de las normas

¹CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, “*República de Sudáfrica v. Grootboom*” (caso n° CCT 11/00). Sentencia del 4 de octubre del 2000. Párra. 13.

² *Ibíd.* Párra. 20

³ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES., Nueva York, 16 -12-1966. UNTS vol. 993: 3.

⁴ Ver nota al pie n° 13 de CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA “*República de Sudáfrica v. Grootboom*” (caso n° CCT 11/00). Sentencia del 4 de octubre del 2000.

en juego (sec. 26 y 28.1.c de la Constitución), este Tribunal recurrió al PIDESC y a las observaciones generales del órgano que lo interpreta, el Comité DESC. Especialmente interpretó el caso a la luz del artículo 11 y 2.1 del PIDESC y de la Observación General n°3 del Comité DESC.⁵

Los *amici* presentados en el caso señalaron que, a fin de interpretar estas normas constitucionales, debía adoptarse un criterio similar al adoptado por el Comité DESC en su Observación General n° 3 de 1990, en la que estableció que los derechos socioeconómicos tienen una obligación mínima. En palabras del Tribunal: *“De esta manera, un Estado en el que un número significativo de habitantes es privado del “refugio” básico y la vivienda, debe ser considerado prima facie como un Estado en falta con el Pacto. El Estado parte debe demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles y utilizado todos los recursos a su alcance a fin de garantizar el estándar mínimo que implica el derecho. Debe sin embargo notarse que el informe no especifica qué considera como “obligación mínima” o “estándar mínimo”.”*⁶

Por ese motivo, y debido que a su criterio no contaba con la información suficiente para determinar qué comprendería el contenido mínimo, el Tribunal Constitucional señala que la pregunta clave para el caso es si las medidas adoptadas por el Estado fueron razonables para alcanzar la realización del derecho previsto en la sección 26 de la Constitución.

Tras analizar el caso con esta perspectiva, tomando en cuenta las medidas adoptadas por el Estado, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que el Estado estaba incumpliendo la obligación impuesta por la sección 26.2 de la Constitución en el área metropolitana del Cabo. En particular, señaló que los programas adoptados por el Estado no alcanzaban a cubrir lo requerido por la sección 26.2 en virtud de que no existía ninguna provisión que contemplara el objetivo de aliviar la situación de las personas en estado desesperante de necesidad identificadas anteriormente. En otras palabras, el Tribunal señaló que, si bien los objetivos a largo y mediano plazo de la política pública eran inobjetables, esta deviene irrazonable ya que resulta muy lenta y no brinda ninguna respuesta sobre objetivos inmediatos o urgentes. En palabras del juez Yakoob: *“El gobierno nacional es responsable de asegurar que el Estado cumpla con las obligaciones impuestas por el artículo 26 de la Constitución. El programa nacional en materia de vivienda no alcanza a los efectos de garantizar estas obligaciones constitucionales en tanto falla al no reconocer que el Estado debe aliviar la situación de aquellos que se encuentran en situación de desamparo. Ellos no pueden ser ignorados en pos del mantenimiento de un*

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, *“República de Sudáfrica v. Grootboom”* (caso n° CCT 11/00). Sentencia del 4 de octubre del 2000. Párra. 28

⁶ *Ibíd.* Párra. 30

programa focalizado en objetivos de largo y mediano plazo. Resulta esencial que una parte sustancial del presupuesto estatal de vivienda sea destinado a estos sectores(...)”.⁷

III. LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO PROPUESTA POR D. BILCHITZ

A raíz del fallo *Grootboom*, Bilchitz realizó una crítica sobre el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica.

La primera crítica que señala el autor es que el modo de interpretar la Constitución sudafricana por parte del Tribunal Constitucional evita darle contenido concreto a las obligaciones positivas que emanan de los DESC enunciados en las cláusulas constitucionales. Esto inevitablemente genera un impacto directo sobre la población más vulnerable.

Así, critica que en *Grootboom* se haya puesto el foco en determinar si las medidas adoptadas por el Estado resultaron razonables en lugar de otorgar un contenido mínimo a los derechos en cuestión. Para el autor, el Tribunal debía haber definido cuál era el contenido esencial del derecho al acceso a la vivienda. Sumado a ello, sostiene que para haber arribado a dicha decisión el Tribunal necesariamente realizó un análisis del contenido mínimo por más que explícitamente no admita haberlo hecho.

Por este motivo, el autor focaliza su crítica en el uso de la razonabilidad que hace el Tribunal a la hora de fundamentar su sentencia. Señala que, al realizar el test de razonabilidad sobre las medidas adoptadas por el Estado, el Tribunal debió haber evaluado si estas eran razonables a la luz de los fines perseguidos por la Constitución. Sin embargo, el Tribunal no realizó el test de razonabilidad partiendo de los objetivos del gobierno sudafricano según el *Housing Act*, sino que asumió -sin brindar argumentos suficientes- que era obligación del gobierno dar una respuesta a aquellos que se encontraban en mayor estado de vulnerabilidad.⁸

Continúa su crítica sosteniendo que el Tribunal no solo tomó como objetivo el adoptar medidas para alcanzar progresivamente el derecho al acceso a la vivienda, sino que también, incluyó como fin del gobierno el satisfacer las necesidades básicas y apremiantes para toda la población sudafricana. Por lo tanto, esto implica un reconocimiento de la existencia de una obligación mínima que pesa en cabeza del Estado.

Bilchitz argumenta que el Tribunal reconoce la insuficiencia del test de razonabilidad al utilizar el concepto de “dignidad” para señalar cuál es el fin al que debe dirigirse toda acción

⁷ *Ibíd*, párra. 66

⁸BILCHITZ, D. (2007). *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Pág. 143

estatal.⁹ Sin embargo, señala que, más allá de que se invoca la noción de dignidad, el Tribunal no la llena de contenido. El autor entonces resalta lo problemático que esto puede resultar ya que existen diversas interpretaciones de “dignidad” que podrían derivar en diferentes conclusiones. Según su perspectiva de los pasajes del fallo, intuye que el tribunal utiliza la noción de dignidad entendida como sinónimo de integridad. Este concepto implicaría el respeto y la protección de un rango de intereses básicos de las personas. En otras palabras, para Bilchitz, significa el reconocimiento de la existencia de un contenido mínimo que el Estado debe proteger, al menos garantizando que las necesidades básicas de toda la población estén provistas.

De este modo, el autor intenta demostrar que el Tribunal no pudo haber llegado a la conclusión a la que llegó basándose exclusivamente en el test de razonabilidad. Nota que, de alguna manera, los jueces reconocieron la obligación mínima del Estado de cumplir con necesidades básicas, es decir el contenido mínimo. Según Bilchitz, al intentar evitar reconocer la existencia del mismo, el juez Yakoob termina “*contrabandeando*” una obligación de cumplir con necesidades a corto plazo en la propia noción de razonabilidad.¹⁰

Su segunda crítica apunta a la sentencia del Tribunal que ordena al Estado crear un programa que progresivamente alcance el derecho al acceso a vivienda adecuada que incluya a aquellos que se encuentran en un estado de vulnerabilidad apremiante. Bilchitz hace hincapié en que esta orden es meramente declarativa. Indica que, si bien la orden requiere que se adopten medidas razonables para proveer alivio a aquellos en situación desesperante, no se especifica en qué consisten estas medidas. Dicha situación no le brinda claridad al Estado lo cual puede derivar en una demora excesiva en el cumplimiento de sus obligaciones.

Bilchitz señala que el Tribunal podría haber ordenado ciertas medidas de reparación específicas, y que el reconocimiento del contenido mínimo hubiese tenido el beneficio de brindar estándares claros y definidos al Estado. Asimismo, esto habría sido útil para evaluar posteriormente si las obligaciones derivadas del artículo 26 de la Constitución sudafricana fueron o no cumplidas. En el mismo sentido, sostiene que hubiera resultado útil que el Tribunal impusiera un plazo para cumplimentar tales medidas. De esta manera, el autor señala que la

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, “*República de Sudáfrica v. Grootboom*” (caso n° CCT 11/00). Sentencia del 4 de octubre del 2000. Párra. 83

¹⁰BILCHITZ, D. (2007). *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Pág 149

debilidad de la sentencia se encuentra en que el Tribunal se negó a definir el contenido del derecho al acceso a la vivienda.

Para comprender cabalmente que entiende Bilchitz por la “teoría del Contenido Mínimo” es esencial resaltar de donde proviene. El origen de este concepto surge de la Observación General n°3 (OG3) del Comité DESC¹¹. Dicho Comité es el órgano de contralor del PIDESC, instrumento internacional que prevé el derecho a la vivienda, entre otros. Según la definición de la Observación General, el contenido mínimo debe entenderse como *“una obligación básica mínima para garantizar la satisfacción de, al menos, un mínimo de los niveles esenciales de cada uno de los derechos que incumben a cada Estado Parte”*. De dicha definición se puede derivar que se les requiere a los Estados Parte que alcancen un nivel mínimo de otorgamiento de cada derecho.

En cuanto a la responsabilidad estatal, en palabras de Bilchitz, quienes fallen en garantizar este contenido mínimo, estarán *prima facie* incumpliendo con sus obligaciones internacionales. Dicho de otra forma, se deberá respetar un test estricto ante los eventuales casos en los que el Estado alegue imposibilidad de alcanzar sus obligaciones bajo esta premisa.

Normalmente, los Estados suelen sostener que carecen de recursos suficientes para alcanzar el pleno goce de estos derechos; por lo tanto, deberán demostrar que han realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que tenían a disposición, intentando satisfacer, como prioridad, las obligaciones mínimas¹².

Bilchitz propone que, siguiendo la OG3 del Comité DESC, pueden observarse dos “umbrales” de cumplimiento, pero que el órgano de interpretación es vago a la hora de definir qué se debe entender por los mismos. A su juicio, el primer umbral, o núcleo mínimo, involucra las condiciones generales necesarias para estar libre de amenazas a la supervivencia, mientras que el segundo, umbral de suficiencia, se refiere al logro de las condiciones generales necesarias para estar en una posición para vivir una vida digna y realizar los objetivos personales.¹³

El autor considera que los conceptos introducidos por el Comité DESC resultan útiles en varios sentidos: en primer lugar, se identifica que existe un umbral por debajo del cual no podría aceptarse que caigan las personas, a menos que haya una fuerte justificación. En segundo lugar, este enfoque ordena que los tribunales y agencias gubernamentales adjudiquen

¹¹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N° 3 (1990): La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 14-12-1990, E/1991/23

¹²BILCHITZ, D. *“Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine, International Journal of Constitutional Law”*, Vol. 12, Issue 3, Julio 2014. Pág 730.

¹³ *Ibíd*, pág. 730.

prioritariamente los recursos a aquellos sectores de la población con mayores necesidades. Esto deriva en una distribución de recursos en la que aquellos que actualmente se encuentran en una situación más vulnerable, al menos puedan satisfacer sus necesidades socioeconómicas básicas. Por último, la noción de contenido mínimo, requiere que se preste especial atención al sentido y al contenido de los derechos socioeconómicos mediante la especificación del nivel de recursos que se debe proveer a los individuos.¹⁴

Por ello, entendemos que su crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional sudafricano está fundamentada en su concepción de que resulta primordial definir el contenido mínimo de los DESC, y en el caso particular del derecho a la vivienda. A ojos de Bilchitz, en el fallo *Grootboom* se perdió la oportunidad de definir el contenido mínimo, lo cual podría haber sido beneficioso para que, aquellas personas que se encontraban en un estado de vulnerabilidad, recibieran un remedio a corto plazo en respuesta a su situación de urgencia.

En definitiva, para Bilchitz, lo que el Estado debe priorizar es dar un remedio para aquellos que se encuentran en un mayor estado de urgencia. El único modo de que esto pueda clarificarse es especificando cuál es el contenido mínimo del derecho en cuestión, es decir cuáles son las obligaciones mínimas que se le deben exigir al Estado. De allí que considere que la omisión del Tribunal Constitucional de no definir el contenido mínimo del derecho al acceso a la vivienda resulte tan criticable.

IV. LA TEORÍA DEL TEST DE RAZONABILIDAD PROPUESTA POR K. LEHMANN

Karin Lehmann, por otro lado, se presenta como una crítica a la crítica que hace Bilchitz al Tribunal Constitucional, defendiendo de cierto modo a este último. La autora no comparte la lectura de Bilchitz acerca de cuál es el principal error de la sentencia del Tribunal.

Tal como se explicara en el apartado anterior, Bilchitz sostiene que los jueces desaprovecharon la oportunidad de definir el contenido mínimo del derecho al acceso a la vivienda, y que así no le otorgaron al Poder Ejecutivo directivas claras acerca de las obligaciones constitucionales relativas a la progresividad en el cumplimiento de ese derecho.¹⁵

Sostiene que la Corte tomó la decisión correcta al no detenerse en definir el contenido mínimo del derecho en cuestión, ya que resulta una herramienta inapropiada para el ámbito de las decisiones judiciales. Por su parte, aprueba la decisión del Tribunal de utilizar el test de razonabilidad, pero critica que este no realice un examen sobre *cómo* se está utilizando el

¹⁴ *Ibíd.*, pág. 730.

¹⁵ LEHMANN, K. (2006), “*In defense of the constitutional Court*” in *Am. U. Int’l. L. Rev.* Pág. 165.

presupuesto público. Principalmente, sostiene que se le debería exigir al Tribunal que ordene dirigir el presupuesto para que sea utilizado de manera apropiada para garantizar los derechos sociales.

Además, según entiende la autora, el Tribunal reconoce que existe una “segunda oportunidad”¹⁶ en la que podría revisarse la distribución del presupuesto, pero niega que esto sea su tarea, ya que correspondería a otra esfera del gobierno.

El Tribunal acepta el concepto de contenido mínimo, pero señala que no tiene la información y *expertise* necesaria para definir y articular los parámetros de ese contenido mínimo. El Tribunal hace hincapié en que su rol es el de revisar si las conductas del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo resultan razonables.

Para Lehmann la teoría del contenido mínimo está conceptual y pragmáticamente mal concebida.¹⁷ La autora resalta que la teoría del contenido mínimo requeriría que el Tribunal distinga entre niveles mínimos o esenciales de aquellos que no lo son, lo que llamará: “el núcleo externo”.

Señala que quienes sostienen la teoría del contenido mínimo, no pueden clarificar si este es absoluto o relativo. Si se lo considerara relativo, esto significaría que el contenido mínimo debiera estar determinado según los recursos de cada Estado, lo cual implicaría que este sea distinto en cada uno de ellos. Sumado a esto, aceptar una definición relativa de contenido mínimo resultaría redundante, ya que el test de razonabilidad cumple la misma función.

Por otra parte, considerar que el contenido mínimo es absoluto, implicaría aceptar que este está compuesto por una serie de recursos que representan lo mínimo que cada individuo necesita para vivir una vida digna, independientemente de los recursos disponibles del Estado. Esto no puede significar otra cosa más que los Estados deben utilizar todos los recursos disponibles para el derecho a la salud en derecho a la salud, por ejemplo. En otras palabras, lo que el Estado puede proveer debe proveerlo.¹⁸ Expuesto esto, Lehmann señala que ni quienes sostienen esta teoría ni el Comité DESC han podido resolver esta discusión.

Lo que sí resulta claro para la autora, es que el contenido mínimo requiere que se realice un ranking de intereses en el que los más urgentes son los que deben priorizarse. No obstante, señala que existe un problema a la hora de distinguir aquellos intereses más urgentes de aquellos menos urgentes. En este sentido, indica que el Comité DESC brinda algunas pautas en la

¹⁶ *Ibíd.*, pág. 174.

¹⁷ *Ibíd.*, pág. 165.

¹⁸ La traducción es propia. *Ibíd.*, pág. 184.

Observación General n° 14¹⁹, pero que estas resultan muy generales y no sirven de ayuda a los tribunales, ya que, en realidad, están orientadas a la creación de políticas públicas. Por lo tanto, para Lehmann, el concepto de contenido mínimo no ayuda a quienes deben tomar las decisiones en casos concretos, es decir los jueces.

Así, continúa señalando que el problema real en la adjudicación de los DESC es la tensión conceptual e ideológica entre los derechos y los derechos limitados por la escasez de recursos. La escasez de recursos es un problema irresoluble. En cualquier sociedad con recursos limitados existe el conflicto entre la obligación constitucional de reconocer derechos humanos y la filosofía utilitaria de maximizar el presupuesto para cubrir la mayor cantidad de necesidades.²⁰ El problema principal está entonces en *cómo* se distribuye lo que se tiene y no tanto la magnitud del presupuesto con el que se cuenta. En otras palabras, esto significa que, si bien todos los individuos tienen el mismo derecho y el interés de que este se vea garantizado, el derecho de un individuo puede ser sacrificado si esto implica el bienestar de la mayoría.

Crítica que Bilchitz sostenga que el contenido mínimo va a proteger el interés individual del bienestar de la mayoría. A visión de Lehmann, el contenido mínimo no protege el interés individual del de la mayoría, sino que justifica el sacrificio de ciertos individuos por motivos que aparentemente están justificados por principios, pero que en realidad solo son utilitarios.²¹ Por lo tanto, para Lehmann, el conjunto de los DESC, colectivamente, es lo que constituye el mínimo necesario para un estándar adecuado de vida. El mínimo de lo requerido es lo adecuado. Por eso, para ella, el contenido mínimo es lo mismo que el derecho. Esto no quiere decir que no puedan priorizarse ciertos intereses dentro de un mismo derecho, pero señala que la mera priorización de algunos intereses sobre otros responde a consideraciones utilitaristas. Los tribunales no pueden desestimar una política que resulta racional y razonable basándose en la noción de que el derecho en sí requiere un ranking de intereses distinto. El derecho es el conjunto de esos intereses, por lo que no puede sostenerse que el ranking apropiado pueda encontrarse dentro del mismo derecho. No es lo mismo un ranking de intereses (lo cual resultaría utilitarista) que balancear intereses, siguiendo las pautas constitucionales que señalan que los derechos pueden ser limitados cuando ello resulte necesario, siempre en busca del interés de una sociedad justa y democrática. Además, la limitación de los derechos deberá ser

¹⁹ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11-08-2000, E/C.12/2000/4.

²⁰ La traducción es propia. LEHMANN, K. (2006), "*In defense of the constitutional Court*" in Am. U. Int'l. L. Rev. Pág. 189.

²¹ La traducción es propia. *Ibíd*, pág. 191.

justificada.²² La autora entiende que el rol del Tribunal es hacer cumplir el derecho individual en cuestión y no tener que identificar qué interés individual debería ceder ante un interés colectivo.

Lehmann concluye que la adopción de la teoría del contenido mínimo puede llevar a situaciones que exacerbén la pobreza en vez de aliviarla. Esto se debe, según ella, a que el gasto público fluctúa entre las necesidades menos urgentes a otras más urgentes, en vez de que sea entre lo no esencial a lo esencial. La estrategia del contenido mínimo, puede que ayude a ciertos individuos en situación de pobreza, pero lo hace a expensas de otras personas en la misma situación. Así entonces, a su visión, lo que debe criticarse es el gasto desproporcionado del Estado y por ende que el Tribunal se niegue a revisarlo.²³

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Pudimos observar que, más allá de las explícitas diferencias entre ambas críticas, tanto Bilchitz como Lehmann hacen hincapié en los déficits de la orden emitida por el Tribunal.

Bilchitz, por su lado, critica al Tribunal porque al no definir el contenido mínimo dicho órgano evita dar una orden concreta al Poder Ejecutivo y/o al Poder Legislativo sobre qué medidas precisas se deberían tomar para lograr una reparación adecuada. Por otro lado, Lehmann critica la orden, pero lo hace apuntando al análisis de la distribución del presupuesto. Es decir, señala que, para lograr una correcta reparación, debe observarse el presupuesto. En efecto, ninguno se ve satisfecho/a con la forma en que termina resolviendo el Tribunal sudafricano.

Bilchitz critica el test de razonabilidad porque plantea que al utilizarlo se está contrabandeando la definición del contenido mínimo de los derechos sociales sin decirlo explícitamente. Sin embargo, podemos observar que en ningún momento al presentar su teoría especifica cómo se debe definir dicho contenido mínimo. Parecería que el autor carga dicha obligación sobre los hombros del Tribunal sudafricano pero, al mismo tiempo, deja entrever que quien verdaderamente tiene las herramientas para definirlo es el Comité DESC. No obstante, no dirige ninguna crítica a este Organismo Internacional por no brindar definición alguna del contenido mínimo, sino que sólo critica al Tribunal.

Más allá de los puntos positivos que presenta la teoría de los umbrales propuesta por Bilchitz para diferenciar el nivel de cumplimiento del derecho, no queda claro si esta resulta

²² *Ibíd.*, pág. 192 y ss.

²³ *Ibíd.*, pág. 197.

realmente útil para el juez al momento de decidir acerca de la adjudicación de un DESC en un caso concreto. Nos preguntamos entonces, ¿es realmente necesario que el contenido mínimo esté definido para que un juez pueda adjudicar un DESC? y por lo tanto, ¿Es necesaria la definición de dicho contenido para dar un remedio que resulte razonable? Sumado a ello, ¿definir el contenido mínimo permite necesariamente saber cuál es el remedio adecuado?

Lehmann, por su parte, critica la noción de “rankings” que resulta necesaria a la hora de definir el contenido mínimo tal como lo plantea Bilchitz. Esta crítica nos parece acertada, así como también su propuesta que indica que no es lo mismo realizar un ranking de intereses que balancear estos siguiendo la teoría de la razonabilidad. Así entonces, a su visión, la definición del contenido mínimo resultaría superflua ya que las dificultades que aparecen al momento de la adjudicación de los DESC podrían ser resueltas simplemente aplicando el test de razonabilidad.

No obstante, encontramos que su crítica presenta algunos puntos débiles. Lehmann critica que el Tribunal no haya analizado el presupuesto estatal, sin embargo, no brinda una propuesta de cómo se podría concretar este análisis. Incluso no hace referencia a la posible discusión sobre las cuestiones no justiciables que los tribunales podrían encontrar a la hora de tener que resolver sobre cómo el presupuesto es ejecutado o planificado. Observamos que dichas falencias tarde o temprano presentarían fallas a la hora de implementar la teoría propuesta por la autora. Nos preguntamos entonces, ¿sería el Tribunal quien tiene la capacidad para analizar todo el presupuesto nacional para resolver en un caso concreto de adjudicación de DESC? ¿Cuál sería la escala en que debe analizarse dicho presupuesto o con cuánta profundidad debería realizarse para dar una respuesta acorde al caso? Son preguntas que la autora no parece terminar de resolver.

Si bien las propuestas de ambos autores nos parecen interesantes, a nuestra visión ambas presentan obstáculos a la hora de ser implementadas en casos concretos.

El análisis del caso *Grootboom* y las teorías propuestas por los autores aquí analizados dejan abiertas algunas incógnitas o líneas de investigación que resultan interesantes de explorar en un futuro. Preliminarmente, podría decirse que -de considerar que sea correcta su aplicación- el Comité DESC es quien contaría con la información suficiente para definir el contenido mínimo, dado que es quien recibe periódicamente los informes de los Estados sobre el cumplimiento de las obligaciones internacionales que emanan del PIDESC. Es decir, quien contaría con la información suficiente para, teniendo presente el principio de progresividad y el principio del máximo de los recursos disponibles, poder definir cuál es el umbral de cumplimiento al que están obligados los Estados Parte.

Por otro lado, siguiendo lo planteado por Lehmann, consideramos que una posible pregunta de investigación podría abordar la manera en que el presupuesto nacional debería analizarse. Un problema que encontramos es que los Estados Parte suelen aducir la falta de presupuesto a la hora de justificar el incumplimiento de su obligación de garantizar los DESC. Por ese motivo, sería necesario poder definir un método para llevar a cabo dicho análisis de manera tal que esto realmente sea útil como herramienta para la adjudicación de los DESC.

Todas estas preguntas no encontrarán respuesta en esta oportunidad, pero nos dejan planteado el camino para futuras investigaciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

VI. A. Doctrina

BILCHITZ D. (2007). *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*.

BILCHITZ D. (2014) “*Socio-economic rights, economic crisis, and legal doctrine*, *International Journal of Constitutional Law*”, Vol. 12, Issue 3.

LEHMANN, K. (2006), “*In defense of the constitutional Court*” in *Am. U. Int’l. L. Rev.*

VI. B. Instrumentos internacionales

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N° 3 (1990): La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 14-12-1990, E/1991/23

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11-08-2000, E/C.12/2000/4.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES., Nueva York, 16 -12-1966. UNTS vol. 993: 3.

VI. C. Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, “*República de Sudáfrica v. Grootboom*” (caso n° CCT 11/00). Sentencia del 4 de octubre del 2000.

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

José Alberto Igirio Orozco¹

Marianella Marcucci Vargas²

Facultad de Derecho- Universidad Sergio Arboleda seccional Santa Marta

josealberto199316@gmail.com

marymar_183@hotmail.com.

Estudiantes de grado

Inclusión laboral de las personas con discapacidad.

Directora Dra. Kelly Viviana Aristizabal Gómez³

Eje temático “Derechos sociales y políticas públicas”

EL EMPLEO CON APOYO COMO ESTRATEGIA DE INCLUSIÓN LABORAL PARA LA
POBLACIÓN CON DISCAPACIDAD COGNITIVA, UN RETO PARA EL DERECHO SOCIAL⁴
INCLUSIÓN LABORAL - DISCAPACIDAD COGNITIVA – DISCRIMINACIÓN - CAPACIDAD JURÍDICA

RESUMEN

La presente ponencia pretende dilucidar respecto al empleo con apoyo como una estrategia de inclusión laboral para la población con discapacidad cognitiva, la cual, ha venido desarrollándose bajo un marco internacional, logrando consigo una gran influencia y aplicación en el territorio colombiano, con base en el marco normativo jurídico que se ha desarrollado en favor de la población con discapacidad. Frente a lo anterior, es pertinente el análisis sobre la concepción de personas con discapacidad cognitiva, lo cual permita comprender el colectivo sobre el cual recae el tema abordado, asimismo, examinar la figura del empleo con apoyo como

¹ Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda seccional Santa Marta y miembro del semillero de investigación de derecho laboral. Correos josealberto199316@gmail.com

² Estudiante de octavo semestre de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda seccional Santa Marta y miembro del semillero de investigación de Derecho laboral. Correos; marymar_183@hotmail.com

³ Doctora en Derecho, magister en Derecho, especialista en Derecho Laboral, docente de Derecho Laboral y directora del departamento de Derecho privado y del semillero de investigación de derecho laboral de la Universidad Sergio Arboleda seccional Santa Marta. Correo; kelly.aristizabal@usa.edu.co

⁴ La presente ponencia se concibe como resultado de la investigación sobre Inclusión laboral de las personas con discapacidad.

estrategia de inclusión laboral, y, por último, describir el alcance que presenta el empleo con apoyo a partir de la regulación normativa en Colombia.

I. EL EMPLEO CON APOYO COMO ESTRATEGIA DE INCLUSIÓN LABORAL PARA LA POBLACIÓN CON DISCAPACIDAD COGNITIVA, UN RETO PARA EL DERECHO SOCIAL

En Colombia, obtener un empleo no es sencillo para los individuos que poseen las cualidades y calidades necesarias para el desempeño de dicho cargo, sin embargo, su situación no resulta compleja como la de aquellas personas que presentando los conocimientos técnicos para laborar y se encuentran con alguna condición de discapacidad (física, sensorial, intelectual o cognitiva) lo que causa que dicho proceso resulte tedioso o traumático.

En este sentido, es pertinente mencionar que población con discapacidad cognitiva ha sido, en el transcurso del tiempo, objeto de rechazos por los prejuicios de la sociedad, lo que ha dejado como resultado grandes barreras que no permiten brindar la oportunidad a dichas personas para obtener un trabajo remunerado y en condiciones dignas. Asimismo, la respuesta negativa de los empleadores ha limitado de manera indirecta la posibilidad para que este grupo poblacional logre sentirse útil en su entorno.

Frente a lo manifestado, se han implementado procesos que permitan desarrollar diversas estrategias que incluyan laboralmente a este colectivo, siendo una de estas el denominado empleo con apoyo, el cual propende por la real inclusión laboral de los individuos dentro de empresas normalizadas para brindar apoyo dentro y fuera de su ámbito laboral.

Con base en lo anterior, la presente ponencia pretende brindar un adecuado análisis respecto al dominado empleo con apoyo como estrategia de inclusión laboral para las personas con discapacidad cognitiva como un reto del derecho social, siendo este el objetivo principal a obtener del escrito, de manera tal que se pueda visualizar como el empleo con apoyo ha surgido en el territorio colombiano, propugnando por el desarrollo del colectivo mencionado, el cual, ha sido vulnerado en el reconocimiento de derechos fundamentales como lo es el del trabajo,.

Por tanto, y en la búsqueda de alcanzar el objetivo planteado, se han establecido dentro de la investigación el desarrollo de tres objetivos en específico, los cuales son: Identificar que se entiende por población con discapacidad cognitiva en el Estado Colombiano, examinar el empleo con apoyo como estrategia de inclusión laboral y describir el alcance que presenta el empleo con apoyo a partir de la regulación normativa en Colombia originada por el derecho social.

Para el cumplimiento de los objetivos previamente planteados, la investigación se rige bajo un enfoque cualitativo, basado en el método documental, implementando el desarrollo de fuentes primarias y secundarias, de la misma manera, empleando técnicas como la revisión de literatura especializada fundamentada en análisis jurisprudencial, interpretaciones de la ley y resúmenes analíticos de investigación. Por otra parte, los objetivos planteados, así como las temáticas a abordar resultan ser pertinentes a fin de responder la siguiente pregunta: ¿Cuál ha sido la evolución del derecho social colombiano con relación al empleo con apoyo como estrategia de inclusión laboral para la población con discapacidad cognitiva?

Por último, a partir de los resultados obtenidos dentro de la presente investigación se pretende brindar propuestas que fomenten tanto la regulación como aplicación de la estrategia, lo cual genere influencia para la inclusión laboral que se estudió en esta investigación.

Con relación a esta problemática, actualmente la mejor herramienta que tiene una persona para incluirse socialmente y desarrollar su personalidad y habilidades es disponer de un trabajo. Por tal razón, el empleo con apoyo para población con discapacidad cognitiva es de suma relevancia. Esto por supuesto que ayuda a cada una de estas personas a adquirir una imagen útil y por ende positiva de sí mismo. La importancia de esta investigación radica en estudiar la evolución de la legislación colombiana desde la perspectiva del derecho social con respecto al empleo con apoyo. El trabajo como derecho del ser humano debe ser para todos, no se debe discriminar por una condición cognitiva, este tipo de discapacidad no es un muro en el progreso personal, social y mucho menos laboral.

No obstante, aunque alrededor hay aspectos positivos, la realidad resalta la situación de desigualdad que enfrenta este colectivo, particularmente en el área laboral puesto que deben superar determinadas barreras creadas por la sociedad, resaltando, entre otras, los prejuicios, la ignorancia colectiva de la condición de estos individuos. Por ello, es de suma importancia realizar una investigación que permita conocer las leyes existentes, ver las falencias que estas presentan, así como conocer una de las medidas que admiten situar las personas con discapacidad cognitiva en un campo laboral más amplio, pero de manera realista y eficaz que permitan la plena realización de estas personas en una sociedad laboral sin estereotipos.

La inclusión laboral para la población con discapacidad cognitiva es pertinente, debido a que la concepción de discapacidad ha variado, dejando a un lado el enfoque biomédico que concebía a la discapacidad como un problema individual relacionado a la salud o enfermedad el cual requería ser superado por medio de la atención médica y apoyo de los

avances tecnológicos, y actualmente ha adoptado un enfoque de carácter social, que ha gestado una amplia visibilización de este colectivo históricamente marginado.

Sin embargo, la inclusión de esta población resulta ser sumamente compleja debido a que se ha marginado a este colectivo del desarrollo de diversas actividades en sociedad, tal como lo afirma Morcillo (2010) esta población ha sido marginada por la sociedad en general, y en muchos casos por sus mismas familias, de ahí que, “las posibilidades que presentan estos individuos para ser parte activa de los espacios culturales y de las dinámicas sociales son mínimas” (Pg. 16), además, se visualiza que esta problemática afecta a su entorno familiar en tanto que se requiere de mayor poder adquisitivo para la manutención y cuidados de estos individuos que pueden ser potencialmente productivos pero no son fácilmente vinculados en el mercado laboral, de ahí que las estrategias para aportar al desarrollo de este colectivo deben darse tanto a nivel empresarial y tecnológico, como a nivel social y humano.

En cuanto al ámbito jurídico, la Constitución de 1991, contempla varios artículos en donde se ve claramente el deber del Estado en intervenir en programas sociales que aborden el tema de Discapacidad. En este contexto, de acuerdo con el artículo 13 de la constitución política colombiana se establece como deber del Estado Colombiano de brindar protección de manera especial a aquellos individuos que se encuentren en circunstancia de debilidad, sea por su condición económica, física o mental, así como el deber de sanción a aquellos abusos o maltratos que se presenten sobre estas personas.

Del mismo modo encontramos leyes que establecen la garantía y seguridad respecto al pleno ejercicio de los derechos que ostentan las personas con discapacidad, ello mediante la incursión de medidas que fomenten la inclusión, los denominados ajustes razonables y acciones afirmativas que permitan eliminar toda forma de discriminación que se presente respecto a este colectivo por razón de su discapacidad, requiriendo así de programas y acciones enfocadas en la garantía de derechos, beneficios y obligaciones de carácter laboral para esta población

Por otro lado, otra de las normas existentes en Colombia es la ley n° 361 del año 1997, la cual plantea en su artículo número 22 que el gobierno nacional deberá establecer mecanismos de integración social de la población con Discapacidad, así como crear y fomentar fuentes de trabajo para las personas con discapacidad, y desarrollar el denominado empleo protegido para aquellos los casos en los cuales la circunstancia de discapacidad genere impedimentos para la inserción al sistema competitivo.

Ahora bien, vista la realidad jurídica, se observa que dentro del contexto social no resulta ser tan favorable para este grupo de personas, las cuales se han visto afectada en muchos

casos por el desempleo, lo anterior ocurre en virtud a diversidad de factores entre los cuales resalta la carencia de acceso a la educación así como a la capacitación profesional, además de una preservación de un paradigma dentro de la sociedad y el sector empresarial que concibe a una persona con discapacidad cognitiva como aquella incapaz de desempeñar una labor de forma adecuada, y que en el eventual caso que realice dicha labor, se genera un paralelo respecto al erróneo criterio que este individuo no podrá realizar dicha labor bajo la misma calidad de quien no presente discapacidad alguna

Es así como se genera un vínculo bidireccional entre discapacidad y pobreza, en el cual se puede aseverar que la discapacidad aumenta los índices de pobreza, así como la pobreza puede ser un factor que aumenta el riesgo de discapacidad, siendo directamente proporcional esta relación.

Llegando a este punto hay que mencionar que se espera que esta investigación pueda convertirse en un precedente para que las empresas públicas y privadas inicien un proceso de análisis y reflexión frente a los deberes que les compete a las mismas en cuanto a la incorporación laboral de las personas que padecen de esta clase de discapacidad, lo cual, se vea reflejado en una modificación de sus reglamentos para incorporar dentro del mismo las instrucciones a seguir para que se promueva el empleo a estas personas (en caso tal de no contar con mecanismos), además de que esto no se mantenga en un simple andamiaje contenido en papeles sino que también se logre implementar medidas que permitan capacitar al resto de empleados para así evitar la ausencia del trato a estos sujetos cuando lo requieran, dado a que, a pesar de que se obtenga el empleo, también se requiere que el ambiente laboral sea acorde a la dignidad del individuo para que esta no se vea vulnerada o quebrantada.

Mencionado lo anterior, resulta necesario abarcar el concepto de discapacidad, el cual, conforme a la Organización mundial de la salud (OMS), se ha establecido como un término que comprende lo referente a deficiencias, limitaciones de las actividades y las restricciones de la participación. En el mismo sentido, es necesario manifestar que el concepto de discapacidad también se ha ilustrado como aquel que hace referencia a una tragedia, por la cual se afirmaría que quienes padecen de esta son víctimas de algo trágico, no obstante, esto solo logra derivar consecuencias negativas que impide el desarrollo de sus derechos por solo visualizarlas como aquellas que requieren protección, vistas así bajo un rango inferior, lo cual, genera la discusión frente a una verdadera manera de entender a la discapacidad, en específico, a la persona que la padece, como parte de un colectivo, alcanzando con ello que la visión sea trasladada al desarrollo de políticas sociales a fin de aliviar las barreras sociales y actitudinales que de manera diaria deben enfrentar este colectivo.

Conforme al párrafo anterior, bien afirma el autor Rodríguez Lores (2012) al respecto del trato social que se ha gestado respecto a la población con discapacidad, considerando a los mismos como diferentes, causando una construcción de generalizaciones a nivel global a partir de ese elemento, sin considerar las demás características, circunstancias o cualidades de la persona, por lo que se tiende a olvidar que todos los ciudadanos tienen el mismo valor y derechos que los demás (Párrafo 6). Por lo cual, se recurre a una visión preventiva, fomentando apartarse de este colectivo cuando lo pertinente resultaría ser plantear un entorno en el cual no se establezcan barreras entre el individuo y discapacidad, por el contrario, se fomenta estrategias para convivir con esta discapacidad, sin que se convierta en un obstáculo para su desarrollo.

Por su parte, para realizar un mayor énfasis en la discapacidad cognitiva, esta podrá definirse como aquella presentada tanto en infantes como adultos, quienes poseen capacidades intelectuales que se encuentran por debajo de lo que se espera para su edad o para el rango o grupo etario al cual pertenecen, por tanto, si se observa a un individuo que presenta problemáticas en áreas como las matemáticas o en el desarrollo de su aprendizaje, debido a que, aunque posee habilidades cognitivas, estas se encuentran en un rango inferior del esperado para el sujeto.

La discapacidad cognitiva también ha sido definida por el Instituto Colombiano De Bienestar Familiar (ICBF), el cual especifica la evolución que este concepto ha presentado una transformación desde una visión individual hasta una visión social, por lo cual, este concepto se ha enlazado con otros como el retraso mental, la discapacidad intelectual y la discapacidad mental, siendo considerado la discapacidad cognitiva el mejor termino dado a que logra englobar las características fundamentales (ICBF, 2010a) .

Sin embargo, y en contrariedad con lo que se puede inferir por el concepto dado por el instituto colombiano de bienestar familiar, la discapacidad cognitiva no puede ser valorada como un sinónimo de los otros términos mencionados, como el retraso mental o la discapacidad intelectual, siendo el primero un concepto en desuso y el segundo uno de los mayores términos con los cuales se tiende a confundir la discapacidad cognitiva, por ello, se requiere del análisis de estos para evitar nublar la comprensión sobre este tipo de discapacidad.

A partir de lo anterior, debe entenderse que el retraso mental, conforme al Manual Diagnóstico Y Estadístico De Los Trastornos Mentales (1995) era un término empleado para identificar a aquellas personas que presentaban una inteligencia que se encontraba por debajo de la media, cuyas limitaciones se presentaban en las capacidades adaptativas y rango de edad de inicio de esta era antes de los 18 años, asimismo, el termino agrupaba a los sujetos que

presentaban una capacidad intelectual que resultaba ser significativamente inferior al promedio, junto a ello también presentaban notorias limitaciones en habilidades como la comunicación, cuidado de sí mismo, vida doméstica, habilidades sociales/interpersonales, entre otras (Pg. 41), resultaba ser, en otros términos, una persona que presentaba incapacidades adaptativas más allá de un coeficiente intelectual bajo, no obstante, este término era implementado para efectos peyorativos y ha quedado en desuso, transformándose en el término de discapacidad intelectual. Ahora bien, esta discapacidad intelectual se refiere a limitaciones que resultan ser considerables para el funcionamiento intelectual y conducta adaptativa del individuo, abordando una serie de habilidades prácticas y de tipo social cuyo inicio es desde antes de los 18 años, aunque, es pertinente destacar que, bajo consideraciones legales, tiende a referirse al retraso mental y la discapacidad intelectual como sinónimos, siendo empleado mayoritariamente el segundo término.

Por otra parte, al hacer una relación entre la discapacidad intelectual y la discapacidad cognitiva se ha consagrado que son sinónimos, sin embargo, no lo son, llegan a ser confundidas en cuanto a que se manifiestan en el área de desarrollo de habilidades y aprendizaje del individuo, no obstante, en la discapacidad intelectual ocurre es un trastorno, se evidencia dificultades en el aprendizaje, mientras que en la discapacidad cognitiva si se visualiza una enfermedad, provocada por distintos factores incluyendo el genético debido a que pueden presentarse fisuras cerebrales que son innatas, causando que el aprendizaje y la capacidad para la aplicación de conocimientos se vea afectada,

En cuanto al aspecto de detectar si una persona presenta una discapacidad cognitiva, se puede destacar que, conforme a la cartilla del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) esta llega a ser diagnosticada tomando como marco de referencia ciertos síntomas como el hecho de que el menor de edad duerma mucho, sea perezoso para comer, no aumente de peso y no crezca, presente mínimo interés por las personas y/o juguetes (ICBF, 2010b). Asimismo, esta discapacidad puede ser detectada incluso antes del nacimiento, teniendo en cuenta la utilización de exámenes especializados para poder establecer e identificar las condiciones bajo las cuales ese niño o niña nacerá, por ejemplo, se puede aplicar la llamada amniocentesis.

A continuación, es pertinente resaltar que en el país se han hecho publicaciones respecto a la manera en la cual se puede dirigir a una persona con discapacidad cognitiva⁵, para fomentar y arraigar en la sociedad la concepción de igualdad al momento de interactuar con una persona

⁵ Servicio nacional de aprendizaje (SENA). *¿Cómo abordar personas con discapacidad en el SENA?*. Colombia: Sin fecha de publicación. Página 6.

con discapacidad, de allí que, se ha enfatizado desde la forma en la cual se debe implementar la voz hasta destacar la relevancia de dirigirse en una primera instancia hacia estos individuos, para evitar que reciban un trato que pueda considerarse discriminatorio, pero, si de esta manera no se está logrando entablar una comunicación con el individuo, ahí si se podrá dirigir al acompañante de este o recurrir a otros medios, sin levantar la voz, gritar o infantilizar la conversación o los gestos, todo lo anterior para favorecer el trato igualitario, llamado que ha hecho la comunidad internacional y a la cual responde el estado colombiano desde sus normas, y la sociedad desde estas medidas prácticas.

Además, en el país, se ha evidenciado la creación de distintas organizaciones que, aparte del instituto colombiano de bienestar familiar, brindan apoyo tanto a los individuos con discapacidad así como a sus familias, para permitir el desarrollo de esta población, protegiendo sus derechos, ayudando a estos para que puedan implementar actividades de carácter cultural, asesorando a los mismos no solo en salud sino en cómo aprovechar sus habilidades para que puedan emprender el rumbo y sumergirse dentro del mercado laboral.

A pesar de que existen diversas fundaciones que abarcan gran parte del territorio nacional, la más conocida por su reconocimiento, inclusión y protección es la fundación para la investigación y el desarrollo de la educación especial o simplemente conocida como FIDES, la cual, bajo la unificación de grupos de padres de familia, cuyo interés primordial es el reconocimiento de las personas con discapacidad cognitiva, su rehabilitación y adaptación en la sociedad generarían el pilar en el año de 1975 que después se conformaría en esta fundación. Esta misma se ha expandido por todo el territorio nacional y en la actualidad se encuentra en 14 regiones de la geografía colombiana, alcanzando territorios como las Islas de San Andrés y providencia, Amazonas, Chocó, Arauca, entre otros, en cada uno de esos departamentos FIDES tiene el apoyo de personas que de forma voluntaria ayudan a que se dé la coordinación y la organización de las actividades programadas.

En cuanto a la contextualización de esta población dentro del ámbito nacional es de destacar que en Colombia, conforme al censo realizado por la Departamento administrativo nacional de estadística (DANE) se estimaba que un total de 3.051.217 personas se encontraban en condición de discapacidad, siendo este número mucho mayor que el estimado en el año 2005, el cual estimaba un total de 2.624.898 personas con discapacidad (DANE, 2015), sin embargo, lo alarmante no se encuentra en un aumento de esta población, sino en la carencia de participación laboral de estos individuos, la cual, teniendo como base la población total de personas con discapacidad, solo una inferior suma de 153.006 se encontraban desempeñando

alguna labor, asimismo, el nivel de ingresos es sumamente menor si se tiene en cuenta que 746.043 personas con discapacidad no poseen ningún ingreso.

Frente a estas cifras, y teniendo en cuenta como lineamiento principal la idea de abordar temáticas de inclusión laboral de personas con discapacidad cognitiva, se puede mencionar que en Colombia, conforme al proyecto de investigación realizado por Rodríguez et al(2016) se establece que la problemática de desempleo es una de las que más ha afectado a la población, aun mas a la población con discapacidad debido a que, si se aborda el empleo en las empresas, se evidencia que solo el 36% de las empresas en Colombia vinculan bajo contrato laboral a individuos con discapacidad mientras que el 64% restante no lo realiza(Pg. 31).

Este fenómeno encuentra su explicación en el hecho de que la vinculación laboral de personas con discapacidad traería consigo un proceso más extenso, contando con un apoyo externo que logre responder a esta contratación, reflejándose este tiempo extra y posible carga operativa en la no contratación laboral de personas con discapacidad.

En resumen, queda entendido que la noción de discapacidad cognitiva en Colombia se encuentra asociada a las dificultades en el aprendizaje y en el adquirir conocimientos, lo cual afecta al individuo no solo en su ámbito académico sino en el social, por lo cual, en el país se ha presentado una notoria sensibilización por parte de distintas entidades y fundaciones para promover la comprensión y los métodos de apoyo para fomentar la mejora de la funcionalidad de los mismos, sin embargo, a pesar de existir esta concientización, esto no se ve reflejado de manera notoria en el campo laboral, en el cual se evidencia exclusión a este grupo de la sociedad, por lo que se requiere de la aplicación de un modelo reciente en el derecho laboral colombiano el cual es conocido como empleo con apoyo.

Con relación al empleo con apoyo, es pertinente mencionar que este nace como una herramienta que permite orientarse hacia la inserción laboral del colectivo de población con discapacidad cognitiva. Es una herramienta que favorece desde un primer momento el surgimiento de un ordenamiento jurídico garante de la plena integración laboral de la población mencionada, con el fin de dejar a un lado los obstáculos que han sido creados por la sociedad frente a las labores que puedan realizar las personas con discapacidad. Es de aclarar que esta estrategia propende un cambio fundado en la confianza, la capacidad, potencial y apoyo oportuno durante el tiempo necesario.

Asimismo, el empleo con apoyo ha sido definido por Almendros González (2015) como aquel mecanismo de promoción de empleo dirigido a aquellas personas que presentan una discapacidad más severa y por tanto, una mayor dificultad para acceder al mercado laboral (Pág. 191), es por ello que, con este mecanismo se permite ampliar la posibilidad de este

colectivo de acceder al mercado laboral y vincularse en entornos donde puedan desarrollar sus labores.

Sobre el empleo con apoyo, es oportuno indicar que el mismo presenta sus orígenes en Estados Unidos en los años 80 y posteriormente, en Europa en las últimas décadas del siglo XX. Su surgimiento se dio por el colectivo de personas con discapacidad intelectual, pero se amplió su aplicación a personas con otras discapacidades tales como; física, sensorial, enfermedades mentales y otras. Lo anterior, por supuesto fue posible gracias a las modificaciones correspondientes para su implementación.

Dentro de la estructura más conocida del empleo con apoyo se destaca una de las principales herramientas para llevar a cabo actuaciones de Empleo con Apoyo la cual es conocida como la figura mediadora, denominada preparador laboral, que conforme al Ministerio de Salud y Protección Social (Min Salud) se encarga de la preparación, apoyo y seguimiento del trabajador en el desempeño del trabajo (Min Salud, s.f), es así que su función primordial consiste en el ofrecimiento de apoyo necesario a favor del trabajador con discapacidad para su adaptación al puesto de trabajo, ello mediante la preparación, desarrollo de habilidades, tareas, e incluso el seguimiento y acompañamiento en el puesto del trabajo. Sin duda alguna, la figura del preparador laboral es de suma relevancia dentro del proceso de incorporación laboral, pues se constituye como el referente más inmediato para el trabajador y sus compañeros.

Del proceso que realiza el preparador hay factores que resultan ser importantes y por lo tanto se considera de gran relevancia atender a los demás agentes que intervienen en el proceso bajo esta metodología. Así, es necesario que se acoja y apoye a la familia como agente colaborador dentro del proceso, fomentando su implicación, su compromiso activo, para afrontar el reto que representa la evolución de su familiar con discapacidad. Sin duda, el principal agente que interviene de activamente dentro del proceso de integración laboral es el individuo con discapacidad, concebido como el agente estrella de dicho proceso, el cual debe trabajar por su inserción.

Con relación a esta estrategia es pertinente mencionar que, tiene una metodología que basada en un sistema estructurado de apoyo cuya finalidad resulta ser la incorporación laboral, así como la estabilidad en un puesto de trabajo remunerado a favor de la población con discapacidad dentro del mercado ordinario de trabajo. El apoyo lo proporciona el preparador laboral, profesional que acompañará al trabajador con discapacidad en su proceso de integración social, así como laboral; Por lo cual, este apoyo no se reduce a simples ayudas que permitan el aprendizaje de tareas a desempeñar en el puesto de trabajo (formación “in situ”)

sino que fomenta a su vez un soporte para el desarrollo de habilidades complementarias (de autonomía, relación social, etc.), fundamentales para la vida activa.

En conclusión, el Empleo con Apoyo se fundamenta en el paradigma de “vida independiente”, el cual concibe la responsabilidad de cada sujeto de mantener el control de su propia vida, eligiendo diversidad de opciones aceptables que permitan disminuir la dependencia hacia los demás y lo conduzca hacia la autodeterminación. El Empleo con Apoyo representa un paso más allá en la integración de personas con discapacidad y una línea de actuación coherente con las medidas integradoras adaptadas en otros ámbitos.

Con respecto al concepto de persona con discapacidad es menester mencionar que este como una temática visible ha sido de evidente estudio por parte de la jurisprudencia colombiana creando una diversidad normativa que propende por la protección de este colectivo más su verdadera vinculación dentro de los ámbitos sociales, laborales, culturales, entre otros.

A reglón seguido, es importante mencionar que, específicamente en el derecho civil colombiano, se había señalado una presunción de capacidad, en la cual reconocía la capacidad de ejercicio, pues la capacidad de goce resulta ser inherente a todos los individuos por ese hecho de ser humanos; Sin embargo, esta presunción admitía prueba en contrario, debido a que se consagraba las circunstancias en las cuales las personas no ostentaban de capacidad legal, ello de la siguiente forma:

“Son absolutamente incapaces los {dementes}, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

<Inciso 3o. modificado por el artículo 60 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:> Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad*1 y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”. (Código Civil Colombiano, 1873, artículo 1504)

Lo anterior, por supuesto que incluía a las personas con discapacidad cognitiva, las cuales, eran protegidas bajo la figura de la interdicción la cual se regulaba dentro de la ley 1306 de 2009, esta figura en últimas limitaba la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial para que actuaran dentro de los negocios jurídicos, empleando la figura de un tercero el cual ostentaría total potestad de ocuparse en cómo gestionar

los intereses de este individuo, actuando en sustitución de la persona o asistiendo en la gestión de sus intereses.

Es por lo anterior que, bajo este régimen legal señalado sobre capacidad jurídica en Colombia se generaba una barrera legal para la inclusión laboral de las PCD porque los empleadores se rehusaban a firmar contratos con personas bajo medida de interdicción. Además, gran parte de ello se encontraba en la esencia del contrato de trabajo, el cual establece la presencia de dos partes, un empleador y un trabajador, por lo cual, al presentarse la figura de un tercero representando a la persona declarada interdicta generaba que uno de los elementos fundamentales del contrato de trabajo el cual es la prestación personal del mismo se viese notoriamente afectada, generando como consecuencia el no suscribir el contrato de trabajo.

Es por ello que el Ministerio de Justicia y del Derecho propuso ajustes y reformas a la figura de la interdicción judicial de manera tal que favorezca el ejercicio de la capacidad jurídica, es decir, capacidad de goce y capacidad de ejercicio, acorde con el lineamiento del artículo 12 de la CDPD, es por ello que surge la ley 1996 de 2019, la cual generó modificaciones al régimen sobre la capacidad legal de las personas con discapacidad, consagrando ante las mismas su presunción de capacidad así como la eliminación de la figura de la interdicción, generando con ello la prohibición de iniciar procesos para la interdicción o inhabilitación de una persona, asimismo, se ordenó mediante esta ley la suspensión de aquellos procesos de interdicción que hubieren iniciado con anterioridad a la promulgación de la ley, asimismo, se consagró la obligación hacia los jueces de familia de efectuar la revisión de aquellos procesos de interdicción o inhabilitación que se hubieren adelantado. Todo lo anterior, en aras de cumplir con este nuevo modelo social de discapacidad, por el cual, esta norma preceptúa que:

“Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral. (Apartes subrayados y en negrilla fuera de texto)

PARÁGRAFO. El reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan surtido los trámites señalados

en el artículo 56 de la misma”. (Ley por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad [1996] Artículo 6)

Por lo que, consecuentemente la población con discapacidad ostentan capacidad legal en igualdad de condiciones, sin que exista alguna clase de distinción e independientemente de si usa o no apoyos para la ejecución de actos jurídicos, además que, esta presunción es extensiva hacia el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo de esta forma su vinculación e inclusión laboral. No obstante, pese a las virtudes planteadas en esta normativa, la misma no desarrolla una estrategia específicamente enfocada a lograr esta finalidad de inclusión laboral y prelación de derechos laborales de este colectivo.

Asimismo, dentro es importante hacer mención al hecho de que, a pesar de destacar que el empleo con apoyo en efecto si es implementado en el territorio nacional, la experiencia real del mismo ha sido visualizada por los aportes de fundaciones o del llamado pacto por la productividad, pero, como tal, no existe una regulación o un marco normativo y jurídico que permita que este modelo sea implementado bajo una misma metodología en estas fundaciones o empresas para propender por la inclusión en el ámbito laboral de esta población.

Así las cosas, pese a los grandes esfuerzos que se han generado en el contexto nacional para propender por el reconocimiento de derechos de esta población, junto con el apoyo de diversas fundaciones que han unido esfuerzos para la inclusión de este colectivo, resulta necesario que el marco jurídico colombiano logre regular estas estrategias de inclusión laboral como lo es el empleo con apoyo para poder materializar una inclusión justa, integral y adecuada para la población con discapacidad cognitiva.

En este sentido, la contribución del ordenamiento jurídico colombiano desde la perspectiva del derecho social con relación al empleo con apoyo como estrategia de inclusión laboral para personas con discapacidad cognitiva en Colombia, ha sido precario, pues carece de desarrollo normativo y también se ha logrado evidenciar que en virtud a la ratificación de la Convención internacional sobre las personas con discapacidad de la ONU por parte de Colombia se ha gestado en el Estado Colombiano la realización de trabajos que permitan una verdadera inclusión social de este colectivo, por lo menos desde las mismas Asociaciones de Personas con discapacidad. No obstante, hace falta un trabajo conjunto entre todos los sujetos a cargo de promocionar la inclusión laboral de este colectiva con el fin de que el funcionamiento de la estrategia mencionada puede ser más efectiva.

Es a partir del cambio de perspectiva en la realidad jurídica colombiana que se ha propendido por diversas iniciativas, proyectos de ley e incluso, reformas a normatividades que, contrario a los objetos que llegan a perseguir, no traen consigo una inclusión, protección o

reconocimiento de los derechos y prerrogativas de esta población, como lo es la capacidad jurídica de la población con discapacidad cognitiva.

Finalmente, con relación al ámbito jurídico, se pudo evidenciar que no existe una normatividad en específico que regule esta estrategia de inclusión laboral para la implementación idónea de esta misma pese a los grandes esfuerzos que se han generado en el contexto nacional para propender por el reconocimiento de derechos de esta población, junto con el apoyo de diversas fundaciones que han unido esfuerzos para la inclusión de este colectivo, resulta necesario que el marco jurídico colombiano logre regular estas estrategias de inclusión laboral como lo es el empleo con apoyo para poder materializar una inclusión justa, integral y adecuada para la población con discapacidad cognitiva.

II. REFERENCIAS

Asociación Estadounidense de Psiquiatría “*Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*”, (1995). Editorial Médica Panamericana. Recuperado de: <https://psicovalero.files.wordpress.com/2014/06/manual-diagnoc3b3stico-y-estadc3adstico-de-los-trastornos-mentales-dsm-iv.pdf>

Almendros González, M.A. (2015). *Trabajo y discapacidad: El derecho al empleo de las personas discapacitadas*. Revista Foro Jurídico. Número 14. Páginas 182-193. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13761>

Cerrillo Martín, Rosario. Camina Duantes, Asunción. (2009). *La inclusión social y laboral de las personas con discapacidad intelectual mediante los programas de empleo con apoyo. Un reto para la orientación*. Revista Española de orientación y psicopedagogía. Volumen número veinte (20). número dos (2). Páginas 135 a 146. Recuperado de: <http://revistas.uned.es/index.php/reop/article/view/11446>

De Lorenzo, Rafael. (2014). *El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión*. Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales. Páginas 73 a 89. Recuperado de: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/50/Est04.pdf

Esteban, Beatriz. Jordán de Urries, Borja. (2006). *Empleo con apoyo para personas con discapacidad intelectual y para personas con enfermedad mental en comparación metodológica en dos proyectos piloto*. Revista Española sobre discapacidad intelectual volumen treinta y siete (37). Número 218. Páginas 63 a 78. Recuperado de: http://sid.usal.es/idocs/F8/ART9054/siglocero_218_old.pdf

Francés, A. et al. (1995). *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales [DSM-IV]*. Editorial Masson S.A. España. Páginas 1-897. Recuperado de: <https://psicovalero.files.wordpress.com/2014/06/manual-diagn3b3stico-y-estad3adstico-de-los-trastornos-mentales-dsm-iv.pdf>

Garavito Escobar, (2014) La inclusión de las Personas con Discapacidad en el Mercado Laboral Colombiano, una Acción Conjunta. Facultad de Medicina, Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://bdigital.unal.edu.co/46075/1/52646657.2014.pdf>

Gómez Arango, Carmen. (2015). *Los centros de apoyo a la integración en Asturias ¿recurso especializado para la inclusión de las personas con discapacidad?* Revista Asturiana de terapia ocupacional. Páginas 11 a 16. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5645433>

Instituto colombiano de bienestar familiar (ICBF). (2010). *Orientaciones pedagógicas para la atención y la promoción de la inclusión de niñas y niños menores de seis años con Discapacidad Cognitiva*. Colombia. Páginas 1-58. Recuperado de: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/cartilla-cognitiva-7.pdf>

Código Civil [C.C]. Ley 84 de 1873. Artículo 1504. 26 de mayo de 1873. (Colombia).

Ley N° 361 de 1997. Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación <en situación de discapacidad> y se dictan otras disposiciones. 7 de febrero de 1997. D.O N° 42.978. (Colombia).

Ley N°1618 de 2013. Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. 27 de febrero de 2013. D.O N° 48.717. (Colombia).

Martí, I. (s.f). *Estudio etiológico del retraso psicomotor y discapacidad intelectual: Integración de las pruebas genéticas con otras pruebas para el diagnóstico de retrasos no filiados*. España. Páginas 1-5. Recuperado de: <http://www.avpap.org/documentos/gipuzkoa2011/geneticaDI.pdf>

Ministerio de salud y protección social. (2015) *Sala situacional de personas con discapacidad*. [Archivo PDF]. Colombia. Recuperado de: <file:///C:/Users/Marianella/Desktop/Sala-situacional-discapacidad-Nacional-agosto-2015.pdf>

Ministerio de Salud y Protección social. (s.f). *Discapacidad e integración socio laboral en Colombia. Guía metodológica para la implementación del modelo*. Bogotá D.C. Colombia. Páginas 1 a 52. Recuperado de:

<https://www.minsalud.gov.co/trabajoEmpleo/Documents/Discapacidad/Cartilla%20-Discapacidad%20e%20Integraci%C3%B3n%20Sociolaboral%20en%20Colombia.pdf>

MIMTRABAJO. *Inclusión Laboral de Personas con Discapacidad*. Recuperado de: <http://www.mintrabajo.gov.co/relaciones-laborales/derechos-fundamentales-del-trabajo/inclusion-laboral-de-personas-con-discapacidad>

Min trabajo. (2002). *Procesos de inclusión laboral en la política pública de discapacidad en Colombia*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/riesgosProfesionales/Documents/Procesos%20de%20Inclusi%C3%B3n%20Laboral%20Discapacidad.pdf>

Miranda, P. (2017). *¿Qué es la discapacidad cognitiva?* Compañía periodística El Universal. México. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/sociedad/que-es-la-discapacidad-cognitiva>

Morcillo, María Isabel. (2010) *La Magia de las Diferencias*. Edición de Alkosto. Recuperado de: <https://es.calameo.com/read/000013309cac861e4a15c>

Organización de las Naciones Unidas (2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Ginebra, Suiza. Publicaciones de la Organización de naciones unidas. Páginas 1 a 42. Recuperado de: <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

Puin, Diana Carolina. (2002). *Actitudes frente a la vinculación laboral de personas con discapacidad*. Revista de la Facultad de Medicina número 50. Volumen cuatro (4). Páginas 196 a 199. Recuperado de: http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/852/Art_PuinMDC_ActitudesVinculacionLaboral_2002.pdf?sequence=1

Rodríguez Lores, A. (2012). La discapacidad como fenómeno social: Un acercamiento desde la sociología. Revista CCCSS Contribuciones a las ciencias sociales. Abril 2012. Recuperado de: <https://www.eumed.net/rev/cccss/20/ar1.html>

Rodríguez Martínez, J.M. Valcárcel Galvis, O.D. (2017). *Alkosto y las personas en condición de discapacidad cognitiva leve como propuesta para la implementación de un negocio inclusivo*. Universidad Santo Tomas de Aquino. Bogotá, Colombia. Páginas 1-59. Recuperado de: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/3218/Rodriguezjesus2017.pdf?sequence=1>

Rojas Riaño, H.E. Roa Carantón, J.S. (2010). *Red de inclusión laboral para discapacitados cognitivos. Casos que muestran cómo hacerla posible*. [Taller de grado].

Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. Páginas 1-50. Recuperado de: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/9278/tesis363.pdf?sequence=1>

Salazar Troconis, Ana Catalina. (2017). *Informe de gestión RECA (Red de empleo con apoyo) 2017*. Colombia. Páginas 1 a 7. Recuperado de: <http://www.recacolombia.org/assets/informe-gesti%C3%B3n-reca-2017-cst.pdf>

Schallock, R.L (1999). *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*. III jornadas científicas de investigación sobre personas con discapacidad. Universidad de Salamanca. España. Páginas 1-35. Recuperado de: https://da6901a5-a-62cb3a1a-sites.googlegroups.com/site/masaccesible/Home/RobertLSchallock-Haciaunanuevaconcepci%C3%B3nsobrediscapacidad.pdf?attachauth=ANoY7cpBt2evnBRNq3QlfLgWiV4XfLvAJQcDJCUK1L-5x1L5LnXyYCVcXTIUBc_U2d99f0-NuTDOikziPou1TK7b1D24_s-TNtpVfGfqf6PAqFEpRmAhlOEb6Zm8VIuhS0f0sejnlBcKsYARTFDv-7nWfW58gbWPTrX7R1GFcQn2Lr6Ay3YLPyHwmqUeYWSrjNZyLSP2yu_UlkTUCNGh_NjfsZekXriyFQyWxdpS4CeQy_4iwNYUK2j-RYEueXaqrN39G0i5LmuDfD8J2WeHZkb68ugNO3lo1i8kFpocoorp-RTep2YP0S4%3D&attredirects=0

Servicio nacional de aprendizaje (SENA). (2018). *¿Cómo abordar personas con discapacidad en el SENA?* Colombia. Páginas 1-6. Recuperado de: http://www.pactodeproductividad.com/foro/archivos/7357475537.52012-25interaccion_sena_personas_con_discapacidad.pdf

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"
10 y 11 de noviembre de 2020
Camila Wanda Landeyro - Facultad de Derecho (UNLP)
camilawanda2014@gmail.com
Estudiante de grado-Becaria EVC-CIN
Proyecto I+D J179: "Problemáticas contemporáneas del desarrollo: territorio,
ambiente, migraciones y género"
Directora: Prof. María Susana Tabieres
Eje temático "Derecho Sociales y Políticas Públicas"

LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA DEL COVID19 Y
EL ACCESO DE LAS PERSONAS MIGRANTES.

RESUMEN

En el marco del proyecto "Problemáticas Contemporáneas del Desarrollo: territorio, ambiente, migraciones y género" que funciona en el Instituto de Cultura Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), dirigido por la Dra. Maria Susana Tabieres, es donde me posiciono para el desarrollo de ésta ponencia.

El art. 41 de la Constitución Nacional establece la cláusula del desarrollo sostenible, la cual en principio queda vinculada a que toda actividad económica que se realice en el país debe evitar dañar al ambiente. Pero la Cepal desde hace aproximadamente veinte años en el concepto de "desarrollo sostenible" incluyó el análisis social, especialmente en lo que respecta a las dificultades que tiene la población migrante para insertarse en la estructura económica de los países receptores.

La situación mundial generada por el COVID19 representa serios desafíos y dificultades para la población extranjera que reside en nuestro país y aunque el Estado Argentino dispuso que se otorgara una prestación económica no contributiva excepcional denominada "Ingreso familiar de emergencia", un gran sector de la población migrante no ha podido resultar beneficiada.

Usando un enfoque cualitativo y una metodología descriptiva intentaré enunciar algunos de los desafíos que actualmente tienen la población migrante para acceder al Ingreso

Familiar de Emergencia, para lo cual emplearé dos casos judiciales que dieron lugar a la presentación de amparos individuales por parte de mujeres extranjeras en la justicia federal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el fuero de la seguridad social.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de la seguridad social que nació en Europa entre a finales del siglo XIX y principios del siglo XX estaba destinado a cubrir contingencias individuales ocurridas a trabajadores por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, vejez e invalidez. Luego éste sistema se extendió a todas aquellas personas que no eran trabajadores y que se encontraban desempleados. (Etala, 2008:10)

La seguridad social fue acompañada por un Estado de Bienestar, el cual tuvo un rol activo en la economía de ese período. Por otro lado el mercado laboral de aquel momento permitía la inclusión de diferentes trabajadores incluso, de aquellos que no tenían un alto grado de preparación académica.

En la actualidad la pandemia ocasionada por el Covid19 representa una contingencia mundial desconocida para los sistemas de la seguridad social existentes. Según Etala (2008) las contingencias representaban hasta este momento hechos o sucesos individuales que afectaban la capacidad productiva de una persona y por ello la sociedad debía de socorrerlo. Actualmente la pandemia es una contingencia colectiva que afecta a un gran porcentaje de personas que por carecer de recursos y medios económicos se les dificulta cumplir con el aislamiento preventivo y obligatorio.

¿Cómo adaptamos un sistema de seguridad social que nació hace más de doscientos años a la nueva realidad? Ésta pregunta se asocia con otra ¿Hacia quienes debería ir dirigida la seguridad social? ¿Quiénes serán sus beneficiarios?

II. NUEVO PARADIGMA EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La pandemia ocasionada por el COVID19 y la determinación por parte del gobierno nacional de establecer el aislamiento social preventivo y obligatorio por medio del Decreto 297/2020 afectó la vida de muchas personas puesto que conllevó la restricción en la libertad de locomoción especialmente de aquellos que trabajan en la economía informal.

Dada los efectos económicos negativos que ha representado la emergencia sanitaria para los sectores más vulnerables de la población argentina, el Gobierno Nacional por medio del Decreto 310/2020 dispuso la creación del INGRESO FAMILIAR DE EMERGENCIA el cual consistía en el otorgamiento de una prestación dineraria no contributiva para ser cobrada

por única vez en el mes de abril, previendo que la misma podía llegar a extenderse hasta el momento en que cesarán las condiciones de la emergencia sanitaria nacional.

La ANSES reglamentó el DNU 310/2020 por medio de las resoluciones 8/2020¹ y 84/2020². Las mismas contienen diferentes disposiciones vinculadas –entre ellas- a las facultades que tiene la ANSES para liquidar, controlar y supervisar el otorgamiento del IFE.

El sector de la población vulnerable a quién va dirigido el IFE ha sido establecido en el art. 2 del DNU 310/2020. Entre alguno de los requisitos que deben cumplir las personas para poder acceder al cobro de ésta prestación económica es *“ser argentino o argentina nativo/a o naturalizado/a y residente con una residencia legal en el país no inferior a DOS (2) años.”*

Es decir que aquellos extranjeros con una situación irregular migratoria, o regular pero que residen con un plazo inferior de dos años en el país o que no tengan DNI argentino fueron excluidos.

Aunque el Decreto 310/2020 y las demás resoluciones reglamentarias dictada por la ANSES no establecen de forma expresa que se debe contar con DNI argentino, si se lo requiere al momento de efectuar la inscripción on-line puesto que para ello se debe gestionar una clave de seguridad social la cual sólo se obtiene insertando el CUIL y número de trámite que figura en el DNI.

Por otro lado, hubo personas extranjeras que pese a tener DNI argentino, residir hace más de dos años en Argentina y ser monotributistas sociales o de categorías A y B no pudieron acceder al IFE debido a que los datos existentes en la ANSES probablemente estuviesen desactualizados.

Anses habilitó la posibilidad de hacer un reclamo por única vez en su página pero muchos extranjeros por el desconocimientos de éste trámite nunca lo pudieron hacer, a lo cual, se quedaron sin poder acceder a dicha ayuda en medio de una emergencia sanitaria mundial.

El espíritu de la ley 25.871 –Ley de Migraciones- establece que los extranjeros deberán recibir el mismo trato que los nacionales, pero en la práctica –especialmente dentro de la Administración Pública- hay graves obstáculos para que se apliquen dichos principios.

¹ Se puede consultar a través del siguiente enlace <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227322/20200331>. Ésta resolución contiene un anexo donde se detallan con mayor precisión los requisitos para el otorgamiento de la pensión económica no contributiva y demás funciones que tiene la ANSES. A su vez, se establece que para examinar si una persona extranjera cumple los requisitos para acceder al IFE, ANSES le solicitará información a la Dirección Nacional de Migraciones.

² Se puede consultar a través del siguiente enlace <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227521/20200406>

CELS (2020) desde el espacio de la Agenda Migrante 2020 efectuó una encuesta en el mes de abril a 1266 personas extranjeras que residen en la Argentina con el objetivo de analizar los efectos del COVID19 en ellos. Destaco solamente algunos de los resultados que fueron publicados (Cels, 2020):³

- El 80% de las personas encuestadas no lograron obtener el beneficio del IFE: un 47% no pudo acceder porque no llegaba a cumplir una residencia de dos años en Argentina; mientras que un 33% aunque cumplía con los requisitos fueron rechazados y específicamente no sabe la causa.
- El 79% de las personas que fueron encuestadas manifestaron no recibir ningún tipo de ayuda o beneficio social.

La encuesta realizada por CELS (2020) revelan datos de una pequeña fracción del fenómeno migratorio que residen en Argentina de forma permanente o temporaria.

El no poder acceder a ningún tipo de ayuda de la seguridad social en un contexto de pandemia realmente es un trato discriminatorio e inhumano para aquellas personas extranjeras que se encuentran residiendo en nuestro país sin poder trabajar ni regresar a su país de origen debido a la situación epidemiológica que existen en otros países.

Dada las circunstancias que afrontan un gran porcentaje de las personas migrantes que residen en nuestro país, hubo dos casos en los que se presentaron una demanda de amparo contra la Anses en el fuero de la seguridad social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la finalidad de permitirles acceder a dos mujeres migrantes el cobro del IFE.

- **CASO 1.** Incidente No 1 - DS, RD C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO s/INCIDENTE”⁴

La actora es una mujer de nacionalidad venezolana, madre de un niño y que vive en Argentina desde diciembre del año 2018. Antes del ASPO se desempeñaba como trabajadora informal en la venta ambulante. Debido a que la misma no tiene DNI y cuenta con una residencia precaria no puede acceder a ningún programa de ayuda social.

La actora manifestó que no cuenta con ninguna red de apoyo a la cual solicitar ayuda en el contexto de pandemia actual. Respecto del padre del niño pesa una orden de prohibición de acercamiento y sólo efectúa aportes económicos esporádicos.

³ Se puede acceder al informe completo por medio del siguiente enlace https://drive.google.com/file/d/1bsBrQBf3yZ-PcWlZ_LOQ4UUw6NUZSlfj/view

⁴ Se puede acceder a la resolución emitida por la Cámara Federal de la Seguridad Social Sala I en el siguiente enlace <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/091/861/000091861.pdf>

Por ello presentó una demanda de amparo contra la Anses con la finalidad de declarar la inconstitucionalidad del art. 2 inc. a del Decreto 310/2020 por violar el principio de igualdad y no discriminación. A su vez se solicitó como medida cautelar el otorgamiento del IFE correspondiente al mes de abril hasta tanto se resuelva la situación.

La medida cautelar fue rechazada en primera instancia debido a que no cumplía con los requisitos de verosimilitud en el derecho y que lo solicitado era equivalente al objeto de la pretensión de la demanda. Por ello se dedujo recurso de apelación el cual fue resuelto parcialmente de forma favorable a la actora por la Cámara Federal de la Seguridad Social- Sala 1 el día 27 de julio del corriente año.

Los magistrados de la Cámara Federal no obligaron a que la ANSES le pagara el IFE correspondiente al mes de abril, sino que resolvieron que en el plazo de 20 días la ANSES debía de otorgarle un turno para que la actora pudiera dar inicio al trámite y de esa manera, si cumplía con los requisitos de la normativa vigente podía llegar acceder al cobro de la prestación económica.

▪ **CASO 2: P. F., D. A. c/ Anses s/ amparos y sumarísimos.**⁵

Se promueve una acción de amparo a favor de una mujer extranjera de nacionalidad dominicana, madre de dos hijos que residía desde el año 2011 en Argentina con la objeto de que Anses le permitiera acceder al cobro del IFE y a su vez, se declarara inconstitucional el art. 2 inc.a del decreto 310/2020.

Aunque la actora había ingresado de forma irregular al país el 24 de noviembre de 2011, actualmente residía de formar regular puesto que había podido acceder a una residencia transitoria desde el año 2014 la cual tiene vigencia hasta el mes de septiembre del corriente año. Sin perjuicio de ello, la misma aún no había podido efectuar el trámite para iniciar el DNI debido al retraso de la DNM.

El JUZGADO FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 1 (CABA) hizo lugar parcialmente a la acción de amparo porque rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 2 inc.a. El órgano federal no obligó a la ANSES a que le pagará de forma automática el IFE, sino dispuso que en plazo de diez días Anses verificara si la actora cumple con los requisitos socioeconómicos exigidos por la normativa. Una vez cumplida la evaluación patrimonial, Anses debía acreditar el monto del IFE en una cuenta creada al efecto y en forma retroactiva a los períodos correspondientes al mes de abril, mayo y junio.

⁵ Se puede acceder a través del siguiente enlace http://www.sajj.gob.ar/FA20310005?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-federal#CT001

Algunos de los fundamentos en que se basó la sentencia de amparo que dictó el Juzgado federal de la seguridad social N°1 pueden llegar a sistematizarse de la siguiente manera:

1. Es arbitrario que para acceder al cobro del IFE se le exija contar con DNI a la actora, cuando ésta pese haber hecho todos los trámites necesarios aún sigue aguardando la resolución de la DNM para poder iniciar con su tramitación.

2. Constituye una afectación al principio de legalidad que éste requisito no surja expresamente del DNU 310/2020. Por otro lado se establece que el otorgamiento de éste beneficio debe ser reglamentado de forma tal que compatibilice con todo el ordenamiento jurídico especialmente con la normativa de derechos humanos.

Es decir, que el establecimiento de los requisitos para poder acceder a éste programa de la seguridad social no están librados a la discrecionalidad absoluta de la Administración Pública.

3. La actora cumple con el requisito de residencia en el país establecido en el art. 2 inc.a del DNU 310/2020, por ende tiene derecho a ser beneficiaria del IFE, y también de acceder a un DNI, puesto que es un derecho humano y **una herramienta de inclusión social que le permitirá acceder a derechos básicos y personales.**

4. Se rechazó el planteo de inconstitucionalidad debido a que éste es un remedio procesal que debe de emplearse en la justicia cómo ultima ratio. Solamente debe recurrirse a ello cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada al juicio, a la que cabe acudir en primer lugar.

III. CONCLUSIÓN:

La situación de emergencia sanitaria y la extrema vulnerabilidad en la que se encuentra la población migrante, podría dar lugar a un amparo colectivo contra la ANSES con la finalidad de discutirse la inconstitucionalidad del art. 2 inc. a del Decreto 310/2020 para permitir que el colectivo de personas migrantes pudiera acceder al cobro del IFE mientras continúe el ASPO.

Es conveniente pensar que necesitamos un sistema de seguridad social que se adecue a la realidad económica y sanitaria en que vivimos. Por ello es importante que sea construido pensando en una sociedad multicultural, la cual está conformado por un amplio sector de personas extranjeras que residen en el país y que llegan buscando protección de diferentes problemas ambientales, económicas, sociales que ocurren en su país de origen.

Lo sucedido en ésta pandemia mundial nos revela la inexistencia de políticas públicas destinadas al sector migrante por parte de la Administración Pública, por ello éste es el momento de reflexionar que hoy más que nunca necesitamos un sistema de seguridad social que sea universal y que permita brindarle herramientas económicas a las personas extranjeras.

Recordemos que la seguridad social es un derecho humano, lo que implica dado el principio de progresividad que deben llevarse a cabo acciones y políticas públicas para extender a un mayor número de personas la protección frente a las contingencias que hoy en día son colectivas.

Los dos casos citados presentan algunas particularidades:

- Mujeres migrantes que son madres.
- Sus nacionalidades provienen de países que previo al COVID19 ya presentaban graves problemas estructurales económicos: Venezuela y República Dominicana.
- -No cuentan con ninguna red de ayuda.
- Una de ellas manifestó que previo a declararse el ASPO trabajaba como vendedora ambulante.

Las situación socioeconómica de las actoras que promovieron el amparo no son casos aislados, por ello consideramos viable y oportuno que pueda llegar a presentarse un amparo colectivo en la justicia federal contra la Anses con la finalidad de: 1) Otorgarle protección económica a las personas extranjera cuya situación patrimonial es apremiante, 2) Concientizar a la ANSES que uno de los principios medulares de la seguridad social es la universalidad, y dado que Argentina es un país conformado por personas extranjeras, los institutos de la seguridad social deben ser afines a ésta realidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

IV. A. Autores

Etala, C. A. (2008). Derecho de la seguridad social. Buenos Aires: Astrea.

IV. B. Normativa

DNU 310, Ingreso familiar de emergencia. Art. 2 inc.a. (2020) Publicado en el *Boletín oficial*, 24 de marzo de 2020. Argentina. Recuperado de <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227113/20200324>

Resolución 8. (2020) Publicado en el *Boletín oficial*, 31 de marzo de 2020.
Argentina. Recuperado de
<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227322/20200331>.

Resolución 84. (2020) Publicado en el *Boletín oficial*, 6 de abril de 2020.
Argentina. Recuperado de
<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227521/20200406>.

IV. C. Informes

Centro de estudios legales y sociales (2020). Informe final sobre la situación de la población migrante/extranjera en argentina ante el avance del coronavirus. Recuperado de
https://drive.google.com/file/d/1bsBrQBf3yZ-PcWIz_LOQ4UUw6NUZSIlfj/view

IV. D. Jurisprudencia

P. F., D. A. c/ Anses s/ amparos y sumarísimos. Recuperado de
http://www.saij.gob.ar/FA20310005?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-federal#CT001

DS, RD C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO s/INCIDENTE. Recuperado de
<https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/091/861/000091861.pdf>

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Mariana Martínez Jimenez

Juan José Fuentes Fernández

Kelly Viviana Aristizábal Gómez

Escuela de Derecho Rodrigo de Bastidas, Universidad Sergio Arboleda

mariana98martinezj@gmail.com – juanfuentes.f17@gmail.com

Estudiantes de pregrado en derecho y docente

Proyecto UBACyT “Derecho, Sociedad e Infancia”

Directora Dra. Kelly Viviana Aristizabal Gómez.

Eje temático “Derechos sociales y Políticas Públicas”

LAS APLICACIONES DE DOMICILIOS EN COLOMBIA: ¿ECONOMÍA

COLABORATIVA O CONTRATO REALIDAD?

APPS DE DOMICILIO - DERECHO LABORAL - PRINCIPIO DE REALIDAD SOBRE LA FORMA –

SUBORDINACIÓN - CONTRATO REALIDAD

RESUMEN

Las aplicaciones (apps) de domicilios han tomado relevancia durante la pandemia, este tipo de plataformas en principio se enmarcan en el concepto de Economía Colaborativa. No obstante, existe un debate doctrinal en torno a nuevas formas de trabajo, la subordinación y al trabajo independiente. A partir de la cuarta revolución industrial y el internet, se ha consolidado la Economía Colaborativa que se basa en la utilización de: recursos infrautilizados y la interacción en plataformas virtuales; ello en contraste con los elementos de un contrato de trabajo: subordinación, prestación personal y salario, llevan a determinar la ausencia de este contrato en la Economía Colaborativa, pero en cuanto al funcionamiento de las apps de domicilio, se logra probar la existencia de la subordinación laboral que constituye el contrato realidad regulado por la normatividad en la materia. A partir de allí se concluye que las apps de domicilio camuflan la existencia de un contrato laboral bajo la imagen de ‘economía por colaboración’. Lo anterior en provecho del vacío legal existente y de la desprotección de derechos laborales a quienes trabajan en este tipo de plataformas, personas que en el contexto actual han adquirido una importancia que resulta ser vital.

ABSTRACT

Delivery applications (apps) have become relevant during the pandemic. In principle, types of platforms are framed in the concept of Sharing Economy. However, doctrinally there is a debate around new forms of work, subordination, and independent work. Since the fourth industrial revolution and the Internet, the Sharing Economy has been consolidated, which is based on the use of under-utilized resources and interaction on virtual platforms; this in contrast to the elements of an employment contract: subordination, personal benefit, and salary, leading to determine the absence of this contract in the Sharing Economy, but as for the operation of home applications, it is possible to prove the existence of the labor subordination that constitutes the contract regulated by the regulations on the matter. From there it is concluded that delivery applications camouflage the existence of an employment contract under the image of "Sharing Economy". The above in benefit of the existing legal vacuum and the lack of protection of labor rights for those who work in this type of platform, people who in the current context have acquired an importance that turns out to be vital.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo, las invenciones tecnológicas han marcado el cambio económico y, por ende, el laboral. Desde el siglo XVIII con la llegada de la máquina de vapor se abrió la puerta hacia la primera revolución industrial, tres siglos después, en el siglo XXI, nos encontramos en la cuarta.

La cuarta revolución industrial representa una nueva realidad en la que lo físico y lo digital se relacionan de tal manera que los límites entre el uno y el otro se diluyen. Esta “no se define por un conjunto de tecnologías emergentes en sí mismas, sino por la transición hacia nuevos sistemas que están contruidos sobre la infraestructura de la revolución digital”. (Perasso, p. 3, 2016).

Esta nueva infraestructura de la revolución digital se refleja en la consolidación de plataformas virtuales que han presentado una nueva óptica de las relaciones laborales, dando paso a la aparición de nuevos conceptos, como lo es el de la Economía Colaborativa y el de aplicaciones de domicilios, y abriendo nuevos debates en el ámbito jurídico, concretamente en el área del derecho laboral. La discusión gira entorno a si es apto o no el derecho laboral para regular las relaciones que surgen entre una plataforma digital, cuyo rol es de persona jurídica, y una persona natural que ejerce una tarea concreta; tal controversia se concentra en sustentar si existen o no los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, aunque los operarios no

sean vinculados a la plataforma virtual mediante este. Frente al concepto de Economía Colaborativa, no existe discusión en materia laboral, es decir, las actividades de este tipo de plataformas no permiten la formación de un contrato de trabajo, las relaciones funcionan por colaboración y los participantes se consideran socios; sin embargo, lo complejo del asunto radica en que las nuevas plataformas digitales de domicilios pretenden cobijarse bajo la noción de economía por colaboración cuando su funcionamiento no es compatible con los principios de esta economía. Básicamente, las apps de domicilios, tomando ventaja de la falta de normatividad laboral frente a la economía colaborativa, se camuflan bajo la imagen de esta economía para evadir responsabilidades de carácter contractual, generando un contexto de plena precariedad laboral pues identifican a sus operarios (domiciliarios) como ‘socios colaboradores’ y no como trabajadores.

Este controvertido asunto dentro del derecho colombiano se viene debatiendo en la doctrina y en espacios académicos recientemente, en tanto que la plataforma virtual de domicilios más antigua en el mercado colombiano empezó a operar en el año 2008, sin embargo, en el marco del Estado de Emergencia generado por la pandemia Covid-19, la función de los domiciliarios vinculados a estas apps ha adquirido una vital importancia, pues no es secreto que han sido este tipo de plataformas las que han permitido que muchos negocios se mantengan a flote mediante la venta a domicilio y son los domiciliarios los que han permitido el movimiento de la economía dentro del contexto de esta nueva normalidad consistente en el distanciamiento social. Bajo análisis internacionales, se considera que las apps de domicilio crecerán en un triple dígito (Morelos, 2020) como consecuencia de las medidas gubernamentales, como el aislamiento obligatorio, para evitar la propagación del Covid-19. Es necesario exponer que el gremio de domiciliarios es, también, un colectivo susceptible al fácil contagio debido a la continua exposición en la que se encuentran. A pesar de lo anterior, los domiciliarios que trabajan mediante plataformas digitales de domicilios no son considerados trabajadores y no reciben ningún tipo de beneficio otorgado por la legislación laboral. A partir de lo expuesto la pregunta problema que se busca responder con la presente investigación es: ¿Cuál es la relación entre los domiciliarios y las plataformas digitales de domicilios en Colombia: economía colaborativa o contrato realidad?

II. OBJETIVO GENERAL

Analizar la Economía Colaborativa y el contrato realidad en aplicaciones de domicilios en Colombia, con énfasis en el Estado de Emergencia en el que se encuentra el país.

II. A. Objetivos específicos

- Conceptualizar la economía colaborativa, el contrato individual de trabajo y el principio de realidad sobre la forma
- Indagar la presencia del contrato realidad en las aplicaciones de domicilios en Colombia a partir de la configuración de la subordinación.

II. B. Metodología

La metodología empleada determina que esta investigación tiene enfoque cualitativo dado que a través de la misma lo que se persigue es analizar la presencia del contrato realidad en la relación existente entre apps de domicilio y domiciliarios. Las fuentes utilizadas en la investigación son primarias y secundarias que implica la revisión normativa y el análisis de la doctrina generadora de conocimiento, que debate el tema. Las técnicas que empleadas para desarrollar cada uno de los objetivos de la investigación corresponde a la revisión de literatura doctrinal a partir de resúmenes analíticos de investigación y la interpretación de normatividad que rige en materia laboral durante la declaración del Estado de Emergencia resultado de la pandemia Covid-19. En cuanto al impacto, se espera que con los resultados de la presente investigación se pretende proponer un conjunto de estrategias que permitan la regulación, en materia laboral, de las plataformas digitales que hoy son medios generadores de empleo.

III. UNA ÓPTICA CONCEPTUAL DE LOS TEMAS A ABORDAR

Profundizar en la disputa actual acerca de la identificación de un contrato de trabajo en las apps de domicilios implica manejar una conceptualización básica de los términos y figuras jurídicas que son epicentro de este debate. Es así como nos encontramos con los siguientes conceptos: contrato individual de trabajo, principio de realidad sobre la forma y Economía Colaborativa.

III. A. Contrato individual de trabajo

Este concepto se encuentra descrito en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual expresa que el contrato de trabajo “es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” (Decreto Ley 2363, 1950). En esta noción presentada en la normatividad se distinguen tres elementos que permiten determinar la existencia de un contrato de trabajo y que son enunciados por el artículo 23 de la norma en

mención: la actividad personal, la remuneración y la subordinación. Campos Rivera (1974) se refiere a estos tres elementos considerando que la actividad personal corresponde a la ejecución inmediata y particular de la labor por la que fue contratada el trabajador, es la obligación a ejecutar que surge del contrato, Así por ejemplo, “al señalar el carácter personal de la prestación que asume el trabajador, expone la importancia que a este respecto posee la capacidad del trabajador” (Rodríguez, p. 141, 1980); la remuneración, identificada como una de las responsabilidades del empleador para con el trabajador, consiste en la retribución en dinero o en especie que recibe el empleado por su labor ejecutada; y el tercer elemento es el de la subordinación, presentado también como la continua dependencia, corresponde al elemento que faculta al empleador “para imponerle a aquel (trabajador) determinadas condiciones respecto al modo, tiempo y cantidad de trabajo, para impartirle ordenes, exigirle su cumplimiento y para imponerle reglamentos.” (Rivera, p. 106, 1974), la subordinación es el elemento que somete al trabajador a la autoridad del patrono. Cabe destacar que estos tres elementos no se distinguen, necesariamente, de un contrato en su sentido estricto, es decir, del acuerdo de voluntades plasmado en el papel o de manera verbal, sino que también se determinan a partir de la relación laboral entre las partes, que no surge rigurosamente de un contrato, sino también de la realidad, pues, el contrato firmado puede ser, por ejemplo, de prestación de servicios, el cual es regulado por la ley comercial, pero en realidad pueden existir los elementos de un contrato de trabajo manifiestos en la relación entre el contratante y contratado. Con respecto a ello, Mario de la Cueva (2006) expresa que no puede surgir la relación laboral de un contrato porque ello estaría en contraposición con la idea del derecho del trabajo, que no se orienta a la protección de un acuerdo de voluntad sino al trabajo mismo, pues su cometido no es regular un intercambio de prestaciones sino asegurar la salud y la vida del hombre y proporcionar al trabajador condiciones dignas. Lo anterior desprende el siguiente concepto: el principio de realidad sobre la forma.

III. B. Principio de realidad sobre la forma

Este es un principio que rige en materia laboral y enuncia que, si en una relación jurídica se instituyen los elementos constitutivos de un contrato de trabajo, principalmente la subordinación, dicha relación debe ser regulada por las normas laborales, sin importar que la forma contractual sea distinta a la de un contrato de trabajo. Considera la doctrina que en estas situaciones “Nos referimos a los casos de desnaturalización, esto es, cuando, por mandato legal se considera que estamos ante una relación laboral si se presenta un determinado supuesto o se verifica la existencia de un específico requisito legal.” (Miyagusuku, p.125, 2005) Estos

requisitos legales se refieren a los componentes del contrato de trabajo. Para la Corte Suprema de Justicia, este principio tiene su justificación “en tanto procura equilibrar una ecuación desigual e inequitativa que se presenta en las relaciones laborales dependientes, cual es el de la imposibilidad de predicar plena libertad para convenir las condiciones en las que aquella se va a ejecutar” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral, R.n° 45430, 2018). Por su parte, Betancourt (2010), aterrizando el principio de la primacía de la realidad sobre la forma en Colombia, sustenta que aunque este principio no se haya formulado como tal en la legislación laboral preexistente a la nueva Constitución, su presencia es ostensible en algunas normas, como el artículo 23 del Código Sustantivo que, en su ordinal dos, dispone que una vez reunidos los elementos del contrato de trabajo, se presume que existe este, y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Además, el principio de primacía de la realidad indica que, al presentarse un conflicto entre la realidad y la forma jurídica del contrato de trabajo, prevalecen los hechos, la práctica, pues la misma Corte Constitucional ha considerado que “la prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato.” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-555, año 1994) Bien se mencionó que la prevalencia de los hechos permite que sean las normas laborales las que regulen tal relación, en estos casos nos encontramos ante el denominado contrato realidad, al cual la Corte Constitucional se ha referido de la siguiente manera: “no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad.” (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-616, año 2012); la existencia de este contrato genera el surgimiento de las responsabilidades y derechos que nacen específicamente de un contrato de trabajo, pero esta vez, surgen a partir de los hechos, y es así como el empleador queda obligado al pago de las prestaciones sociales, aunque la forma contractual no lo contemple.

III. C. Economía Colaborativa

Con base en lo desarrollado, se identifica que este concepto tiene una estrecha relación con los avances tecnológicos, pues estos han marcado un nuevo ritmo de las relaciones

comerciales instaurando este nuevo modelo económico. Se considera la Economía Colaborativa como “el aprovechamiento de recursos infrautilizados a través de la interacción en plataformas digitales.” (Sobrino & González, p.31. 2017). Los autores en mención presentan una definición que desprende dos factores importantes:

- a) El uso de recursos infrautilizados, se refieren a aquellos bienes o activos con los que se cuenta pero que, en el momento, no se les está dando una utilidad determinada.
- b) La interacción por medio de plataformas digitales, es la conexión que tienen las personas por medio de datos distribuidos y compartidos a través de internet. Esta interacción consiste en una intermediación de los dos extremos de la oferta y la demanda a través de un medio digital.

Un claro ejemplo de economía colaborativa que refleja estos dos factores es la app Airbnb, una plataforma que permite ofertar alojamientos a viajeros o quienes necesitan hospedaje. Básicamente una persona con una habitación o casa disponible, aquí se puede identificar el recurso infrautilizado; puede publicitar, mediante la app, el bien a una comunidad de personas interesadas quienes pueden contactarlo a través de la plataforma, se identifica, entonces, una interacción digital. Esta es una clara ilustración del funcionamiento de la economía colaborativa. Por medio de estas apps las personas tienen la libertad de ofrecer sus productos o servicios cómo y cuándo quieran, y de la manera en que lo prefieran, siguiendo las reglas de la plataforma. La plataforma no se ve obligada a garantizar ingresos, esto dependerá del empeño que cada quien dedique a su actividad; así, no existe exclusividad entre la app y aquella persona que decide utilizarla. A partir de lo descrito, queda fundamentado que no existe ningún tipo de relación laboral, entre los partícipes de este tipo de interacción, pues, a la luz de los conceptos desarrollados con anterioridad, no puede distinguirse ningún elemento propio del contrato de trabajo; sin embargo, es necesario la aclaración de su concepto, porque esta ha sido la noción mediante la cual las aplicaciones de domicilios se han camuflado para encubrir la existencia de una relación laboral, aun cuando su forma de operar es muy distinta.

Contando con la distinción básica y necesaria de los conceptos más recurrentes en este debate del derecho laboral actual, se reconoce entonces que el principio de realidad sobre la forma estudia la existencia de los elementos de un contrato de trabajo dentro de una relación contractual, a partir de allí este principio permite el reconocimiento de un contrato realidad que da origen a las obligaciones propias del contrato de trabajo y que son en beneficio del empleado.

Examinada la relación de estas dos figuras jurídicas, se determina que, bajo la noción

de la Economía Colaborativa, no hay lugar a un contrato realidad ni mucho menos a las responsabilidades que trae consigo.

IV. EL CONTRATO REALIDAD Y LAS APPS DE DOMICILIO

En el mercado colombiano se distinguen cuatro grandes empresas que funcionan como plataformas digitales que prestan el servicio de domicilio: Rappi, UberEats, iFood y Domicilios.com, estas se caracterizan por considerar que su operación encuadra en el concepto de economía por colaboración y a sus domiciliarios los consideran ‘socios’ o ‘colaboradores’ pero no como trabajadores; sin embargo, si analizamos, a la luz del principio de realidad sobre la forma la relación existente entre un domiciliario y la aplicación ¿hay cabida a un contrato realidad? Es necesario destacar que el elemento clave para determinar la existencia de un contrato realidad es la subordinación, ya que, la configuración meramente de esta última dentro de la relación abre paso al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo. En virtud de ello, este análisis va encaminado a demostrar que si existe subordinación por parte de las apps de domicilio sobre los domiciliarios.

Bajo la óptica de la doctrina, el alcance de la subordinación ha sido bastante discutido, pero su concepto es claro: “la facultad del empleador de ordenar los procedimientos y las condiciones técnicas con que debe desarrollarse la labor contratada” (Plazas & Plazas, p. 41, 2000) y en cuanto su existencia, considera Vanegas (2011) que no se requiere que el contratante esté dando órdenes de manera permanente, sino que tenga la posibilidad de hacerlo en el tiempo en que lo considere necesario o beneficioso a los fines de la empresa. Se sabe, entonces, que la subordinación capacita al empleador de dar órdenes y estas recaen sobre el empleado.

Para determinar la existencia de subordinación, según Pacheco (2012) debemos identificar los siguientes aspectos: el poder de dirección, poder disciplinario, el horario de trabajo. Es necesario, entonces, estudiar en que consiste cada uno y examinar como se ve reflejado en el caso de las plataformas de domicilio.

- El poder de dirección: Este poder emana del contrato el cual habilita al empleador a impartir las órdenes para fijar o modificar el modo de prestar el trabajo.

Este poder se manifiesta en el funcionamiento de las plataformas virtuales de domicilio, pues cuando una persona se vincula como repartidor, a esta se le imponen ciertos requisitos básicos que debe cumplir, como, por ejemplo, las condiciones en las que debe llegar el pedido, la eficacia de la entrega del pedido, incluso, algunas aplicaciones determinan que recorrido realizar para que la entrega se ha más rápido; y ahora, bajo las restricciones y medidas tendientes a contrarrestar la propagación del Covid-19, los domiciliarios están obligados a

cumplir con los protocolos de bioseguridad, no solo establecidos por el gobierno nacional, sino, las impuestas por la aplicación digital.

- Poder disciplinario: “Si el poder de dirección no fuese acompañado de una potestad sancionadora, en los casos de incumplimiento del trabajador, sería sólo un poder moral.” (Pacheco, 2012). Este poder acompaña al poder de dirección y le da potestad sancionadora al empleador, en los casos de incumplimiento del trabajador.

El poder disciplinario también se manifiesta en estas aplicaciones. Las apps de domicilio realizan encuestas a los usuarios para medir la calidad del trabajo del domiciliario. Teniendo en cuenta las calificaciones, la app decidirá si debe disminuir la cantidad de ofertas de domicilios que el “colaborador” recibe. En otras palabras, si a las personas no les gusta el servicio, la app sanciona con la imposibilidad de generar más ingresos. Además, en el caso de la aplicación Rappi, cuando se libera una orden, es decir, el domiciliario acepta la orden y posteriormente le notifica a la plataforma que ya no la puede realizar, queda deshabilitado durante una hora y no le es posible hacer pedidos en este tiempo, y si hace más de una liberación a la semana, puede quedar desactivado por más de un día.

- El horario de trabajo: especifica los tiempos que el trabajador se pone a disposición del empleador para realizar sus labores, de acuerdo a las directrices recibidas.

Frente a este elemento, en el caso de las aplicaciones virtuales en estudio, pueden distinguirse rasgos de un horario de trabajo, al momento en que las apps de domicilio solicitan al domiciliario cumplir con un pedido, asumiendo su disponibilidad. En el caso de la aplicación Rappi, no se permite la inactividad por más de 3 días, si esto sucede, la empresa desvincula al domiciliario por un tiempo indefinido.

No obstante, el horario de trabajo resulta ser un elemento que ha pasado a otro plano a la hora de determinar la subordinación. Bien lo expresa Pacheco: “el desarrollo de nuevos sistemas de trabajo ha llevado a que muchos trabajadores sean evaluados no en relación al horario sino a los resultados de su actividad. Asimismo, hay trabajos que no pueden realizarse en la sede de la empresa ni bajo la vigilancia y control del empleador. Por eso, la falta de horario no puede traducirse en una correlativa falta de dependencia.” (Pacheco, p. 28, 2012). Lo esencial en este análisis radica en el poder de dirección y en el poder disciplinario.

La relación entre los elementos que contiene la subordinación y las apps de domicilio, permiten asegurar que este si existe en la relación existente entre domiciliario y aplicación, por lo que su vínculo va más allá de una simple colaboración. La configuración de la subordinación constituye el contrato realidad, por lo tanto, los operadores de este tipo de aplicaciones si deben contar con los derechos otorgados por nuestra normatividad laboral.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Posterior al análisis efectuado, la respuesta a la pregunta problema ¿Cuál es la relación entre los domiciliarios y las plataformas digitales de domicilios en Colombia: economía colaborativa o contrato realidad? , es que en definitiva las Apps de domicilio en Colombia no son de economía colaborativa, que en la ejecución de las tareas de estas plataformas existe subordinación y por lo tanto un contrato realidad, lo que quiere decir que los domiciliarios de estas aplicaciones son empleados, pero sobretodo, queda al descubierto el aprovechamiento que estas empresas han hecho del vacío legal para evadir sus responsabilidades como empleadores.

De igual forma, las medidas laborales adoptadas durante la pandemia han incrementado el nivel de desigualdad al no incluir a los domiciliarios de estas plataformas. Así, el debate continúa abierto y la atención que el Estado ha puesto a la contención de la pandemia y a la salud pública no debe ser una excusa para abandonar a un gremio de trabajadores desamparados por la ley; por el contrario, la situación actual debe ser ese impulso que motive a proteger a aquellos que pedaleando y conduciendo han mantenido en firme la economía, aún más cuando las ganancias de estas plataformas se han visto incrementadas por las medidas contra la propagación del Covid-19. En este orden de ideas se puede afirmar que las actividades que hacen los domiciliarios por orden de las aplicaciones de domicilio en la realidad si componen las características de un trabajo y la falta de regulación lo convierte en un trabajo informal, puesto que los empleados no reciben prestaciones sociales, especialmente seguridad social en salud y pensión.

Por lo anterior consideramos necesaria la regulación de este tipo de plataformas digitales que reconozca los derechos laborales que le correspondan a estos empleados. No obstante, entendemos que se trata de empresas virtuales que le dan la oportunidad a las personas de hacer uso de sus recursos infrautilizados, características que les han permitido camuflarse como empresas de Economía Colaborativa, sin embargo, la subordinación no se configura por lo que la plataforma ofrece al domiciliario sino por lo que le exige.

Bajo estos presupuestos proponemos que la regulación laboral colombiana de estas plataformas sea de carácter especial, de manera que al mismo tiempo que se les reconozcan las prestaciones sociales (seguridad social en salud y pensión, cesantías, primas de servicio, bajo parámetros específicos que permitan la posibilidad de estas aplicaciones de continuar en el mercado), también, se le permita a los domiciliarios poder seguir haciendo uso de sus recursos infrautilizados (bicicletas, motos, etc.), puesto que esta dotación representaría costos muy elevados que cambiarían la esencia de estas aplicaciones, lo que podría acabar su funcionamiento, siendo totalmente contraproducente, ya que no es el papel del derecho laboral

ir en contra del desarrollo económico y tecnológico, sino buscar un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y la sostenibilidad de las empresas.

VI. REFERENCIAS

VI. A. Doctrina

Betancourt, R. B. (2010). Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano. Colombia. Criterio jurídico garantista. Pág. 254

De la Cueva, M. (2006). El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Decimacuarta Edición. Tomo I. México: Porrúa. Pág. 32.

Miyagusuku, J. T. (2005). Instituciones del derecho laboral. Lima, Perú. Gaceta Jurídica. Pág. 125

Pacheco, Z. L. (2012): "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." Perú. *Revista de Derecho*, no. 13 Pág 29-54.

Perasso, V. (2016). Qué es la cuarta revolución industrial (y por qué debería preocuparnos). Brasil. BBC Mundo, Pág.3.

Plazas, G. & Plazas, G. A. (2000). La nueva práctica laboral, 6ta edición. Colombia. Editorial Linotipio Bolivar. Pág. 41

Rivera, D. C. (1974). *Derecho* laboral colombiano. Colombia. Editorial Temis. Pág. 103

Rodríguez, A. P. (1980). Curso de derecho laboral (Vol. 2). España Acali Editorial. Pág. 140.

Sobrino, M., & González, P. H. (2017). El desarrollo de la economía colaborativa y los modos digitales de prestación de servicios. España. Boletín económico de ICE, Información Comercial Española. Pág. 31-42.

Vanegas (2011). Derecho individual del trabajo. Colombia. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Primera edición, 2011. Pág. 25

VI. B. Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (6 de diciembre de 1994). Sentencia C-555. [MP Dr. Humberto Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional de Colombia, Sala Octava de Revisión. (2 de agosto de 2012). Sentencia T-616. [MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. (14 de febrero de 2018). Radicado n° 45430. [MP Dr. Gerardo Botero Zuluaga]

VI. C. PÁGINAS WEB

Morelos, M. Apps de delivery crecerán a triple dígito. 2020.

<https://elceo.com/tecnologia/apps-de-delivery-creceran-a-triple-digito-por-el-panico-del-coronavirus/>

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”

10 y 11 de noviembre de 2020

Mario Molina Hernández - Facultad de Derecho (UNAM)

mmolinah95@gmail.com

Tesista y ayudante de profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Director Dr. Rodrigo Brito Melgarejo

Eje temático “Derechos sociales y políticas públicas”

POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO

LATINOAMERICANO CONTEMPORÁNEO: MÁS ALLÁ DEL HORIZONTE JUDICIAL

CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO CONTEMPORÁNEO - DERECHOS SOCIALES- POLÍTICAS PÚBLICAS

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

La renovación constitucional de América Latina, marcada por la humanización y la internacionalización, derivó en una nueva concepción de los derechos sociales en el devenir institucional, social y político de la región. Sin embargo, las obligaciones para el cumplimiento de dichos derechos se han focalizado de forma preponderante en el poder judicial, dejando de lado importantes sectores del entramado estatal, por ello consideramos necesario reflexionar sobre las estrategias de garantía de los derechos sociales más allá del horizonte judicial.

El objetivo de esta investigación es vislumbrar la situación actual de garantía de los derechos sociales en diversos países de la región en razón de la articulación institucional entre los poderes ejecutivo y legislativo, materializada en las políticas públicas. Por otra parte, la pregunta sobre la que busca arrojar luz este trabajo es la siguiente: ¿se adoptan las estrategias adecuadas fuera del espacio judicial para la garantía de los derechos sociales?

La producción académica sobre los derechos sociales es abundante, pero deja de lado enfoques valiosos, como los relacionados con el papel trascendental que juegan instrumentos como las políticas públicas para la protección de dichos derechos. Por ello, es relevante reflexionar en torno al papel que juegan estos mecanismos para el cumplimiento de los derechos sociales establecidos en los ordenamientos constitucionales de la región.

La metodología de este trabajo se compone de: i) el análisis de los vehículos normativos a través de los cuales los derechos sociales irradian al ordenamiento jurídico en su conjunto; y,

ii) de la reflexión en torno a los mecanismos que sirven para la materialización de dichos derechos.

Los resultados preliminares de esta investigación arrojan que, efectivamente, se ha dado una desmedida atención jurisdiccional sobre los derechos sociales, en perjuicio de la implementación de estrategias transversales en los entramados institucionales de los países de la región.

Es innegable el fenómeno de humanización del derecho, así como las concepciones de la dignidad humana como base y piedra angular del entramado jurídico y estatal. En el marco de este fenómeno, progresivamente se fueron consolidando nociones que asimilaban al Estado social con el Estado constitucional. Piénsese por ejemplo en los textos líderes de la renovación constitucional de la segunda posguerra en los que pueden encontrarse diversos preceptos que facilitan la intervención del Estado en la sociedad para tutelar la “procura existencial” (Ferrer & Carbonell, 2014, p. 17 y 18).

Por otra parte, la concepción de los derechos sociales es un aspecto relevante para el devenir jurídico, pues por una parte pueden identificarse las vetustas posturas que los identifican como postulados de carácter programático, y otra más afortunada en la que se reconoce su naturaleza normativa exigible ante las autoridades estatales. Derivado de estos debates, se han pensado y diseñado diversas estrategias para la exigibilidad de estos derechos, desde aquellas en sede judicial, algunas de corte dialógico entre las instituciones estatales,¹ hasta otras de carácter integrador de las actuaciones de los poderes públicos, que tienen como sustrato argumentativo la problemática en torno a la imposibilidad y complejidades materiales de demandar en sede judicial los derechos sociales (Ferrer y Carbonell, 2014, p. 26).

Por ello, el fin que se persigue en esta investigación es realizar un diagnóstico de la configuración de los medios de exigibilidad de los derechos sociales en diversos países de la región. La preocupación central que impulsó esta investigación y a través de la cual puede advertirse su relevancia es la ausencia de materiales teóricos y académicos enfocados en la desmedida atención que se ha dado a la exigibilidad y protección jurisdiccional de los derechos sociales en desmedro de la reflexión y propuesta de estrategias integrales y transversales en la protección de estos derechos.

El sustrato metodológico de este trabajo se compone de la reflexión de diversas posturas sobre el entramado teórico de los derechos sociales así como la reflexión de los mecanismos de

¹ Sobre esta cuestión, son clásicos los estudios del profesor Mark Tushnet, basados en un escepticismo del control judicial. Véase por ejemplo Tushnet (2016, p. 1 y ss.).

exigibilidad. Como se adelantó desde la propuesta de esta ponencia, las consideraciones aquí vertidas forman parte de una investigación más amplia, aún en proceso, enfocada en la difusión e irradiación del material normativo supranacional de los derechos humanos en los órdenes jurídicos nacionales de América Latina. Dicho proyecto se presentará como la tesis de quien esto escribe para obtener el título de licenciado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

II. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DESARROLLO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Es larga y nutrida la evolución de los derechos sociales en el constitucionalismo latinoamericano. Desde los avances y conquistas logradas por los alzamientos revolucionarios mexicanos en la Constitución de 1917 —considerada como un hito en la historia constitucional mundial por la consagración explícita y extensa de una larga lista de derechos sociales— las experiencias constitucionales de países como Bolivia en 1938, Cuba en 1940, Ecuador en 1945, Costa Rica en 1949, hasta la oleada de renovación constitucional reciente iniciada a finales del siglo pasado, los derechos sociales se han posicionado como un punto medular y neurálgico de las dinámicas constitucionales de la región (Gargarella, 2016, p. 28 y ss.), (Grote, 2017, p. 81).²

La introducción de estos elementos significó una amalgama entre el antiguo paradigma del Estado de Derecho, en un contexto social en el que era imperiosa una mayor intervención del Estado en diversos aspectos, principalmente económicos. De ahí que fuera necesaria una nueva forma de plantear una armonía entre la libertad y la seguridad, materializado en el campo de lo jurídico en la integración de la libertad en el campo económico y social con la finalidad de alcanzar una igualdad de carácter material (Hernández Valle, 2017, p. 441).

El segundo impulso de transformación constitucional orientado a la cuestión social a nivel regional se dio a finales del siglo XX, con la finalidad de consolidar un proceso de inclusión política de los sectores que habían quedado fuera del primer movimiento de cambio, al incorporar referencias al multiculturalismo, los derechos de las mujeres así como la incorporación al discurso constitucional de las minorías sexuales (Gargarella, 2016, p. 32 y ss.).³

² Dentro de los contenidos innovadores de la Constitución de Querétaro, destacaría la nacionalización de las riquezas del subsuelo (artículo 27) y la protección de los trabajadores a través de medidas como el reconocimiento jurídico de los sindicatos (artículo 123).

³ Desde nuestro punto de vista la Constitución mexicana de 1917 puede ser considerada más bien como una manifestación embrionaria de un constitucionalismo transformador, pues si bien cubrió íntegramente algunos derechos sociales, dejó de lado un aspecto fundamental en la transformación de las sociedades latinoamericanas, y que es fundamental en el desarrollo de las dos experiencias más exitosas del constitucionalismo transformador

Esta segunda oleada de renovación constitucional, tildada como constitucionalismo aspiracional por diversas voces,⁴ puede ser descrito a partir de cuatro grandes claves: i) el contexto político; ii) la pretensión de cumplimiento fáctico; iii) la ambivalencia entre lo político y jurídico; iv) el impulso político para su efectividad (García Villegas, 2013, p. 82 y 83).

Por lo que hace al primer elemento, la materialización del constitucionalismo aspiracional requiere de un contexto de inconformidad política y una consecuente voluntad de un futuro mejor, siendo su opuesto un constitucionalismo preservador, el cual encuentra como campo fértil los contextos de progreso y estabilidad institucional (García Villegas, 2013, p. 82).

Por otra parte, en lo tocante a las pretensiones de cumplimiento fáctico, se ha dicho que el constitucionalismo aspiracional contempla como vías posibles para su realización: i) la movilización política de las fuerzas originarias de la Constitución; y, ii) el control judicial de las normas y de la administración pública que persigue el cumplimiento efectivo de los principios y derechos constitucionales (García Villegas, 2013, p. 82). No debe ignorarse la tensión que esto genera, o cuando menos la presión a cargo de la judicatura, pues en un sistema político son nítidas las fronteras entre el árbitro político y el árbitro judicial, lo que deriva en una mayor responsabilidad en la fundamentación y argumentación de las decisiones (Abramovich, 2019).

Un rasgo característico más es la ambivalencia presente entre lo político y lo jurídico principalmente en la búsqueda de efectividad de los derechos sociales, lo cual ha derivado en tensiones institucionales (Sagües, 2016, p. 333 y ss.) principalmente entre las mayorías políticas y el poder judicial, muchas veces debido a la voluntad por parte de este último de hacer valer la fuerza normativa de los derechos sociales (García Villegas, 2013, p. 82).

Finalmente, en lo relacionado con el cuarto y último rasgo característico de este constitucionalismo, se ha dicho que para su desenvolvimiento fáctico se requieren algunos aspectos más allá de los jurídicos y jurisprudenciales, tales como la movilización social y política que impulsaron al inicio el cambio constitucional; se necesita, pues, una suerte de “constitucionalismo militante”.⁵

latinoamericano: la cuestión indígena. Al respecto se ha dicho que: “La Revolución Mexicana no fue muy generosa en el campo constitucional con quienes, como buena parte de la población indígena, habían tenido, por resistencia o por beligerancia, una participación decisiva en su triunfo. Lo dicho sobre el artículo de la propiedad es lo único que en su consideración se registra en la Constitución de 1917” (Clavero, 2010, p. 14).

⁴ Son diversas las denominaciones que se le han asignado a este fenómeno, desde la mencionada en este trabajo como “nuevo constitucionalismo latinoamericano” o “novísimo constitucionalismo” (Villabela Armengol, 594).

⁵ Al respecto, Boaventura de Sousa Santos ha referido que esto implica un uso contrahegemónico del derecho y las instituciones, pues: “Las movilizaciones populares de las dos últimas décadas por un nuevo constitucionalismo,

Ahora bien, existen situaciones en las que el constitucionalismo centrado en los derechos pudiera ser considerado como un arma de doble filo. Particularmente en el caso de América Latina, como señala Néstor Pedro Sagües, se da una problemática consistente en la sobrecarga de derechos en los textos constitucionales, los cuales se presentan con una formulación excesiva y muy detallada, lo que tiene implicaciones negativas en el momento de hacer exigibles dichos derechos, pues ante la fuerte carga de obligaciones a cargo de los Estados, las Constituciones se convierten más en documentos que contienen promesas y no derechos plenamente exigibles (Sagües, 2004, p. 15-18).

Esta deficiencia sistémica es causada por dos factores: i) la amplitud de las Constituciones, que se convierten en “constituciones-código” en las que se abordan temas propios de la legislación ordinaria; y, ii) la adopción por parte de los congresos constituyentes de posturas utópicas o demagógicas, que derivan en la “garantía” de derechos sin tomar en consideración los costos políticos y económicos con fines de obtener legitimación popular (Sagües, 2004, p. 15-18).

Como posible solución a esta problemática se ha sugerido la adopción de un enfoque de derechos humanos en la elaboración de los presupuestos públicos, que se puede materializar en reencausar los recursos enfocados en gastos que pudieran ser considerados como discutibles o desproporcionados, hacia la construcción de políticas que facilitarían la realización de los derechos. Asimismo, pudiera pensarse en los procesos de judicialización de los presupuestos con la finalidad de incidir en la reasignación de los fondos del Estado a partidas dedicadas a la protección y garantía de los derechos (Sagües, 2004, p. 15-18).⁶

III. RETOS Y PROBLEMÁTICAS

La problemática inicial para emprender esta investigación se advirtió en el debate existente sobre la conveniencia de la exigibilidad de los derechos sociales en sede jurisdiccional o si se requerían otro tipo de diseños institucionales y estrategias para tal efecto. En ese sentido,

desde abajo; por el reconocimiento de los derechos colectivos de las mujeres, indígenas y afrodescendientes; la promoción de procesos de democracia participativa en paralelo con la democracia representativa; las reformas legales orientadas al fin de la discriminación sexual y étnica; el control nacional de los recursos naturales; las luchas para retomar la tensión entre democracia y capitalismo eliminada por el neoliberalismo (democracia sin redistribución de la riqueza y, al contrario, con concentración de riqueza); todo ello configura un uso contrahegemónico de instrumentos e instituciones hegemónicas” (Sousa, 2014,).

⁶ Sobre los procesos de “judicialización de la política social”, existen voces como la de Pautassi (2010), que consideran que la participación del sistema de justicia ha derivado en un mayor desarrollo de estándares jurisprudenciales sobre derechos sociales y ha abonado en la consolidación de la jurisdicción como una instancia de control del aparato administrativo del Estado. Sin embargo, estos desarrollos son incipientes y dispares.

coincidimos con lo dicho por Cruz Parceró, cuando afirma que, en el caso mexicano no existe una teoría constitucional de los derechos humanos consistente e integral que explique la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de los derechos humanos para todas las autoridades:

Sin embargo, hasta ahora ha prevalecido la idea de que las obligaciones están dirigidas a los jueces, no se ha tratado a fondo el de las obligaciones y responsabilidades de la administración pública, y mucho menos del poder legislativo. Una teoría constitucional debería explicar la naturaleza y alcance de las obligaciones que se derivan de la reforma para todas las autoridades (Cruz Parceró, 2017, p. 44).

Ahora bien, como han señalado Vázquez y Espinosa, en el contexto de la humanización del derecho a finales de los años sesenta, cobró gran relevancia la inclusión del derecho internacional de los derechos humanos en los textos constitucionales nacionales. Y aunque este reconocimiento e incorporación no provoca automáticamente modificaciones de las acciones de los actores e instituciones estatales que desemboquen en el mejoramiento de las condiciones de vida de las sociedades, la articulación de estas normas sí debería implicar un efecto positivo en el ejercicio de los derechos. Por ello, como hemos mencionado recurrentemente, se requiere de una difusión efectiva de las normas de derechos humanos no sólo en los poderes judiciales, también, con mayor intensidad en los poderes Ejecutivo y Legislativo, ya que serán elementos como las políticas públicas, los presupuestos y la armonización de las leyes, los instrumentos que tendrán efectos más notables en el cumplimiento de los derechos (2015, p. 337).

En ese sentido, se ha identificado como un indicador para analizar esta difusión y circulación los Planes Nacionales de Desarrollo. En un relevante estudio dedicado a estas cuestiones, Vázquez y Espinosa (2015) analizan a través de dichos instrumentos de países como Colombia, México y Ecuador el grado de difusión y articulación de los contenidos del derecho internacional de los derechos humanos en las políticas públicas.

Considerando que el fin primordial de las políticas públicas es la solución de problemas públicos a través de la interacción de ciudadanos, sociedad y gobierno, se puede concluir que la actividad estatal a través de estos instrumentos son una poderosa estrategia para la superación de las barreras que dificultan la protección integral de los derechos sociales, sin embargo, coincidimos con Vázquez y Espinosa (2015) cuando señalan las intermediaciones pendientes —materializadas en políticas públicas— entre los contenidos normativos nacionales e internacionales y la realidad.

Por otra parte, las cuestiones teórico-metodológicas relacionadas con el monitoreo del cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales enfrentan importantes retos. En ese sentido, se ha dicho que aunque a nivel teórico existe un amplio nutrido reconocimiento de las obligaciones estatales enfocadas con el máximo uso de los recursos disponibles, en el ámbito práctico los trabajos se han dirigido a analizar las obligaciones inmediatas relativas a dichos derechos, tales como los deberes de respetar, proteger y garantizar, ignorando los estándares de disponibilidad de recursos y la progresividad en la protección de los DESC (Felner, 2010, p. 153-154).

Por ello, ha señalado Felner (2010) que el esclarecimiento y difusión de conceptos como la “realización progresiva” y la “disponibilidad máxima de recursos”, así como la construcción de otras herramientas metodológicas para el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones estatales, resultan esenciales para dotar de un contenido concreto a los derechos. Y es que a partir de una argumentación errónea con base en conceptos como la realización progresiva, muchos gobiernos la han usado para evadir sus obligaciones, sosteniendo, por ejemplo, que la falta de progreso se debe a la escasez de recursos cuando realmente no se trata de disponibilidad sino de la distribución de recursos.

Al respecto, Felner (2010) sugiere como herramienta para el monitoreo de la obligación de la realización progresiva, un marco básico de trabajo compuesto por: i) la comparación de indicadores sociales con el PBI per cápita; ii) el análisis de la asignación de recursos; iii) el análisis del gasto per cápita. Y aunque muchas de las aportaciones cuantitativas en el campo metodológico de los derechos comúnmente es tildada de demasiado técnica y que por lo regular las investigaciones sobre los DESC han estado basadas en enfoques como el análisis legal, la reivindicación de los estándares de realización progresiva constituye una herramienta adecuada para el cambio social, pues permiten incorporar a la lupa del escrutinio de los derechos humanos a diversas áreas de la política.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El camino hacia la efectividad plena de los derechos sociales se vislumbra largo y complicado, pues aspectos esenciales como la concepción enteramente normativa de los derechos sociales aún no encuentra un consenso generalizado en la ámbito de la teoría, lo que complica la creación de mecanismos y estrategias horizontales de protección y garantía.

Como ha puesto de relieve el profesor Luigi Ferrajoli, naturalmente no sería una estrategia afortunada ignorar el coste de los derechos sociales, pero progresivamente debe ser eliminada del imaginario jurídico aquella concepción de los derechos sociales como un lujo

reservado a los países ricos, subordinado al desarrollo económico, y que la omisión de la garantía de estos derechos que no son sólo un fin en sí mismos sino también una herramienta imprescindible del crecimiento económico, pues su afectación, violaciones e incumplimiento no representan tan sólo una disminución de la calidad de vida, sino también una merma a la productividad personal, que se traduce en una reducción de la productividad y riqueza colectivas (2018, p. 32).

Existe evidencia suficiente para afirmar que los derechos sociales pueden funcionar como un factor y un motor importante de crecimiento, pues los países con un mayor bienestar consideraron importante el mejoramiento de las condiciones de vida a través de la protección y garantía de los derechos. De ahí que válidamente pueda sostenerse que no existe escatimación válida de los recursos y estrategias cuando de la protección de estos derechos se trata.

Sin duda, la transversalización de aspectos como las mediciones del efectivo cumplimiento de los derechos sociales va a dar cuenta del grado de compromiso estatales en la materia. Este proceso, debe ser liderado por el Estado y acompañado por un universo de actores como los organismos internacionales o la academia. A partir de la consolidación de instrumentos de esta naturaleza, podrá estrecharse el vínculo entre políticas públicas y derechos (Pautassi, 2010).

V. BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En: Abramovich, V. & Pautassi, L. *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos* (p. 1-89). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Clavero, B. (2010). Prólogo. En: López Bárcenas, F., *Legislación y derechos indígenas en México* (p. 13-22). México: Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados-LXI Legislatura.

Cruz Parcero, J.A. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Felner, E. (2010). Métodos para monitorear la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales. En Abramovich, V. & Pautassi, L. (Comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales* (p. 153-196). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo global*. Madrid: Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. & Carbonell, M.. (2014). *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Flores Editor y Distribuidor.

García Villegas, M. (2013). Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales* (15), 77-97.

Gargarella, R. (2016). Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución. En Gargarella, R. & Niembro Ortega, R. (Coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet* (p. 15-61). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Grote, R. (2017). La Constitución mexicana de 1917, ¿Un ejemplo temprano de constitucionalismo transformativo? En Fix-Zamudio, H. & Ferrer Mac-Gregor, E. (Coords.), *Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado. Primera parte* (p. 81-114). México: Senado de la República-LXIII Legislatura, Secretaría de Cultura, INEHRM, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Pautassi, L. (2010). Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición. En Abramovich, V. & Pautassi, L. (Comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales* (p. 1-87). Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sagües, N. P. (2004). *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: UNAM.

Sagües, N. P. (2016). *La constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Santos, Boaventura de Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global.

Tushnet, M. (2016). Derecho constitucional crítico y comparado. En Gargarella, R. & Niembro Ortega, R. (Coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet* (p. 1-14). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

Vázquez, D. & Espinosa, C. (2015). Constituciones y políticas públicas: las intermediaciones pendientes (p. 337-374). En: Ansolabehere, K., Valdés Ugalde, F. &

Vázquez, Daniel (Eds.), *Entre el pesimismo y la esperanza: Los derechos humanos en América Latina. Metodología para su estudio y medición*. México: Flacso México.

Villabela, C.M. (2017). El constitucionalismo contemporáneo de América Latina. Breve estudio comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (149), 943-956.

Santos, Boaventura de Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-Programa Democracia y Transformación Global.

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Orlando Rodríguez Buenahora

Kelly Viviana Aristizábal Gómez

Universidad Sergio Arboleda seccional Santa Marta (Colombia)

orlando.rodriguez@correo.usa.edu.co

Estudiante de grado

Directora Dra. Kelly Viviana Aristizábal Gómez

Eje temático "Derechos Sociales y Políticas Públicas"

ALCANCE JURÍDICO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL EN COLOMBIA DE

CARA AL TELETRABAJO: UN RETO EN TIEMPOS DE LA COVID-19

DESCONEXIÓN LABORAL - RIESGOS PSICOSOCIALES - JORNADA LABORAL – TELETRABAJO -

COMUNICACIÓN

RESUMEN

En el mundo globalizado del siglo XXI, el teletrabajo se ha convertido en una forma laboral cada vez más empleada, especialmente en estos tiempos de pandemia por el virus SARS-Cov-2 o COVID-19. El empleo de las tecnologías de la información y comunicación para trabajar en cualquier sitio, ha posibilitado sobrecargar a los trabajadores por no limitar lo laboral de lo personal. Al no contar con los tiempos de recuperación o descanso, se generan factores psicosociales que perjudican a la salud mental y física de los teletrabajadores. Por lo anterior, surgió la pregunta problema: ¿cuál es el alcance jurídico del derecho a la desconexión laboral en Colombia de cara al teletrabajo en medio de la crisis por la Covid-19? Para su respuesta se describió su alcance jurídico, como el objetivo general, lo cual implicaba desarrollar unos objetivos específicos, tales como: precisar qué se entiende por el derecho a la desconexión laboral; establecer los principales aspectos a tener en cuenta para garantizar el derecho a la desconexión laboral; e, indicar la protección de este derecho en Colombia en tiempos de COVID-19 de cara al teletrabajo. En esta investigación documental se hizo la revisión bibliográfica de literatura, la interpretación y análisis de normas jurídicas y jurisprudencia nacional e internacional. Para concluir, en medio de la revolución tecnológica, el componente humano de las empresas debe ser el centro de atención, para lo cual aspectos

como la jornada laboral deben ser respetados, tanto como los períodos de descanso o no laborales. El teletrabajo es una muestra de la importancia de garantizar un trabajo decente en medio de la hiperconectividad del mundo globalizado de hoy.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN

En el presente siglo, la tecnología y la inteligencia artificial han difuminado los límites temporales y espaciales en el mundo, a tal punto que han surgido otros fenómenos que son llamados por los teóricos como la hiperconectividad, el tecnoestrés y el acoso laboral virtual. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han permitido avanzar en las relaciones y realización de actividades alrededor del mundo, no obstante se requiere de una regulación precisa frente a los desmanes que se pueden hacer a partir de sus malos usos. En el ámbito del trabajo se ha visibilizado la manera en la que la conexión y comunicación por medio de celulares, redes sociales y canales de correspondencia remota se han vuelto arbitrarios intrusos en los espacios de descanso de los trabajadores.

El derecho, como dimensión que debe estar a la vanguardia de estas dinámicas sociales globales, deberá atender el llamado de la parte vulnerable de la relación jurídica de trabajo, para limitar la irrupción en su intimidad y espacio de vida personal a raíz de la extensión de su jornada de trabajo sin acuerdo o convenio previo. El respeto por el capital humano es materia de los pactos y declaraciones que a nivel mundial se han proferido, en el marco de alianzas como la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La búsqueda por el trabajo decente y la transición a sociedades sostenibles, necesita de la garantía de derechos y libertades fundamentales, por encima de los componentes de productividad, utilidad o economía de un Estado.

Así las cosas, el derecho al descanso, desde el siglo pasado, ha sido incluido en instrumentos internacionales para su observancia obligatoria por todos los Estados. En épocas contemporáneas, y gracias a la era digital o Cuarta Revolución Industrial, se ha convertido su concepto en el denominado derecho a la desconexión digital o laboral, según el Estado que adopte esta prerrogativa jurídica. La ciencia avanza, junto a la tecnología, pero los componentes humanísticos y éticos deben ir a la par, con tal de evitar o prevenir desmanes en sus aplicaciones. Esto último ha sido reconocido en los últimos tiempos, especialmente en la presente época de pandemia por la COVID-19, al convertirse el teletrabajo, el trabajo en casa o el trabajo en remoto en formas flexibles de seguir realizando las labores de cara a medidas de aislamiento preventivo. La crisis multidimensional que ha representado el virus mencionado, representa la

oportunidad de resaltar la necesidad de mirar hacia el futuro, atendiendo a las situaciones del presente.

Para el caso concreto de Colombia, el marco jurídico y constitucional base para proteger este derecho es amplio. Se complementa con su bloque de constitucionalidad. Sin embargo, aún carece de readaptación jurídica permanente, sostenida y obligatoria. Estos tiempos de pandemia han permitido regular transitoriamente las modalidades de trabajo comentadas. Aún así, la necesidad de respaldar a los trabajadores y teletrabajadores que se ven afectados en sus derechos mínimos de trabajo, como al descanso, debe ser materia de legislación oportuna y sostenible en el tiempo. En vista de lo comentado, se ha optado por responder, en el presente trabajo de investigación la pregunta problema: ¿cuál es el alcance jurídico del derecho a la desconexión laboral de cara al teletrabajo en Colombia en medio de la crisis por la Covid-19?

Para llegar a su respuesta se tuvo en cuenta el objetivo general de describir su alcance jurídico. Precisamente, bajo el entendido que el determinar el alcance jurídico de un derecho de índole nacional e internacional que, además, no se encuentra normado de forma particular o específica, requiere de contemplar las tendencias internacionales sobre la materia. Así pues, los objetivos específicos desarrollados fueron: se precisó lo que se entiende por derecho a la desconexión laboral en relación con el teletrabajo, teniendo en cuenta doctrinantes y lo desarrollado a nivel internacional en ese sentido. Por otro lado, se establecieron los principales aspectos a tener en cuenta para la garantía efectiva del derecho a la desconexión laboral o digital, especialmente desde las tendencias transversales que a nivel internacional se están impulsando en el presente siglo. Por último, se indicó la protección que en Colombia posee este derecho, en estos tiempos de COVID-19, y enfáticamente en el teletrabajo.

II. METODOLOGÍA

Con la finalidad de llevar a buen término lo que se fijó para el inicio de esta investigación, se empleó una metodología que parte de un tipo de investigación sociojurídica, con enfoque cualitativo y método documental, cuyas técnicas empleadas fueron: la revisión bibliográfica de literatura académica especializada, al igual que se hizo interpretación y análisis de normas jurídicas y jurisprudencias. De todo lo anterior se obtuvo la determinación del alcance jurídico del derecho a la desconexión laboral de cara al teletrabajo, desde una perspectiva amplia a partir de las más actuales tendencias internacionales sobre el tema en mención y, finalmente, llegando a concretar la relevancia de su consolidación como un derecho típico. Desde la Constitución política, conforme a tratados internacionales de derechos humanos y con referencia a los ODS, Colombia debe regular el derecho de los trabajadores de gozar con

garantías que propendan por el cuidado de su salud integral, es decir, física, mental y emocional. El componente más importante en una empresa es el humano, al igual que lo es la dignidad del ser humano, principio pro homine en la Constitución Política de Colombia de 1991.

III. RESULTADOS

III. A. Breve aproximación al concepto del derecho a la desconexión laboral o digital y su estrecha relación con el teletrabajo

El derecho a la desconexión laboral o digital cuenta con diversas concepciones, materia de controversias. Para autores como Taléns (2019), este derecho implica escindir el tiempo del trabajo con el de descanso. Se trata de un respeto del descanso y de la vida familiar o personal del trabajador (p. 159). Por su parte, autores como Mathieu, Péretié y Picault (2016) sostienen que el este derecho está entre dos esferas, una donde el empleado es libre en sus opciones y otra donde el empleador está limitado en su potestad de imposición; en otras palabras, “vida profesional versus vida personal” (p. 593). Estos mismos ponen de presente que en término de calidad de vida en el trabajo hay desafíos para su garantía como el estrés ocasionado por la reducción de la autonomía al recibir comunicaciones por medios electrónicos de manera excesiva, que ocasiona sobrecargas materializadas en síndromes como el de desbordamiento cognitivo (COS, por sus siglas en inglés) (p. 595).

En esa misma línea, autores como Morel (2017) observan en este derecho un problema más amplio, el de la carga laboral. En todo caso, representa el desempoderamiento de quienes miden y limitan la carga de trabajo, el empleador (p. 12). De hecho, Serrano (2019), afirma que la empresa debe establecer una política con protocolos que eviten el mal uso de las TIC, las cuales pueden ser invasivas con el tiempo de ocio y descanso de los trabajadores (p. 23). La cuestión llega a relacionarse con el mismo uso que se hace de las tecnologías por parte de los trabajadores, empeorado por las constantes exigencias de los empleadores a través de estos medios. Autores como Hernández-Gracia et al. (2019), pone de presente que las nuevas tecnologías han permitido crear nuevos puestos de trabajo, mayor cobertura a conocimientos diversos, y las múltiples funciones que se le ha dado para las actividades cotidianas. Sin embargo, el mal uso de ellos genera el llamado tecnoestrés, porque su uso se extiende a excesivos períodos en la cotidianidad, restringiendo las demás actividades sociales, familiares o de descanso (pp. 34-35).

En contraste con lo anotado, la Organización Internacional del Trabajo (2019), exalta que con el teletrabajo o trabajo móvil se pueden crear oportunidades de nuevos puestos de trabajo, reducción de riesgos en el puesto de trabajo y menores estrés por desplazamiento. Sin

embargo, pone de presente que hay riesgos psicosociales que deben atenderse, como es trabajar en solitario y la probable irrupción del trabajo en la vida personal (p. 30). Autores como Stacey y Bradbrook (2016), afirman que existe una difusión de las TIC, ocasionante de la virtualización del mundo del trabajo. A partir de esto, consideran que se desarrollan formas de trabajos de 24 horas y 7 días a la semana. A su parecer, es necesario flexibilizar las labores, especialmente en las horas de trabajo y en la “disponibilidad continua” (p. 4). Para complementar, Buitrago y Ordoñez (s.f.) consideran que este derecho es “un conjunto de medidas para permitir que el trabajador pueda disfrutar de su descanso, sin estar en conexión permanente con su entorno de trabajo a través de las nuevas tecnologías de la comunicación” (p. 41).

Ahora bien, de manera específica el derecho a la desconexión laboral en el contexto del teletrabajo se puede ver afectado de distintas maneras. Tal es la amplitud que hay diversas modalidades en las que ocurre ello. Al respecto, Lastra (2017) indica que derechos como a la intimidad pueden verse gravemente afectados en el teletrabajo interactivo, verbigracia, modalidad on-line (usa telecomunicaciones), one way-line (terminal central en la empresa), two way-line (terminal conectada a red) y off-shore (realizado en distintos países); así como puede suceder en el teletrabajo desarrollado sin conexión telemática, como pasa en la modalidad off-line, herramientas como USB o correo convencional). Ya lo ha afirmado Rodríguez y Pérez (2017), que “la “soberanía” sobre la gestión del tiempo de trabajo es más pretendida que real [...]” (p. 10). Es cierto, pues, que este derecho no implica no cumplir con las labores del trabajo, por el contrario, el garantizarlo se sustenta en buscar un trabajador “más eficiente, más proactivo y saludable [...]” (Rodríguez, 2020, pp. 2-3).

III. B. Los principales aspectos a tener en cuenta para garantizar el derecho a la desconexión laboral o digital

El derecho a la desconexión digital o laboral requiere de varios aspectos para su garantía efectiva en el marco del trabajo. En efecto, aunque hay diversas opciones para garantizarlo, necesariamente no representan una carga desproporcionada o exagerada para los empresarios. Por ejemplo, Tálens, (2019), expresa frente al caso de España, que se hace necesario que hayan canales de denuncia o reclamación por vulneración del derecho en cuestión. Igualmente, no deberá dejarse únicamente a la revisión, auditoría o disposición de la empresa el garantizar este derecho por medio de protocolos, sino que deberán de contarse con canales externos de evacuación o impugnación (pp. 156-157). Este autor es enfático en indicar que la intensidad de este derecho estará ligada al sector productivo donde se encuadre, es decir, que la afectación

del derecho a la desconexión digital deberá atender al tipo de empresa, la actividad que desarrolla, el cargo del trabajador; de esa forma será imponible un efectivo pacto colectivo.

En otro lugar, Serrano (2019), considera imperante realizar sensibilización y formación a los trabajadores, respecto del uso de las TIC, para evitar conductas nocivas como la autoexplotación (p. 11). Igualmente, reconoce primordial diseñar una adecuada organización, contenido y plan de ejecución del trabajo, con miras a prevenir factores de riesgo psicosocial (p. 12). Precisamente, Manzano (2018) relaciona a la vida familiar y la laboral en el entendido de que su equilibrio implica un factor de riesgo de índole psicosocial. Los factores que interactúan en este ligamen, según la misma autora, son: “la sobrecarga de trabajo cuantitativa, la prolongación de la jornada laboral [...], el uso inadecuado de los equipos de trabajo e incluso con la cultura organizativa y funcional de una organización...” (p. 1). Cabe señalar que entre los aspectos que añade la autora, se deben tener en cuenta el contar con los dispositivos tecnológicos, espacios adecuados, comunicación asertiva con otros compañeros de trabajo y programas de formación para realizar adecuadamente el teletrabajo (pp. 3-4).

El ámbito internacional tiene algunas fuentes ejemplares de las cuales se extrae el reconocimiento de las nuevas dinámicas tecnológicas y sus repercusiones multidimensionales. Fernández (2017), sugiere que el componente de seguridad y salud laboral debe ser un asunto de alta atención en el marco de los cambios laborales por el uso intensivo de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC). Por ello, trae a colación marcos internacionales de carácter multilateral que atienden estas relaciones laborales del nuevo milenio, como es el caso del Nuevo Marco Estratégico Europeo de Seguridad y Salud en el Trabajo 2014-2020, para “evaluar los cambios en la organización del trabajo derivados de la evolución de las nuevas TIC (conectividad constante) y su impacto a nivel organización e individual” (pp. 71-72).

Dentro de ese mismo contexto, la Organización Internacional del Trabajo (2019), sugiere que las TIC permiten difundir el conocimiento. Por lo cual, en aras a garantizar una correcta ejecución del teletrabajo se podría implementar lo que la OIT manifiesta, tal como lo es el uso de aplicaciones informáticas con las cuales se brindan programas de formación remota, con aplicación de realidad virtual y aumentada; la recolección de datos sobre el lugar donde desarrolla la labor y el tipo de trabajo que ejecuta. De esa manera, manifiesta que se puede identificar manifestaciones de riesgos psicosociales, efectos como el estrés, y brindar un orientación para el trabajador con miras a atenuar esa afectación (p. 31).

Ha sido este mismo organismo multilateral quien ha reconocido al trabajo decente, como un concepto de amplio impacto en materia de condiciones dignas y justas de trabajos en

pleno siglo XXI. Así como lo señala Pérez (2020), el trabajo decente se garantiza con, entre otros aspectos, la denominada “soberanía del tiempo”, aludiendo a la presión que las TIC imponen al tiempo laboral (p. 261). Este autor se refiere al caso de España, donde “51% de la población activa española declara responder e-mails y atender llamadas de trabajo durante su período de vacaciones o en fines de semana” (p. 263). Desde la perspectiva internacional, Pérez (2020) trae a colación el caso de Volkswagen, en el 2011; a Michelin, en el 2016; Mercedes Benz, en el 2016; y a Grupo AXA, en el 2017, las cuales representan ejemplos internacionales de empresas que han reconocido este derecho a la desconexión digital (p. 269).

De igual forma, Rodríguez y Pérez (2017), comentan que de cara al derecho a la desconexión, se requiere de un mecanismo de regulación de la jornada laboral, que permita limitar cualquier intención de “intensificar” la jornada de trabajo (p. 15). Uno de los ejemplos claves que trae a colación Buitrago y Ordoñez (s.f.) es el de Alemania, la cual no tiene regulación específica a este derecho, sí cuenta con estrategias para garantizarlo en las empresas nacionales. Ejemplo de ello es que incorporan herramientas como “asistente de ausencia”, “que borra los mensajes que llegan al correo electrónico de los empleados que así lo deseen durante sus descansos” (pp. 39-40).

Dentro de esas experiencias internacionales, es importante señalar un ejemplo latinoamericano, tal es el caso de Perú, que contempla el derecho a la desconexión digital a través del Decreto de Urgencia Nro. 127-2020, en el marco de la presente pandemia. Este fue reconocido para quienes trabajan de manera remota (ejemplo, el teletrabajo), teniendo en cuenta el uso de medios informáticos y telecomunicativos para realizar las labores en medio del aislamiento obligatorio. Está altamente relacionado con el derecho al descanso laboral, con respeto de la jornada máxima, del artículo 25 de la Constitución de Perú. Limita la potestad impositiva del empleador, protegiendo al trabajador de sanciones laborales por negarse a continuar con aspectos laborales en tiempos de descanso. Su vigencia será en lo que dura la emergencia sanitaria, según el reciente Decreto Supremo N° 027-2020-SA (Albornoz, 2020).

Por su parte, en Argentina, se cuenta con la Ley de Teletrabajo, aprobada y sancionada en el presente año 2020. Se trata, pues, de la Ley 27555, cuyo artículo 5° expresa que: “La persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo tendrá derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias. No podrá ser sancionada por hacer uso de este derecho”. En el marco del “home office”, el legislativo en Argentina reconoció la relevancia de incorporar a su ordenamiento jurídico laboral el derecho desarrollado en este artículo.

III. C. La protección del derecho a la desconexión digital en Colombia de cara al teletrabajo

A nivel mundial ha surgido una serie de ejemplos de cómo implementar el derecho a la desconexión digital o laboral en un ordenamiento jurídico adaptado a la presente era tecnológica. Por ejemplo, el caso de España con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, cuyo artículo 88 expresa: Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. Este avance ya tenía antecedentes, a través de pronunciamientos jurisprudenciales como lo constituyen: el del 17 de julio de 1997 de la Sala de lo Social (SAN), disponibilidad a través de teléfonos móviles; y otros como el del Tribunal de Justicia (TSJ), de Castilla y León, con fecha de 03 de febrero de 2016, donde se equipara el trabajo presencial y el remoto, aparte que insta al empresario a registrar el tiempo laborado y limitar lo más posible la irrupción del trabajo en los períodos de descanso.

Igualmente, en el caso de Francia, con la reforma legal Loi El Khomri, del 8 de agosto de 2016, 2016-1088, que incorpora al Código de Trabajo francés, L. 2242-8 un nuevo fragmento a su artículo 7, así: “Las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar [...]”. También cabe destacar a Italia, que en la reforma “Jobs Act”, adicionada a la Ley 81 de 2017, crea un reconocimiento de las nuevas modalidades de trabajo parcial, una especie de teletrabajo, denominándose como “flexibles”, adicionando el derecho a la desconexión digital.

En Colombia, sin duda se cuenta con un marco jurídico, constitucional y jurisprudencial robusto para proteger el derecho a la desconexión digital o laboral. Se empieza por hacer referencia a la Constitución Política de Colombia, que consagra el deber del Estado, como Estado Social y Democrático de Derecho que es, de garantizar a todos sus habitantes los derechos, garantías y libertades mínimas. Esto hace parte de sus fines esenciales (art. 2) y de las bases fundantes de su preámbulo. Por otra parte, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas consagrado en su art. 25, coadyuva al art. 53 que contempla los principios del derecho laboral en el país, entre los cuales está el de garantizar el descanso necesario.

En su bloque de constitucionalidad, desde su artículo 93, se contemplan algunos instrumentos jurídicos que han sido adoptados y ratificados por el Estado de Colombia. Entre

ellos se encuentran aquellas declaraciones, recomendaciones y convenios de la Organización Internacional del Trabajo, como es el caso del Convenio 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares. En este se pone de presente la necesidad de que el Estado cree las condiciones necesarias para hacer del trabajo un ámbito de acceso para todas las personas, incluyendo aquellas que por sus cargos o compromisos frente a ciertos familiares o personas bajo su sostén, tengan dificultades para acceder a un empleo digno.

En otro lugar, la Recomendación 165, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, insta a los Estados a ayudar a este tipo de trabajadores para que puedan conciliar sus responsabilidades laborales y profesionales con las familiares. Estos dos han sido citados por su relación con la modalidad del teletrabajo, donde se ve que, especialmente en estos tiempos de pandemia, las actividades laborales se realizan en el hogar. Es aquí donde se mezclan las obligaciones laborales con las familiares. Por ello la necesidad de tener en cuenta las condiciones que pueden afectar el mismo rendimiento del teletrabajador.

Dentro de ese marco, también cabe resaltar la jurisprudencia. El Consejo de Estado, alta corte de la jurisdicción contenciosa administrativa, en la sentencia 00041 de 2010 expresa que dentro del ámbito del derecho fundamental al trabajo, la prerrogativa esencial al descanso debe desenvolverse y garantizarse. Por otro lado, la Corte Constitucional, protector de la Constitución Política de Colombia de 1991, en sentencia C-171 de 2020, reconoce que las vacaciones periódicas y remuneradas hacen parte de aquellos mecanismos con los cuales se concreta el derecho humano y, además, principio mínimo fundamental al descanso del trabajador. Es a partir de esto, expresa la Corte, que se consolida la dignidad y la justicia en el ejercicio de las actividades laborales. En ese mismo sentido, y como avance específico en el derecho a la desconexión laboral, la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, en sentencia SL5584 de 2017, reconoce la realidad sobre las formas, en cuanto a que encuentra demostrado que los demandantes, en ese caso concreto, estaban disponibles algunos sábados y domingos, hasta por 24 horas, días de la semana desde sus hogares. Esto lo hacían estando pendientes de fallas en la central, donde trabajaban, que cuando ocurrían o las solucionaban desde sus hogares, o se tenían que trasladar hasta el lugar del problema.

Como aspectos adicionales y complementarios a lo anotado, se puede traer a colación que estrategias internacionales como lo es la Responsabilidad Social Empresarial o Corporativa han permitido reconocer el derecho a la desconexión digital o laboral dentro de su eje de salud y seguridad en el empleo. Es un compromiso del sector empresarial representados por responsabilidades como: la económica, relacionadas con la calidad, las utilidades y buenos

trabajos; la legal, que alude a cumplir con las normas jurídicas empresariales; la ética, que busca la justicia y equidad para con la sociedad; por último, la filantrópica, contribuir socialmente, ejemplo, mediante donaciones (Carroll, 1991, pp. 40-42).

Desde autores como Peña y Serra (2012, pp. 15-18) puede entenderse que la Responsabilidad Social Empresarial es un modelo de gestión organizacional que no solo es responsable, sino que actúa en miras a generar un valor añadido y a prevenir impactos a la sociedad en general y a la propia actividad empresarial (p. 1461). Dentro del ordenamiento jurídico nacional están relacionados con la RSE los siguientes: art. 333 de la Constitución Nacional, sobre libertad de empresa y su función social; la Guía Técnica Colombiana – GTC 180, norma ICONTEC; el Pacto Mundial de las Naciones Unidas; y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. Sobre esta última, los Objetivos de Desarrollo Sostenible sustentan aún más el porqué conseguir trabajos decentes, respetuosos de la jornada de trabajo convenida o legal de cara a la dimensión personal y familiar de los trabajadores. En esta última década para su materialización, el ODS 8, sobre trabajo decente, implica dar énfasis en humanizar el mundo del trabajo para hacerlo sostenible e inclusivo.

Ahora bien, el teletrabajo en Colombia encuentra su regulación en la Ley 1221 de 2008, reglamentada por el Decreto 884 de 2012 y el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo 1072 de 2015, capítulo 5°. En este existe un aspecto que pone de presente la vulneración de los teletrabajadores, como lo es su artículo 6, que no expresa el reconocimiento debido al tiempo extraordinario de trabajo y sus respectivos recargos, haciendo aún más vulnerable el derecho a la desconexión digital o laboral en esa modalidad laboral. Su contenido literal es: “A los teletrabajadores, dada la naturaleza especial de sus labores no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno [...]”. Por ello, el vigente proyecto de ley 360 de 2020, para que se norme el derecho en cuestión para cualquier modalidad laboral y relación legal o normativa, busca que se tengan en cuentas las normas del Código Sustantivo del Trabajo (ej. art. 158, sobre jornada laboral, y art. 168, sobre trabajo suplementario), al igual que las disposiciones constitucionales, jurisprudenciales y convencionales en la materia de protección al derecho al descanso y conexos, como a la intimidad y a la salud de los trabajadores.

Por razón de la presente pandemia, cabe resaltar que en Colombia el denominado trabajo en casa solo está regulado de forma transitoria, a través de la Circular 0041 del Ministerio del Trabajo. En este mismo se contempla el teletrabajo como una alternativa flexible para mitigar los efectos de la pandemia al ámbito laboral de la nación. En concordancia con lo manifestado, puede señalarse que la Ley 1010 de 2006, por medio de la cual se adoptan medidas para

prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo. En su artículo 7, literal j, considera como acoso laboral las conductas relacionadas a la exigencia de laborar más allá del tiempo acordado o legalmente establecido. Esto hace parte de las tendencias jurídicas de transversalizar las situaciones problemáticas que a raíz de las dinámicas tecnológicas e informáticas del presente siglo han surgido.

IV. CONCLUSIONES

En tiempos de COVID-19, la sociedad y el Estado se han dado cuenta de sus impactos multidimensionales. En el ámbito del trabajo se han empleado alternativas para flexibilizar esta dimensión, con miras a proteger los empleos al igual que la salud de los trabajadores. Aparece, pues, el teletrabajo y el trabajo en casa como medidas que permiten seguir realizando actividades de forma remota. De cara a este contexto algunas personas no pueden acceder a estas herramientas de trabajo o no tienen el conocimiento adecuado para emplearlas. A partir de directrices y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) se insta a los Estados a prestar especial atención a estas situaciones de desventaja o vulnerabilidad manifiesta, por motivos económicos, físicos o mentales.

En épocas de reactivación económica se debe garantizar el retorno con garantías de seguridad y salud laborales. El capital humano deberá ser el centro de protección por parte del Estado, en esta búsqueda de resiliencia y recuperación. El presente siglo requiere de trabajos decentes, y no solo creación de puestos de trabajo sin condiciones dignas y justas. Con atención especial se debe atender a las problemáticas laborales de sectores como el de salud y el de comercio, que ven vulnerado su derecho a la desconexión laboral. Por otro lado, a partir de este artículo, el teletrabajo y el trabajo en casa deben tener las garantías necesarias de cara al derecho a la desconexión digital. Estos conceptos son muestra del dinamismo de la sociedad, en un mundo globalizado donde las TIC representan ventajas, al igual que desafíos para la humanidad en materia de regulación y límites.

Garantizar el derecho a la desconexión digital, conlleva a humanizar el mundo del trabajo. La transición justa a sociedades sostenibles requiere de llevar el desarrollo económico de la mano con la inclusión, la justicia y el diálogo social. El teletrabajo y el trabajo en casa, más aún en tiempos de COVID-19, necesitan de la comunicación efectiva entre empleadores y trabajadores, en el marco del pacto y convenio laboral. Para coadyuvar esta situación, el Estado y sus entes descentralizados, deberán capacitar, auditar y comprometer al sector empresarial, a los trabajadores, sindicatos y a la sociedad en general, en el reconocimiento,

respeto y defensa del derecho a la desconexión laboral o digital. De esta manera serán más los entornos organizaciones favorables, donde la salud integral y la productividad vayan juntas en un mismo desarrollo.

En esa misma línea, el Estado debe propiciar canales celeres de denuncia para teletrabajadores que vean menoscabado su derecho a la desconexión digital, con protección de su puesto de trabajo; al igual que con sanciones pedagógicas y acordes al nivel y reiterancia de esa afectación. El PIB, las utilidades y ganancias deberán ser subsumidas a la protección de la dignidad humana de los trabajadores. En otras palabras, respetar su intimidad, desarrollo personal, descanso necesario y tiempos de recuperación es un asunto de derechos humanos. No solo resulta necesario proteger el derecho en cuestión por medio de la acción pública de tutela, sino que será la sociedad la que se encargue de inmiscuir el componente de la salud integral en ámbitos diversos, como la educación, la familia, la economía y, por supuesto, el trabajo.

Gracias a estos cambios de paradigmas, se han impulsado estrategias transversales como lo es la Responsabilidad Social Empresarial, donde se puede extraer compromisos tanto empresariales como sociales, con miras a proteger la salud integral de los trabajadores. Así, el derecho a la desconexión laboral o digital no será entendido como un mero derecho, sino que también se comprenderá que es un deber en cabeza de los empleadores. Serán éstos quienes se limitarán en sus comunicaciones por fuera de jornada laboral con fines de trabajo. En caso de que lo hagan, deberá existir pacto previo, que conste por escrito, donde se estipule forma y canal de la comunicación. Sin duda habrán excepciones por casos fortuitos o de fuerza mayor que pueden justificar la irrupción del trabajo en períodos de descanso, pero para ello deberán sujetarse a lo que entre ambas partes se haya acordado. Igualmente, el trabajador no podrá renunciar a este derecho, siendo un mínimo de entre sus gamas de derechos laborales. Es este siglo, a partir de la etapa de transición por la presente pandemia, donde el ser humano debe tener dos focos de atención: el planeta y la misma especie humana.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albornoz, D. (2020). La desconexión digital como bienestar. <https://hiperderecho.org/2020/11/la-desconexion-digital-como-bienestar/>

Buitrago, A. & Ordoñez, E. (s.f.). Desconexión digital: ¿un derecho laboral sin reglamentación jurídica en Colombia? <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/3172/Desconexi%F3n%20digital.pdf;jsessionid=5C0AD49A77CC27EBF6CD9A07DD96011C?sequence=1>

Cámara de Representantes. (2020). “Ley de desconexión laboral” o “por medio de la cual se regula la desconexión en la relación laboral, legal y/o reglamentaria y se modifica la ley 1221 de 2008”. <https://www.camara.gov.co/desconexion-laboral>

Carroll, A. (1991). The pyramid of corporate social responsibility: toward the moral management of organizational stakeholders. https://www.researchgate.net/publication/4883660_The_Pyramid_of_Corporate_Social_Responsibility_Toward_the_Moral_Management_of_Organizational_Stakeholders

Fernández, J. (2017). NTIC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora. <http://salus.adapt.it/wp-content/uploads/2020/04/1278-5235-2-PB.pdf>

Hernández-Gracia, J., Avendaño-Hernández, V. & Buitrón-Ramírez, H. (2019). Las tecnologías de la información y la comunicación y la brecha digital: una nueva forma de exclusión social. Boletín Científico de la Escuela Superior de Atotonilco de Tula. No. 11, pp. 32-36. <https://repository.uaeh.edu.mx/revistas/index.php/atotonilco/article/view/3694>

Lastra, J. (2017). Rodríguez Escanciano, Susana, Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores. Boletín mexicano de derecho comparado, 50(149). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000201069

Manzano, N. (2018). Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo. <https://www.insst.es/documents/94886/566858/ntp-1123.pdf>

Mathieu, Ch.; Péretié, M. & Picault, A. (2016). Le droit à la déconnexion : une chimère ?. Revue de Droit du Travail. N. 10, pp. 592-598. <https://www.aractidf.org/qualite-de-vie-au-travail/ressources/article-oct-2016-de-la-revue-du-droit-du-travail>

Morel, L. (2017). Le droit à la déconnexion en droit français. La question de l'effectivité du droit au repos à l'ère du numérique. LaBoUR & Law Issues, 3(2), pp. 3-16. <https://labourlaw.unibo.it/article/download/7570/7273/22847>

Organización Internacional del Trabajo. (2019). Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechas 100 años de experiencia. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf

Peña, D & Serra, A. (2012). Responsabilidad social empresarial en el sector turístico: estudio de caso en empresa de alojamiento de la ciudad de Santa Marta, Colombia. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/260775135_Responsabilidad_social_empresarial_en

el sector turístico Estudio de caso en empresa de alojamiento de la ciudad de Santa Marta Colombia

Pérez, F. (2020). Derecho de los trabajadores a la desconexión digital: mail on holiday. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. 14(45), pp. 257-275. <https://revistaius.com/index.php/ius/article/download/636/737>

Rodrigues, G. (2020). EL derecho a la desconexión digital en la relación laboral y su impacto en la salud de los trabajadores. Noticia CIELO, N. 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7317358>

Rodríguez, M. & Pérez, D. (2017). Economía digital: su impacto sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso sobre dos empresas de base tecnológica. http://fdialogosocial.org/public/upload/2/23_FdS_Economia-digital-impacto-condiciones-trabajo-y-empleo_2017_final.pdf

Serrano, M. (2019). Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral. Universidad de Deusto, Bilbao. IUSLabor, N. 2, pp. 8-31. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/361269>

Stacey, N. & Bradbrook, S. (2016). Review of drivers and trends of change in information and communication technologies and work location. European Agency for Safety and Health at Work. https://webcommunities.hse.gov.uk/gf2.ti/f/13506/633317.2/PDF/-/Review_of_drivers_and_barriers_Briefing.pdf

Taléns, E. (2019). El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. Núm. 17, pp. 150-161. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7170>

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Eilen Carolina Ruiz Vargas

Paola Andrea Castillo Jaraba

Victoria Andrea Blaquiceth Ulloa

Facultad de Derecho- Universidad Sergio Arboleda seccional Santa Marta

eilencarolinaruiz@gmail.com

pcastillojaraba@gmail.com

victoria102009@hotmail.com

Estudiantes de grado

Directora Dra. Kelly Viviana Aristizábal Gómez

Eje temático "Derechos sociales y políticas públicas"

EL TELETRABAJO EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS A LAS GARANTÍAS Y RIESGOS

LABORALES DEL TELETRABAJADOR EN TIEMPOS DE COVID 19

TELETRABAJO – TELETRABAJADOR – GARANTÍAS – RIESGOS - TECNOLOGÍAS DE LA
INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

RESUMEN

A partir de la situación de Colombia frente al COVID 19, diversas empresas para continuar su actividad y evitar efectos negativos de salud, se vieron obligados a reformar el trabajo en teletrabajo. Con ello, surge el protagonismo del estudio a las garantías y riesgos laborales que afronta el teletrabajador en la actualidad. Frente a esta situación surgió la siguiente pregunta problema: ¿Cuáles son las garantías y riesgos laborales del teletrabajador en Colombia en tiempos de COVID 19? para responderla, se fijó un objetivo general que consiste en analizar las garantías y los riesgos laborales que se generan para el teletrabajador en Colombia en tiempos de COVID 19. También, se desarrollaron tres objetivos específicos: Primero, describir qué se entiende por teletrabajo y teletrabajador de acuerdo a la normatividad nacional e internacional; segundo, identificar el alcance de las garantías laborales para teletrabajador en Colombia en tiempos de COVID 19, teniendo presente normatividad vigente; y tercero, examinar los riesgos laborales que se derivan de la figura del

teletrabajo en Colombia a partir del COVID 19. Ahora bien, la relevancia de esta investigación, surge de la necesidad de precisar las bases generales y particulares de las garantías y riesgos laborales del teletrabajador en tiempos de COVID 19. Además, de brindarle seguridad jurídica a esta modalidad laboral. Conviene resaltar, que esta investigación tiene un enfoque cualitativo de tipo documental, basado en fuentes primarias y secundarias, como: revisión de literatura, análisis jurisprudencial e interpretación legal. Como resultado, se estableció que el teletrabajo es una adaptación al derecho laboral, producto de las necesidades generadas a partir de las exigencias sociales y aunque es regulado en el ordenamiento jurídico colombiano, su aplicación es un tanto ineficiente por la falta de precisión del alcance de las garantías y riesgos laborales del teletrabajador colombiano en tiempos de COVID 19.

I. CONCEPTUALIZACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA FIGURA DEL TELETRABAJO Y EL TELETRABAJADOR

En el primer resultado de la presente investigación, se obtuvo que el teletrabajo, es una figura que ha generado cambios tanto para las empresas públicas y privadas como para los trabajadores; dichos cambios, tienen relación con la transformación del trabajo tradicional al teletrabajo o trabajo a distancia. En un principio, se percibe al teletrabajo, como una alternativa viable y efectiva para situaciones de emergencia, relacionadas con la imposibilidad que tiene el trabajador para movilizarse a la empresa donde ejerce sus funciones laborales. Ahora bien, hoy día, frente a la situación de emergencia generada por el COVID 19, el teletrabajo no ha perdido su esencia de origen. La cual, consistió en ser una alternativa para la protección a la salud y el bienestar de los trabajadores.

En este orden de ideas, con la actual inclinación positiva de implementar el teletrabajo en reemplazo del trabajo tradicional, fue evidente el escaso y desorganizado desarrollo de la figura en el ordenamiento jurídico colombiano y el argentino en miras a contrarrestar la situación de crisis sanitaria. Lo anterior se evidencia en la realidad del Estado Colombiano, cuando se vio en la obligación de implementar normas apresuradas en materia laboral que crean inseguridad jurídica al trabajador; y por el lado de Argentina, tuvo que incursionar en un proyecto de ley para la creación de la nueva ley del teletrabajo. Pues, en su legislación se encontraban normas dispersas (ley 20.777/1976 y la Ley N°25.800) que se aplican a la regulación del teletrabajo, sin embargo, omitían en sus disposiciones el término taxativo y expreso de esta forma de organización laboral (Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social, 2020).

En relación con la importancia adquirida por la figura del teletrabajo dentro del campo

laboral en distintos Estados, fue necesario que se normativizaran aspectos relacionados con este mismo. Sin embargo, cada ordenamiento jurídico ha regulado la figura teniendo en cuenta o enfatizan aspectos distintos. En consecuencia, se ha generado conflicto frente a la posibilidad de establecer una conceptualización única, clara y precisa de qué se entiende por teletrabajo y teletrabajador.

Dentro de la esfera legal, el teletrabajo es una figura presente en Estados Unidos, Europa, Colombia, Perú, Argentina, entre otros. En efecto, son una muestra de las distintas conceptualizaciones que tiene el teletrabajo en la sociedad. Así pues, se sabe que entre mayores sean las interpretaciones de quienes regulan normativamente el teletrabajo, se creará un marco de desventajas para el teletrabajador (Cataño y Gómez, 2014, p. 84). Por cuanto, no habrá un concepto único, claro y completo sobre qué es teletrabajo y quien es teletrabajador, de modo, que se distinga de otras concepciones de trabajo y trabajador. De ahí, que su delimitación promoverá un adecuado proceso de aplicación en las empresas.

Con respecto a la legislación peruana, el teletrabajo, es definido como una modalidad laboral donde existe subordinación al uso de tecnologías para la comunicación que permiten mantener un control del empleador sobre el trabajador, omitiendo la permanencia de este último en la sede empresarial (Ley 30036, 2013). Igualmente, se destaca el ordenamiento Europeo, el cual entiende por teletrabajo la forma de organización empresarial del trabajo, en la que se usan las TICS en el marco de un real vínculo laboral donde se ejecutan las funciones en la campo interno o externo de la empresa (Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, 2002). Concretamente, identificamos una diferencia de conceptualizaciones, en una legislación el teletrabajo es una modalidad laboral y en la otra una forma de organización laboral. Cabe precisar, que la modalidad laboral es la manera como un trabajador se vincula a la empresa constatándolo en un contrato de trabajo, sus connotaciones se relacionan con el tiempo de duración y el modo de ejecución del trabajo. Mientras que la organización laboral, es un sistema que se establece dentro de una compañía, para elegir la modalidad apropiada con la cual se van a desempeñar los trabajadores en su cargo ligado al uso de tecnologías; y conservar el aumento de su producción en cada una de las sedes donde se ejecuta el trabajo (Infante Gutiérrez y González Madlum, 2012). Con esta distinción, se puede saber qué procesos debe seguir la empresa para implementar una estructura laboral y saber que disposiciones en materia de derechos laborales del trabajador o teletrabajador debe tener en cuenta.

A pesar de las diferencias que se evidencian en los conceptos de teletrabajo a nivel internacional, hay semejanzas que estructuran el concepto de teletrabajo y están inmersas

dentro de él. De esta manera, para que la ejecución de una labor del trabajador entre dentro del marco del teletrabajo, debe cumplir con tres condiciones o elementos que denotan la esencia de esta organización o estructura laboral. Así, según Durante Calvo (2002) son: el elemento distancia, el elemento de nuevas tecnologías y comunicaciones telemáticas y organización (P. 47-48). El primero, consiste en el uso habitual de tecnologías para una constante comunicación entre extremos de la relación laboral y desarrollo de actividades del trabajador; el segundo, señala que no es necesaria la presencia del trabajador en la sede principal de la empresa; y el tercer elemento, indica el cambio de una forma de organización distinta propensa a modificar la comunicación de toda la estructura empresarial; fomentar nuevos métodos de control y seguimiento del teletrabajador. Entonces, más allá de la existencia de una definición sobre el teletrabajo, esta figura se entiende a partir de lo que muestran sus características (Mintrabajo y el Mintic 2020).

Una vez se aterriza en el Estado Colombiano, se precisa por teletrabajo aquella estructura u organización laboral en la que se ejecutan funciones laborales remuneradas, usándose las TICS para mantener un sistema de monitoreo y control de la empresa con el trabajador, de manera, que no se necesita la presencia de este último en la sede principal de la empresa. (Ley 1221, 2008). Cuando se analiza el concepto normativo, se percibe un uso limitado de las tecnologías, por cuanto va a ser único y exclusivamente para mantener monitoreo virtual al teletrabajador por parte de la empresa. Es una cuestión distinta cuando se señala específicamente la dualidad del uso de las tecnologías. Al mismo tiempo, este último es un aspecto que la diferencia de otros ordenamientos que si lo incluyen, como Costa Rica en sus Decretos Ejecutivos N° 34704/2008 donde puntualmente precisa el doble uso de las tecnologías en cuanto a que el trabajador se valga indispensablemente de las tecnologías para ejercer su cargo; y, mantener el control y la comunicación entre los extremos de la relación laboral.

Entre los resultados, fue necesario señalar la distinción entre teletrabajo y trabajo a domicilio, puesto que, tienden a ser confundidas no solo en Colombia, sino también por entidades internacionales y otros Estados que suelen mezclarlos. Por ello, se precisan notables diferencias, tales como: el teletrabajo tiene la ley 1221/2008 enfocada específicamente en su desarrollo, mientras que, el trabajo a domicilio es regulado en el código laboral colombiano; el teletrabajo, es una estructura laboral implementada por empresas para mantener su organización y productividad, diferente del trabajo a domicilio, que es definido como un contrato para vincular personas a la empresa, pero laborando específicamente desde sus hogares. En adición, en el teletrabajo se posibilita el aprovechamiento de distintos lugares

para que el teletrabajador decida a su comodidad donde desea ejecutar sus funciones, cosa diferente pasa con el trabajo a domicilio, que como su nombre lo indica es en casa (Diasgranados, 2012). Finalmente, una de las más importantes diferencias recae en el obligatorio uso de tecnologías para el teletrabajador y no para el trabajo a domicilio, donde se pide principalmente estricto cumplimiento de las labores encomendadas sin necesidad de tener que hacerlas por medio de tecnologías.

El teletrabajo en Colombia como estructural laboral de la empresa, adopta tres modalidades para su entendimiento y futura aplicación. Su relevancia, se da porque tienden a orientar el concepto de teletrabajo y teletrabajador, siendo connotaciones que lo complementan. Según Lozada Elizalde (2016): en la modalidad autónoma, el teletrabajador usa su domicilio u otro lugar de su elección para cumplir sus funciones; en la modalidad móvil, no hay un lugar fijo, pero se caracteriza por el uso exclusivo de celulares, portátiles y cualquier tecnología encaminada a la fácil comunicación; por último, en la modalidad suplementaria, los horarios de trabajo varían entre la casa y la oficina de dos a tres días. Entonces, cuando conste en el contrato la respectiva modalidad laboral del teletrabajo, se entenderá por teletrabajador quien al momento de ejecutar las obligaciones respectivas a su empleo encuadre en una de estas modalidades.

Por otra parte, según Pinedo (2013) “Hay personas que piensan que teletrabajar es despertarse, sacar el computador de la mesa de noche, ponérselo en la barriga y trabajar, y no es así”. Pero, si se analizan todo lo mencionado anteriormente, se puede notar el error de esta falsa creencia. Por ende, dicho comportamiento señalado por el autor no es teletrabajo como tampoco será teletrabajador quien ejecute dichas acciones. Es necesario tener presente la relación de dependencia entre los conceptos de teletrabajo y teletrabajador, debido a que en ocasiones el último tiende a ser muy ambiguo e incompleto. Tal es el caso de Colombia, donde se entiende por teletrabajador a una persona que labora por fuera de la empresa donde trabaja y realizan sus funciones laborales usando tecnologías; cabe señalar que con todo lo explicado el concepto va más allá de lo normativizado en este país.

Finalmente, por teletrabajo debe entenderse como una forma de estructuración laboral que permite vincular a una persona con la empresa donde va laborar, en el margen de un contrato o relación de trabajo regido por una de las modalidades del teletrabajo; y que a su vez, se rija por los elementos señalados en la ley para su implementación, basada en el uso de las TICS, para la ejecución del trabajo y la supervisión de la empresa sin requerirse la presencia del trabajador en la sede empresarial. Por consiguiente, teletrabajador será la persona que realice sus actividades laborales en el margen de un contrato o relación de trabajo

regido por una de las modalidades del teletrabajo y que haga uso dependiente a los avances tecnológicos para la comunicación y la ejecución de su labora, sin requerirse su presencia dentro de la estructura empresarial.

II. ALCANCE DE LAS GARANTÍAS LABORALES PARA TELETRABAJADOR EN COLOMBIA EN TIEMPOS DE COVID-19, TENIENDO EN CUENTA LA NORMATIVIDAD VIGENTE.

Este 2020 ha traído con su llegada una serie de acontecimientos que implican crisis y retos para Estados y personas de todo el mundo. En Colombia a partir del 12 de Marzo de 2020 por medio de la resolución 385 se declaró la emergencia sanitaria y así como consecuencia de querer evitar la propagación del virus COVID-19, hemos permanecido en confinamiento por los últimos meses; esto ha implicado buscar soluciones a las consecuencias de no convivir en sociedad interactiva físicamente hablando. Una de ellas ha sido el teletrabajo, pues este hace posible que se puede seguir trabajando con el uso de las tecnologías de la comunicación sin requerir esencialidad en la planta de trabajo.

Una de las soluciones ante las actuales circunstancias es la circular 021 del 2020 la cual aborda un llamado al sector empresarial y empleadores a solidaridad con sus plantas de trabajadores abarcando aspectos más allá de la vinculación laboral directa o no. Planteando así esta circular una serie de medidas para que dicha solidaridad se lleve a cabo, entre las que se presentan: La jornada laboral flexible, trabajo en casa, teletrabajo, vacaciones acumuladas anticipadas y colectivas, Jornada laboral flexible, permisos remunerados y salarios sin prestación del servicio (circular 021/ 2020).

Dentro de estas soluciones planteadas en la mencionada circular se encuentra “el Teletrabajo” herramienta clave para enfrentar la crisis económica durante el COVID-19, puesto que esta es una forma de organización laboral que hace posible el que los trabajadores laboren a través de las tecnologías de la comunicación desde lugares donde se encuentren fuera de riesgo de contagio (sus hogares y demás). Cabe aclarar que teletrabajo no es lo mismo que trabajo en casa, puesto que el teletrabajo a diferencia del trabajo en casa se realiza necesariamente a través de las tecnologías de la información.

Para que el teletrabajo pueda efectuarse se hace necesario el cumplimiento de unos requisitos (plateados por la normatividad que regula el teletrabajo en Colombia) entre los cuales hemos de mencionar: Las condiciones de trabajo, asuntos de seguridad social, los riesgos laborales, la debida seguridad de la información y el uso de herramientas tecnológicas, la protección de la información, la intimidad y los datos, los cuales deben ajustarse al marco normativo de la Ley 1221 de 2008 y el Decreto 884 de 2012 en Colombia.

La ley 1221 de 2008 hace posible que el teletrabajo en Colombia se reconocido como modalidad laboral en sus formas de implementación, esta ley Crea la Red Nacional de Fomento al teletrabajo, transados como fin motivar y promover este tipo de empleo en la nación, y también toma en cuenta **las garantías laborales, sindicales y de seguridad social para los teletrabajadores** (ley 1221/2008).

Y el Decreto 884 de 2012 indica los aspectos laborales que se incentivan en el teletrabajo, las relaciones entre empleadores y teletrabajadores, el deber ser para las instituciones tanto públicas como privadas, las ARL y la Red de Fomento para el teletrabajo. Además regla los principios de voluntariedad, igualdad y reversibilidad que se toman en cuenta para el teletrabajo (Decreto 884/2012).

Este capítulo tiene por objeto Identificar el alcance de las garantías laborales para el teletrabajador en Colombia en tiempos de covid-19, teniendo en cuenta la normatividad vigente, por lo tanto nos detendremos a analizar el artículo 06 de la ley 1221 de 2008 puesto que en este se habla expresamente de “las garantías laborales sindicales y relacionadas con la seguridad social para los teletrabajadores”.

Estas garantías son 12, la primera de ellas establece que los teletrabajadores están exentos de reglamentaciones relacionadas con horas de trabajo como el tiempo extraordinario y el trabajo realizado en horas de la noche. Para esto dice que el ministerio del trabajo se encargara de velar porque el empleador no abuse del tiempo de trabajo.

Prevé que el sueldo debe ser el mismo que el de una labor presencial en el lugar de trabajo y que para establecer el salario se deberá tomar en cuenta el tipo de trabajo y lo que normalmente se paga por trabajos parecidos en el mismo lugar. También deja en claro que una persona asalariada por el hecho de realizar su labor en casa no se convierte en teletrabajador. En cuanto al tiempo de trabajo esta norma exige que se establezcan sus espacios de descanso creativo y recreativo al teletrabajador.

Esta norma recuerda que es fundamental que se cumpla con el igual trato no importando que labor realice el trabajador dentro de la planta de trabajadores. La igualdad de trato a la que se refiere hace alusión a que los teletrabajadores elijan la entidad que prefieran y a estar activos en sus programaciones, a no tolerar la discriminación, a la protección para todos los teletrabajadores en materia de seguridad social, a la igualdad en el pago, a la protección por regímenes en cuanto a la seguridad social, al derecho a estar informado, a que haya igualdad en la edad mínima legal en que se admiten a los trabajadores, a la protección de maternidad en el entendido de que las trabajadoras una vez se les termine su licencia de maternidad tendrán el derecho de retornar a su puesto de trabajo o a un puesto equivalente con

el mismo emolumento, también establece que todos los teletrabajadores en igual de condiciones se les deberá respetar su derecho a la intimidad y privacidad del teletrabajador.

Establece también esta ley que es responsabilidad del empleador el mantenimiento de los aparatos encargados de hacer posible el teletrabajo a través de las tecnologías de la información. Y aclara que si el teletrabajador no es capacitado para su labor a pesar de haber informado tal cosa no por esto dejara de recibir su salario y que el empleador debe contar con unos planes de salud ocupacional y una red de atención de urgencias puesto que este último debe responder en caso de presentarse un accidente o emergencia mientras el teletrabajador labore.

Aclara la norma que el teletrabajo es voluntario para el teletrabajador y que si este quiere volver a trabajar presencialmente está en su derecho y deberá permitírsele, establece también la norma que las empresas que tengan su domicilio en Colombia deberán tener teletrabajadores domiciliados en Colombia. Y por último aclara que las relaciones de teletrabajo que se desarrollen en Colombia se les aplicarán la normatividad laboral colombiana de acuerdo a que sea la más favorable (Ley 1221/2008).

Estas garantías fueron establecidas por la mencionada ley 1221 de 2008 mucho antes de la pandemia, pero fueron confirmadas una vez durante la emergencia sanitaria a través de la circular 0021 del 2020, al evidenciarse que predica las garantías para los teletrabajadores ante el COVID-19 haciendo mención de la ley 1221 del 2008 como que debe seguirse lo señalado en ella, puesto que es la norma del teletrabajo en Colombia.

Además durante la pandemia también fue expedida otra circular , la 0022 del 2020 la cual adiciona dos garantías más de las 12 anteriores mencionadas, al decir que: (1) es el ministerio del trabajo quien determinara una fuerza mayor a través del juez de la república, quien tomara su decisión con base en los hechos debidamente expuestos; y (2) que el ministerio hará las veces de riguroso inspector en razón de las decisiones que tomen los empleadores con relación a los contratos de trabajo durante la pandemia(0022/2020).

Lo que nos deja ver que el Estado a través de su normatividad laboral tenía reguladas las garantías laborales para los teletrabajadores y que en medio de este proceso sanitario estas garantías para el teletrabajador siguen evolucionando. Manifestación que coincide con la de Rueda, pues este piensa “desde que se legislo el Código Sustantivo del Trabajo, el legislador previó algunas medidas para afrontar momentos de crisis o alteración económica, como el que se vive actualmente. Estableciendo la norma alternativa para mitigar los efectos de la situación actual”.

Y Gómez Hoyos también coincide con las anteriores afirmaciones al expresar que el

código laboral de Colombia y las normas que se han expedido durante la emergencia sanitaria pueden ayudar a enfrentar esta crítica situación que vivimos pero no será suficiente porque esta pandemia era un acontecimiento que ningún país se esperaba (Gomez Hoyos, 2020).

Se valoran los esfuerzos del gobierno nacional colombiano al afrontar la situación crítica que por sorpresa tomo a todos los Estados del mundo y que hemos de decir es una responsabilidad y reto significativo porque ante una crisis como la que estamos viviendo le ha tocado al Estado Colombiano no solo superar cuestiones labórales sino de todas las índoles por lo tanto es plausible el desarrollo normativo que se ha evidenciado en medio de la crisis que vivimos pero no podemos estancarnos al respecto puesto que siguen habiendo básicos normativos al respecto y es necesario que se identifiquen y se solucionen para que así el teletrabajo sea más efectivo en Colombia.

III. RIESGOS LABORALES QUE SE DERIVAN DE LA FIGURA DEL TELETRABAJO EN COLOMBIA A PARTIR DEL COVID-19

Para nadie es un secreto que al igual que el trabajo, el teletrabajo también es una figura que su práctica implica que el empleado se vea expuesto a una serie de riesgos lo cuales pueden ocasionarse en el desarrollo de la actividad ò con ocasión a ella. Es por ello que las entidades tanto públicas como privadas, en compañía del estado, deben diseñar un plan de prevención a todo riesgo, que garantice la salud y vida de todo teletrabajador.

El confinamiento en el que nos encontramos toda la población, en razón al covid 19, nos obliga a trasladar el teletrabajo a nuestros hogares, haciendo uso adecuado de las tecnologías de la información, para cumplir con todas las actividades asignadas.

En ese sentido el teletrabajo tiene sus ventajas y desventajas en su implementación. Y de eso va a depender que sea rentable ò no para el empleador, hacer uso de esta nueva forma de organizar el trabajo, la cual se encuentra debidamente regulada por la ley en Colombia.

En el caso de las ventajas, que se generan, producto de poner en práctica esta forma de organizar el trabajo, tendríamos que decir que dentro de las mismas, encontramos principalmente que tiempos de covid 19 se disminuye los riesgos de contagios, en el sentido de evitar aglomeración, esto es muy importante a la hora de hablar de los riesgos por los que debe afrontar el teletrabajador, a la hora de desarrollar sus actividades en el hogar.

Además de lo anterior podemos observar que el teletrabajo, es una forma muy efectiva, que sirve para poder agilizar los procesos, claramente me refiero a aquellos que se puedan desarrollar haciendo uso de las tecnologías de la información. así mismo otra de las ventajas que observamos es el hecho de verse afectada la jornada laboral, pues se torna difícil

interrumpir las labores asignadas, teniendo en cuenta que no existen distractores que dificulten el desarrollo de las actividades en el menor tiempo posible, por el contrario fortalece el grado de concentración que se debe tener. De ahí que esta modalidad del teletrabajo, resulte para el empleador y el teletrabajador un tanto beneficiosa.

También ha mencionado Peña Andrade, M Y Pérez Rodríguez, E. en el año (2018) que una de las ventajas del teletrabajo que más se ha visto desarrollada, por su importancia en estos tiempos, sin duda alguna ha sido la flexibilidad de horario que se debe manejar en la jornada, de tal forma que se brinde un espacio para compartir o interactuar con la familia, esto debido a que en razón al covid 19 el teletrabajo se está manejando desde el hogar. Sin embargo no hay que desconocer que al igual que en el trabajo esta nueva forma de organizar el trabajo, trae inmerso una serie de riesgos, como consecuencia de la realización del trabajo.

Ahora bien en lo que a las desventajas se refiere, debemos decir que se han observado en los horarios laborales, porque ocurre algo que se podría decir, resulta ser un tanto desventajoso para el teletrabajador, y es el hecho de correr el riesgo de mezclar la actividad laboral con las actividades domésticas.

Un estudio de investigación realizado por Palacio Mejía, A y Zuluaga Cardona, D. en el año (2016). Determinaron que es fundamental que el teletrabajador separe el tiempo invertido en el desarrollo de las actividades laborales asignadas y el tiempo invertido en las actividades domésticas, para así lograr un buen desempeño y resultados muy satisfactorios. Así como también se recomienda que el empleado utilice un espacio apropiado para desarrollar cada una de sus actividades, de esta forma hay organización y cumplimiento a lo propuesto.

Pues no se puede desconocer que aquellos teletrabajadores que se encuentran en confinamiento solo con sus familiares, se ven obligados por esta situación por la que estamos atravesando a cumplir una que otras actividades del hogar, en las cuales no podemos hacer uso de las empleadas, por el riesgo de contagio que día a día estamos evitando, no solo para nosotros, sino para toda nuestra familia.

Adicional a eso, también encontramos que en la mayoría de los casos, en aquellas personas que hacen uso de esta modalidad de trabajo, desarrollan enfermedades psicoafectivas ò bipolares, como normalmente son conocidas, dentro de las cuales observamos el estrés, que en el caso del teletrabajo se produce por las cantidad de actividades, que debe ejecutar el empleado, con el objetivo de cumplir con las obligaciones asignadas por el empleador. Más aun en tiempos de covid 19 donde se maneja un alto grado de concentración

y sobretodo dedicación, acompañado con un alto grado de preocupación, porque muchas veces no resulta difícil adaptarse a la situación en la que nos encontramos, donde todo requiere la virtualidad, una virtualidad que ha generado un impacto enorme en los ciudadanos, la cual depende de situaciones externas que muchas veces no sabemos controlar. Llamase esto, la poca paciencia que tiene el usuario de esperar su turno y la poca confianza que genera en ellos una consulta virtual.

También encontramos enfermedades como la ansiedad, generada a partir de la cantidad de tecnología utilizada, la cual trae consigo un sin número de preocupaciones y miedos de no poder controlar las actividades que desarrollemos ò en su defecto nos encomendaron. Se trata de una enfermedad, que sin duda alguna puede llegar a desencadenar depresión, otro tipo de enfermedad que hemos observado en tiempos de covid 19 como uno de los mayores riesgos por los cual están a travesando las personas en medio de todo este confinamiento, una enfermedad producto de todo este encierro en el que nos encontramos y del hecho de no poder compartir con toda nuestra familia, amigos y conocidos.

Tal como lo ha dado a entender Gutiérrez Rocha, J Y Mendoza Lara, O. en el año (2019). Por medio de su estudio de grado, el empleador debe tener mucho cuidado a la hora de reubicar a este personal en tiempos de covid 19, porque de eso depende que aumente ò disminuya su capacidad laboral. Además de que debe verificar que se cumpla con las instalaciones necesarias para que el empleado cumpla con sus actividades, de una forma adecuada y tranquila. También es cierto que de este tipo de prevención que se tenga, va a depender los riesgos que se creen ò en su defecto se ocasionen.

En el caso de aquellos trabajadores que se vieron obligados a convertirse en teletrabajadores de un momento a otro por la pandemia. Observamos que este cambio ha sido fuerte para ellos, pues estaban acostumbrados a interactuar con todos sus compañeros de trabajo, muchos de ellos pasaban y compartían más tiempo con los compañeros de trabajo que con su propia familia, tanto así que llegaban al punto que contarles todos sus problemas familiares y hasta personales. El hecho de no verlos, ha causado en ellos un alto grado de depresión, que alguno de los casos ha sido muy difícil de controlar.

Otro riesgo a los cuales se ve expuesto todo teletrabajador son las enfermedades visuales, ocasionada por estar expuestos tanto tiempo a los rayos ultravioleta o las radiaciones que Contienen los equipos de tecnología. Los cuales pueden generar en el empleado altos grados de incomodidad o molestia visual.

Adicional a todo esto, observamos que tiene mucha incidencia en el desarrollo de las

actividades del teletrabajador, el ambiente en el cual ejecute cada una de las actividades asignadas, pues nadie es un secreto que esta modalidad laboral, requiere de un ambiente propicio, para cumplir con todos los objetivos propuestos y de esta manera se arrojen unos resultados muy satisfactorios.

así lo ha señalado justamente el ministerio del trabajo en Colombia en el año (2013) a través de una guía de prevención a los riesgos laborales, en ella señala que, el empleador debe revisar que el empleado se le estén proporcionando las asesorías correspondientes por la administradora de riesgos laborales para garantizarle las condiciones de salud y seguridad apropiadas.

De ahí que sea importante que las entidades a través de las plataformas realicen constantes monitoreos. Para así estar al tanto de la salud y de todo lo que le ocurra al empleado. Desde que cuente con las herramientas necesaria para desarrollar cada una de las actividades asignadas, hasta que cuente la debida afiliación al sistema de seguridad social.

Pues será la ARL a través de la debida afiliación la encargada de cubrir todos los accidentes laborales que tenga el teletrabajador en su lugar de trabajo, llámese en este caso, hogar.

Actualmente con la situación por la que estamos atravesando debido a la pandemia la ARL está trabajando fuertemente en unos protocolos de prevención contra el covid 19, diseñados para atender de manera virtual, consultas o asesorías que permitan mejorar la salud mental y con ellos sistemas de adaptación a la crisis por la que estamos atravesando.

Finalmente tenemos que decir que toda entidad tanto publica, como privada debe crear un plan de prevención a todos esos riesgos laborales a los cuales se ve expuesto el teletrabajador, un plan que debe estar inspeccionado, controlado y monitoreado por el estado, a través del ministerio del trabajo como organismo encargado de garantiza el derecho al trabajo a todos los teletrabajadores en Colombia.

Cabe mencionar que el teletrabajo utilizado como una forma de organizar el trabajo en Colombia, más que ser una nueva modalidad laboral, es un aporte muy significativo y útil para nuestra sociedad, pues a partir de su implementación muchas empresas tanto públicas como privadas, pequeñas, medias ò grandes empresas, han podido prestar su servicio, haciendo uso de las tecnologías de la información, y a su vez generando una cultura que nos obliga como ciudadanos perseguidores del progreso, avanzar de la misma manera y al mismo ritmo al que lo está haciendo la tecnología.

En el caso del teletrabajo, se observaron a lo largo de toda esta investigación, un sin número de ventajas y desventajas laborales que se producen a la hora de desarrollar las

actividades asignadas, así como aquellos riesgos a lo que se ve expuesto todo empleado que utilice esta modalidad laboral.

Con la ayuda de algunos autores de proyectos de investigación, logramos sentar referentes que nos ayudaran a tener una visión más clara de las situaciones que se producen, a la hora de poner en marcha esta forma de organizar el trabajo, dentro de los cuales observamos lo fundamental que es que se cuente con un ambiente adecuado.

También observamos los principales riesgos que existen en el teletrabajo, por lo cual se hace necesario que toda entidad contratante diseñe un plan de prevención para futuros riesgos, de esta manera se garantizan los derechos que como empleado tiene todo teletrabajador y los cuales están consignados en el ordenamiento jurídico colombiano, en el cual no solo se define el concepto de teletrabajo y teletrabajador, sino también señalan los derechos y deberes de las partes, teniendo en cuenta la protección a esas garantías y riesgos que se puedan ocasionar.

Por último la invitación es para todas las entidades tanto públicas como privadas, utilicen el teletrabajo como una forma de organización laboral, teniendo en cuenta la debida prevención que se debe seguir. Pues sin duda alguna es una herramienta necesaria y resulta muy útil en estos tiempos de covid 19. Pues acelera los procesos, además haciendo uso de las tecnologías de la información, permite generar un impacto significativo a la sociedad en general.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cataño, S. Y Gómez, N. (2014). El concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo. *Artículo de reflexión*. CES Salud Pública. 5, 82-91. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4804770.pdf>.

Congreso de la Republica Colombia. (2008). Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones. LEY 1221 DE 2008. https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3703_documento.pdf

Diazgranados, L. (2012). El teletrabajo. Recuperado de: https://www.urosario.edu.co/urosario_files/PortalUrosario/33/3335ab24-8bf8-45bf-bded-1c2cf0ae27cd.pdf

Durante Calvo, M. (2002). “EL TELETRABAJO”. Universidad Estatal a distancia (Maestria). Universidad Estatal a distancia. <https://core.ac.uk/download/pdf/67708834.pdf>

Gutiérrez Rocha, J Y Mendoza Lara, O. (2019). Garantías del teletrabajo en el sistema general de riesgos laborales en Colombia. Tesis de grado programa de derecho, corporación

universidad de la costa. Barranquilla Atlántico.
<https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/5659/GARANT%C3%8DAS%20DEL%20TELETRABAJO%20EN%20EL%20SISTEMA%20GENERAL%20DE%20RIESGOS%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hoyos, D. M. (2020). Derecho laboral del trabajador en Colombia, en época del COVID-19. Universidad de la sabana. 3.

Infante, M. y González, C. (2012). Estudio De La Organización Del Trabajo En Puesto De Trabajo Seleccionado. El Caso De Una Agencia De Viajes. *TuryDes*. 5. (12). Recuperado de: <https://www.eumed.net/rev/turydes/12/iggm.html>

La Confederación Europea de Sindicatos-CES, la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa- UEAPME y el Centro Europeo de la Empresa Pública- CEEP. (16 de julio de 2002). Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo. Recuperado de: <https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>

Ley N° 30036. Ley que Regula el Teletrabajo. Lima, Perú, 4 de junio de 2012, Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/292283-30036>

Lozada Elizalde, L. C. (2016). EL teletrabajo: una modalidad de trabajo eficiente que se impone como tendencia global (Especialización). Universidad Militar Nueva Granada FAEDIS. Bogotá, Colombia.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15855/LozadaElizaldeLuisCarlos2016.pdf?sequence=1>

Lozada Elizalde, L. C. (2016). EL teletrabajo: una modalidad de trabajo eficiente que se impone como tendencia global (Especialización). Universidad Militar Nueva Granada FAEDIS. Bogotá, Colombia.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15855/LozadaElizaldeLuisCarlos2016.pdf?sequence=1>

Ministerio del Trabajo, a través de Soler, M. (2013). Guía técnica para la promoción de la salud y la prevención de los riesgos laborales en el teletrabajo, guía técnica del teletrabajo.p.8, 9. Bogotá Colombia.
<https://www.libertycolombia.com.co/sites/default/files/201907/Guia%20Tecnica%20Promocion%20Salud%20Riesgos%20Laborales%20Teletrabajo.pdf>

Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social. (2020). Marco normativo. Argentina.gov.ar. <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/teletrabajo/marco-normativo>

Ministerio del Trabajo , ministerio de las tecnologías de la información y las comunicaciones y Departamento Administrativo de la Función Pública. (2020). La

Organización Internacional de Trabajo -OIT- define teletrabajo. Teletrabajo. <https://www.teletrabajo.gov.co/622/w3-article-8228.html>

Ministerio del trabajo Colombia. (2020). Medidas de protección al empleo con ocasión a la fase de contención del COVID-19 y de la declaración de emergencia sanitaria. Circular No. 0021 del 2020. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/Circular+0021.pdf/8049a852-e8b0-b5e7-05d3-8da3943c0879?t=1584464523596>

Ministerio del trabajo Colombia. (2020). Fiscalización legal rigurosa a las decisiones laborales de empleadores durante la emergencia sanitaria. Circular Externa 0022. <https://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/0/0022.PDF/a44423aa-94d3-03eb-8706-1553868ec009?t=1584654572292>

Pineda Aragon, M.H. (2013). Teletrabajo, hasta 18 veces más barato para una empresa. Accounter. <https://accounter.co/actualidad/teletrabajo-hasta-18-veces-mas-barato-para-una-empresa.html>

Presidencia de la Republica Colombia. (2012). Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones. DECRETO 884 DE 2012. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1183842>

Palacio Mejía, A y Zuluaga Cardona, D. (2016). Tratamiento de los riesgos laborales en el teletrabajo en Colombia: realidad y legalidad. P, 37. Universidad autónoma latinoamericana, facultad de derecho. Medellín Colombia. http://repository.unaula.edu.co:8080/bitstream/123456789/530/1/unaula_rep_pre_der_2016_riegos_laborales.pdf

Peña Andrade, M Y Pérez Rodríguez, E. (2018). Teletrabajo en Colombia una aproximación a los riesgos laborales. Universidad distrital francisco José De Caldas, especialización de la facultad de ingeniería. Bogotá Colombia. <http://repository.udistrital.edu.co/bitstream/11349/13612/1/Pe%C3%B1aAndradeMariaVirginia2018.pdf>

Rueda, D. F. (2020). Algunas medidas laborales en tiempos del covid-19. *Legis ámbito Juridico*, 3

Eje *Política comparada*.

Coordina: Anabella Molina

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

José Duarte Neto - Doctor en Derecho por la Universidad de São Paulo

jose.duarte@unesp.br

Magíster en Derecho - Pontificia Universidad Católica de São Paulo

Profesor Adjunto

Doctor en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

Facultad de Ciencias Humanas y Sociales (FCHS) - UNESP - Campus Franca

Laura Rizzo - Máster en Derecho por la Facultad de Ciencias Humanas
y Sociales (FCHS) UNESP - Campus de Franca

laaurarizzo@hotmail.com

Rudson Coutinho Da Silva - Máster en Derecho por la Facultad de Ciencias Humanas
y Sociales (FCHS) - UNESP - Campus de Franca

rudson.coutinho@gmail.com

Eje temático “Derecho y Sociedad: estudios empíricos del fenómeno jurídico”

DECISÕES LIMINARES MONOCRÁTICAS EM CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - RESERVA DE PLENÁRIO – CAUTELARES - DECISÃO
MONOCRÁTICA - FUNDAMENTAÇÃO.

SUMÁRIO

Introdução; 1. O Controle de Constitucionalidade Abstrato Brasileiro. 2. Medida cautelar e a Ação Direta de Inconstitucionalidade: disciplina constitucional e legal. 3. Disciplina jurisprudencial da Medida Cautelar em ADI. 3.1 Análise quantitativa. 3.2 Análise qualitativa. 4. Considerações finais. Referências. Apêndice

RESUMO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é uma das medidas que compõem o sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo. Destaca-se por ser

a primeira modalidade de ação de controle abstrato, implementada a partir de 1965, e por constituir a maior parte das ações que pretendem sindicat a constitucionalidade de atos normativos no Brasil. O reconhecimento da inconstitucionalidade, por disposição constitucional (art. 97), exige a maioria absoluta dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (reserva de plenário ou regra do *full bench*). Seu rito processual admite medida cautelar, cuja concessão também exige a convergência de idêntico número de votos (art. 10 da lei 9.868/99), salvo, quando do recesso forense, em que, diante de casos de urgência, a medida pode ser conferida pelo presidente do STF, *ad referendum* do plenário. Este é o regime legal e constitucional das cautelares na ADI. A jurisprudência do STF, todavia, admite, em casos excepcionais cuja urgência tornaria inviável aguardar-se a convocação do colegiado, a outorga de liminares pelo relator, que está também obrigado a submetê-las ao plenário. Mas não é raro encontrar decisões monocráticas proferidas sem a demonstração da excepcionalidade que autorizaria o afastamento do juízo natural de tais decisões, que é o plenário do STF. Também é comum encontrar grande hiato de tempo entre as liminares concedidas pelo relator e sua submissão ao colegiado. Nesses casos, há uma prevalência de decisões monocráticas, e o juízo de constitucionalidade acaba sendo uma competência ministerial não do colegiado. As consequências sobre a segurança jurídica são manifestas e de discutível legalidade (ofensa às disposições da lei 9.868/99). Objetiva-se investigar a fundamentação utilizada para a outorga das liminares monocráticas fora do recesso forense. Serão utilizados os últimos dez anos como recorte temporal e, dentro desse período, identificadas e classificadas as decisões monocráticas (investigação quantitativa), buscando verificar se contêm fundamentação capaz de justificar a excepcionalidade da concessão monocrática da medida (investigação qualitativa).

I. INTRODUÇÃO

O Controle de Constitucionalidade configura-se como uma das mais relevantes expressões da jurisdição constitucional. Esta, no Brasil, embora com raízes nitidamente americanas, expandiu-se consideravelmente na segunda metade do século XX por influência do modelo europeu. A previsão, na Constituição de 1946, da Representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal (STF) a tarefa que é típica das cortes constitucionais: a aferição em abstrato da compatibilidade de uma norma com relação à Constituição. Conferiu-lhe a competência para declarar a

inconstitucionalidade de lei e com eficácia vinculante e *erga omnes*.

Atualmente, referida ação está positivada na Constituição de 1988 e configura-se como a principal via de sindicância da constitucionalidade, denominada de “Ação Direta de Inconstitucionalidade” (ADI). O procedimento para a declaração de inconstitucionalidade tem previsão expressa no art. 97 da Constituição de 1988, que exige voto da maioria absoluta dos membros do tribunal.

A concessão de cautelar em sede de ADI é instituto previsto a nível constitucional e regulado por lei ordinária, a Lei n. 9.868/99, que, em consonância com a previsão constitucional, também exige para o seu deferimento o voto da maioria absoluta dos membros da Corte, salvo nos períodos de recesso, mas *ad referendum* do plenário. Contudo, o que se extrai da análise da jurisprudência do STF é a admissão de concessão monocrática também em casos alegadamente urgentes, mas, não raro, sem a devida fundamentação aplicável ao caso concreto, vale dizer, sem referência aos motivos específicos que autorizariam a análise individual, em claro desrespeito ao procedimento constitucional (art. 97). Tal quadro de nítida violação constitucional e legal é agravado pelo grande hiato de tempo entre o deferimento monocrático e a submissão ao plenário de forma que as situações jurídicas de inconstitucionalidade passam a ser reguladas por decisões individuais.

Assim, a presente pesquisa tem por objetivo analisar a problemática que circunda o deferimento individual de cautelares em ADI e aferir sua constitucionalidade. Para tanto, a pesquisa orientar-se-á pelo método dedutivo em dois momentos: na análise bibliográfica da doutrina que trata do tema em questão e no estudo documental da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Para este fragmento será feito um recorte temporal: serão observadas as decisões individuais concessivas de cautelares em ADI do período de janeiro de 2010 a junho de 2020 e que ainda não foram submetidas ao plenário, ou seja, que ainda estão produzindo efeitos.

II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO BRASILEIRO

O sistema brasileiro de Controle de Constitucionalidade das normas teve inspiração tanto no modelo americano quanto no modelo austríaco.

Nos Estados Unidos consagrou-se de forma inaugural a possibilidade de sindicância da legislação ordinária em face da Constituição, cuja origem remota encontra respaldo na superioridade constitucional teorizada no artigo n. 10 da série “O Federalista”, de autoria de

James Madison (1991, p. 262). As bases teóricas do Controle de Constitucionalidade americano sedimentaram-se no célebre caso *Marbury v. Madison*¹, quando se reconheceu efetivamente a todo juiz e tribunal a competência para deixar de aplicar, ao caso concreto submetido ao seu crivo, a lei julgada inconstitucional. Caracteriza-se, então, pela difusão por todas as instâncias do Judiciário, e a aferição se dá diante de um caso concreto cuja pretensão não é diretamente o reconhecimento da inconstitucionalidade, mas preliminar à resolução do objeto principal. Seus efeitos são restritos às partes envolvidas no conflito e a decisão se limita ao afastamento da lei reputada inconstitucional no caso submetido a juízo, ou seja, a lei, à exceção do caso em julgamento, permanece incólume. Via de regra, referida competência judicial deriva da interpretação da Constituição, mas não há uma disposição expressa que confira aos juízes e tribunais os poderes para realizarem a revisão judicial.²

Já a partir do modelo pensado por Kelsen, o Constituinte proveu o Supremo Tribunal Federal de competência para, de forma abstrata, vale dizer, independentemente da existência de um caso concreto, e concentrada, sindicarem a constitucionalidade das normas. É a análise dessa competência precípua de que se ocupa a presente pesquisa.

A expansão do modelo de matriz europeia ocorreu no contexto de redemocratização pós Segunda Guerra Mundial e, paralelamente, surtiu efeitos também no Brasil, embora ainda de forma sutil. Tendo em vista as tímidas repercussões práticas da Representação de Inconstitucionalidade Interventiva Federal prevista na Constituição de 1946³, considera-se que a efetiva introdução do modelo abstrato de Controle no ordenamento brasileiro tenha ocorrido com a Emenda Constitucional 16/65, que previu a competência do Supremo para processar e julgar a “representação contra

¹ Apesar de antedatar referido marco, descrito a minúcias por Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2004, p.3-8).

² Vale dizer, a competência para o exercício do Controle de Constitucionalidade por todos os juízes e tribunais deriva do reconhecimento da Constituição como lei superior e da interpretação a ela conferida, mencionando-se como exemplo os Estados Unidos, Dinamarca e Noruega. Entretanto, há ordenamentos em que a competência difusa é estabelecida expressamente na Constituição, como Japão e África do Sul. Cf. Wilhelm Karl Geck (GECK, 1966, p. 274).

³ Os efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade, na Representação de Inconstitucionalidade Interventiva Federal, limitavam-se a legitimar a intervenção federal diante de lei estadual que violasse os princípios previstos no art. 7º, inciso VIII, da Constituição de 1946, ou seja, o parâmetro de aferição era exclusivamente o rol taxativo do referido dispositivo, e não todo o seu corpo normativo.

inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República” no art. 101, inciso I, alínea “k”, da Constituição de 1946. Referida Representação corresponde, atualmente, à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), prevista no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988. O Controle abstrato não se restringe à ADI: o STF pode decidir acerca da adequação constitucional de um ato normativo ou omissão dos poderes constituídos por meio de quatro ações previstas na Constituição: a

Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a própria Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tais instrumentos caracterizam-se por instaurarem processos objetivos, vale dizer, não estão atrelados à resolução de um caso concreto, mas voltam-se à análise em abstrato do ato normativo questionado, esse é o seu objeto principal. Os efeitos da decisão do STF são, assim, *erga omnes*, ou seja, não se restringem aos limites subjetivos do processo, mas vinculam todo o Judiciário e a Administração.

Quanto ao aspecto temporal, a declaração possui, via de regra, efeitos *ex tunc*. Tais se dá, pois prevaleceu na doutrina brasileira a corrente segundo a qual a norma inconstitucional possui vício em seu elemento de validade, e, se inválida, não é apta a produzir quaisquer efeitos, e a decisão é meramente declaratória. Entretanto, o STF se deparou, em diversos julgamentos, com a possibilidade de abalo da segurança jurídica caso fosse reconhecida a eficácia retroativa de forma absoluta, isso porque há casos em que a situação efetivamente consolida-se, de boa-fé, sob a égide da lei inconstitucional.

Atento aos anseios jurídicos, o legislador facultou ao intérprete modular os efeitos temporais da decisão, permitindo-lhe definir o momento em que passa a ser eficaz. Não se trata de arbitrariedade do julgador, que deve fazê-lo para preservar a segurança jurídica ou em razão de excepcional interesse social. A previsão está no art. 10, da Lei n. 9.868/99. Assim, apesar de a regra ser o reconhecimento da nulidade com efeito retroativo, a prática demanda a análise dos impactos concretos da declaração de inconstitucionalidade.

Dada a gravidade da medida que afasta do mundo jurídico norma originada do exercício do Poder Legislativo e, quase sempre, referendada igualmente pelo Executivo, por meio da sanção, cuidou o Constituinte de impor, como condição para o reconhecimento da inconstitucionalidade, o voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal (artigo 97, da Constituição Federal de 1988), naquilo que a doutrina trata por cláusula de reserva do plenário

ou *full bench*. Esta torna imprescindível o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para declarar a inconstitucionalidade da lei, sendo que a Constituição não previu nenhuma exceção quanto à referida exigência, de sorte que deve ser aplicada para todos os órgãos colegiados do Judiciário, inclusive o STF, afinal, se não há ressalva constitucional, não cabe ao intérprete fazê-lo, ou, tomando de empréstimo a afirmação de Wilhelm Geck, quando trata da interpretação da Constituição americana, “*As the Constitution does not exempt any tribunal, this task extends from the United States Supreme Court down to any municipal judge*” (GECK, 1966, p. 274).

III. MEDIDA CAUTELAR E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E LEGAL

A cautelar é instituto ínsito ao direito processual e tem por objetivo assegurar o resultado útil do processo, afastando o perigo que pode derivar da demora na entrega da prestação jurisdicional. Inserida no bojo do sistema de Controle de Constitucionalidade visa, inegavelmente, garantir a supremacia constitucional e afastar a eficácia de ato sobre o qual paira forte suspeita de inconstitucionalidade. A Constituição pouco disciplina a medida, dispondo apenas que compete ao STF seu julgamento, conforme art. 102, inciso I, alínea “p”. Porém, a Lei n. 9.868/99, que trata do procedimento da ADI, prevê concessão de cautelar mediante a decisão da maioria absoluta dos membros do tribunal, excepcionando a regra apenas em período de recesso, tendo em vista a urgência que é típica do instituto (art. 10).

A exigência de que a decisão cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade seja resultado de decisão da maioria dos Ministros do Tribunal está em plena consonância com a Constituição, isso porque o deferimento da cautelar implica o afastamento da eficácia da norma impugnada e a aplicação, salvo disposição expressa em sentido contrário, da legislação anterior acaso existente (art. 11, § 2º). Ou seja, em termos práticos, produz efeitos similares à decisão definitiva de mérito da ADI, pois afasta, embora não de forma definitiva, a norma do ordenamento jurídico, e se é apta à produção de efeitos tão notáveis, a exigência de *quorum* qualificado para a concessão não poderia ser diferente. Aplica-se a regra da reserva do plenário (*full bench*).

Vale ressaltar que a Constituição não excepcionou a reserva de plenário em nenhuma hipótese quando o objeto é a declaração de inconstitucionalidade. A disciplina legal apenas o faz

em caso de recesso pois, nesses casos, a impossibilidade de reunião do colegiado poderia causar danos irreparáveis.

Trata-se, em verdade, de medida excepcional em face da presunção de constitucionalidade das leis (CLÈVE, 2010, p. 111), mas justificável caso comprovado *ofumus boni juris*, que se traduz na forte suspeita de inconstitucionalidade, e o *periculum in mora*.

IV. DISCIPLINA JURISPRUDENCIAL DA MEDIDA CAUTELAR EM ADI

A despeito da clareza do texto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer a possibilidade de que a inconstitucionalidade seja concedida liminarmente por decisão monocrática dos Ministros da Corte, interpretação que, por si, já não corresponde à previsão trazida pela Constituição da República.

Assim, se a liberdade conferida ao presidente do Supremo para a concessão da liminar em tempos de recessos parece encontrar alguma justificativa na impossibilidade prática de que o colegiado se reúna nesse período, aliado ao fato de que a demora na análise pode constituir um perigo para determinada situação jurídica, a concessão liminar em tempos de regular atividade do Supremo não encontra, formalmente, justificativa razoável.

É verdade, porém, que, no mundo fenomênico, não é possível afastar a hipótese de que alguma situação *sui generis* imponha o uso do poder geral de cautela do juiz, de sorte a justificar, excepcionalmente, a concessão monocrática da medida, submetida a *referendum* do plenário.

Embora o volume crescente de decisões monocráticas no Supremo Tribunal Federal imponha por si alguma reflexão⁴, a preocupação que norteia este trabalho não é a mera concessão monocrática de cautelares em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, mas a concessão monocrática que não encontra justificativa para subtrair do Plenário a grave competência, a ele atribuído pela Constituição, de afastar do ordenamento jurídico, ainda que provisoriamente, ato normativo derivado de outro dos poderes da República.

⁴ Quanto a essa afirmação, Ivar Alberto Martins Hartmann e Livia da Silva Ferreira (2015, p. 269) anotam que “uma pesquisa realizada com a base de dados do projeto Supremo em Números, da FGV Direito Rio, aponta que o percentual de decisões colegiadas no STF – tanto decisões de mérito, quanto liminares – está cada vez menor. E o fenômeno ocorre mesmo no controle concentrado de constitucionalidade”.

E o avanço das decisões monocráticas no STF compõe uma série de pontos frágeis da Suprema Corte, que tem sido objeto de vasta análise pela doutrina, daí Fabiana Luci de Oliveira e Luciana Gross Cunha afirmarem que “A falta de transparência na definição de sua agenda decisória, o excesso de decisões monocráticas (...) e a baixa aderência aos precedentes do próprio Tribunal, costumam ser os pontos centrais de crítica, resultando na opacidade de suas atividades” (OLIVEIRA, CUNHA, 2020, p. 2).

Tudo isso impõe uma sistematização mais clara das hipóteses que legitimariam a adoção da decisão monocrática em controle abstrato de constitucionalidade. E o primeiro passo para compatibilizar eventual decisão monocrática que afaste cautelarmente ato normativo com a exigência da reserva de plenário é que a situação excepcional que fora o móvel da concessão da medida estejafundamentadamente apontada na decisão. E não se trata do mero registro de tratar-se de situação urgente, pois isso já é próprio das medidas cautelares, que traz no *periculum in mora* um dos seus pressupostos. Cuida-se de deixar apontada, com clareza incontestável, a razão pela qual a medida cautelar não estará sendo, naquele caso, analisada pelo colegiado, conforme expressa previsão legal. Sim, pois a exigência trazida pela Lei 9868, que buscou coerência com a própria Constituição Federal, não pode ser desconsiderada sem argumentação robusta, que indique as convincentes razões que levaram o intérprete a afastá-la, razões essas tão fortes que, aplicado intransigentemente o dispositivo legal (que exige a decisão Plenária) no caso concreto, revelar-se-ia inconstitucional, pelo obstáculo que causaria ao pleno reconhecimento de direito ainda maior previsto na Constituição. Noutras palavras, quer parecer que a exigência da reserva de plenário só pode ser afastada se, aplicada no caso concreto, diante de urgência excepcional, resultasse na perda do direito previsto na Constituição que a própria ADI pretendia assegurar.

E é impossível ser diferente, pois a consequência do afastamento da norma editada pelo Legislativo por obra do Judiciário, tem, sempre inspirado nos freios e contrapesos, que estar fundada em argumentos legítimos, convincentes, claros, contundentes e, sobretudo expressados pelo Tribunal em sua colegialidade. O que assegura a legitimidade da grave intromissão do Judiciário nos atos normativos dos outros poderes é exatamente o fato de provir de uma decisão institucional, que reflete o pensamento da maioria de seus membros.

Acontece que, e essa foi a inspiração deste trabalho, em inúmeras oportunidades é possível identificar atuação monocrática no Supremo Tribunal Federal, que, sem uma justificativa

plausível, avança sobre competências do colegiado. A inegável constatação, todavia, reclamava a pesquisa ora apresentada, a fim de buscar a confirmação da disfuncionalidade revelada por tais decisões.

Observe-se que não se faz com isso um prejulgamento de que, em todos esses casos, o avanço monocrático tenha móvel que se afaste da mera interpretação jurídica. Porém, transigir com a exigência de que a atuação do Judiciário no controle de constitucionalidade das normas – função que mais o identifica enquanto integrante do sistema de freios e contrapesos – seja resultado do posicionamento da Instituição, e não do entendimento isolado de um de seus membros, é contribuir para a fragilização do equilíbrio que funda e mantém a separação dos poderes. Além disso, como anotam Arguelhes e Ribeiro (2018, p. 15-16), “A atuação individual descentralizada torna a política constitucional errática, ao vinculá-la às preferências de juízes que não necessariamente refletem a posição institucional do tribunal como ator coletivo”.

IV. A. Análise quantitativa

Com o fim de promover uma análise acerca do comportamento do Supremo Tribunal Federal quanto à exigência de decisão plenária nas cautelares em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, propuseram-se os autores a realizar um levantamento das decisões monocráticas proferidas pelos Ministros da Corte. Para tanto, optou-se por promover um recorte temporal, de modo que a análise se circunscrevesse às decisões proferidas em ADIs propostas entre 2010 e 2020 (junho). Além disso, foram excluídas da análise as decisões já submetidas a *referendum* do plenário, de modo que a pesquisa se debruçou sobre decisões dos últimos dez anos e ainda em vigência.⁵

_____ A partir desse critério, a pesquisa logrou encontrar 37 (trinta e sete) ADIs, sobre cujas decisões monocráticas seria realizada a segunda parte da pesquisa, constituída pela análise do mérito de tais decisões.

IV. B. Análise qualitativa

Como dito, foram identificadas 37 (trinta e sete) ADIs cujas decisões monocráticas ainda não haviam sido submetidas a *referendum* do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Reitere-se

⁵ O levantamento realizado consta, ao final, como apêndice.

que neste universo não estão incluídas decisões monocráticas proferidas pela Presidência da Corte, uma vez que esta competência tem expressa previsão legal na Lei 9868/99, e a preocupação do texto é analisar decisões monocráticas proferidas sem expresse respaldo constitucional/legal.

Para classificar as decisões pesquisadas quanto à existência de fundamentação optou-se por distingui-las em duas categorias: “*Fundamentada*” e “*Sem Fundamentação*”.

Na categoria denominada “*Sem Fundamentação*” foram classificadas aquelas decisões monocráticas que, de fato, não trouxeram qualquer fundamentação quanto à justificativa de a cautelar, naquele caso, ter sido concedida monocraticamente e não por seu juízo competente (plenário). Para tanto, não foi considerada como fundamentação a mera referência a suposto normativo que admitiria a concessão monocrática, como é o caso do artigo 21, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Tampouco foi considerada como fundamentação a simples referência a precedentes, ou mesmo construção que buscasse afirmar a possibilidade, em tese, da concessão monocrática da medida, sem que demonstrasse, entretanto, os motivos de fato que autorizavam, naquele específico caso, a concessão monocrática da cautelar, ou, visto de outro modo, a inviabilidade de submissão do cautelar ao colegiado. Tampouco foram consideradas como fundamentadas as decisões que se contentaram com argumentos genéricos e hipotéticos, que, por isso, não destacavam qual o aspecto de fato que autorizava a intrusão monocrática no caso específico em julgamento. Aqui é igualmente importante rememorar que a mera referência a existência do *periculum in mora* não se mostra suficiente para a concessão da cautelar por um único ministro, pois se o perigo na demora autoriza a concessão da cautelar, o autoriza por meio do plenário, conforme previsão normativa, salvo em caso de recesso. É preciso, portanto, uma urgência qualificada, que, naquele caso específico, justifique a razão para subtrair do plenário a competência para a apreciação da medida, e é essa urgência qualificada que se esperava encontrar expressamente apontada na decisão. Naturalmente, não pretenderam os autores avaliar o mérito da fundamentação, substituindo os critérios utilizados pelos Ministros pelos seus próprios critérios; avaliaram, contudo, se a fundamentação estabelecia correlação válida entre o caso concreto, e o *periculum in mora* nele revelado, e a inviabilidade de a decisão ser submetida à decisão colegiada, vale dizer, considerou-se sem fundamentação decisões que não tenham trazido argumentos que relacionassem o perigo na demora com alguma particularidade do caso apreciado que tornasse inviável a convocação do colegiado, sempre sob a perspectiva de que as cautelares devem ser analisadas, salvo em caso de recesso, pelo plenário da Corte.

Na segunda categoria, denominada “*Fundamentada*”, foram classificadas aquelas decisões que revelaram as razões pelas quais, naquele caso específico, optou-se por não aguardar a análise do colegiado. Observe-se, como dito acima, que não foi avaliado o mérito da fundamentação, mas apenas se foi indicada pelo Ministro, daí porque considerou-se “*Fundamentada*” tanto decisões que evocavam a breve sobrevinda do período de recesso, como decisões que se referiam à proximidade de determinado evento, como a imediata entrada em vigor do texto normativo questionado, a ser gravemente impactado pela decisão, que tornava inviável a espera da convocação do colegiado.

Nas 37 ADIs analisadas foram encontradas 39 decisões monocráticas proferidas, que ainda não haviam sido submetidas a *referendum* do plenário do Supremo Tribunal Federal.⁶ O número maior de decisões monocráticas (39) do que de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (37) deveu-se ao fato de que duas das ADIs analisadas continham, cada uma delas, duas decisões monocráticas.

Pois das 39 decisões monocráticas proferidas, 19 delas não continham fundamentação capaz de justificar a razão pela qual a decisão não fora submetida ao plenário, conforme exigência do artigo 97 da Constituição Federal de 1988 e do artigo 10 da Lei 9868 de 1999. As outras 20 decisões monocráticas objeto da pesquisa traziam fundamentação, cujo mérito não foi avaliado, conforme já registrado neste texto, que, em tese, autorizava a excepcionalidade da incursão monocrática da decisão.

O resultado da pesquisa, portanto, não deixa dúvidas de que a Corte tem permitido que decisões monocráticas, sem fundamentação, ocupem espaço constitucionalmente reservado ao plenário do Supremo. E essa grave situação inegavelmente contribui para a crítica costumeira de que o Judiciário nem sempre tem secontido, na relação com os outros Poderes, dentro dos limites traçados pela Constituição Federal de 1988.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 impôs a cláusula de reserva de Plenário – maioria absoluta do voto de seus membros – para o afastamento de ato normativo reconhecidamente inconstitucional. A previsão

⁶ Para ser mais exato, a pesquisa avaliou cautelares que não haviam sido submetidas a *referendum* até o dia 25 de junho de 2020

constitucional foi reproduzida na Lei 9868 de 1999, que estabeleceu o mesmo quórum para a concessão de medidas cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, salvo quando concedidas pela Presidência do Supremo Tribunal Federal no período do recesso.

A jurisprudência da Suprema Corte, todavia, passou a reconhecer a validade das decisões monocráticas em controle abstrato de constitucionalidade, quando concedidas em situações excepcionais que não permitiam a pronta convocação do colegiado.

A flexibilização conferida pela jurisprudência, contudo, acabou por alavancar o número de decisões monocráticas em ADIs e, com isso, o surgimento de decisões que não traziam qualquer justificativa para terem alijado a grave análise de seu juízo natural, que é o plenário do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa realizada pelos autores e descrita neste texto constatou que, do universo de decisões analisadas, 49% das decisões monocráticas foram proferidas sem fundamentação que amparasse o grave procedimento de ter sido obra de um único Ministro e não de todo o plenário, conforme previsto na Constituição e na norma infralegal.

A prática aqui apontada é preocupante, pois contribui para o discurso que pretende infirmar a legitimidade do Judiciário no exercício da fiscalização normativa. Talvez a mais grave das suas funções, o controle da constitucionalidade das normas, ainda quando provisório, deve resultar de um debate colegiado do Supremo Tribunal Federal, que represente o entendimento da Corte e não a posição de um de seus ministros.

VI. REFERÊNCIAS

Arguelles, D. W. & Ribeiro, L. M. (2018). Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos CEBRAP*, 37(01), 13-32.

Barroso, L. R. (2004). *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva.

Clève, C. M. (2010). Ação direta de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 40(10), 99-116.

Geck, W. K. (1966). *Judicial review of statutes: a comparative survey of present institutions and practices*. *Cornell Law Review*, 51(2), 250-304.

Hartmann, I. A. M. & Ferreira, L. S. (2015). Ao relator, tudo: o impacto do aumento do poder do Ministro relator no Supremo. *Revista Opinião Jurídica Fortaleza*, 13(17), 268- 283.

Madison, J. (1991). Artigo de n. 10. In: Weffort, F. C. (Ed), *Os clássicos da política* (p. 262-269). São Paulo: Editora Átila.

Oliveira, F. L. & Cunha, L. C. (2020). Reformar o Supremo Tribunal Federal?. *Revista Estudos Institucionais*, 6(1), 01-20.

Ramos, E. S. (2010). *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva.

VII. APÊNDICE

ADIs com decisões monocráticas ainda não referendadas pelo plenário concedida nos últimos dez anos(janeiro de 2010 a 25 de junho de 2020)			
ADI	RELATOR	CATEGORIA	DATAS
414 4	Celso de Mello	Sem Fundamentação	ADI proposta em: 17/09/08 Cautelar deferida em: 19/12/14

VI JORNADAS DE JÓVENES INVESTIGADORXS
Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja"

10 y 11 de noviembre de 2020

Simón Fernando Rougés - Universidad Nacional de Tucumán

srouges2@hotmail.com

Ex becario CONICET

Estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán
(Orientación historia).

Director de Tesis: Dr. Mario Rodolfo Leal

Co-Director de Tesis: Dr. Facundo Nanni

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Cátedra de Derecho Civil.

Eje Temático "Política Comparada en América Latina"

EL CICLO DE DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y SU RELACIÓN CON LA INTRODUCCIÓN
DE LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL EN LA EXPERIENCIA INSTITUCIONAL ARGENTINA
(1949-1994)¹

DESCONSTITUCIONALIZACIÓN – CUESTIONAMIENTO - CONSTITUCIÓN HISTÓRICA – REELECCIÓN
- PRESIDENTE

“Los hombres hacen su propia historia, pero no la hacen a su albedrío, bajo circunstancias que ellos mismos escojan, sino bajo circunstancias con las que se encuentran de una manera inmediata, dadas y heredadas. La tradición de todas las generaciones pretéritas pesa como un íncubo sobre el cerebro de los vivos. Y precisamente cuando parecen ocupados en subvertirse y subvertir las cosas, en crear lo que aún no existe, justamente en esas épocas de crisis revolucionaria hacen angustiosos conjuros para poner a su servicio los espíritus del pasado, les toman prestados sus nombres, sus consignas, su ropaje, para representar, con este vetusto disfraz y este lenguaje prestado, la nueva escena de la historia universal.”

- Carlos Marx, el 18 Brumario de Luis Bonaparte

¹ Doctorando: Simón Fernando Rougés. Director de Tesis: Dr. Mario Rodolfo Leal. Co-Director de Tesis: Dr. Facundo Nanni; Universidad Nacional de Tucumán – Ex becario CONICET. Estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (Orientación historia). srouges2@hotmail.com

En función a la forma en que se ha llevado a cabo la práctica constitucional a lo largo de la vida pública argentina y las perspectivas constitucionales que viene suscitando ese debate, el objetivo principal de esta investigación² es:

I) Reflexionar sobre las prácticas políticas producidas por las personas-civiles y militares- que indistintamente ejercieron la máxima magistratura nacional a través del periodo que los constitucionalistas argentinos denominan como ciclo de desconstitucionalización y su relación con los límites temporales prescriptos al ejercicio de esa magistratura por los artículos 77 y 78 (actuales 90 y 91) de la Constitución Nacional Histórica Argentina de 1853/60 con sus respectivas reformas realizadas en los años 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994.

Cuestión abordada desde una perspectiva múltiple. Por un lado, acentuando la mirada en un enfoque histórico del Derecho Constitucional³ argentino a luz del pensamiento del constitucionalista Carlos Sánchez Viamonte⁴ y la reciente historia argentina⁵. Y por otro lado,

² Comenzó en el año 2015 con la obtención de la beca CIUNT otorgada por la Universidad Nacional de Tucumán. Por el trabajo: “La reelección en los sistemas republicanos, representativos y federales: Los antecedentes, su evolución y sus perspectivas en la Constitución Nacional de 1994 y en la Constitución de la Provincia de Tucumán del 2006”. Continuando, el 12 de agosto de 2016, al participar en calidad de Ponente en la XVIII Conferencia Nacional de Abogados, con la ponencia: “La reelección de los mandatarios en los sistemas republicanos, representativos y federales: efectos y consecuencias en nuestro país y en la provincia de Tucumán”. Luego, se obtuvo la beca CONICET 2017 de finalización de doctorado. Más tarde, el 9 de noviembre de 2018 se participó en: “La Jornada Regional sobre Acceso a la Justicia y Derechos Humanos”; en calidad de Expositor, presentando el trabajo: El consenso social como mecanismo regulador en el uso de la violencia y represión del Estado. Reflexiones sobre el decreto presidencial N°683/18 en la Mesa Temática: 5 ACCESO A LA JUSTICIA Y VIOLENCIA ESTATAL. Ese trabajo se inscribió en el marco de las discusiones originadas por el decreto presidencial N°683/18 que modifica la reglamentación de la Ley de Seguridad Nacional. Los fundamentos esgrimidos por las partes que en su momento estaban a favor como en contra de este decreto, nos hicieron tomar una actitud crítica sobre ellos. Porque a nuestro entender, ninguna de ambas posturas, tenían en cuenta, al abordar el rol que debe desempeñar las fuerzas de seguridad, una perspectiva de la historia argentina reciente. Finalmente, se participó en las X Jornadas de Jóvenes Investigadorxs; Instituto de Investigaciones Gino Germani; 6, 7 y 8 de noviembre de 2019; EJE 10. DEMOCRACIA Y REPRESENTACIÓN EJE 2. PODER, DOMINACIÓN Y VIOLENCIA. La reelección presidencial y la posibilidad de trastornar los términos constitucionales del mandato presidencial en la República Argentina. Actualmente, a los efectos de poder defender públicamente esta investigación, la misma, se encuentra en proceso de ser culminada en el Doctorado en Ciencias Sociales (orientación historia) dictado por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional de Tucumán.

³ Por constituir uno de los elementos principales que forman al Derecho Constitucional. Al respecto ver: Joaquín V. González, *Manual de la constitución argentina (1853-1860)* (Buenos Aires: La Ley S.A. actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la constitución de 1994, I.S.B.N. 950-527-481-5, 2001), p.3 y 7.

⁴ “Recordar hoy al doctor Carlos Sánchez Viamonte es un acto de estricta justicia, que adquiere un doble sentido, ya que por una parte, es la reparación de un hombre ejemplar –brillante constitucionalista y destacado político, parlamentario y profesor universitario– y, por la otra, la de rescatar, no digo del olvido, pero sí de cierto silencio cómplice en torno de esa figura y su significación para las nuevas generaciones de argentinos. Por desgracia, el olvido o la ingratitud son frecuentes “monedas de pago” entre los argentinos, con el agravante de que el olvido trae aparejada la desinformación –cuando no la tergiversación– de la Historia “como hazaña de la libertad”, al decir de Benedetto Croce.” Palabras emitidas por el académico Dr. Jorge

a través de un enfoque sociológico, por medio de la teoría de la estructuración formulada por Anthony Giddens. Quien afirma:

*“El dominio primario de estudio de las ciencias sociales, para la teoría de la estructuración, no es ni la vivencia del actor individual ni la existencia de alguna forma de totalidad societaria, sino prácticas sociales ordenadas en un espacio y un tiempo. Las actividades humanas sociales, como ciertos sucesos de la naturaleza que se auto-reproducen, son recursivas. Equivale a decir que actores sociales no les dan nacimiento sino que las recrean de continuo a través de los mismos medios por los cuales ellos se expresan en tanto actores. En sus actividades, y por ellas, los agentes reproducen las condiciones que hacen posibles esas actividades.”*⁶

La importancia de poner el acento en la reproducción de las prácticas políticas de esos actores, radicó en el hecho de permitirnos trazarnos un segundo y tercer objetivo principal:

II) reflexionar sobre la incidencia que tendrán sobre esas prácticas, las vicisitudes del momento, tales como las han creado los acontecimientos y la tradición institucional argentina; y en función a las reflexiones arribadas:

III) Determinar el estado, en que actualmente, se encontraría el “ciclo de desconstitucionalización”.

Los fundamentos del segundo y tercer objetivo principal, se encuentran en la importancia de problematizar, a la luz de la teoría de la estructuración, las prácticas políticas producidas por las personas que ejercieron la máxima magistratura nacional, indistintamente si son militares o civiles. En función de no incurrir en la afirmación de que la experiencia institucional Argentina era absolutamente paradisíaca hasta acontecida la Revolución del año 1930. Y que a partir de ese año se volvería desastrosa por culpa de la casi continua intervención militar. Pues, sería una afirmación sesgada, maniquea y, sobre todo, excesivamente reduccionista de la compleja experiencia institucional argentina⁷. Y que

Reinaldo Vanossi, en Carlos Sánchez Viamonte (1892- 1972) Recuerdo de su vida: Obra y trayectoria. <https://www.ancmvp.org.ar/user/FILES/01Vanossi12.pdf>

⁵ Marina Franco y Daniel Lvovich, Historia Reciente: apuntes sobre un campo de investigación en expansión, Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, versión impresa ISSN 0524-9767 versión On-line ISSN 1850-2563, Bol. Inst. Hist. Argent. Am. Dr. Emilio Ravignani no.47 Buenos Aires dic. 2017

⁶ Anthony, Giddens, *La Constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración* (Buenos Aires: Amorrortu, 2°ed., 1° reimp. Traducción de: José Luis Etcheverry, ISBN 978-950-518-229-9, 2015), p. 40. (El sombreado me pertenece)

⁷ Franco Marina e Iglesias Mariana, dicen con respecto a este periodo, que: “ha quedado opacado por el peso histórico y memorial que han tenido los regímenes dictatoriales del siglo XX y por la consecuente centralidad que la dicotomía entre regímenes democráticos y autoritarios adquirió en las ciencias sociales para explicar el

además, nos impediría observar, siguiendo lo afirmado por Prudencio García: *“la implicación civil en ese crónico golpismo militar.”*⁸ En consecuencia, se utilizará el término “Revoluciones” y no el término “Golpes de Estado o Golpes militares”. Y siguiendo la misma lógica, se utilizará el término “Máxima magistratura nacional” y no “presidente constitucional o de facto”. Y el fundamento del tercer objetivo principal, se encuentra en las siguientes palabras de Juan Bautista Alberdi:

*“Yo he consagrado toda mi vida, es decir, todos mis estudios, todos mis escritos, todas mis determinaciones de carácter político, a un solo objeto –que es el mismo que tuvo en mira la revolución de América-, a saber: **la constitución de un Gobierno nacional, independiente y libre.** Ese fué, al menos, el voto con que fue destituido el Gobierno de España en los países del Plata, que habían sido su colonia y su dominio, a título de descubrimiento y conquista; y ese voto está consagrado expresamente en las actas inaugurales del nuevo régimen, datadas en Buenos Aires el 25 de Mayo de 1810 y en Tucumán el 9 de Julio de 1816. **Mientras ese objeto esté sin realizarse, todo trabajo político, todo programa, todo Gobierno que no se ocupe de realizarlo, sale del sendero de la revolución, pierde su tiempo y cae en el más estéril y deplorable extravío. Constituir un Gobierno regular y dar al país su libertad no son dos cosas diferentes, sino la misma y sola cosa con dos nombres.**”*⁹

En este orden de ideas, el **primer paso** fue, repensar el sentido dado por la doctrina nacional al concepto de “ciclo de desconstitucionalización” en la experiencia institucional Argentina. Para esta tarea se tuvo en cuenta los trabajos de Juan José Sebreli¹⁰, Ernesto Palacio¹¹, Peter Waldmann¹², Luigi Ferrajoli¹³, Mario Daniel Serrafiero¹⁴ y Pablo Gustavo

transcurso de la historia contemporánea latinoamericana.” *El Estado De Excepción En Uruguay y Argentina. Reflexiones Teórica E Historiográfica.* (Rio de Janeiro: Revista De Historia Comparada, 2011), p. 5-1: 91-115.

⁸ Prudencio García, *El drama de la autonomía militar, Argentina bajo las Juntas Militares* (Madrid: Alianza Editorial, S.A., Prólogo de Ernesto Sábato, ISBN: 84-206-9414-2, 1995), p. 76.

⁹ Juan Bautista Alberdi, *obras selectas, nueva edición, ordenada, revisada y precedida de una introducción por el Dr. Joaquín V. González, Senador Nacional, tomo xvii, Estudios Políticos*, (Buenos Aires, librería << la facultad >> de Juan Roldán, 1920), p. 1. (El sombreado y subrayado me pertenecen.)

¹⁰ Juan José Sebreli, *Crítica de las ideas políticas argentinas, Los orígenes de la crisis*, (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, segunda edición, ISBN 950-07-2273-9, 2002).

¹¹ Ernesto Palacio, *Historia de la Argentina 1515 – 1976* (Buenos Aires: Abeledo – Perrot S.A., undécima edición, abril de 1979).

¹² Peter Waldmann, *El Peronismo 1943 – 1955* (Buenos Aires: Hyspamérica Ediciones Argentina, S.A., 1985, ISBN 950-614-360-9, Título original alemán: *Der Peronismus 1943-1955*, traducción de Nélide Mendilaharsu de Machain, 1985).

¹³ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, (Madrid: Trotta S.A. prólogo y traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Título original; *Poteri selvaggi. La crisi de Ila democrazia italiana.* 2011; ISBN; 978-84-9879-207-2. 2011).

¹⁴ Mario Daniel Serrafiero, *Reelección y sucesión presidencial, Poder y Continuidad, Argentina, América Latina y EE.UU.*, (Buenos Aires: Fundación Editorial Belgrano, I.S.B.N: 950-577-219-X, 1997).

Hirschmann¹⁵. Y en función a ello, observamos que para la mayoría de los constitucionalistas argentinos, el ciclo de desconstitucionalización, se iniciaría con la revolución producida el 6 de septiembre de 1930. Marcando una declinación del derecho constitucional argentino; y en donde, se sucederán, en diversas etapas, cuestionamientos a la legitimidad constitucional¹⁶.

Para Zaffaroni esta deslegitimación se observara, cuando:

“la Unión Cívica Radical al retirarse de la Asamblea Constituyente de 1949, dejó formalmente deslegitimada la Constitución del 49 y condicionó a que durante muchísimos años no supiésemos qué constitución teníamos.”¹⁷

Germán J. Bidart Campos, sostiene con su teoría del trialismo en el derecho constitucional, que las mutaciones son un fenómeno de la dinámica de una constitución. Enumera cuatro tipos de mutaciones y entre ellas, se encuentra: La mutación por desconstitucionalización. El, afirma que esta:

“Se produce cuando toda la constitución formal, o una parte importante de ella, pierden vigencia sociológica, a raíz de cualquier fuente que la hace decaer al introducir contenidos opuestos. En el derecho comparado, se cita el caso de la constitución alemana de Weimar, de 1919 que, sin ser reformada ni derogada, fue sustituida por una constitución material divergente durante el régimen nacionalsocialista¹⁸”.

Pero, lo que nosotros queremos resaltar, al hacer mención del ciclo de desconstitucionalización, es que para algunos constitucionalistas, continuaría abierto y para otros cerrado. Y lo que es más interesante reflexionar, son las razones en que se fundan. Para aquellos que consideran cerrado este ciclo, se lo atribuyen a “la violencia”¹⁹ militar; como dice al respecto Humberto Quiroga Lavié, cuando afirma que:

¹⁵ Pablo Gustavo Hirschmann, La Desconstitucionalización en la Argentina (1928-2011), Disertación del Dr. Pablo Gustavo Hirschmann en sesiones privadas del Instituto de Política Constitucional, de los días 15 de junio y 3 de agosto de 2011

¹⁶ Jorge Reinaldo Vanossi, *La Constitución Nacional de 1949* (Comunicación del académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005). https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/La_constitucion.pdf

¹⁷ Raúl E. Zaffaroni, *Diálogo sobre la Constitución de 1949* (Buenos Aires: Revista Derecho Público, Año IV – N° 11, 2015), p.289 (el subrayado me pertenece.)

¹⁸ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la constitución reformada, (Manual de la Constitución reformada, TOMO I, Primera reimpression, Buenos Aires: SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA, COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA.1998), p.309. (El subrayado me pertenece.)*

¹⁹ Nos adherimos a: “la postura que desecha cualquier identificación simplista de las violencias de diversos tipos y signos que se verificaron en la historia reciente argentina tanto como una explicación omnicompreensiva anclada únicamente en “la violencia” y su incremento; como así también, aquellas que incluyen la teoría de los dos demonios o sus versiones remozadas, hasta perspectivas democratistas que han colocado a la violencia como antagónica de la política, condenando en bloque a “la violencia” de los años 70 y renunciando en gran

“...la violencia militar instala por primera vez el de facto en la historia constitucional, por obra del golpe de estado que produce el General José F. Uriburu, quien ocupa la presidencia en 1930. Comienza así un largo periodo de desconstitucionalización, que ha concluido con la asunción de Raúl Alfonsín a la presidencia en 1983.”²⁰

Pero, luego, sostiene que el ciclo se habría cerrado con la reforma del año 1994, al afirmar que:

“En 1957 el gobierno de facto que derrocó a Perón incorporó los derechos sociales del trabajador en el art. 14 bis de la Constitución: la reforma no contó con la legitimidad de origen en razón de que la declaración de la necesidad de la reforma fue dispuesta por decreto por no funcionar el Congreso; el vicio fue superado recién con la reforma de 1994 que ratificó dicho texto. En dicho año una amplia reforma de la Constitución, producto del denominado Pacto de Olivos entre el justicialismo y el radicalismo, cierra el ciclo de los cambios constitucionales argentinos.”²¹

Por el otro lado, están los constitucionalistas que sostienen que este ciclo continuaría abierto; y lo fundamentan en cuestionamientos a su legitimidad; como Vanossi, quien dice:

“... comienzo de la “desconstitucionalización”, es que se abre un ciclo no cerrado hasta ahora, de verdadera declinación del derecho constitucional argentino, en el que se han sucedido en diversas etapas cuestionamientos a la legitimidad. Esto es algo más hondo y algo más grave que el cuestionamiento o el ataque a la legalidad, porque la legitimidad, como bien ha sido definida por Max Weber, es la creencia en una cierta legalidad. Representa pues todo un pensamiento, es todo un sistema de valores, es todo un conjunto o ideario, en torno a cómo debe ser el sistema institucional de un país. Y eso es lo que se ha cuestionado durante gran parte del último siglo, sin que ninguno de los contestatarios haya podido hasta hoy arbitrar realmente un sistema sustitutivo o equivalente, que asegurando iguales beneficios pudiera tener la misma aceptación y la misma perduración que el anterior.”²²

Siguiendo las opiniones de los constitucionalistas argentinos, el ciclo de desconstitucionalización, tendría como características principales:

parte a explicarla” Gabriela Águila. La represión en la historia reciente argentina: Perspectivas de abordaje, conceptualizaciones y matrices explicativas. Pág.2

²⁰ Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)* (Buenos Aires: La Ley S.A. actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la constitución de 1994, 2001), p.504.

²¹ Joaquín V. González, *“Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)”*, (Buenos Aires, La Ley S.A., actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la Constitución de 1994, I.S.B.N. 950-527-481-5), p.33/34. (El subrayado me pertenece.)

²² Jorge Reinaldo Vanossi, *La Constitución Nacional de 1949* (Comunicación del académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2005), P. 4. https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/La_constitucion.pdf (El subrayado me pertenece.)

I) La apertura del ciclo de desconstitucionalización se habría producido, con la primera Revolución en tener éxito²³ en el año 1930 (Existe uniformidad de criterio en la Doctrina Argentina); en cambio,

II) No hay uniformidad de criterio, con respecto a que si continúa abierto o se encuentra cerrado. Existiendo tres (3) posiciones: a) cerrado en el año 1983 (Son varias las causas dadas); b) cerrado o finalizado, en el año 1994 con la reforma constitucional celebrada ese año; y finalmente, no cerrado todavía.

III) Una primera etapa, en donde, existió un cuestionamiento al sistema constitucional y a la democracia constitucional. Y una segunda etapa, en donde, se cuestionaría la legitimidad del texto constitucional histórico de 1853/60 con su reforma del año 1957.

El segundo paso, consistió en repensar el ciclo de desconstitucionalización, evitando tener una mirada sesgada sobre los gobiernos encabezados por civiles y militares. Anatemizando a estos últimos y convirtiendo a los primeros en defensores a ultranza de la democracia constitucional. A tal efecto, se desconstruyó la versión histórica construida en torno al 24 de marzo de 1976²⁴, analizando las partes de continuidad y discontinuidad que se dieron a través, de un conjunto de acciones, normas, leyes, conductas políticas y el constante consenso existente entre las fuerzas políticas civiles y las Fuerzas Armadas en el intervencionismo militar crónico del sistema político argentino²⁵, llevadas a cabo, desde la Revolución del año 1930 hasta la reforma constitucional del año 1994 y cristalizadas en la letra de la Constitución Nacional Argentina²⁶.

²³ Se remarca la palabra “Éxito” por considerar que es un adjetivo que nos permite desconstruir los quiebres históricos producidos por las Revoluciones o golpes de Estado. Y a la vez, nos permite tener en cuenta que existieron otras Revoluciones o golpes de Estado al orden constitucional que no tendrían éxito.

²⁴ Nos adherimos a las nuevas líneas de renovación sobre la represión; en donde se pone en discusión por un lado, la idea de ruptura o excepcionalidad que el golpe de estado representa y se señala la particularidad de las continuidades existentes entre represión pre y post-golpe y por otro lado, en donde se rediscute las periodizaciones establecidas. Gabriela Águila. La represión en la historia reciente argentina: Perspectivas de abordaje, conceptualizaciones y matrices explicativas.

²⁵ Esto no implica subsumir ni eliminar diferencias entre los regímenes autoritarios y democráticos, sino evitar las lecturas mitificadas de los periodos democráticos y las interpretaciones parentéticas de las dictaduras.

²⁶ En un trabajo de posgrado titulado: “La renovación del juramento del ejercicio profesional de la abogacía, por parte de un grupo de abogados ante la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán y su relación con los estatutos militares y la Constitución Nacional Argentina: Formas de producir y legitimar situaciones “normales” de por sí “anormales”, realizado en el marco del Trabajo práctico para el curso de postgrado: Antropología Política y Jurídica: Burocracias penales y administrativas. Se reflexionó acerca de la incidencia que tuvo en la reciente historia argentina, el juramento realizado por los nóveles abogados tucumanos. Quienes sí pretendían ejercer la profesión de abogado, debían jurar por el fiel cumplimiento de la Constitución Nacional y además jurar también respeto y obediencia a las Actas y Estatutos del gobierno militar autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”, durante la última dictadura militar (1976-1983), en la provincia de Tucumán. El 30 de agosto de 2018, en el marco de una iniciativa impulsada por el Colegio de Abogados de la Provincia de

El tercer paso, giró en torno a los tres objetivos principales. En donde se analizó:

- Las fuentes históricas²⁷ que nutrieron a la Constitución Nacional Histórica de 1853/60 con sus reformas; como así también de
- Las prácticas políticas producidas por los actores que ejercieron la máxima magistratura nacional y su relación con la introducción de la reelección presidencial en la experiencia institucional argentina; durante los procesos denominados como de: a) organización nacional; b) ciclo de desconstitucionalización; y de c) redemocratización durante los mandatos presidenciales de Alfonsín y Menem.

El análisis de las fuentes históricas y de las prácticas políticas de las personas que ejercieron la máxima magistratura nacional, tuvieron la virtud de permitirnos plantearnos nuevos objetivos y preguntas secundarias relacionadas con la **hipótesis** (“La introducción de la reelección presidencial, a través de la reforma constitucional del año 1994, no habría tenido su origen en el Pacto de Olivos celebrado por Raúl Ricardo Alfonsín y Carlos Saúl Menem.

Tucumán, cuyo objetivo fue “propiciar la toma de un nuevo juramento ajustado a derecho a todos aquellos abogados que puedan haberse sentido obligados a jurar en condiciones forzosas y agraviantes, sin el respeto por sus íntimas convicciones democráticas” , el Alto Tribunal de la Provincia autorizó la realización de este acto protocolar, por Acordada N°964/2018. A tal efecto, se realizó una jura de carácter voluntaria y simbólica, en la que los letrados que se incorporaron a la profesión durante el periodo de la última dictadura militar, tuvieron la oportunidad de hacerlo conforme a derecho, de acuerdo a lo establecido por el art. 10 de la Ley N°5.233. La jura simbólica, realizada por mis colegas, me hizo indagar sobre las formas de realizar este juramento; y al mismo tiempo, analizar los distintos textos legales sobre los cuales, se sirvieron para llevarlos a cabo. Teniendo la virtud de iluminar con nueva luz, al ciclo de desconstitucionalización. El cual, no tan solo se manifestará con la irrupción de los golpes de estado y los quiebres constitucionales; sino también, a través de prácticas burocráticas que se montarán sobre burocracias preexistentes, continuando no sin cambios-prácticas, lógicas y procedimientos regulares que son una forma de producir y legitimar situaciones “normales” de por sí “anormales”; como ocurrió con la jura de los abogados tucumanos ante la Corte Suprema de Justicia de Tucumán durante la última dictadura militar, los cuales, si pretendían ejercer la profesión, debían jurar obediencia a las Actas y Estatutos del gobierno del “Proceso de Reorganización Nacional”. Pero, el pedido de renovación del juramento solicitado por el Colegio de Abogados de Tucumán en el año 2018: a) tuvo “la virtud de sacar luz sobre un conjunto de comportamientos que habían sido naturalizados e invisibilizados sobre aquellas particularidades que habitualmente aparecen opacadas” ; b) permitió desconstruir el quiebre histórico y memorial construido alrededor del 24 de marzo del año 1976; c) permitió observar la importancia que tienen los Estatutos militares en este ciclo de desconstitucionalización; y d) como dentro del marco del Estatuto Fundamental del año 72 se reguló el periodo constitucional de 1973 a 1976 (que se hacía con el “Ejercicio del poder constituyente”, reformando quince y eliminando cuatro artículos de la Constitución Nacional. Lo que hay que destacar es que la gran mayoría de estas reformas serían incorporadas en la reforma constitucional de 1994); y finalmente e) como muchos sucesos ocurridos en la provincia de Tucumán no deben ser soslayados si se pretende entender la lógica entre gobiernos dictatoriales y democráticos, por el importante rol que ha jugado a lo largo de la historia Argentina; en muchos sentidos, anticipándose a los vaivenes del país.

²⁷ Las fuentes utilizadas, fueron: La Constitución Nacional histórica, los 6 tomos de: “Asambleas Constituyentes Argentinas”, de Ravignani, Emilio, las fuentes históricas de la Constitución Nacional, las reformas constitucionales de los años 1949, 1957, 1994, la vigesimosegunda enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, las distintas proclamas militares, los estatutos dictados por las autodenominadas “Revolución Argentina” “Proceso de Reorganización Nacional”, los dictámenes del “Consejo para la Consolidación de la Democracia”, las constituciones provinciales y el pacto de Olivos.

Sino que, sería el reflejo de prácticas reproducidas por las personas que ejercieron la máxima magistratura nacional, durante la experiencia institucional argentina, denominada por los constitucionalistas argentinos como: “Ciclo de desconstitucionalización”.”) y **la pregunta principal de investigación** (¿Cuál es la relación existente entre: el ciclo de desconstitucionalización y la introducción de la reelección presidencial suscitada en los años 1949 y 1994 en la experiencia institucional Argentina?). Dando origen a los cuatro ejes sobre los cuales gira esta investigación (**Cuarto paso**). Ejes elegidos por ser momentos claves y de inflexión²⁸, en la experiencia institucional argentina. Y que además, tienen la virtud de: I) echar nueva luz sobre aspectos opacados por la mirada dicotómica entre gobiernos encabezados por militares y civiles, relativos a la discusión sobre la consolidación de la democracia constitucional en la República Argentina; y II) permitirnos conceptualizar el objeto de esta investigación: las prácticas producidas por las personas que ejercieron la máxima magistratura de la Nación Argentina y su relación con la introducción de la reelección presidencial a través de las reformas constitucionales de los años 1949, 1957 y 1994 durante el periodo denominado por los constitucionalistas argentinos como “ciclo de desconstitucionalización”.

El primer eje, se desenvuelve en torno a los mandatos presidenciales de: Raúl Ricardo Alfonsín y Carlos Saúl Menem. Estando inspirado en la idea de Mariano Moreno de que:

”...el pueblo no debe contentarse con que sus jefes obren bien; él debe aspirar a que nunca puedan obrar mal; que sus pasiones tengan un dique más firme que el de su propia virtud; y que delineado el camino de sus operaciones por reglas que no esté en sus manos trastornar, se derive la bondad del gobierno, no de las personas que le ejercen, sino de una constitución firme, que obligue a los sucesores a ser igualmente buenos que los primeros, sin que en ningún caso deje a éstos la libertad de hacerse malos impunemente”²⁹.

El mismo tiene como objetivo principal: Reflexionar sobre la relación existente entre las prácticas políticas producidas por Alfonsín y Menem y las prescripciones estipuladas por los artículos 77 y 78 (actuales 90 y 91) de la Constitución Nacional Argentina; a través de los acontecimientos acaecidos durante sus mandatos, considerados como hitos por Sebreli y Serrafero. Posteriormente y en función de elucidarlo, nos plantemos, **dos objetivos**

²⁸ Mario D. Serrafero, *Estudios sobre la Constitución Nacional, Momentos Institucionales y Modelos Constitucionales* (Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S.A., ISBN: 950-25-2422-5, 1993), p.10.

²⁹ Mariano Moreno, Ensayo: “Sobre las miras del Congreso que acaba de convocarse”, comenzado a publicarse en La Gaceta el 28 de octubre de 1810.

secundarios: I) Desvelar las causas del proceso reformista constitucional que desembocaría más tarde en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994; y II) Sacar del olvido, a la reforma constitucional del año 1949³⁰. Teniendo como pregunta guía de este eje: ¿Qué incidencias tuvieron las prácticas políticas producidas por Alfonsín y Menem en el ciclo de desconstitucionalización y en las prescripciones estipuladas por los artículos 77 y 78 (actuales 90 y 91) de la Constitución Nacional Argentina?

Al contemplar y reflexionar sobre las consecuencias que tuvo el triunfo de Alfonsín en las elecciones del año 1983 y el traspaso adelantado del mandato presidencial, en el posterior desarrollo de la experiencia institucional Argentina, advertimos que ambos, constituyen puntos de inflexión y a la vez de partida fundamental para comprender el complejo conjunto de principios y valores organizativos propios que caracterizan a la Constitución Nacional Argentina. Y principalmente, al más autóctono de sus institutos: El Poder Ejecutivo Nacional. En este orden de ideas, fue que a través del análisis de los procesos reformistas encabezados por Alfonsín y Menem, nos encontramos frente a la existencia de sedimentos de prácticas políticas relacionadas con las prescripciones estipuladas por los artículos 77 y 78 del texto constitucional; producidas por personas que ejercieron la máxima magistratura nacional con anterioridad a ellos; y que Alfonsín como Menem reproducían, en los procesos reformistas encabezados por ellos. Cuestión que nos permitió arribar a la conclusión de que:

“El proceso reformista encabezado por Menem que desembocaría en la reforma constitucional del año 1994 e introduciría la reelección presidencial en la experiencia institucional argentina, no fue la continuación del proceso reformista encabezado por Alfonsín; ni tuvo su origen en el Pacto de Olivos. Sino que ambos procesos serían el reflejo de procesos reformistas anteriores a ellos.”

Permitiéndonos, correr el velo histórico construido en torno a la última dictadura militar por el discurso alfonsinista³¹ y reflexionar sobre convencionalismo fuertemente arraigados en la sociedad argentina.

³⁰ Zaffaroni E. Raúl, afirma que a la Constitución de 1949 se la quiso borrar de la historia. Revista Derecho Público, Año IV – N° 11 – noviembre 2015, ISSN 2250-7566, Pág. 284.

³¹ Marina Franco, con respecto a una pregunta que le hacen en una entrevista, dice:” –Después de 1983 se construye la ida de un corte en torno del golpe del 24 de marzo. Es algo que se construyó tras el fin de la dictadura y el juicio a las Juntas. Hubo como un corte abrupto de la historia, y la represión pasó a ser sólo obra del accionar que llevaron a cabo las Fuerzas Armadas, cuya responsabilidad es innegable, pero no estuvieron solas. Esta visión se basa en un corte memorial, construido y difundido por el alfonsinismo y que sigue vigente hasta el día de hoy. Se trata de una interpretación que impidió ver el rol de los civiles, el peronismo, las demás fuerzas políticas y diversos actores sociales que respaldaron y brindaron su conformidad para la represión que se ejerció con anterioridad al '76. Además, el impacto brutal de la dictadura con el terrorismo de Estado y la

En el segundo eje, se repensó las fuentes históricas del Derecho Constitucional Argentino y la incidencia que tuvo el pronunciamiento del 1° de mayo de 1851 producido por Urquiza en la conformación: I) del Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina; y II) los artículos 77 y 78 de la Constitución Nacional Histórica Argentina de 1853/60. En donde se contrapuso: I) las razones históricas de la prohibición de la reelección inmediata del presidente esgrimidas por el constitucionalista y convencional constituyente García Lema³², con motivo de la reforma constitucional del año 1994 (donde se eliminaría esa prohibición); II) el lugar que le da el constitucionalista y convencional constituyente Rosatti a las fuentes históricas locales y al proyecto de Constitución Alberdiano con relación a las extranjeras, en su análisis del texto histórico constitucional, con motivo de conmemorarse el bicentenario de la Independencia Argentina³³; y III) la opinión de otros constitucionalistas argentinos³⁴. Tarea que: a) tuvo la virtud de iluminar con nueva luz, las fuentes históricas que nutrieron la gestación de la Constitución Nacional Histórica de 1853/60 y su incidencia en la delimitación de los límites temporales prescriptos al mandato de la máxima magistratura nacional, tanto en el texto histórico constitucional como en el texto reformado del año 1994; b) nos permitió observar la existencia de la posibilidad de la reelección inmediata en el ensayo constitucional del año 1819 y de su prohibición en el ensayo constitucional del año 1826. Reflejándose en ambos ensayos constitucionales, la gran diferencia con la Constitución de los Estados Unidos de Norte América; la cual, no pondrá límites temporales al mandato de la persona que desempeñe la máxima magistratura nacional; como así también, c) nos haría comprender que el texto constitucional argentino es el cúmulo de la experiencia institucional argentina³⁵; y no

desaparición forzada de personas significó una conmoción muy grande, y en parte eso explica por qué el énfasis se haya depositado mayormente sobre los crímenes de los militares.

—¿Lo que propone es desarmar una versión histórica?

—Exactamente, se trata de desarmar la ruptura que se construyó en torno del 24 de marzo y analizar las partes de continuidad que se dieron en eso”. <https://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-204600-2012-10-01.html>

³² La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción con la colaboración del Dr. Jorge Mosset Iturraspe (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, ISBN 950-727-063-9, 1994), p. 329/330.

³³ Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario (Buenos Aires: Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 1ra. Edición, 2015), P. 103/104. http://www.saij.gov.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf

³⁴ Juan A. González Calderón, *Curso de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 6° edición, revisada y actualizada por Ernesto J. Miqueo Ferrero, profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1978).

³⁵ Joaquín V. González, *Manual de la constitución argentina (1853-1860)* (Buenos Aires: La Ley S.A. actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la constitución de 1994, I.S.B.N. 950-527-481-5, 2001), p.30.

un catálogo u hoja llena de principios abstractos importados o surgida de la nada³⁶. Experiencia que dejó sus marcas y huellas, en el cuerpo del texto histórico de 1853/60 (Como en el texto reformado de 1994) y le fue imprimiendo en el articulado, su fisonomía. Tan solo hay que saber observar. Pues, algunas huellas al no tener una aparente explicación satisfactoria en el terreno teórico; si la tienen en el histórico. Como ocurre, por ejemplo con los artículos: I) N°29 (la prohibición de otorgar facultades extraordinarias, ni la suma del poder público); II) N° 52 (sobre el 1° de mayo, fecha de apertura de las sesiones del congreso nacional y en donde se conmemora el pronunciamiento de Urquiza y se festeja el día de la Constitución Nacional)³⁷; y III) N° 77 y 78 (sobre los límites temporales del mandato de la máxima magistratura nacional. Actuales 90 y 91 del texto reformado de 1994). Pero, advertimos que la doctrina nacional no le da la trascendencia merecida; o peor aún, se encuentra opacado y/u olvidado por una variada gama de: a) acontecimientos (principalmente por la trascendencia dada por la doctrina nacional al Pacto Federal del año 1831; y a la magnitud de los efectos producidos por la batalla del 3 febrero de 1852 en Monte Caseros³⁸ y

³⁶ Carlos Sánchez Viamonte, El Poder Constituyente, Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino (Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina), p. 23.

³⁷ Artículo 52.- Ambas Cámaras se reunirán en sesiones ordinarias todos los años desde el 1° de Mayo hasta el 30 de Setiembre. Pueden también ser convocadas, extraordinariamente por el Presidente de la Confederación, ó prorrogadas sus sesiones.

Art. 29 de la C.N: "El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, *facultades extraordinarias*, ni *la suma del poder público*, ni otorgarles *sumisiones o supremacías* por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria". Estrada dice al respecto de este artículo, que: " *Por lo demás, ese artículo, aunque no tuviera ninguna explicación satisfactoria en el terreno teórico, tiene una explicación histórica. Ha tenido origen en padecimientos profundo de la nación. Los primeros gobiernos revolucionarios rigieron los destinos públicos con facultades discrecionales. Estas facultades fueron ejercidas alternativamente en perjuicio y en beneficio, en gloria y en vergüenza del país. Cuando Rivadavia trataba de dar una organización política regular a la provincia de Buenos Aires, indujo al gobernador de que era ministro a renunciar las facultades extraordinarias, y ellas desaparecieron; pero fueron restablecidas en seguida de la disolución nacional de 1827, en medio de los desbordes anárquicos que a ella subsiguieron. Rosas las usó brutalmente durante su primer gobierno; y cuando atizaba la demagogia para apoderarse de la omnipotencia, aplastar la sociedad y arrastrarla a la ignominia, los últimos restos del partido federal que le resistían, trataron de oponerle como barrera, en el proyecto constitucional de 1833, la abolición de las facultades extraordinarias para lo ulterior. El proyecto de Constitución sucumbió como sus autores. La tiranía cayó en 1852; y en 1860 se consignó en la Constitución Nacional la declaratoria recogida del proyecto de 1833, añadiéndole todas las vergonzosas denominaciones que la monstruosidad prohibida recibió en aquella época infanda. Tal es el origen de este artículo. Mirémoslo con respeto; está escrito con la sangre de nuestros hermanos...*" José Manuel Estrada, *Curso de Derecho Constitucional* (Editorial Científica y Literaria Argentina, Atanasio Martínez, tomo I, Segunda edición, 1927).

³⁸ Ejemplos de esto se puede observar en el trabajo de Serrafiero, en donde afirma que: " Sabido es que la batalla de Caseros marcó el inicio del período de Organización Nacional en la Argentina, con el imperativo tantas veces – y durante tanto tiempo- postergado del dictado de una Constitución Nacional. ". Mario D. Serrafiero, *Estudios*

la figura de Rosas); y b) convencionalismos (Que la Constitución Argentina es una mera copia de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América).

Este eje, estuvo inspirado en las siguientes afirmaciones esgrimidas por Sánchez Viamonte y José Manuel Estrada:

“Quien hiciese una narración sintética de la vida institucional y de las doctrinas políticas en América, podría decir bíblicamente:” Antes de la Constitución era el caos, y ya entonces la Constitución flotaba como el espíritu de Dios sobre las aguas, conteniendo el secreto de la vida” Y hasta ahora nuestro Derecho constitucional no ha intentado descubrir ese secreto, detenido tal vez por el temor al sacrilegio.

En América, la Constitución tiene un significado propio, desconocido en Europa. Allá es, simplemente, una etapa de la transformación secular; aquí, el punto de partida de toda evolución. Allá es una conquista realizada por el esfuerzo popular contra la autoridad tradicional, contra el poder de las clases privilegiadas; trofeo de lucha, limitación impuesta al abuso de los fuertes. Aquí, un fruto de civilización por todos cultivado, síntesis de aspiraciones inobjetables, obra de colaboración concorde aunque no siempre pacífica, molde en el que se volcó, como en su propio lecho, la voluntad real o presunta de los pueblos.

Lo que constituye el hecho nuevo, fundamental y sensacional de la época contemporánea, no es la democracia, que asoma constantemente a lo largo de la Historia, ni la república, que se presenta bajo diversos aspectos; es el constitucionalismo.”³⁹

“Las condiciones físicas de la monarquía española imposibilitaban al rey para ejercer directamente su omnipotencia social, cuya sustancia tenía por fuerza que delegar a fin de plantearla en América. De otra manera su ineficacia en razón de la distancia, la habría convertido en una entidad nominal o abstracta. Pero ¿cuál debía ser la medida de esta delegación? Si el rey la hubiera hecho en beneficio de una sola institución, ya fuera un cuerpo ya la encarnara un individuo, ¿no es evidente el peligro de que le fuera usurpado en fuerza de la plenitud de energía otorgada al mandatario? –Esto es igualmente exacto, señores, sean cualesquiera la naturaleza y condiciones de la soberanía que se delega. Por eso los pueblos que quieren salvar sus derechos deben huir de toda concentración de poder en sus delegados. La soberanía democrática, corre en caso contrario riesgo idéntico de que el donatario vuelva sus dones contra el donador.

sobre la Constitución Nacional, Momentos Institucionales y Modelos Constitucionales (Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S.A., ISBN: 950-25-2422-5, 1993), p.27.

³⁹ Carlos Sánchez Viamonte, *El Poder Constituyente, Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino* (Buenos Aires: Editorial bibliográfica Argentina), p. 23. (El subrayado me pertenece.)

De este principio emanaba la división jurisdiccional de los gobernantes del Plata y nuestro antiguo régimen provincial: antecedente histórico que no debe perderse de vista cuando nos internamos en los secretos trascendentales de la organización argentina, y que recién ha sido consultado en la Constitución vigente, nacida de la enseñanza de sangrientas experiencias.”⁴⁰

El **tercer eje**, fue abordado a la luz de la tradición, acontecimientos y las prácticas políticas producidas por las personas –civiles y militares indistintamente- que ejercieron la máxima magistratura nacional durante los años 1928 a 1958 (Yrigoyen, Uriburu, Justo, Ortiz, Ramírez, Farrell, Perón y Aramburu). Con el objetivo de consignar las características principales de esas prácticas (Primer objetivo del capítulo). Tarea desarrollada a través del análisis de: I) la palabra aparentemente pintoresca de “Revolución”; y II) de los fundamentos esgrimidos en las proclamas emitidas por las personas que encabezaron esas Revoluciones. Las características extraídas, serían:

- La costumbre de participar en alguna “Revolución”;
- La costumbre de emitir proclamas en cada “Revolución” (Excepto Yrigoyen. Pues, no tuvieron éxito, las Revoluciones en donde participó);
- La costumbre de utilizar el término provisional al hacer referencia a la duración en el cargo de máximo magistrado de las personas que encabezaron esas Revoluciones (En el caso de Yrigoyen, su eslogan durante sus campañas presidenciales, sería: “del Gobierno a la casa”);
- La costumbre de jurar por la observancia y vigencia de los preceptos contenidos en la Constitución Nacional Histórica Argentina del año 1853/60 al asumir la máxima magistratura nacional (El programa político del Yrigoyenismo era la Constitución Nacional);
- La costumbre de utilizar las fuerzas de seguridad para dirimir cuestiones políticas (En el caso de Yrigoyen: la intervención federal de las provincias opositoras, la semana trágica y la Patagonia Rebelde);
- La costumbre política de despreciar al Poder Legislativo;
- La costumbre de gozar del consenso civil y militar en cada uno de esas “Revoluciones”.

⁴⁰ José Manuel, Estrada, *Lecciones sobre la historia de la República Argentina*, tomo I, tercera edición, Editorial Científica y Literaria Argentina, Atanasio Martínez, 1925. Pág. 213.

Estas características nos harían reflexionar sobre las prácticas políticas producidas por las personas que intervinieron en los acontecimientos históricos conocidos con el nombre de “Revoluciones”, arrojando las siguientes observaciones:

I) La existencia de similitudes en las prácticas políticas producidas por Yrigoyen y Uriburu. Que luego también se reflejarían en las prácticas políticas de las personas que ocuparon la máxima magistratura nacional durante: I) “La Década Infame y/o Restauración Conservadora y/o Gobierno de la Concordancia”; II) “La Revolución de Junio o de los Coroneles”; III) “Los mandatos presidenciales de Perón/ Quijano (1946/1952 y 1952/1955); y “La Revolución Libertadora”;

II) La reproducción en las prácticas políticas, de las características ut supra mencionadas, tanto en los agentes civiles y militares que ejercieron la máxima magistratura nacional surgidos de esas Revoluciones; como así también, de las elecciones presidenciales celebradas en los años 1928, 1931, 1937, 1946 y 1952 en la experiencia institucional argentina;

III) La relevancia que tendrán los límites temporales en la duración de los gobiernos surgidos de esas Revoluciones.

La tercera observación, se pudo comprobar, al reflexionar sobre el término “provisional” contenido en las diferentes proclamas realizadas durante las Revoluciones producidas en los años 1930, 1943 y 1955 y contraponerlas con las conductas de las personas que desempeñaron la máxima magistratura nacional. Relevancia observada en: I. La proclama realizada por José Félix Uriburu durante la Revolución de Septiembre, en donde afirmaba la provisionalidad de su gobierno fundado en “*el compromiso de honor de no presentar ni aceptar el auspicio de su candidatura a la presidencia de la República*”; y al ofrecer garantías absolutas, a fin de que a la brevedad posible pueda la Nación, en comicios libres, elegir sus nuevos y legítimos representantes. Y luego, II. Al momento en donde no fue autorizado a presentarse a Marcelo T. de Alvear a las elecciones presidenciales del año 1931. Fundado en las prescripciones de los artículos 77 y 78 de la Constitución Nacional Histórica. Cuestiones que a simple vista, parecieran inocuas reflexionar. Pero, al contraponerlas con los acontecimientos producidos durante las Revoluciones de 1943 y 1955 y las prácticas políticas producidas por las personas que ejercieron los cargos políticos de: I) Vice Presidente de la Nación (Cargo ocupado por: Castillo, Perón, Quijano y Teisaire; y II) el Ministerio de Guerra. Cargo ocupados por: Justo, Castillo, Farrell y Perón durante esas Revoluciones, se llegaría a la siguiente observación:

IV) Mientras que al ex mandatario Marcelo T. de Alvear se le prohíbe presentarse como candidato a la máxima magistratura nacional en las elecciones celebradas en el año 1932, por no haber transcurrido el plazo de 6 años prescripto por los artículos 77 y 78 de la Constitución Histórica; a Perón, si se le permite presentarse en las elecciones de 1946 a pesar de haber ejercido la vice presidencia y la presidencia provisoriamente.

Esta última observación nos llevaría a reflexionar sobre las características de los procesos reformistas que desembocarán en las reformas constitucionales de los años 1949 y 1957. Pero, poniendo el foco de atención, principalmente en las prácticas políticas producidas por sus protagonistas: Perón y Aramburu y su relación con la delimitación de los límites temporales prescriptos por los artículos 77 y 78 de la Constitución Histórica. Cuestión que por tener semejanzas con los procesos reformistas encabezados por Alfonsín y Menem, nos llevaría a contraponer los cuatro procesos reformistas (Segundo objetivo de este capítulo). Tarea que arrojaría, las siguientes observaciones:

V) El cuestionamiento existente a la legitimidad del texto de la Constitución Nacional Histórica Argentina del año 1853/60 para lograr los fines que esos magistrados consideraban necesarios para refirmar y mejorar las instituciones democráticas y republicanas de la Nación Argentina⁴¹.

VI) La relevancia que en todos esos procesos tendrán la delimitación de los límites temporales del mandato de la máxima magistratura nacional;

VII) La relevancia que tendrá la interpretación del artículo N°30 de la Constitución Nacional en los procesos que desembocarán en las reformas constitucionales de los años 1949 y 1994;

VIII) La designación de una Comisión especial de Estudios Constitucionales hecha por Aramburu durante el gobierno de la Revolución Libertadora, para llevar a cabo la reforma constitucional del texto histórico de 1853/60. Del mismo modo, que lo efectuaría por decreto presidencial, Alfonsín. Al crear el Consejo para la Consolidación de la Democracia; con el fin de llevar a cabo una nueva reforma constitucional.

En función a estas últimas observaciones arribadas, se pudo extraer como conclusión final de este capítulo:

Los acontecimientos acaecidos durante los procesos que desembocan en las reformas constitucionales de los años 1949 y 1957 y las prácticas políticas producidas por Perón y Aramburu, relacionadas con los límites temporales prescriptos por los

⁴¹ Mario D. Serrafiero, *Estudios sobre la Constitución Nacional, Momentos Institucionales y Modelos Constitucionales* (Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S.A., ISBN: 950-25-2422-5, 1993), p.78/79.

artículos 77 y 78 de la Constitución Nacional Argentina Histórica de 1853/60, se verán reflejados y reproducidos en las prácticas políticas producidas por Menem y Alfonsín y los acontecimientos acaecidos durante los procesos reformistas que ambos encabezaron. En este orden de ideas, las prácticas producidas por Perón y los acontecimientos que la rodearon durante el proceso reformista del año 1949, se reflejarán y reproducirán en las prácticas y el proceso reformista encabezado por Menem. Del mismo modo, ocurrirá, en las prácticas constitucionales producidas por Aramburu y los acontecimientos que la rodearon, en las prácticas y el proceso reformista encabezado por Alfonsín.

Finalmente, en el **cuarto eje** se analizó, a la luz de la pregunta principal de esta investigación y su hipótesis, las conclusiones arribadas en todos los ejes. Arrojando como resultados: I) **verificada la hipótesis planteada**. Y con respecto a la pregunta guía de esta investigación, se llegó a la conclusión de que: II) **la relación existente entre el ciclo de desconstitucionalización y la introducción de la reelección presidencial, consiste en una auto-reproducción, una recursividad, reflejada por un lado, en las prácticas políticas producidas por los actores que ejercieron la máxima magistratura nacional (tendientes a trastornar los límites temporales al mandato de la máxima magistratura nacional prescriptos por los artículos 77 y 78 (actuales 90 y 91) de la Constitución Nacional. Fundándose en un cuestionamiento a la legitimidad del texto constitucional para lograr los fines necesarios de refirmar, mejorar y consolidar las instituciones democráticas y republicanas en la experiencia institucional Argentina). Y por otro lado, a través de condiciones (procesos reformistas con características similares) que hicieron posible la producción de esas prácticas políticas.**