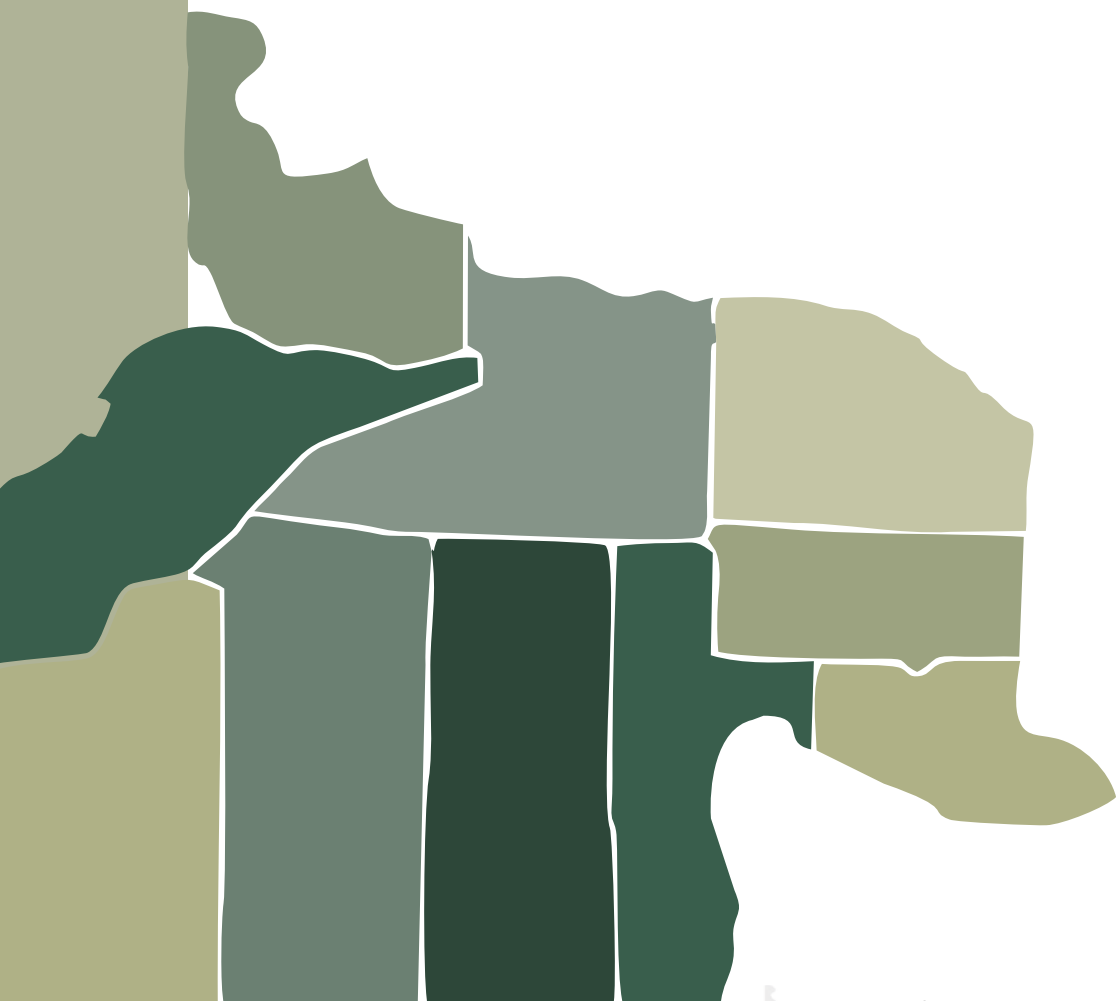


Derechos, debates y actualidad jurídica en la provincia de Río Negro





Editores del Sur nace para generar ideas y debatir la enseñanza del derecho en el siglo 21, con espíritu y pensamiento críticos.

Con miras a contribuir en la profundización de la democracia, tenemos como vocación la divulgación social de las reglas del debido proceso para toda clase de espacio, donde el lenguaje sirva de puente para las personas que buscan acceder al sistema de justicia.

Pretendemos tener un alcance regional, para compartir visiones sobre el derecho y la justicia en distintos rincones de nuestro país y el continente. Para ello, trabajamos incesantemente en la construcción de relaciones de cooperación y coordinación, con el firme propósito de llevar nuestras publicaciones a diversos espacios de pensamiento de la actualidad.

**Derechos, debates y actualidad jurídica
en la provincia de Río Negro**

Derechos, debates y actualidad jurídica en la provincia de **Río Negro**



Colegio de Magistrados y
Funcionarios de Río Negro



Editores
del Sur

Derechos, debates y actualidad jurídica en la provincia de Río Negro /
Facundo Barrio Martín ... [et al.]. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires:
Editores del Sur, 2024.
244 p. ; 23 x 16 cm.
ISBN 978-631-6518-36-1
1. Derecho. I. Barrio Martín, Facundo
CDD 347



editores_del_sur



editoresdelsur



contacto@editoresdelsur



editoresdelsur.mitiendanube.com



Editores
del Sur

© 2024. Editores del Sur

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Consejo editorial: Leticia Lorenzo y Mauro Lopardo

Dirección editorial: Hernán Simkin

contacto@editoresdelsur.com

Diseño de tapa: Eduardo Argañarás

Impresión: Nueva Imagen

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones publicadas por Editores del Sur incumbe exclusivamente a los autores firmantes. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo y expreso del Editor. Impreso en Argentina – *Printed in Argentina*



Contenido

Abreviaturas	11
Prólogo	13
Marcela Ruiz	
Prólogo.....	17
Andrea Tormena	
Presentación	19
Laura Krotter	
Juzgar con perspectiva de género. Algunas reflexiones éticas y prácticas	23
Facundo Barrio Martín	
Abordaje con perspectiva de género en los procesos autocompositivos.....	39
María Laura Rodríguez Palmieri	
Sentencias rionegrinas con perspectiva de género. Aportes para visibilizar y difundir buenas prácticas.....	49
Romina Cecilia Bruno	
El Código Procesal Penal de Río Negro a la luz del precedente “Price” de la CSJN	69
Julián Aristimuño	
La reforma del art. 109 bis del CPP y su incidencia en la praxis jurídica	89
Ma. Belén Calarco y Ma. Victoria Bou Abdo	
Las medidas de coerción procesal y el principio de inocencia.....	95
Favio Corvalán	
Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución. Un problema constitucional con historia	103
Máximo J. Ballvé Bengolea	
Régimen del Sistema Penal Juvenil dentro de un Estado de Derecho. Edad de punibilidad.....	119
Victoria Cecilia Hernández	

El Proceso Penal Juvenil en Río Negro y el principio de especialidad como respuesta diferenciada.....	129
Marianela Ugartemendía	
Infancias y Género. Análisis del Observatorio de Derechos de las Infancias y Adolescencias en la Provincia de Río Negro.....	163
María Luján Arias	
Medidas de protección excepcional de derechos y dictamen de adoptabilidad. La labor del juez	175
Laura Krotter	
La persona mayor desde la perspectiva de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. El consentimiento en el ingreso a las residencias de larga estadía.....	205
Federico Aravena	
Los riesgos del desarrollo. Un desafío para el derecho de los negocios	219
Mariana Belén Reppucci	

Abreviaturas

BO	Boletín Oficial
CABA	Ciudad Autónoma de Buenos Aires
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCyC	Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en inglés)
CEJUME	Centros Judiciales de Mediación
CFCP	Cámara Federal de Casación Penal
CIMARC	Centros Integrales de Métodos Autocompositivos de Resolución de Conflictos
CIPPM	Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores
CN	Constitución Nacional
CNCCC	Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCyCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina
CPFRN	Código Procesal de Familia de la provincia de Río Negro
CPP	Código Procesal Penal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
MEPD	Medidas de protección excepcional de los derechos

Abreviaturas

MPD	Ministerio Público de Defensa
MPF	Ministerio Público Fiscal
NNA	Niños, Niñas y Adolescentes
OP	Organismo de Protección
OSPG	Observatorio de Sentencias con Perspectiva de Género
PBA	Provincia de Buenos Aires
PIDCyP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
REF	Recurso Extraordinario Federal
RPL	Régimen Preparatorio para la Liberación
STJ	Supremo Tribunal de Justicia
TI	Tribunal de Impugnación

Prólogo

La elaboración de una obra colectiva es un ejercicio que requiere madurez, confianza y humildad. Significa que ya se ha recorrido un camino suficiente para conocer de las miradas y experiencias, variadas y distribuidas, que marcan el trabajo de los/as magistrados/as y funcionarios/as judiciales; y, también, que se asume que la respuesta judicial es dinámica, heterogénea y compleja, por lo que se necesita el concurso de muchas personas para dar cuenta del estado del arte y de las propuestas en cada materia.

Este es un texto ambicioso: aborda doce temas nodales con profundidad. En muchos textos se advierte el diálogo con la agenda más acuciante de este momento; en todos, la necesidad de someter a la consideración del sistema judicial –y de los otros subsistemas– marcos y reflexiones para continuar el debate y la actualización de los temas que nos convocan.

En su última obra, *Nexus*, publicada este mismo año, Yuval Harari dice que “La democracia es una red de información distribuida con mecanismos de autocorrección sólidos”. Es muy interesante traer esa mirada, que no define a la democracia a partir de sus componentes procedimentales (elecciones periódicas y libres de coerción, por ejemplo) sino que el diferencial de ese sistema en la posibilidad de generar información y poner ideas en circulación sin que existan centros ni periferias.

Esto resuena fuertemente en esta Obra Colectiva y en la FAM. Estamos convencidos de que una de las mayores fortalezas de la FAM reside en la posibilidad de recabar las experiencias de magistrados/as y funcionarios/

as, que piensan distinto, viven en geografías diferentes y trabajan en materias diversas. Esto es lo que nos proponemos y para lo que venimos trabajando desde hace muchos años, consecuentemente.

La vocación de no normalizar ni sintetizar está en la base de esa política. Implica la renuncia a someter la diversidad a la imposición del consenso mayoritario: muy por el contrario, es abrazar la diversidad, las disidencias, las discrepancias y las heterogeneidades porque se reconoce el valor irremplazable de los matices. El miedo y, muy especialmente, el miedo al error y a la censura de los pares, nos ha privado de aportes importantes. Celebro la valentía de quienes ponen por escrito sus ideas y la generosidad de hacerlo junto a otros/as, y desde un marco asociativo como es el querido Colegio de Río Negro.

Es muy importante mantener abierto el diálogo entre colegas. El intercambio de ideas tiene que ser vivido como un “Juego infinito”, un juego que, a diferencia de los “Juegos finitos” en los que se trata de vencer al rival, el objetivo es mantener vivo un juego en el que nadie gana (ni quiere ganar) ni pierde: todos/as aportan a sostenerlo sin que se caiga. Por eso el disenso es bienvenido y las ideas que no comparto (o no comprendo) no son combatidas sino incorporadas al reservorio de posibilidades.

Creo que ese es otro de los destacables aportes de esta Obra.

Quiero destacar muy especialmente el enorme esfuerzo que desde el Colegio se realiza en forma permanente para poner en valor el trabajo de la justicia rionegrina. Capacitaciones, obras colectivas, cursos en diferentes temáticas, participación activa en numerosas actividades que se promueven desde nuestra Federación son una muestra acabada del enorme compromiso que tienen la Magistratura y la Función Judicial de esa provincia.

Asimismo, es imprescindible poner en valor, a la dirigencia de la institución en la persona de su presidenta, Andrea Tormena, trabajadora incansable y comprometida con las problemáticas por las que atraviesa nuestro sector, tanto en la provincia como en todo nuestro país.

Por último, esta obra no sería posible sin el gran aporte realizado por quienes han plasmado en estas páginas, sus conocimientos, su compromiso, su trabajo, y sobre todo su enorme generosidad en transmitirlo a quienes puedan acceder a la obra.

El espíritu asociativo se advierte inmediatamente en esta importante Obra Colectiva, que desde ya saludo, felicito y celebro.

En nombre de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial, felicito el enorme trabajo del Colegio de Magistrados/as y Funcionarios/as de Río Negro, por esta obra, que se constituirá, sin dudas, en material de consulta de todo nuestro país.

Marcela Ruiz

Presidenta

Federación Argentina de la Magistratura

Prólogo

Orgullo y honor. Con estas dos palabras intento resumir la gran satisfacción con la que, como presidenta del Colegio de Magistrados/as y Funcionarios/as de la provincia de Río Negro, presento esta segunda obra colectiva.

Un libro por gestión es una excelente cosecha que, sin dudas, solo puede lograrse a través de la iniciativa, el entusiasmo y la participación de afiliados y afiliadas que se suman a las propuestas académicas que proyectamos.

Esta es una obra que está constituida por los valiosos aportes de diferentes autoras y autores: magistrados/as, defensores/as, fiscales/as, relatores/as, cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma.

Es una obra colectiva que incluye diferentes temáticas, fueros y análisis siempre en clave de derechos humanos. Y es que, más allá, de la normativa constitucional-convencional, nacional y local de vanguardia, es necesario siempre observar, revisar y repensar su aplicación práctica en nuestra tarea diaria como operadores y operadoras del sistema.

Todo mi reconocimiento a quienes, con su esfuerzo y compromiso, han tenido la iniciativa, han efectuado sus aportes, han compilado, organizado y editado el material, porque ello hace posible que sigamos debatiendo, intercambiando y produciendo siempre en miras a brindar un mejor servicio de justicia.

Andrea Tormena
Presidenta del Colegio de Magistrados/as
y Funcionarios/as de Río Negro

Presentación

La actual Comisión Directiva del Colegio de Magistradas/os y Funcionarias/os de la Provincia convocó a sus asociadas/os a participar de esta obra colectiva, generando con ello un espacio donde presentar artículos de interés de manera conjunta, de temas variados y con el fin de compartir ideas y debates que se generan -principalmente- en el desarrollo de la función.

Cabe destacar que esta iniciativa ha logrado que los autores acerquen sus miradas, experiencias, críticas y conocimiento, habiéndose alcanzado elaboraciones destacadas, en diversos fueros del derecho.

En principio encontramos el artículo de Facundo Barrio Martín, “Juzgar con Perspectiva de Género: algunas reflexiones éticas y prácticas” en el que el autor reflexiona sobre conceptos fundamentales a la hora de interpretar la obligatoriedad de aplicar la perspectiva de género en los trámites judiciales, aunado a las cuestiones éticas que surgen ante cada hecho. Así, analiza el real acceso del derecho a sus usuarios y cómo se entrelazan las dimensiones subjetiva e intersubjetiva de la autonomía de las personas involucradas en ese tipo de procesos.

En el artículo “Abordaje con perspectiva de género en los procesos Autocompositivos” de María Laura Rodríguez Palmieri, la autora analiza la inclusión de la perspectiva de género en el abordaje de los métodos autocompositivos para la gestión de conflictos, así como el rol de los profesionales intervinientes en la tarea de reconocer factores de violencia

para actuar de manera eficaz en esa instancia, valorando las circunstancias de cada caso.

Por su parte, en el artículo “Sentencias rionegrinas con perspectiva de género. Aportes para visibilizar y difundir buenas prácticas”, la autora, Romina Cecilia Bruno, realiza un análisis de las decisiones judiciales que dieron lugar a los dictámenes realizados durante el año 2023 por el Observatorio de Sentencias con Perspectiva de Género del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, del que forma parte, dando cuenta de la relevancia de compartir y visibilizar las buenas prácticas en pos de multiplicar los esfuerzos colectivos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y discriminación hacia las mujeres.

En el artículo “El Código Procesal Penal de Río Negro a la luz del precedente ‘Price’ de la CSJN”, Julián Aristimuño, ofrece una perspectiva crítica de los fundamentos del fallo “Price”, al analizar el modo en que la decisión adoptada limita las facultades reservadas de las provincias para la organización de sus sistemas de administración de justicia y como ello conjuga con el art. 153 del CPP de la Provincia.

En “La reforma del art. 109 bis del CPP y su incidencia en la praxis jurídica”, María Belén Calarco y María Victoria Bou Abdo, analizan precedentes jurisprudenciales locales a partir de la promulgación de la ley 5720 el pasado 16/05/2024, mediante la cual se incorporó el art. 109 bis al CPP, determinando cómo ello impacta en la procedencia de la prisión preventiva en los procesos penales que tramitan en nuestra Provincia.

En “Las medidas de coerción procesal y el principio de inocencia” Favio Corvalan analiza los requisitos legales para la procedencia de la prisión preventiva, dando cuenta del rol que se impone a los jueces ante su requerimiento.

En “Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución. Un problema constitucional con historia”, Máximo J. Ballvé Bengolea realiza un repaso sobre los antecedentes y el contenido actual del capítulo II bis de la ley 24.660, denominado “Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución” y analiza las consecuencias que derivan de su aplicación, especialmente en la Provincia.

En “Régimen del Sistema Penal Juvenil dentro de un Estado de Derecho. Edad de punibilidad”, Victoria Hernández analiza los principios rectores en materia penal juvenil destacando el principio de no regresividad y de progresividad en relación a los jóvenes en conflicto con la ley, dando

cuenta sobre la trascendencia de avanzar en su protección a través de la ejecución/implementación de políticas públicas.

En “El Proceso Penal Juvenil en Río Negro y el principio de especialidad como respuesta diferenciada”, Marianela Ugartemendía resalta la necesidad de implementación de un sistema provincial de justicia penal juvenil especializado, que brinde a los y las adolescentes un trato orgánico y procesal diferenciado, destacando resoluciones jurisprudenciales emanadas de tribunales locales que marcan el camino.

En “Infancias y Género: Análisis del Observatorio de Derechos de las Infancias y Adolescencias en la Provincia de Río Negro” la autora María Luján Arias analiza desde una mirada crítica, el trabajo del Observatorio de Derechos de las Infancias y Adolescencias, política pública que se desarrolla en la Provincia de Río Negro, destacando la relevancia de avanzar en la recontextualización y evaluación de las particularidades de los NNA en función de las interseccionalidades existentes.

En “Medidas de Protección Excepcional de Derechos y Dictamen de Adoptabilidad. La Labor del Juez” Laura Krotter, detalla el funcionamiento del Sistema de Protección de Niñez en la Provincia, analizando las consecuencias ante el fracaso de las medidas de protección excepcional implementadas y la relevancia del rol del Juez/a ante la presentación del dictamen de adoptabilidad.

En “La Persona Mayor desde la perspectiva de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas mayores: el consentimiento en el ingreso a las residencias de larga estadía”, Federico Aravena, propone pensar la relevancia del consentimiento del Adulto Mayor para el ingreso a residencias de larga estadía, su impacto ante la existencia de procesos de restricción de capacidad y el respeto a las normas internacionales en la materia, las cuales permiten delimitar un piso mínimo de garantías a nivel interno.

Por último, Mariana Repucci en “Los riesgos del desarrollo. Un desafío para el derecho de los negocios” avanza sobre determinar el término “riesgos del desarrollo”, en su encuadre doctrinario así como analiza la relevancia del principio precautorio, brindando su postura en relación a la prevención de riesgos y la -eventual- respuesta por ellos en el ámbito de la función resarcitoria de la responsabilidad civil.

Así, deseando que la labor colectiva aquí recabada sea de utilidad e interés del lector, no queda más que destacar el gran desafío aceptado por

los/as asociados/as al presentar sus miradas y análisis, y compartirlos, extremo que -sin dudas- genera un enriquecimiento en todos/as quienes tenemos acceso a esta obra.

Laura Krotter
Coordinadora Académica

Juzgar con perspectiva de género

Algunas reflexiones éticas y prácticas

FACUNDO BARRIO MARTIN*

I. INTRODUCCIÓN

Trabajo dentro del Poder Judicial de Río Negro desde hace veinte años. Trabajé durante nueve años en un Juzgado de Familia, casi tres años en una Defensoría de Menores e Incapaces, y en la actualidad desempeño funciones dentro del Ministerio Público como defensor oficial en la Unidad Temática del Fuero de Familia de San Carlos de Bariloche, provincia de Río Negro. La Defensoría a mi cargo, como así también el resto de las Defensorías dedicadas al fuero de Familia, cumplen un rol fundamental dentro de lo que son trámites judiciales en los cuales debe analizarse un conflicto con perspectiva de género. En múltiples ocasiones, en el rol de la Defensa Pública, no solo nos corresponde defender a las personas denunciadas, sino también a quienes son denunciados o denunciadas.

Luego de veinte años de experiencia dentro del Poder Judicial –trabajando fundamentalmente en el fuero de Familia–, puedo decir que he presenciado múltiples situaciones y que, en lo que a la obligación de aplicar

* Abogado (Fasta, 2004). Licenciado en Filosofía (Untref, 2024). Defensor oficial en la Unidad Temática del Fuero de Familia de San Carlos de Bariloche. Profesor universitario en la Universidad Nacional del Comahue, en las cátedras de “Filosofía y ética”, y “Aspectos bioéticos y legales de Enfermería II”.

un criterio con perspectiva de género se refiere, me he encontrado con resoluciones y hechos sorprendentes, algunos gratos y otros muy desagradables. En estos años, no he dejado de preguntarme: ¿Cuál es la postura que debería asumir el Estado desde su faceta judicial ante situaciones de violencia de género? ¿Existe una política institucional sólida? En caso afirmativo, ¿cómo se efectiviza y visualiza en un caso concreto? Responder estos interrogantes no deja de ser una cuestión compleja, por cuanto la persona denunciante es una ciudadana más en el entramado social, que puede encontrarse más o menos condicionada por ciertos aspectos culturales en su posición social, sumado al hecho de que resulta de por sí complejo para una persona “de a pie” entender mínimamente cómo se desenvuelve todo el aparato judicial.

En este capítulo pretendo aportar algunas reflexiones en base a mi experiencia, para que podamos entender algunos conceptos fundamentales y tratar de interpretar de la mejor manera posible lo que implica la obligatoriedad de aplicar la perspectiva de género en los trámites judiciales, con todas las cuestiones éticas que surgen ante cada hecho.

II. ALGUNAS BREVES DISTINCIONES ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

De manera preliminar, resulta pertinente realizar una diferenciación entre lo que se entiende como la esfera pública y privada, y su interrelación con el concepto de igualdad. Eduardo Rabossi¹ enseña que el principio de igualdad implica también una diferenciación, siempre dentro del marco de lo razonable. Como contrapartida, tenemos la directiva del principio de no discriminación, el cual a su vez requiere de acciones positivas de parte del Estado con el objeto de imponer y lograr una igualdad positiva, efectivizando una discriminación inversa –por ejemplo, con el conocido criterio de aplicación de “cupos” con la finalidad de lograr una igualdad real–. En este sentido, la responsabilidad ciudadana juega un papel preponderante ya que no es solo el Estado –y el Poder Judicial– el que debe actuar, sino que también debemos asumir nuestro rol como ciudadanos

1 Rabossi, Eduardo (1990). *Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

y ciudadanas de forma activa, ya que nos vemos interpelados e interpeladas a actuar en pos de concretar la igualdad entre hombres, mujeres y disidencias sexuales.

Interpretar una situación con perspectiva de género, según mi criterio, implica también entender que los operadores y operadoras de la justicia deben saber diferenciar la faceta pública de la privada. Es decir, ante una situación de conflicto judicializada, se debe comprender que si bien se está intentando brindar una solución a un caso que se da dentro del ámbito privado, también debe quedar claro que existe un interés público por dar una respuesta adecuada. Quienes intervienen en la judicialización del conflicto deben ser conscientes de que deben librarse de prejuicios y conceptos preconcebidos, muchas veces acarreados culturalmente.

Existen factores sociales y psicológicos que afectan y brindan distintos matices en la graduación del riesgo en cada caso. Dentro de este contexto, surge además una cuestión importantísima, que es la valoración de la autonomía de la voluntad de la persona denunciante. Rabossi² señala la importancia de analizar la consolidación de la normalización del principio de autonomía en nuestra democracia. Refiere además que en un sistema democrático liberal cada persona tiene derecho a pensar, a sentir y a actuar autónomamente, sin padecer intromisiones del estado, de la sociedad o de otras personas, pero este derecho –como todos–, no es un derecho absoluto. Nos enseña también que tradicionalmente se ha sostenido que los límites del ejercicio de la autonomía de la voluntad están dados por la moral, la “salud” pública y el perjuicio a terceros.

Dentro de lo que es la distinción entre lo público y lo privado, y teniendo en cuenta la intervención estatal, podemos señalar que aquellos regímenes autoritarios son lo que suelen invadir la esfera privada de la ciudadanía. En este sentido, resulta habitual que se impongan normas de comportamiento, e incluso yendo más allá, señalando directrices sobre cómo se debe pensar. El objetivo de este tipo de intervención estatal no es más que el de ampliar al máximo la esfera pública con el fin de ejercer un control más efectivo sobre las personas. Por otra parte, tenemos otro tipo de postura que se opone a la paternalista, que es aquella que enaltece la vigencia del principio de la autonomía, es decir, el derecho de cada cual a

2 Rabossi, Eduardo (1998). “Público-Privado. Una distinción compleja”, en *Enoikos*, Vol.4, no. 13 (Julio 1998) p. 9-15.

decidir acerca de los aspectos más personales de su vida, debiendo ser este el principio general a respetar.

Ahora bien, si de política institucional se trata, cabe preguntarse cómo puede el Estado implementar criterios de interpretación desde la esfera pública, aplicando la perspectiva de género en el caso concreto –ámbito privado–. La aplicación de un principio a casos concretos –en este caso, la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género– genera arduos problemas, por cuanto termina siendo necesario definir cuáles acciones son privadas y cuáles no lo son, así como dónde y cómo trazar el límite, evaluar además qué es lo que dice la “moral pública” respecto de tal o cual tema, entre otros aspectos. En este sentido, el accionar del Estado no resulta indiferente, y debe plantearse: ¿cómo y cuándo se debe interpretar una situación con perspectiva de género?, ¿con cuáles y cuántos recursos, tanto económicos como humanos se debe promover el juzgamiento con perspectiva de género?, ¿con qué tipo de capacitación?, ¿son necesarias las campañas de concientización o los talleres de sensibilización?, ¿en qué medida?, y ¿cómo derribar el muro de prejuicios de manera más efectiva y visibilizar ante la sociedad?

III. LA OPACIDAD DEL DERECHO Y SU IMPACTO EN LA CUESTIÓN DE GÉNERO

Resulta necesario traer a colación un concepto de Carlos María Cárcova³ referido a la “opacidad” del derecho, y los problemas que surgen como consecuencia del principio *“Ignorantia juris non excusat”* en un doble sentido: en primer lugar, el desconocimiento del derecho por una serie de causas diferentes. El derecho ha evolucionado en complejidad y en especialización, al punto tal que es imposible que jueces y juezas, por más actualizados que estén, conozcan en profundidad todo el mundo del derecho. Pero hay un segundo aspecto que incluso se destaca aún más, que es el referido al de la incomprensión del derecho por diferencias culturales. En este sentido, dentro de lo que es la perspectiva de género, abundan ejemplos de proveídos y resoluciones que evidencian una falta

3 Cárcova, Carlos María (1998). *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta.

de aplicación o de comprensión del enfoque de género, vulnerando así la autonomía de las mujeres.

Cabe señalar lo engorroso, tedioso y burocrático que implica para cualquier ser humano protagonizar un trámite judicial. Sin duda a ningún ciudadano o ciudadana le resulta grata la situación de tener que transitar un juicio o un procedimiento judicial. Y, de hecho, tratándose de cuestiones relativas a violencia de género, la situación es aún más estresante e intensa, por cuanto en muchas ocasiones se exponen cuestiones íntimas de los protagonistas. Resulta imposible no recordar el concepto kafkiano de lo que parece ser la justicia y sus implicancias como aparato burocrático del Estado. El protagonista de *El Proceso*⁴, de nombre “Josef K.”, simplemente atraviesa la experiencia de ser acusado de algo que no sabe bien de qué se trata, y ni siquiera sus propios protagonistas pueden explicar con exactitud en qué consiste o cómo se desarrolla su trámite. Algo muy similar ocurre con el común de la ciudadanía, que no entiende de tecnicismos –y tampoco tiene por qué entenderlos–, máxime considerando que incluso resulta a veces de muy difícil comprensión para los propios operadores y operadoras del sistema judicial.

A pesar de los años transcurridos desde el relato de Kafka, lo concreto es que el papel del Estado sigue siendo complejo e intrincado. Recurrentemente se dictan resoluciones, leyes, acordadas y distinta normativa tendiente a recomendar e instar a una comunicación judicial más cercana y sencilla para la gente, pero lo cierto es que el sistema, estructuralmente hablando, sigue siendo básicamente el mismo. Con los avances tecnológicos, la situación está lejos de haberse simplificado. Más bien, todo lo contrario, se ha complejizado aún más. En especial luego de la pandemia de COVID-19, por cuanto al día de la fecha prácticamente no existe el papel en los trámites judiciales, sino archivos en formato PDF cargados en sistemas informáticos, documentando cada uno de los juicios de un modo digital. Ahora, el abogado o abogada no solo debe estar capacitado/a en derecho, sino también contar con una notable destreza para el manejo de herramientas informáticas.

4 El proceso es una novela inacabada de Franz Kafka, publicada de manera póstuma en 1925 por Max Brod, basándose en el manuscrito inconcluso de Kafka, escrito entre 1914 y 1915.

Enseña Cárcova⁵ que, a lo largo de la vida, la humanidad va desplegando distintas acciones, sin ser totalmente conscientes de que múltiples acciones tienen consecuencias legales y son de naturaleza jurídica. La gran mayoría de estos actos no son percibidos como actos jurídicos, prácticamente se realizan de manera casi automática, aunque muchos de esos actos sí se realizan con plena conciencia. Por ejemplo, viajar diariamente en un colectivo no es percibido como la reiterada celebración de un contrato de transporte. Ahora bien, hay otro tipo de actos que se podrían señalar como de mayor trascendencia en lo que al ámbito público se refiere, como por ejemplo ejercer el derecho a sufragar, formar parte de un jurado en un juicio, etc. Cuando se hace referencia a la opacidad del derecho, se está hablando de la “dureza” de los términos, como así también a la dificultosa comprensión o visibilización del mecanismo de funcionamiento del sistema. El orden jurídico se rige por reglas, y los actores sociales en su gran mayoría desconocen o no comprenden del todo este libreto.

En cierta manera, se da por sentado que todos conocemos el derecho, lo cual en realidad es una ficción. En muchas oportunidades no se conoce por las propias limitaciones subjetivas de la población más marginada, y en otras ocasiones por lo complejo de la trama social y sus diversificaciones, como así también especializaciones que tienen que ver con el derecho en sociedades muy desarrolladas. Esta opacidad es alimentada a su vez por distintos tipos de anomias, entre las cuales podemos mencionar aquella que resulta de la existencia de normas que en sí resultan de difícil comprensión, y las que son consecuencia de la existencia de ordenamientos contradictorios, es decir de plexos normativos que deben ser interpretados de manera armónica para poder compatibilizar conceptos que pueden ser contradictorios.

Anteriormente existía un predominio de una visión normativista que consideraba que el derecho se circunscribía a la norma. Esta visión reduccionista comenzó progresivamente a dejarse de lado en función del creciente fenómeno del “*pluralismo jurídico*”, hasta llegar a la sociedad actual, donde la especificidad del derecho consiste en su carácter general, abstracto y formalizador. Enseña Cárcova⁶ que el derecho constituye a los individuos en sujetos jurídico-políticos. Asimismo, el derecho traza

5 Cárcova, Carlos María (1998), *op. cit.*

6 Cárcova, Carlos María (1998), *op. cit.*

las diferenciaciones en cada uno de ellos, a la vez que los propone libres e iguales. Lo curioso es que existen diferenciaciones individuales, pero a su vez señala la existencia de una homogeneidad brindada por la ley. En este sentido, podemos señalar que estamos hablando de individuos liberados de los vínculos territoriales y personales de las sociedades pre-capitalistas, y cohesionados ahora en la lógica de la producción que los ha separado de los medios productivos e incluido en la unidad general, abstracta e individualizante del mercado. El derecho se transforma así en un conocimiento instituyente, un saber social diferenciado que se expresa como práctica social discursiva destinada a legitimar la distribución del poder social. Es detentado por vía de la división del trabajo en general, y de la división del trabajo intelectual y el trabajo manual por cierto conjunto de individuos, digamos genéricamente los y las juristas: funcionarios/as, jueces, juezas, abogados/as, legisladores/as, etc. Ellos son quienes se ocupan de pensar y actuar las formas de administración institucionalizada, los procedimientos de control y regulación de las conductas, los modos de surgimiento y goce de los derechos, y en consecuencia devienen en depositarios de una forma de poder social específica, que se asienta no solo en el conocimiento técnico que poseen, sino también en el desconocimiento correlativo del lego.

Lo interesante de este concepto es que el poder asentado en el conocimiento del modo de operar del derecho se ejerce, parcialmente, a través del desconocimiento generalizado de esos modos de operar. Entonces, la preservación de ese poder está emparentada con la reproducción del efecto de desconocimiento. De ello se sigue que la opacidad del derecho, al menos en el marco de las formaciones histórico-sociales contemporáneas, lejos de ser un accidente o, acaso, un problema instrumental susceptible de resolverse mediante oportunas reformas legislativas se perfila como una demanda objetiva de la estructura del sistema. Como un requisito de opacidad, tendiente a escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la dominación social.

Señala Cárcova⁷ que el derecho se desarrolla dentro del ámbito de una relación y es un modo de ejercer poder entre quien cuenta con la autoridad y aquel que debe someterse a la misma. Es una relación estratégica por

7 Cárcova, Carlos María (1998), *op. cit.*

cuanto no se puede eliminar al dominado, en todo caso se le impone, se lo persuade, se lo censura, sanciona, etc. El papel del derecho depende de una relación de fuerzas en el marco de un conflicto social. No es unidimensional y cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y, a la vez, un rol en la remoción y transformación de tales relaciones.

Esta opacidad del derecho se profundiza no solo en función de las relaciones que se han ido complejizando, y en la cual la relación asimétrica de poder también interviene respecto de las figuras hombre-mujer, sino que además se le debe sumar la propia opacidad estructural de lo jurídico en sí, tornándose aún más particular la interacción humana en la sociedad contemporánea.

IV. LAS DIMENSIONES SUBJETIVA E INTERSUBJETIVA DE LA AUTONOMÍA

Carlos Nino⁸ refiere que debe maximizarse la autonomía de la voluntad de las personas, en la medida en que no afecte a otras personas posicionándolas en una situación de menor autonomía relativa. Este principio implica maximizar la autonomía en personas que son menos autónomas. Según Nino, el principio de autonomía estipula el valor de la elección y la materialización de planes de vida e ideales de excelencia humana. Afecta en forma directa este principio lo que conocemos como moral subjetiva e intersubjetiva. Dos dimensiones de la moral delimitan y restringen la libertad, una de ellas es la moral autorreferente, que es aquella que afecta interiormente, y otra es la intersubjetiva, que puede estar determinada u orientada por una ley o norma intersubjetivamente válida. A grandes rasgos, estos elementos –tanto el discurso moral como su función social– sirven para determinar ciertos bienes que la sociedad –y la justicia indirectamente– pretende jerarquizar en una escala de valores que merecen ser protegidos. La jerarquía está dada por la relevancia de esos bienes para la elección de planes de vida y para su materialización, surgiendo así distintos derechos.

⁸ Nino, Carlos (2013). *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Existe una concepción perfeccionista, que es aquella que considera por sí misma lo que es importante y necesario para un individuo, prescindiendo de la opinión y preferencias de la persona. Esta postura se opone a la concepción de la autonomía de la voluntad. Paralelamente tenemos la concepción paternalista que, si bien no se opone en forma directa, la afecta en gran medida. A diferencia del perfeccionismo, no pretende imponer intereses o planes de vida a una persona, sino que lo que pretende es proteger, incluso contra los propios actos voluntarios del individuo/a, aquellos que se supone que el individuo tiene subjetivamente. Una versión opuesta es la visión más bien liberal, que tiende a respetar lo que la persona decida, siempre y cuando no afecte a la autonomía y los derechos de otras personas. Esta visión liberal tiende a no contemplar de manera profunda si una persona tiene el conocimiento y la capacidad de discernimiento como para decidir libremente.

V. CONSIDERACIONES FINALES

¿Cómo resolver en lo práctico estas cuestiones referidas a lo público y lo privado? ¿Cómo respetar la autonomía de la voluntad sin dejar en estado de indefensión a la denunciante? ¿Cómo desvelar la opacidad propia del derecho? Considero que la respuesta a estas preguntas se da a partir del entendimiento de la situación en clave de derechos humanos; esta óptica nos despejará muchos ítems que podrían resultar confusos. Lógicamente, no debemos quedar circunscriptos en recetas mágicas aplicables de manera uniforme a cualquier situación, tampoco debemos adoptar extremos como lo podría ser una postura paternalista y otra permisiva sin realizar una debida interpretación del conflicto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece los principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes⁹. En este sentido, ha señalado que

⁹ CIDH (2019). "Principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes". OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 noviembre de 2019. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-anexo1-es.pdf>

(...) considera que la violencia de género contra mujeres, niñas y adolescentes, escala a una pandemia mundial y constituye una grave violación de los derechos humanos. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos, como los derechos a la vida, la salud, la libertad y la seguridad de la persona, la igualdad y la misma protección en el seno de la familia, la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros.

En base a esto, podemos afirmar sin mayores inconvenientes que existe una obligación del Estado. Este debe brindar protección y suministrar una tutela judicial efectiva. Ahora bien, este deber se ha confundido –por mucho tiempo– con una postura paternalista, considerándose que debía decidirse al modo de un “patronato de menores”.

La Comisión Interamericana ha referido además que

[l]os actos de violencia basada en género cometidos por particulares dan lugar a la responsabilidad del Estado si las autoridades tienen – o deberían tener conocimiento de la situación de riesgo real e inmediato para una mujer o grupo de mujeres determinado y no actúan con la debida diligencia para razonablemente prevenir o evitar la materialización de dicho riesgo. Un Estado también puede incurrir en responsabilidad internacional cuando no investiga debidamente estos actos o no castiga a los responsables.

Como se puede apreciar, se impone un deber claro y concreto al Estado, y lo hace responsable ante la omisión de actuar de manera diligente. ¿Pero qué significa actuar de manera diligente? Básicamente, permitir el acceso a la justicia de forma rápida y eficaz, garantizando que la denunciante sea oída y se actúe teniendo en cuenta su opinión. Esto implica, como se puede entrever, respetar la decisión de la denunciante y contemplar su deseo, dentro del contexto de su situación particular.

Sobre lo anterior, la Comisión ha recomendado fortalecer la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres a través de investigaciones criminales efectivas, que tengan un seguimiento judicial consistente, garantizando así una adecuada sanción y reparación. En este sentido, se ha explicado la importancia de adoptar protocolos uniformes para la investigación y procesamiento de los casos de violencia, y de mantener de manera obligatoria y constante

las capacitaciones a funcionarios/as estatales, en particular aquellos relacionados con el sistema judicial, en materia de derechos de las mujeres, factores de discriminación y barreras materiales que tienen que enfrentar para lograr un adecuado acceso a la justicia y una reparación integral. Así, se vuelve obligatorio tomar las medidas necesarias, con enfoque de género y diferenciado, para garantizar el deber de prevención, acceso a la justicia y reparación incluido en la obligación de debida diligencia.

Un antecedente muy importante que resulta relevante poner de ejemplo, es la Acordada Nro. 06/2023 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Río Negro¹⁰. No solo aprueba un protocolo específico que obliga a aplicar la perspectiva de género en el análisis de casos, sino que además cuenta con un glosario de palabras. De hecho, la Acordada Nro. 06/2023, en el referido decálogo, indica que la autonomía de la voluntad

(...) implica reconocer el derecho de las personas a decidir sobre su proyecto de vida. En el caso de las mujeres, diversidades y disidencias, esa autonomía de la voluntad ha sido vulnerada a lo largo de la historia a partir de la subrogación de su autodeterminación por parte de otras personas, que por lo general suelen ocupar un sector de privilegio. La legalización del acceso a la interrupción –voluntaria y/o legal– del embarazo en el mundo y en particular en la República Argentina permitió el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y del derecho a decidir de las mujeres y de otros cuerpos con capacidad de gestar.

La Acordada de referencia hace mención además a la implementación de una Acordada anterior, la Nro. 20/22 que determinó la obligatoriedad de incorporar la Perspectiva de Género en clave de Derechos Humanos en los programas de evaluación de la totalidad de los concursos de cargo de ingreso y de ascenso, de todos los escalafones y fueros que se realicen en el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro, de acuerdo con el temario de contenidos mínimos que forma parte de su Anexo I (artículo 1). También establece en su art. 1 como política institucional la obligatoriedad de realizar un abordaje judicial con Perspectiva de Géneros en las situaciones

¹⁰ Tribunal Superior de Justicia de Río Negro (2023). Acordada N° 006/2023 - SGyAJ - Protocolo para el abordaje con Perspectiva de Géneros en las actuaciones judiciales. Publicada en BOP N° 6193 - 15/06/2023; pág. 75-93.

que involucren los derechos de mujeres, diversidades y/o disidencias con el objeto de garantizar la igualdad y el acceso a justicia, y de evitar análisis que pueden resultar estandarizados, simplificados y/o sesgados en base a prejuicios y/o estereotipos de género. Por otra parte, el art. 2 aprueba el protocolo de actuación y lo agrega como Anexo I, siendo un presupuesto mínimo de pautas de aplicación obligatoria. El art. 3ro. aprueba el “Glosario de Géneros” –que se agrega como Anexo II– y cuyo fin consiste en brindar una herramienta de consulta para el público en general y para las operadoras y los operadores del servicio de justicia en particular.

En lo que autonomía de la voluntad se refiere, la Acordada es sumamente clara. Veamos:

En el Capítulo III, punto 5, referido a los Derechos de las mujeres, diversidades y/o disidencias, establece en el punto I –Defensa– que los organismos judiciales deben: “(...) b. Garantizar su participación siempre que las circunstancias lo requieran, lo permitan o lo solicite y consienta respetando su autonomía de la voluntad (...)”. Por otra parte, en el punto III, referido específicamente a la autonomía de la voluntad, se señala:

Se garantiza el derecho a que se respete su decisión. En aquellos casos en los que se advierta la posible existencia de un vicio de la voluntad, la judicatura, toma las medidas que estime pertinentes, a los fines de realizar un análisis integral del testimonio y otorga protección a las mujeres, diversidades y/o disidencias, mediante decisión fundada. En ningún caso ello implica subrogación de la autonomía de su voluntad.

Este punto III resulta concreto y sumamente clarificador: por un lado, se establece como principio general el respeto de la autonomía de la voluntad, pero en segundo lugar, se consigna que debe evaluarse si existe algún tipo de vicio de la voluntad, en cuyo caso, el Poder Judicial se ve obligado a tomar medidas ajustadas a dicha situación. Más allá de esto, de modo terminante establece que esto no implica de modo alguno la subrogación de la autonomía de la voluntad. Es decir, no se puede reemplazar a la denunciante en la toma de decisiones y nadie puede decidir por ella.

Existe una construcción social y cultural que ha sometido históricamente a la mujer a un rol subalterno. La normativa internacional vigente, como así también la local y todo el plexo normativo, impone la obligación de analizar cada caso concreto bajo la óptica de la perspectiva de género

y en clave de derechos humanos. Hay una modalidad de subordinación que en ocasiones resulta difícil de visibilizar y exige de un plus en el esfuerzo por tratar de desentrañar el fenómeno. La Organización de Naciones Unidas ha reconocido la raíz histórico-cultural de la violencia contra las mujeres al definirla como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre”¹¹.

A pesar de la evolución y concientización, aún nos seguimos encontrando con muchas resoluciones judiciales en las que se analizan situaciones tomando como base la premisa de que las mujeres se encuentran afectadas en su razón y son incapaces de decidir acerca de cuáles son, entre múltiples alternativas, las que mejor se ajustan a su situación personal. Resulta clarificador en este sentido el concepto de injusticia epistémica que aporta Fricker¹² noción que se relaciona directamente con cuestiones relativas a la actuación judicial. Desde la filosofía hay una forma de conceptualización de la justicia que nos remite directamente a la idea de distribución. En este sentido, nos representamos personas interesadas en obtener bienes diversos, algunos de ellos epistémicos, y nos preguntamos sobre la posibilidad de que cada uno de estos agentes sociales reciban su correspondiente cuota de ellos.

Cuando la justicia epistémica adopta la forma distributiva, nada tiene que ver con el concepto que introduce Miranda Fricker¹³. Lo que señala la autora es que existen dos formas de justicia epistémica, las cuales tienen por finalidad generar un daño en la persona en función de su condición específica de sujeto de conocimiento. En primer lugar, tenemos la injusticia testimonial, que se produce cuando los prejuicios llevan a un oyente a otorgar a las palabras de un hablante un grado de credibilidad disminuido;

11 Naciones Unidas (1993). “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”. Título original: “Declaration on the Elimination of Violence against Women”. Proclamada por la Resolución N° 48/104 de la Asamblea General, el 20 de diciembre de 1993. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>

12 Fricker, Miranda (2017). *Injusticia epistémica. El poder y la ética del conocimiento*. (Traducción de Ricardo García Pérez). Barcelona: Herder, pp. 17-60.

13 Fricker, Miranda (2017), *op. cit.*

la injusticia hermenéutica, por otra parte, se produce en una fase anterior, cuando una brecha en los recursos de interpretación colectivos sitúa a alguien en una desventaja injusta en lo relativo a la comprensión de sus experiencias sociales.

Me interesa muy particularmente destacar la concepción de injusticia testimonial, por cuanto se relaciona directamente con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las mujeres. Debo destacar que existen dos problemas simultáneos en el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres: por una parte, la posibilidad de reconocer la existencia de la autonomía en la toma de decisiones respecto del rumbo que tomará una denuncia. En este sentido, una mujer podría estar desistiendo de la denuncia, impulsarla, solicitar otro tipo de medidas, etc. A su vez, en función de lo que la denunciante peticione –y en base al contexto de la situación–, se podría estar causando desde el ámbito judicial una injusticia epistémica, por cuanto colocar a la mujer en el rol de persona arrasada en su psiquis a causa de la violencia sufrida podría implicar no tomar su opinión en cuenta, señalando que podría estar atravesando una situación de pérdida cognitiva que le impide tomar decisiones por su cuenta. En este sentido, aún se pueden observar resoluciones judiciales –afortunadamente minoritarias– en las cuales se adopta un rol más bien paternalista y de suplantación en la toma de decisiones. Por lo general, este tipo de proveídos o resoluciones judiciales se dictan con la voluntad de beneficiar a la denunciante o de brindarle un plus de protección, pero en este afán de “proteger” se reemplaza a la mujer en la toma de decisiones, del mismo modo en que lo haría una figura de “curador”.

Aquí es donde se presenta un problema ético, por cuanto si bien existen múltiples normas, leyes, constituciones y tratados relativos al tema, lo cierto es que lo que es necesario modificar son las prácticas de quienes leen, interpretan y aplican esas normas. Nótese que suelen emplearse las palabras *tutela* y *protección* dentro del ámbito judicial como si fueran sinónimos, cuando en realidad el término *tutela* alude a la potestad o poderío sobre una persona o una cosa, mientras que la palabra *protección* parte del reconocimiento de la condición de sujetas/os de derechos de quienes solicitan una actividad estatal para garantizar el cumplimiento efectivo de sus derechos, o prevenir su amenaza o vulneración. Es deber del Estado proteger sin tutelar, conocer la voluntad, pero tratando de buscar un término razonable y adecuado, en la medida de lo posible sin sustituir la

voluntad, validando las experiencias personales de las personas en pos de brindar herramientas para controlar sus propias vidas. Seguramente aquí es donde se pueda utilizar la palabra *empoderamiento*, la cual es utilizada habitualmente, pero –a mi criterio– sin que todos y todas tengamos exactamente la misma concepción de la palabra de mención. Entiendo que el empoderamiento debe ser conceptualizado como una cuestión consistente con la autonomía, como autodirección, determinación, facilitando alternativas a la persona para definir sus opciones por sí misma con independencia de cómo otras personas evaluarían esas opciones. Esto configuraría una verdadera justicia adaptativa y dinámica, en el sentido de que se debe ajustar al caso concreto, ya que –lógicamente– existen tantos tipos de vulnerabilidades y combinaciones de situaciones que, si queremos brindar una respuesta adecuada y eficaz, debemos hacerlo con un enfoque de derechos humanos.

Abordaje con perspectiva de género en los procesos autocompositivos

MARÍA LAURA RODRÍGUEZ PALMIERI*

Los procesos de diálogo y participación en la gestión de conflictos –sea mediación, conciliación, facilitación– se caracterizan por la participación directa de las partes involucradas, y su eje fundamental es el protagonismo de las partes. En esta instancia se compromete a las partes a la búsqueda de una solución elaborada en forma conjunta, la construcción en común de la solución del conflicto que los atraviesa.

La mediación es un dispositivo restaurativo que puede enmarcarse en el paradigma de la justicia restaurativa. Como práctica y proceso restaurativo, se caracteriza por la intervención activa de los participantes y personas a quienes les puede afectar el conflicto. Es una opción de diálogo en la que las partes son los protagonistas, reconociéndoles la capacidad para abordar directamente los conflictos en los que están insertos. Con ello se intenta que quienes protagonizan y se encuentran involucrados en la controversia, puedan mediante el diálogo y contando con la ayuda de un/a mediador/a, comunicarse de un modo eficiente y productivo.

En ese marco de colaboración, les será más factible lograr acuerdos satisfactorios para ambas partes y que se sostengan en el tiempo. Así, la justicia procedimental se refiere a un conjunto de medidas que buscan hacer que los procedimientos sean percibidos como justos, a partir de la participación directa en la gestión del conflicto.

* Abogada, mediadora. Docente Universidad Nacional del Comahue en materia Métodos auto compositivos de resolución de conflictos. Carrera Abogacía. Defensora de Métodos Autocompositivos de Resolución de Conflictos (M.A.R.C), Ministerio Público, Poder Judicial de Río Negro, Segunda Circunscripción.

El o la mediador/a, en su participación de tercero neutral es un colaborador que facilita a las personas un espacio en el que puedan comunicarse eficientemente. En él procuran resolver por sí mismas sus conflictos, evitando que alguien tome decisiones por ellas.

Los principios básicos que involucran los procesos autocompositivos son la neutralidad, voluntariedad, igualdad, imparcialidad, oralidad, confidencialidad, inmediatez, equidad, celeridad, informalidad y protagonismo de las partes, entre otros.

En el contexto de una presencia generalizada de desigualdades de género en nuestra sociedad, los mandatos que surgen de las convenciones internacionales y la transversalidad de la perspectiva de género nos obligan a abordar los conflictos con perspectiva de género en camino a una tutela judicial efectiva.

Es imprescindible la argumentación jurídica con perspectiva de género para poder analizar en forma particular cada situación y evitar las generalizaciones. La perspectiva de género como herramienta metodológica requiere, además, la fundamentación de su aplicación.

En las relaciones permanentes o continuas, como las relaciones de familia, aun cuando el conflicto parece resuelto después de un proceso de mediación, es posible que las heridas subsistan y, junto con ellas, el peligro de recurrencia. Un conflicto no se puede considerar totalmente resuelto hasta que haya comenzado a sanar la relación en crisis o dañada.

Entre las críticas a la forma de abordar los conflictos en forma directa por los involucrados, cuando existen situaciones de violencia, se encuentran:

- La aparente minimización del conflicto, una forma de aparentar reducir la gravedad del hecho, dándole lugar al agresor a perpetuar la violencia transformada en sostenimiento del poder y quien manda en la relación.
- El desequilibrio, por el tipo de relación violenta que se presentaría en el ejercicio del poder y manipulación por parte del agresor.

Cuando emerge el conflicto, surgen diferentes modelos de justicia que procuran dar respuesta a las personas cuando sus intereses se han visto perjudicados: los métodos adversariales y no adversariales. Con relación a ello, es posible abordarlos por medio de los modelos de justicia retributiva

y justicia restaurativa. La justicia retributiva procura dar respuestas a la existencia del daño, determinando quién lo ha realizado, qué leyes se han infringido, cuáles se deben aplicar y el modo en que se castigará la infracción. La justicia restaurativa, en tanto, procura abordar la relación de conflicto entre las personas y, ante la existencia de un daño, invita a reflexionar sobre cuáles son sus consecuencias, quiénes son las personas responsables de la restauración y cómo encausar hacia una reparación adecuada que subsane los perjuicios causados.

Sin dudas estamos atravesando un nuevo paradigma que avanza hacia una mirada que va en busca de solucionar conflictos de manera autocompositiva. En ella se incorpora como eje principal la participación de las personas de manera directa de acuerdo con sus intereses y sentimientos, reservando la actuación de la justicia formal adjudicativa del resultado para los casos en que no sea posible resolverlo entre las partes.

La gestión de conflictos basada en consideraciones de género supone que dicha perspectiva se aplique en todo proceso, analizando la situación y dinámica de la relación, evaluando las causas y dinámica de género subyacentes.

A los operadores del proceso autocompositivo les compete la tarea de reconocer cuáles son las condiciones preeminentes a fin de actuar sin daño, con debida diligencia y sin revictimizar, para garantizar un debido acceso a justicia.

Es por ello que se requiere distinguir si se tratan de conflictos que arrastran una dinámica con un patrón violento o alguna situación ocasional o aislada. Para este abordaje se requieren dispositivos adecuados que permitan a los profesionales intervinientes evaluar el riesgo y el camino más adecuado a encausar la resolución del conflicto, el cual en muchas oportunidades se trata de la intervención de la justicia formal, con la adjudicación de la solución como deber que tiene el Estado de tutelar los derechos amenazados de las personas.

Tal como refiere María Rita Custet Llambi en su libro *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*¹, “[a]nalizar las mejores opciones desde la perspectiva de género implica un esfuerzo extra que requiere el análisis del contexto objetivo y subjetivo para ajustar la respuesta al caso

1 Custet Llambi, María Rita (2023), *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*, Buenos Aires: Editores del Sur, p. 215.

particular a la vez que exige una justificación adecuada sobre la elección de la acción”.

La Recomendación General N° 35/2017 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), refiere en su art. 32 b):

Velar porque 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 nuevos riesgos para las víctimas y supervivientes o sus familiares.²

El comité de CEDAW ha dejado claro que esa violencia constituye un obstáculo grave para el logro de la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, afectando a las mujeres de mayor vulnerabilidad y limitando el goce de sus derechos y el acceso a justicia.

En muchas oportunidades, quienes receptan y gestionan las denuncias de las mujeres víctimas de violencia también provocan que las medidas que se toman no reflejen las necesidades reales.

Sucede a menudo que las personas que son víctimas de violencia, al relatar los hechos, lo hacen en un estado emocional de miedo, angustia, frustración, que les impide poner en palabras y describir exactamente lo que les está sucediendo. Ello se puede traducir en la llamada “injusticia hermenéutica”: las personas en situación de vulnerabilidad no son comprendidas debido a la falta de herramientas conceptuales para visibilizar sus vivencias.

De allí la importancia de aplicar el art 16 Ley 26.485, en cuanto a la necesidad de ser oídas y que su opinión sea tenida en cuenta, así como

2 CEDAW (2017), “Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”. CEDAW/C/GC/35, 26 de julio de 2017. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-gender-based-violence>

también la necesidad del acompañamiento interdisciplinario antes y después de la denuncia, y durante el proceso, con apoyo psicológico.

La obligación de considerar la opinión de las mujeres no implica que esta sea vinculante, sino que se centra en explicar y justificar las medidas que se toman aun en contra de sus manifestaciones, fundamentada en su protección integral.

Para actuar como mediador o mediadora en procesos de diálogo, se debe estar capacitado/a profundamente en violencia y perspectiva de género, para así actuar con debida diligencia. El desconocimiento de quienes facilitan el diálogo implica que puedan efectuarlo de manera negligente y, en definitiva, devenir en violencia institucional.

Para ello se debe tener presente que las partes se encuentren en equilibrio –lo que es muy difícil encontrar en la víctima de violencia–, evitar y no exponer a la revictimización de la mujer, capacitarse profundamente y formarse en perspectiva y violencia de género.

Si el acceso a mediación no resulta procedente, se debe enviar un mensaje claro a la víctima con relación a que no se valida la violencia, y que se la protege como lo regula la ley 26.485 de protección integral a las mujeres³.

Así, “[l]os operadores de justicia deben necesariamente ponderar el caso en concreto con nuevas sensibilidades, para develar la discriminación, los estereotipos, los mandatos culturales y la consecuente afectación de derechos de las mujeres”⁴. Ello le otorga una motivación razonada y fundada (artículo 200 de la Constitución de la provincia de Río Negro).

El artículo 28 de la Ley 26.485 (de Protección Integral Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) prohíbe expresamente las audiencias de mediación o conciliación: “Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación (...)”.

La prohibición se sostiene tomando como base la existencia de desigualdad de posiciones entre víctima y agresor. En la mediación o

³ Medina Graciela y Yuba Gabriela (2021). Protección Integral de las Mujeres. Ley 26.485 comentada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

⁴ Amaro Piccinini, Georgina y Custet Llambi, María Rita (2018). “Género, violencias y políticas judiciales. Crítica a la aplicación automática del precedente ‘G.’” en Doctrina Digital RC D 1998/2017, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

conciliación las partes deben estar en igualdad de condiciones. Asumiendo que quien sufre de violencia se encuentra en menor posición respecto de quien la imprime, es por ello que la prohibición se basa en la protección de la víctima, a fin de no someterla a una instancia autocompositiva con el agresor.

Se ha interpretado que lo que la ley prohíbe en su artículo 28 es negociar y mediar la violencia en sí misma, por lo cual los temas derivados de la responsabilidad parental (cuidado personal, prestación alimentaria, régimen de comunicación, etc.) es posible abordarlos en un proceso de mediación.

Más allá de las virtudes de los procesos de mediación para recomponer conflictos de familia (en temas como por ejemplo alimentos, cuidado personal, régimen de comunicación), frente a la existencia de una conducta basada en razón del género y de una relación desigual de poder, es muy dificultoso llegar a un acuerdo apropiado, ya que las partes, mientras se sostenga la violencia, no se encuentran en un plano de igualdad para mediar, por lo menos mientras se encuentren vigentes las medidas de protección (artículo 26 de la ley 26.485).

Superada la etapa crítica de la violencia, se podrían celebrar acuerdos siempre que se respeten las medidas y teniendo en cuenta el artículo 706 del Código Civil y Comercial de la Nación⁵, asegurándosele a la víctima de violencia los medios adecuados para su protección integral.

La Oficina de la Mujer (OM) a cargo del presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, elaboró los Principios Generales de Actuación en Casos de Violencia Doméstica contra las Mujeres para la Adecuada Implementación de la Ley 26485. Dicho documento surge como consecuencia y responde a las obligaciones asumidas por el Estado argentino ante el Comité CEDAW, debido al tratamiento judicial del caso de la Sra. Olga Díaz, reclamo patrocinado por la Defensoría General de la Nación.

Allí se denunció que el Estado argentino incumplió con las obligaciones de debida diligencia reforzada para prevenir los hechos de violencia sufridos por la Sra. Díaz, y la falta de respuesta institucional debido a estereotipos arraigados en las prácticas judiciales, en especial la tentativa

5 Herrera, Marisa y De La Torre Natalia (2022). Código Civil y Comercial de la Nación y Leyes Especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género. Buenos Aires: Editores del Sur.

de femicidio que casi acaba con su vida. Si bien la víctima había realizado denuncias previas, al momento del ataque no contaba con ninguna medida de protección.

En la guía se mencionan deberes específicos: acceso a justicia, mecanismos de notificaciones, no revictimización, prohibición de audiencias conjuntas, prohibición de celebrar acuerdos de suspensión de juicio a prueba, medidas de protección sin sustanciación, derecho de denunciantes a ser oídas.

En el punto de revictimización y otras cuestiones, se recuerda que el artículo 28 de la Ley 26.485 prohíbe expresamente las audiencias de mediación o conciliación. Además, declara “como necesaria la provisión de una cuota alimentaria provisoria suficiente para la manutención de hijos/as en común como parte de las medidas protectorias, dada la estrecha relación que existe entre la dependencia económica y la posibilidad de mantener la denuncia en el tiempo”. Por su parte, el punto 2.a. señala el deber de debida diligencia reforzado aplicado a los procesos judiciales:

Se debe juzgar con perspectiva de género: en el caso de que un incidente de violencia concreto tenga lugar en el contexto de un patrón general de violencia contra la mujer, la obligación de la debida diligencia tiene alcances más amplios. La prueba producida debe valorarse teniendo en cuenta la vulnerabilidad de la víctima. Quienes desempeñan funciones en el sistema de justicia (que incluye ministerios públicos) deben actuar libres de estereotipos y teniendo en cuenta las particularidades de los episodios de violencia de género. En la mayoría de los casos no existen.

Los tribunales locales se han expedido respecto de la violencia como excepción a transitar la mediación, y de abordaje con perspectiva de género en acuerdos celebrados ante los centros de mediación.

En el fallo “B. L. A. c/ V. J. B. s/cese de cuota alimentaria” (Expte. N° 3895-SC-19), elevado por el Juzgado de Primera Instancia de Familia N° 7, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro de fecha 24 de octubre de 2019 sostuvo:

Que en las condiciones expuestas no es defendible el argumento de la a quo relativo a que ha existido un proceso por violencia familiar (Ley 3040) en el que

se impusieron restricciones a las partes, y estas no acreditaron el cumplimiento de tratamientos allí ordenados. En primer lugar, puesto que la exclusión legal del art. 5 inc. g de la Ley 5116 se refiere a los trámites y a la materia de la violencia familiar propiamente dichos, siendo esos los supuestos en los cuales la intervención judicial se ve signada por la urgencia, la gravedad y por un interés público insoslayable, que impone adoptar medidas urgentes e inmediatas, y muchas veces restrictivas (exclusión de hogar, prohibición de acercamiento) que no admiten dilación. Ninguna de esas eventualidades fácticas habría de ser la materia mediable en lo que hace al objeto de estas actuaciones incidentales, dado que el contenido es preeminentemente patrimonial. La exclusión mencionada no puede llevarse fuera del ámbito que le es propio. Si se admitiera que las controversias del fuero de Familia, con nítido contenido patrimonial, se vieran lisa y llanamente excluidas de la mediación por la sola circunstancia de que en algún momento previo terció alguna denuncia (fundada o no) en el marco de la ley 3040, bien pudiera llegarse -en alguna medida- a abolir elípticamente el cauce legal de la Ley 5116 para una gran cantidad de procesos judiciales para los cuales fue establecido (...).

En consecuencia, obliga a transitar la instancia de mediación prejudicial obligatoria legislada por la ley 5.116, en ese entonces.

Cabe destacar el fallo dictado en los autos caratulados “Rodríguez Elizabeth Marina c/ Biurrun Evelina Alicia s/Nulidad (Ordinario), (Expte. N° A-1428-C-3-19), la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y de Minería de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, confirma el fallo de primera instancia en el que se *declara la inoponibilidad del acuerdo* plasmado en el Acta de Mediación celebrado en el CEJUME de Cipolletti (hoy CIMARC), en fecha 7 de diciembre de 2018, en autos “Pino Ariel Arnaldo y Haag Mario Martín / Otra s/ Daños y perjuicios s/ Mediación” (Expte. 019078-18-CCP). En fecha 4 abril de 2022, la jueza Soledad Peruzzi en su fallo dictaminó:

12.- (...) no puedo dejar de señalar una omisión en todo lo hasta aquí constatado de los pasos previos adoptados por los litigantes, así como la mediadora interviniente; que denota una total ignorancia y avasallamiento de la perspectiva de género que viene campeando fuertemente el derecho argentino y la sociedad en general. Además de no permitirse que uno sólo de los padres (independientemente del género, varón o mujer o indistinto) adopte decisiones

que afecten el patrimonio del hijo menor de edad; también el legislador ha impuesto que las decisiones judiciales deban ser abordadas desde una mirada que equilibre los derechos de las personas independientemente del género que las identifique. La facultad de las mujeres de tomar decisiones, en relación a sí mismas, y su derecho de ejercer la responsabilidad parental por su hijo menor de edad; en este caso no se hubo respetado. De validarse el pacto así acordado en mediación, en los términos en que fuera plasmado en el acta del Cejume, no sólo se consumaría una vulneración del sistema protectorio del menor de edad; sino también, y de manera flagrante, ostensible y grosera; se vería violentada la perspectiva de género con la que el legislador pretende sean juzgados todos los casos en los que intervenga el Poder Judicial. El presente, más allá de perseguirse en definitiva una reparación de índole patrimonial civil, no puede soslayarse que también subyace una situación conflictiva familiar; para la cual en la Provincia, el código de procedimientos de los juzgados de familia (Ley 5396), que regula los procesos que específicamente deciden cuestiones de esta índole; establece imperativamente en su art. 5, segundo párrafo: El conflicto de familia se aborda con perspectiva de género (...). De rechazarse la pretensión de la accionante en estos autos, no sólo se estaría violentando el derecho del niño V.A.P. sino también el de su madre accionante, convalidando una decisión adoptada sólo por el padre varón, que dispone del patrimonio del hijo en común menor de edad, sin la expresa conformidad de su progenitora; lo que equivaldría a retroceder en el tiempo al régimen imperante previo a la reforma del año 1985 del código civil de Vélez Sarsfield; modificación que como he resaltado, ha sido seguida en su línea por el actual plexo normativo que nos rige, el Código Civil y Comercial de la Nación. La norma vigente, que reproduce en lo sustancial el sistema anterior, asienta su base en las disposiciones constitucionales y transaccionales que prohíben discriminar a la mujer y que se proyectan en el ámbito que nos ocupa en la obligación del Estado de dictar normas que impliquen la igualdad de ambos padres en el ejercicio de su responsabilidad parental, y que han merecido una recepción legislativa en la mayor cantidad de los países del mundo occidental.⁶

6 El fallo de la jueza Peruzzi en los autos caratulados "Rodríguez Elizabeth Marina c/ Biurrún Evelina Alicia s/Nulidad (Ordinario)", puede consultarse en http://fallos.jusriogro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=72141ed6-5672-4bcf-930a-c240a-8ffa651&stj=0 (Obra citada: *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial, por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras; Tomo IV, capítulo sobre Responsabilidad Parental*).

CONCLUSIONES

Al momento de abordar el conflicto, aplicar una norma y actuar ajustados a derecho, se debe realizar una interpretación armónica de todo el sistema.

Interpretar el art 9 de la ley provincial 5.450 de Métodos Autocompositivos de Resolución de Conflictos (antes art. 5 inc. g de la ley 5.116) en su literalidad, implica desentenderse de la manda constitucional y estándares jurídicos que, desde 1979 con la CEDAW a la fecha, procuran garantizar a la mujer el acceso a la justicia por medio de un proceso justo y acorde a sus requerimientos y necesidades.

Sabido es que detrás de los procesos de violencia devienen problemáticas complejas que atraviesan a nuestra sociedad: drogadicción, alcoholismo, pobreza y situaciones de vulnerabilidad que agudizan la problemática. Identificar los indicadores de género ayudará a acompañar a la víctima con perspectiva de género para mirar la realidad y advertir la situación desventajosa que la puedan poner en una situación de desigualdad. Es deber de quienes trabajan en el poder Judicial *actuar con la debida diligencia reforzada y garantizar la real protección jurídica que el orden normativo otorga* (Acordada 6/2023 STJ).

El acceso a justicia, como derecho humano fundamental, refiere a un mayor y más amplio acceso a la justicia. Con ello se debe brindar una solución inmediata al conflicto, con el mínimo costo económico y de energía, evitando el desgaste personal para las víctimas, lo que no implica solo el dictado de una sentencia.

El marco normativo de protección a la mujer es el reconocimiento de la situación de vulnerabilidad, desventaja o discriminación, que se transforma en la necesidad de ordenar medidas por ello. El Estado se ha obligado a asumir una nómina de deberes para las autoridades públicas, a fin de contener las vulneraciones a los derechos de este colectivo tutelado.

Así, las mujeres víctimas de violencia gozan en el proceso judicial de un especial estándar de protección, el cual impone un plus por parte del sistema judicial. La inclusión de la perspectiva de género en el abordaje de los métodos autocompositivos para la gestión de conflictos compromete a los profesionales intervinientes en la tarea de reconocer factores de violencia y actuar de manera eficaz y revisando cada caso, teniendo en cuenta los principios de protección integral.

Sentencias rionegrinas con perspectiva de género

Aportes para visibilizar y difundir buenas prácticas

ROMINA CECILIA BRUNO*

I. INTRODUCCIÓN

Ya en 2001 Antônio Augusto Cançado Trindade hablaba de que los operadores judiciales debemos ejercer un rol más activo y creativo para implementar las normas internacionales de protección de los derechos humanos.¹ Tomando como eje el desafío que tenemos quienes integramos los poderes judiciales de resolver los casos que involucran derechos de las mujeres con una adecuada perspectiva de género, en la Provincia de Río Negro el Poder Judicial ha adoptado una política institucional que se traduce en diversas medidas encaminadas a fortalecer esa tarea. Una de ellas ha sido la implementación del Observatorio de Sentencias con Perspectiva de Género (en adelante OSPG), que permite visibilizar decisiones judiciales que constituyen buenas prácticas en nuestro quehacer cotidiano.

* Integrante del Observatorio de Sentencias con Perspectiva de Género del Poder Judicial de Río Negro. Relatora General del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro -Secretaría Penal STJ-. Secretaria de Prensa y Difusión del Colegio de Magistrados/as y Funcionarios/as de Río Negro.

1 Cançado Trindade, Antônio Augusto (2001): *El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile citado en Sagüés, M. S. (2020) *Discriminación estructural y proceso estructural*, publicado en: SJA 04/11/2020, 04/11/2020, 33 -Cita Online: AR/DOC/3135/2020, pág. 8.

Este trabajo se propone analizar y describir el contenido de las sentencias que han sido examinadas por el OSPG durante el año 2023².

II. EL OBSERVATORIO DE SENTENCIAS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

El OSPG de nuestra provincia surgió en 2022³, luego de que el Poder Judicial rionegrino adhiriera al Protocolo de Actuación del Observatorio de Sentencias con Perspectiva de Género de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales (JU.FE.JUS.)⁴. Sus integrantes son designados/as por la Presidencia del Superior Tribunal de Justicia⁵.

Cada decisión judicial con perspectiva de género remitida al OSPG origina un dictamen donde se describen sus datos, se realiza una breve reseña del caso, se identifican los estándares⁶ presentes, se transcriben los razonamientos con perspectiva de género –que darán lugar a los sumarios– y se consignan voces que aluden a su contenido⁷.

Todas las sentencias analizadas se encuentran publicadas en un suplemento interactivo en el sitio oficial del Poder Judicial de Río Negro, junto

2 Este trabajo tiene como base el trabajo final de la Diplomatura Judicial en Género (OM CSJN-AMJA, 2023), que fue actualizado para que abarque así la totalidad de las sentencias analizadas en el año 2023.

3 Se creó mediante Acordada 04/22 STJ, en el ámbito de la Oficina de Derechos Humanos y Género dependiente del Superior Tribunal de Justicia.

4 Acordada 28/20 STJ.

5 Personalmente considero un honor haber sido designada para integrarlo, desde febrero de 2023, junto a Marcela Marin y Mariela Echarren (conf. Res. 73/23 STJ).

6 El OSPG toma en consideración, para el análisis de las decisiones que cada organismo jurisdiccional de la provincia le remite, la Guía interactiva de estándares internacionales de derechos de las mujeres, publicada en el sitio oficial de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (<https://om.csjn.gov.ar/om/guia-de-estandares>).

7 Para esto último se comienza por las existentes en el Tesoro del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y suelen agregarse otras voces propias que se corresponden con estándares que rigen en materia de derechos humanos.

a los dictámenes respectivos del OSPG, donde se proporciona un enlace para acceder a ellas.⁸

III. SENTENCIAS ANALIZADAS POR EL OSPG EN EL AÑO 2023

En lo que sigue se hará referencia a las sentencias que se han analizado durante el año 2023, un total de 33 resoluciones que dieron lugar a sus respectivos dictámenes del OSPG. En vez de presentarlas por fueros, que es como aparecen clasificadas en el referido suplemento interactivo, aquí se las ha agrupado según expresan en sus razonamientos dimensiones innovadoras de la discriminación, entre otros estándares de protección de derechos de las mujeres y demás conceptos relevantes que constituyen, en su conjunto, un adecuado y diligente abordaje de las actuaciones judiciales con perspectiva de género.

1. Sentencias que destacan la existencia de discriminación interseccional

1.1. En el marco de un amparo presentado por una joven madre por su pequeño hijo con discapacidad, el juez analiza el contexto y destaca que se trata de un grupo familiar (madre, ese niño y otra hija pequeña) que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, sin recursos económicos ni vivienda adecuada, por lo que debe atenderse a la situación de cada integrante. Ordena el otorgamiento de una vivienda adaptada a las necesidades del niño con discapacidad en determinado plazo, y –hasta que ello se cumpla– que se brinde una solución habitacional transitoria, liberando a la amparista de toda gestión y tramitación que pudieran implicar obligaciones adicionales al cuidado de sus hijos.⁹

⁸ Ver el “Suplemento interactivo de decisiones judiciales con perspectiva de género del Poder Judicial de Río Negro”, que se actualiza periódicamente, dentro de la sección correspondiente a la Oficina de Derechos Humanos y Género: <https://www.jusrionegro.gov.ar/web/acceso-a-justicia/oficina-genero/>

⁹ . Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, Minería y Contencioso Administrativo de Viedma, causa “C.E.N. C/Municipalidad De Viedma Y Otros S/Amparo (C)”, Expte. N° VI-00764-C-2003 N° de decisión judicial: 27/2023 de fecha 14/06/23. Ver Dictamen N°: 0015-OSPG-2023 del 03/08/23.

1.2. Ante el incumplimiento de un compromiso asumido en un convenio de mediación de restituir una casa en determinado plazo, más la falta de pago del alquiler, el propietario demandó el desalojo de una mujer con sus dos hijos menores de edad. Tras la separación y el cese de la convivencia, la mujer no pudo cumplir el acuerdo y ambos fueron demandados. La jueza civil tuvo en cuenta que la señora estaba en una situación de extrema vulnerabilidad, sin ingresos fijos, sin alternativas de vivienda y a cargo del cuidado exclusivo de los niños, mientras que el hombre, alegando que pagaba regularmente la cuota alimentaria, pretendió desentenderse del compromiso de restitución. La sentencia estimó que correspondía realizar un abordaje integral de la problemática, con perspectiva de género; concedió un plazo para que el padre se involucre personalmente y junto con la madre busquen una solución al problema habitacional, además de dar intervención a organismos del Estado provincial y municipal para que incluyan a la mujer en programas asistenciales antes de tener que ordenarse el desalojo.¹⁰

1.3. Al resolver un amparo presentado en virtud de que la obra social no reconocía el 100% de cobertura para los tratamientos hormonales requeridos para la adecuación del cuerpo de una niña a su identidad autopercebida, se afirmó que el pretendido trato igualitario dispensado configuraba un acto de discriminación: al tratarse de una persona que pertenecía a un grupo vulnerado e interseccionado por su identidad de género y niñez, no estaba en condiciones de igualdad, por lo que la obra social debió acreditar las acciones positivas a su favor.¹¹

10 Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N°1 de General Roca, causa “F. D.Y F. N.O. C/ P. J. G.Y G. S. G. S/ Ejecucion De Convenio (De Mediación)”, Expte. N° RO-xxxx-C-0000, sentencia N° 211/2023 de fecha 22/06/23. Ver Dictamen N° 0026-OS-PG-2023 del 18/09/23.

11 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, Minería y Contencioso Administrativo de Viedma, causa “M.E.,E.V.C/ I.P.D.S.D.S. -lpross- S/ Amparo”, Expte. N° VI-01276-C-2023, sentencia N° 56/2023 de fecha 22/09/23. Ver Dictamen N° 0030-OS-PG-2023 del 24/11/23.

2. Sentencias que dan cuenta de la existencia de discriminación fáctica o indirecta

2.1. En algunos supuestos la aplicación de normas aparentemente neutras deja en desventaja a algunas mujeres.¹² Ello sucedió en un caso en que una entidad bancaria desconoció que la mujer que figuraba como garante de su pareja era víctima de violencia económica y patrimonial.¹³

3. Sentencias que afirman la obligatoriedad de juzgar con perspectiva de género (a pesar de tratarse de procedimientos que no la contemplan o de que las partes no la hayan alegado)

3.1. En una causa de restitución internacional de una niña a Chile, la magistrada rionegrina que intervino debió realizar una interpretación armónica de la normativa convencional específica para ese tipo de supuestos, más la que impone la perspectiva de género. Se ocupó entonces de establecer pautas y condiciones muy precisas y graduales que el padre y las autoridades chilenas debían cumplir para que se garanticen los derechos de la niña y su madre a vivir una vida libre de violencias.¹⁴

3.2. La Cámara Civil revocó una sentencia ya que no correspondía el desalojo de la mujer sino la liquidación de la sociedad conyugal. Estimó que ella “no puede ser considerada como intrusa, ni tenedora ni comodataria” porque ingresó al inmueble por la convivencia y posterior matrimonio con quien pretendía desalojarla. Para eso destacó que debía aplicarse el paradigma de la perspectiva de género “aun cuando las partes involucradas en un caso no la hayan contemplado en sus alegaciones en el curso del

¹² Ver Kemelmajer de Carlucci, A. (2021) Las acciones positivas con visión de género en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del siglo XXI. publicado en: SJA 04/08/2021, 04/08/2021, 3 - TR LALEY AR/DOC/1971/2021, punto II.2.

¹³ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, Minería y Contencioso Administrativo de General Roca, causa “B.C.C. Ltda C/ A.C.S. S/ Ordinario”, Expte. N° CH-59885-C-0000, sentencia N° 77/2023 de fecha 23/06/23. Ver Dictamen N° 0021-OS-PG-2023 del 23/08/23.

¹⁴ Unidad Procesal N°7 de San Carlos de Bariloche, causa “A. F., C. A. C/ G. M., P. Y. S/ Restitución S/ Sumarísimo”, Expte. N° BA-00155-F-2022, sentencia N°32/2023 de fecha 27/03/23. Ver Dictamen N° 0006-OSPG-2023 del 18/05/23.

proceso” y “sin importar la materia del asunto o la instancia en que se resuelve”.¹⁵

4. Sentencias que destacan la transversalidad de la perspectiva de género

4.1. Frente al reclamo de resarcimiento de una mujer embarazada que sufrió un golpe en el abdomen mientras viajaba en un colectivo de línea, a lo que le siguieron una serie de destratos, la Cámara Civil confirmó lo establecido en primera instancia, donde se había hecho lugar parcialmente a su demanda. En la sentencia se destacó la necesidad de aplicar el enfoque de género de modo transversal, ya que no distingue fueros. Especificó que esa perspectiva sería aplicable junto a otras implicadas en el caso, como el régimen del derecho del consumidor y las normas del contrato de transporte.¹⁶

5. Sentencias que señalan la importancia de considerar con seriedad los indicadores de violencia

5.1. La Cámara revocó una decisión anterior que había rechazado el pedido de exclusión del hogar del agresor. Estableció que, aun cuando existan informes contradictorios, no pueden soslayarse los indicadores de violencia presentes en el caso y corresponde adoptar medidas de protección para la mujer y sus hijos.¹⁷

15 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, Minería y Contencioso Administrativo de Viedma, causa “F.F.R. C/ V.R.A.E. S/ Desalojo (Sumarísimo)”, Expte. N° VI-32319-C-0000, sentencia N° 15/2023 de fecha 22/03/23. Ver Dictamen N° 0016-OS-PG-2023 del 03/08/23.

16 Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Familia, Minería de General Roca, causa «D.D.N. C/ Empresa De Transporte Y Otra S/ Sumarísimo (Derecho Del Consumidor)”, Expte. N° RO-31357-C-0000, sentencia N° 52/2023 de fecha 22/05/23. Ver Dictamen N°: 0010-OSPG-2023 del 30/06/23. Allí se cita un precedente reciente del Superior Tribunal de Justicia del fuero de Familia, reseñado en el punto 6.1).

17 Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Familia, Minería y Contencioso Administrativo de San Carlos de Bariloche, causa “S, M.I. /H.,A.G.S/ Incidente”, Expte. BA-00509-F-2023, sentencia N° 200/2023 de fecha 17/05/23. Ver Dictamen N°: 0009-OS-PG-2023 del 30/06/23. Entre los fundamentos de la decisión se incluyó un reciente informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres y

5.2. Una jueza de Familia rechazó la demanda de restitución de la comunicación de un hombre con sus hijas menores de edad, al constatar el contexto de violencia de género crónica, cíclica y en escalada de tipo física, psicológica, económica y sexual que motivó un juicio penal donde él había sido condenado a una pena de prisión que se encontraba cumpliendo en forma efectiva. La magistrada expresó que le llamaba la atención que el representante complementario de las niñas del Ministerio Público de la Defensa hubiera propiciado hacer lugar al régimen de comunicación, de forma progresiva y supervisada, y destacó la necesidad de que los operadores de justicia aborden las soluciones con perspectiva de género.¹⁸

5.3. En varios casos tramitados ante la Justicia de Paz provincial, se tuvieron en cuenta diversos indicadores y se adoptaron medidas para proteger a las víctimas. Por ejemplo, ante la denuncia de violencia física, económica, sexual, emocional y psicológica por parte de la pareja de la denunciante¹⁹. Asimismo, ante un supuesto en que la mujer explicó que tenía miedo a las reacciones violentas de su expareja, dado que la manipulaba para que no terminara la relación, que se había tornado tóxica.²⁰ En otro expediente se detectaron riesgos potenciales a la integridad psicofísica, en un conflicto que se había originado por la permanencia de la mujer en la vivienda de su pareja fallecida, lo que generó reclamos con violencia por parte de familiares del hombre.²¹

las niñas, Reem Alsalem, sobre custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra los niños, de fecha 13/04/2023.

18 Unidad Procesal N°7 de San Carlos de Bariloche, causa “A., F. D. C/ N., F. K. I. S/ Régimen De Comunicación S/ Sumarísimo”, Expte. N° BA-23523- F-0000, sentencia N° 143/2023 de fecha 05/07/23. Ver Dictamen N° 0018-OSPG-2023 del 23/08/23.

19 Juzgado de Paz de Ingeniero Huergo, causa “C.S.Y. C/ L., J. A. S/ Violencia”, Expte. N° IH-00013- JP-2023, sentencia N° 607/23 de fecha 05/10/23. Ver Dictamen N° 0032-OSPG-2023 del 24/11/23.

20 Juzgado de Paz de Contralmirante Cordero, causa “F.A.M. C/ A.A.A. S/ Violencia”, Expte. N° CO-00019-JP-2023, sentencia N° 6/23 de fecha 26/09/23. Ver Dictamen N° 0029-OSPG-2023 del 24/11/23.

21 Juzgado de Paz de Cinco Saltos, causa “K.T. C/L.M., V.R.E., A.Y.Y M.D. G. S/Denuncia Violencia Ley 26485”, Expte. N° CS-00674- JP-2023, sentencia N° 132/23 de fecha 06/09/23. Ver Dictamen N° 0031-OSPG-2023 del 24/11/23.

6. Sentencias que advierten sesgos de género y estereotipos en la valoración de la prueba

6.1. El Superior Tribunal de Justicia anuló una sentencia por carecer de perspectiva de género en la valoración de la prueba. Cuestionó los argumentos de la Cámara y estableció que “en materia de derecho de familia se advierte la necesidad de un criterio de análisis más flexible y amplio de la prueba, particularmente de las declaraciones testimoniales, toda vez que el ámbito donde el conocimiento de las partes y sus circunstancias suele circunscribirse a relaciones cercanas, por parentesco o amistad, en el marco de intimidad propio de la vida cotidiana y doméstica”.²²

6.2. El Tribunal de Impugnación revocó una decisión por advertir la presencia de sesgos de género y estereotipos en la valoración de la prueba, principalmente respecto de la declaración de la víctima. Advirtió la falta de diligencia y la presencia de estereotipos en el razonamiento que había conducido a una decisión absolutoria por el beneficio de la duda, por lo que declaró responsable al imputado. Entendió discriminatoria –y contraria al principio de capacidad de las personas– la exigencia de pericias psicológicas o psiquiátricas a las mujeres que denuncian violencias sexuales con el objeto de establecer la credibilidad de su testimonio o su capacidad mental.²³

6.3. En un proceso de amparo, se resolvió a favor de una mujer a la que la obra social le había negado el acceso a tratamientos de fertilidad porque se había realizado antes una ligadura de trompas. Esa decisión fue considerada discriminatoria y violatoria de sus derechos reproductivos, por estar basada en distinciones que no tenían sustento en la ley, además

²² Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, causa “LI.M.C/Y.A S/Liquidación De La Sociedad Convivencial (F) S/Casación”, N° de Expte.: BA-26980-F-0000, sentencia N° 2/2023 de fecha 02/02/23. Ver Dictamen N° 0001-OSPG-2023 del 28/03/23. Este fallo, que constituye doctrina legal, ha sido citado en varias decisiones posteriores analizadas por el OSPG. Ver, en este sentido, las sentencias referidas en los apartados 4.1 y 14.4.

²³ Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro, causa “P. M. B. C/ M. M. T. S/ Abuso Sexual (A)”, Expte. N° MPF-CI-04570-2020, sentencia N° 82/2023, de fecha 24/04/23. Ver Dictamen N°: 0008-OSPG-2023 del 30/06/23.

de no valorar correctamente la prueba, concretamente la vinculada con el fundamento de esa intervención quirúrgica anterior.²⁴

7. Sentencias que procuran no revictimizar a las mujeres que acuden al Sistema de Justicia

7.1. En la sentencia referida en el apartado 6.2 se decidió declarar la responsabilidad del imputado en vez de reenviar la causa para un nuevo juicio, con el fin de no revictimizar a la víctima y atendiendo además al cúmulo de prueba ya producida.

7.2. En otra causa, el Tribunal de Impugnación anuló una decisión que había autorizado que una niña víctima de abuso sexual volviera a declarar en cámara Gesell. Advirtió que ella no estaba en condiciones de declarar nuevamente, por lo que estimó apropiado no revictimizarla, es decir, no generar una victimización secundaria.²⁵

7.3. En un interdicto de recobrar un inmueble, se tuvo en consideración, de manera particular, la situación de violencia padecida por una mujer, que la había llevado a abandonar ese hogar, además de que quienes lo ocupaban no pudieron acreditar que su ocupación fuera legítima o de buena fe.²⁶

²⁴ Juzgado Civil, Comercial y Sucesiones N°21 de Villa Regina, causa “A., V. A. C/ Instituto Provincial De Seguro De Salud - Iprosss/ Sumarísimo - Amparo”, N° de Expte.: VR-00063-C-2022, sentencia N° 2/2023 del 23/01/23. Ver Dictamen N° 0004-OSPG-2023 del 28/03/23.

²⁵ Tribunal de Impugnación de la Provincia de Río Negro, causa “G.J.E C/ S.R.S. S/ Abuso Sexual”, Expte. N° MPF-VR-01572-2021, sentencia N° 125/2023 de fecha 12/06/23. Ver Dictamen N° 0024-OSPG-2023 del 18/09/23.

²⁶ Juzgado Civil, Comercial, Minería y Familia N° 9 de San Antonio Oeste, causa “O.S.E.C/ M.J.M.Y Otra S/ Interdicto De Recobrar (Sumarísimo) (Virtual)”, Expte. N° SA-00475-C-0000, sentencia N° 99/2023 de fecha 07/07/23. Ver Dictamen N° 0025-OSPG-2023 del 18/09/23.

7.4. Una Cámara Civil sostuvo que exigir a quien solicitaba suprimir el apellido paterno más pruebas sobre los padecimientos causados por la violencia ejercida por su progenitor implicaba una revictimización.²⁷

7.5. Una Jueza de Paz tenía que resolver dos actuaciones que había iniciado una misma mujer en días sucesivos: una denuncia por violencia de género ante la Comisaría de la Familia y otra contravencional. Decidió tratarlas de manera conjunta, a fin de no generar una revictimización en relación con la denunciante, evitando así convocarla en dos procesos diferentes.²⁸

8. Sentencias que son superadoras de una visión formalista de los procesos judiciales

8.1. La sentencia mencionada en el apartado anterior es un claro ejemplo de flexibilidad, ya que trata conjuntamente dos actuaciones diferentes presentadas de manera separada.

8.2. En otro caso, se ordenaron medidas urgentes para proteger a una mujer víctima de violencia, a pesar de reconocer la incompetencia y previo a remitir las actuaciones a otro órgano judicial.²⁹

8.3. Al resolver el pedido de una renta compensatoria por parte de un hombre, el análisis de la situación de manera global, incluyendo otras actuaciones judiciales, resultó relevante dado que permitió advertir que no pagaba alimentos a sus hijos.³⁰

27 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, Minería y Contencioso Administrativo de General Roca, causa “M., G. S/ Nombre”, Expte. N° RO-12138-F-0000, sentencia N° 134/23 de fecha 15/09/23. Ver Dictamen N° 0028-OSPG-2023, del 24/11/23.

28 Juzgado de Paz de Río Colorado, causa “S.M.A. S/ Actuaciones Contravencionales”, Expte. N° RC-00071-JP-2023, sentencia N° 90/2023 de fecha 02/08/23. Ver Dictamen N° 0022-OSPG-2023 del 18/09/23.

29 Juzgado de Paz de San Carlos de Bariloche, causa “R.L. C/V. M. S/Violencia”, Expte. N° BA-1484-F-2023, sentencia N° 36/23 de fecha 30/06/23. Ver Dictamen N° 0020-OSPG-2023 del 23/08/23.

30 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativo de San Carlos de Bariloche, causa “V., S. C/ D. S., M. I. S/ Fijación Del Canon Locativo (F)”, Expte. N° BA-26870-F-0000, sentencia N° 03/2023. Ver Dictamen N°: 0014-OSPG-2023, del 03/08/23.

8.4. Una adecuada perspectiva de género motivó el rechazo de una demanda por un supuesto “despido indirecto” que, en rigor, solo era un intento más de hostigamiento de un hombre hacia su expareja, que ya venía haciéndolo por diversos medios, incluyendo las redes sociales, desde la ruptura de la relación. La Cámara Laboral valoró especialmente unas actuaciones tramitadas ante la Justicia de Paz por violencia doméstica.³¹

8.5. En otro caso laboral, el despido indirecto de la mujer se tuvo por configurado al impedirse el contacto mutuo en un contexto de denuncias cruzadas por violencia familiar. Se constató la asimetría y situación de violencia en la que se hallaba inmersa la mujer, que era pareja y a su vez dependiente, como encargada del establecimiento del hombre. Este negaba la existencia de relación laboral³².

8.6. En otras actuaciones del mismo fuero, se afirmó que la pauta de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados es medular cuando se trata de violencia de género en las relaciones de trabajo.³³

9. Sentencias que reconocen el estigma que recae sobre las víctimas de violencia de género, como obstáculo que dificulta la presentación de denuncias, es decir, el acceso a la justicia

9.1. Ante los inconvenientes que presenta el establecimiento de una custodia policial para las víctimas, la Jueza de Paz puso el peso del estigma en el varón, que sería quien deba estar custodiado por la policía, en vez de la mujer víctima. Sostuvo que “la utilización del recurso o dispositivo de custodia debe resultar efectivo, sin impedir la vida diaria o estigmatizar a

³¹ Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial, Viedma, causa “E.M. C/ C. D., B. A. S/ Ordinario”, N° de Expte.: VI-07751-L-0000, sentencia N° 206/2022, de fecha 12/12/22. Ver Dictamen N° 0003/OSPG/2023 del 28/03/23.

³² Cámara Primera del Trabajo de San Carlos de Bariloche, causa “D. A., A. B. C/ O., J. E. S/ Ordinario (L)”, Expte. N° BA-06652-L-0000, sentencia N° 164/23 de fecha 24/08/23. Ver Dictamen N° 0027-OSPG-2023, del 24/11/23.

³³ Cámara Segunda del Trabajo de General Roca, causa “R.J.C. C/ E.R.N. S.A. S/ Ordinario (L)”, Expte. N° RO-12804-L-0000, sentencia N° 02/2023, de fecha 01/02/23. Ver Dictamen N° 0017-OSPG-2023 del 03/08/23.

las mujeres, disuadiéndolas así de la posibilidad de denunciar o solicitar medidas de protección”.³⁴

10. Sentencias que reconocen la reproducción de la violencia luego del cese de la convivencia, a través de diversas modalidades de violencia de género

10.1. En un caso la Jueza de Familia se apartó del principio general y le impuso las costas al actor, en tanto estableció que la promoción de acciones judiciales del hombre hacia la mujer había sido un modo más de dar continuidad al ejercicio de la violencia hacia su expareja y sus hijas.³⁵

10.2. De modo similar, en otro caso se sostuvo que la mujer se había visto obligada a litigar a fin de acceder a los bienes negados por el demandado, quien había desplegado una conducta que constituía un modo de violencia económica que no podía ser admitido, por lo que era él quien debía cargar con las costas.³⁶

10.3. En otro supuesto, se entendió que configuraba violencia patrimonial y económica la pretensión del hombre que se encontraba en posesión del inmueble de su mujer y se negaba a restituirlo, bajo la excusa de la existencia de supuestas mejoras. El juez interviniente declaró ilícita la posesión, además de señalar la existencia de abuso del derecho.³⁷

³⁴ Juzgado de Paz de Río Colorado, causa “S.S.C. C/ Q.H S/ Violencia”, Expte. N° RC-00333-JP-2023, sentencia N° 65/2023 de fecha 04/08/23, con cita de la recomendación N° 35 del Comité CEDAW sobre la violencia por razón de género contra la Mujer. Ver Dictamen N° 0023-OSPG-2023 del 18/09/23.

³⁵ Unidad Procesal N°7 de San Carlos de Bariloche, causa “A., F. D. C/ N., F. K. I. S/ Régimen De Comunicación S/ Sumarísimo”, Expte. N° BA-23523- F-0000, sentencia N° 143/2023 de fecha 05/07/23. Ver Dictamen N° 0018-OSPG-2023 del 23/08/23.

³⁶ Unidad Procesal de Familia N° 7 de San Carlos de Bariloche, causa “L.C/ L.S/ Liquidación De La Sociedad Convivencial (F)(Digital) S/ Ordinario”, N° de Expte.: BA-21216-F-0000, sentencia N° 24/2023, de fecha 14/03/23. Ver Dictamen N° 0005-OSPG-2023 del 21/04/23.

³⁷ Unidad Procesal de Familia N°5 de Cipolletti, causa Xxx C/ Xxx S/Ordinario, expte. N° CI-3999-F-0000, sentencia N° 56/2023 de fecha 03/04/23. Ver Dictamen N°: 0013-OSPG-2023 del 03/08/23.

10.4. En un caso se daba la situación de una mujer que no lograba que su exmarido acceda a la división del único bien que habían adquirido durante el matrimonio; no había sido escriturado y el boleto de compraventa se encontraba en posesión de él, lo que le dificultaba a ella continuar el trámite de ejecución de sentencia a los efectos de obtener la partición y/o atribución del bien ganancial. Esas circunstancias –constitutivas de violencia económica y patrimonial– sumadas a la vulnerabilidad en la que se encontraba la mujer, fueron valoradas en la sentencia, que le hizo lugar a la fijación de un canon locativo del inmueble a su favor, hasta tanto se resolviera en forma definitiva la partición y adjudicación de los bienes.³⁸

11. Sentencias que involucran a otros Poderes del Estado, reconociendo la necesidad de un abordaje interinstitucional para lograr una tutela efectiva de los derechos

11.1. Ante graves hechos de violencia que llegan a conocimiento del Juzgado de Paz, no solo se dio intervención a la Fiscalía, sino que se ordenó un abordaje integral del caso con profesionales de Salud Pública y de la Oficina de Género Municipal.³⁹

11.2. Frente a una situación compleja, de múltiples violaciones a derechos de un grupo familiar compuesto por una madre y dos niños, uno con discapacidad, el juez que resolvió el amparo ordenó que el organismo provincial competente les otorgue una vivienda en un plazo de un año y a otras reparticiones estatales les indicó que, mientras eso se efectivizaba, les brindaran una solución habitacional transitoria, aclarando que debía quedar “a cargo de sus titulares la responsabilidad de la gestión, tramitación administrativa, suscripción de contratos y demás cuestiones, debiendo

³⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativo de San Carlos de Bariloche, causa “V., S. C/ D. S., M. I. S/ Fijación Del Canon Locativo (F)”, Expte. N° BA-26870-F-0000, sentencia N° 03/2023. Ver Dictamen N°: 0014-OSPG-2023, del 03/08/23.

³⁹ Juzgado de Paz de Río Colorado, causa “S.S.C. C/ Q.H S/ Violencia”, Expte. N° RC-00333-JP-2023, sentencia N° 65/2023 de fecha 04/08/23. Ver Dictamen N° 0023-OSPG-2023 del 18/09/23.

liberar a la amparista de dichas obligaciones adicionales al cuidado de su hijos”.⁴⁰

11.3. En un supuesto en el que se solicitaba el desalojo de una madre y sus hijos (ver punto 1.2) se dio intervención al estado provincial y municipal, a fin de que dentro de determinado plazo se arbitren diversos mecanismos para incluir a ese grupo familiar en algún programa asistencial y/o de ayuda económica.⁴¹

12. Sentencias que adoptan medidas diversas y creativas que atienden a la causalidad compleja propia de la violación estructural de los derechos de las mujeres

La violencia contra las mujeres es un fenómeno policéntrico, de múltiples causas⁴², por lo que la búsqueda de soluciones para revertirla debe atender a esas variadas facetas.

12.1. Una sentencia de una Jueza de Paz estableció diversas medidas para revertir el acoso callejero padecido por una mujer. Entre ellas, seleccionó una entidad destinataria de la multa vinculada con el fútbol femenino, ordenó que el agresor realice y apruebe un curso virtual sobre masculinidades, le informó sobre la posibilidad de acceder a una disertación virtual sobre el mismo tema y, para asegurar el cumplimiento de esa instrucción especial, le garantizó al denunciado la accesibilidad digital al curso.⁴³

⁴⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, Minería y Contencioso Administrativo de Viedma, causa “C.E.N. C/Municipalidad De Viedma Y Otros S/Amparo (C)”, Expte. N° VI-00764-C-2003 N° de decisión judicial: 27/2023 de fecha 14/06/23. Ver Dictamen N°: 0015-OSPG-2023 del 03/08/23.

⁴¹ Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N°1 de General Roca, causa “F. D.Y F. N.O. C/ P. J. G.Y G. S. G. S/ Ejecución De Convenio (De Mediación)”, Expte. N° RO-xxxx-C-0000, sentencia N° 211/2023 de fecha 22/06/23. Ver Dictamen N° 0026-OSPG-2023 del 18/09/23.

⁴² Ver Sagüés, M. S. (2020) “Discriminación estructural y proceso estructural”, publicado en: SJA 04/11/2020, 04/11/2020, 33 - Cita Online: AR/DOC/3135/2020, pág. 6.

⁴³ Juzgado de Paz de Río Colorado, causa “S.M.A. S/ Actuaciones Contravencionales”, Expte. N° RC-00071-JP-2023, sentencia N° 90/2023 de fecha 02/08/23. Ver Dictamen N° 0022-OSPG-2023 del 18/09/23.

13. Sentencias que advierten sobre la necesidad de erradicar y no tolerar violencias hacia las mujeres que suelen aparecer naturalizadas

13.1. En el caso referido en el punto anterior, la magistrada fue enfática al afirmar que “[e]stas situaciones que las mujeres viven a diario, pone sobre la mesa el nivel de desigualdad que aun vivimos, el beneplácito y la tolerancia de conductas que no pueden ser adjetivadas de otra forma que no sea un liso y llano acoso sexual, en este caso, callejero...”.

13.2. En un supuesto en que la Cámara Laboral debió tratar un despido vinculado con un hecho de acoso laboral hacia una empleada, destacó que “[n]o se puede permitir en este amplio marco de derechos humanos personalísimos que un jefe sin más bese, abrace o acose a las empleadas, y las cosas sigan como si nada, sin límites a su conducta o comportamiento en el ámbito de trabajo, de lo contrario su mal comportamiento se puede reiterar, la vulnerabilidad de las mujeres del equipo se profundiza, da a entender que la empresa ampara este tipo de conductas, generándose un sinfín de daños directos e indirectos en el ámbito de la empresa, desde su imagen hasta el más mínimo evento del ámbito cotidiano de trabajo queda teñido por la sombra del acoso laboral”.⁴⁴

13.3. En otro caso tramitado ante la Justicia de Paz se verificó que un hombre, que había concurrido a un hospital para solicitar una receta médica, maltrató e insultó a diversas mujeres que trabajaban allí (médica, enfermeras y personal de la farmacia). Ante el tenor de los insultos, que fueron minimizados por el agresor y denotaban arraigados y naturalizados estereotipos de género, la magistrada le ordenó que realizara un curso sobre género y masculinidades.⁴⁵

⁴⁴ Cámara Segunda del Trabajo de General Roca, causa “R.J.C. C/ E.R.N. S.A. S/ Ordinario (L)”, Expte. N° RO-12804-L-0000, sentencia N° 02/2023, de fecha 01/02/23. Ver Dictamen N° 0017-OSPG-2023 del 03/08/23.

⁴⁵ Juzgado de Paz de Luis Beltrán, causa “(...) C/(...) S/ Denuncia Ley 26.485”, Expte. N° LB-00025-JP-2023, sentencia N° 33/23 de fecha 11/10/23. Ver Dictamen N° 0033-OSPG-2023 del 24/11/23.

14. Sentencias que detectan estereotipos de género y tienden a desmantelarlos

14.1. En un caso sobre derechos reproductivos, vinculado específicamente con el acceso a intervenciones quirúrgicas de ligadura de trompas, se reconoció el derecho a indemnización de una mujer que no había sido informada adecuadamente sobre ese tipo de prácticas, en particular en cuanto a su efectividad (que no es del 100%), y luego quedó embarazada.⁴⁶ Este tipo de decisiones, que ponen el énfasis en los derechos de la mujer a la autonomía reproductiva y planificación familiar resultan relevantes, en tanto desarticulan un estereotipo social muy arraigado, basado en la preeminencia asignada al rol reproductor de la mujer, en detrimento de todo otro tipo de decisiones que esta quiera tomar sobre su propia vida.

14.2. Una Jueza de Familia hizo lugar a la petición de una mujer que reclamó su derecho de recompensa del 50 % en la liquidación de bienes adquiridos durante una unión convivencial que duró 18 años. Si bien el hombre figuraba como único titular de los bienes registrables, la magistrada tuvo en consideración el contexto social patriarcal, en el que son los hombres quienes suelen titularizar los bienes de la familia. Valoró especialmente el aporte económico de las tareas de cuidado que ella realizaba respecto del hijo de ambos, sin el cual el demandado no hubiera podido desempeñar tareas remunerativas fuera del hogar.⁴⁷

14.3. Una sentencia de Cámara, que confirmó una decisión anterior, contribuyó también a desarticular ese mismo estereotipo de género tan arraigado, presente en la demanda: que las tareas de cuidado que históricamente realizan las mujeres no tienen un valor económico. Destacó que el otorgamiento de vivienda es una forma de prestar alimentos en especie,

⁴⁶ Unidad Jurisdiccional Contencioso Administrativa N° 15 de General Roca, causa “G.,N.F. Y Otro C/ M.,S.A. Y Otro S/Daños Y Perjuicios (Ordinario)”, N° de Expte.: VR-67363-C-0000, sentencia N° 2/2023, del 17/02/23. Ver Dictamen N° 0002-OSPG-2023 del 28/03/23.

⁴⁷ Unidad Procesal de Familia N° 7 de San Carlos de Bariloche, causa “L.C/ L.S/ Liquidación De La Sociedad Convivencial (F)(Digital) S/ Ordinario”, N° de Expte.: BA-21216-F-0000, sentencia N° 24/2023, de fecha 14/03/23, con cita de la Recomendación General N° 21 del Comité CEDAW. Ver Dictamen N° 0005-OSPG-2023 del 21/04/23.

ya que en el caso eran los hijos quienes aprovechaban del inmueble sobre el que su padre reclamaba una compensación económica a la madre (su expareja) que ejercía el cuidado personal de ellos.⁴⁸

14.4. En otro caso sí se aplicó el instituto de la compensación económica, precisamente para contrarrestar la vulnerabilidad de una mujer que había contribuido por años al sostenimiento de la actividad de su pareja, incluso a costa de renunciar a sus propios proyectos personales.⁴⁹

14.5. En una sentencia donde se pretendía el desalojo de una mujer y sus hijos, la jueza sostuvo que no podía desconocerse “que las mujeres históricamente se encuentran en una particular situación de desventaja como consecuencia de una construcción sociocultural. Ello provoca que sufran discriminación en función de roles estereotipados de la posición y el rol que debieran asumir”, tales como la concepción de las mujeres como cuidadoras y los hombres como proveedores. Destacó el deber de la magistratura de advertir este tipo de situaciones y estereotipos con el fin de que no sigan perpetuándose.⁵⁰

15. Sentencias que adoptan medidas para que hechos similares no se reiteren en el futuro

En algunas decisiones se advierten notas de los procesos estructurales, es decir, aquellos que apuntan a desmantelar situaciones de desigualdad

⁴⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia, de Minería y Contencioso Administrativo de San Carlos de Bariloche, causa “V., S. C/ D. S., M. I. S/ Fijación Del Canon Locativo (F)”, Expte. N° BA-26870-F-0000, sentencia N° 03/2023. Ver Dictamen N°: 0014-OSPG-2023, del 03/08/23.

⁴⁹ Juzgado Civil, Comercial, Familia y de Minería N° 9 de San Antonio Oeste, causa “Reservado S/ Compensación Económica (F)”, Expte. N° 1730/2017, sentencia N° 6/2023 de fecha 24/02/23. Ver Dictamen N°: 0011-OSPG-2023 del 30/06/23. En esa sentencia, entre los fundamentos que se destacan para reforzar la necesidad de actuar con perspectiva de género, se incluye una cita de la reciente sentencia del Superior Tribunal de Justicia referida en el apartado 6.1.

⁵⁰ Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N°1 de General Roca, causa “F. D.Y F. N.O. C/ P. J. G.Y G. S. G. S/ Ejecución De Convenio (De Mediación)”, Expte. N° RO-xxxx-C-0000, sentencia N° 211/2023 de fecha 22/06/23. Ver Dictamen N° 0026-OSPG-2023 del 18/09/23. Se trata de la sentencia referida en los puntos 1.2 y 11.3.

estructural, tales como la presencia de una visión prospectiva, caracterizada por mirar al futuro.⁵¹ Se hace referencia aquí, entonces, a sentencias que adoptan soluciones que no se limitan a las partes en conflicto que de algún modo intentan reparar las situaciones que le dieron origen, procurando que no vuelvan a reiterarse en el futuro.

15.1. En un caso de hostigamiento laboral hacia una trabajadora y sus compañeras mujeres, la Jueza de Paz ordenó que su empleador cumpla con los deberes a su cargo regulados en la ley de contrato de trabajo y que, en caso de tomar conocimiento de actos de hostigamiento o acoso por parte del personal masculino hacia el femenino, adopte medidas tendientes a evitar que se reiteren.⁵²

15.2. Una Cámara Civil, al resolver un caso de una niña que había sido víctima de abuso sexual simple por parte del chofer del transporte escolar que la trasladaba cotidianamente al colegio, confirmó la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios contra el autor del abuso, la empresa de colectivos y el Estado provincial -como responsable de la contratación del servicio de transporte de estudiantes de escuelas públicas-, y encomendó a la empresa y a la Secretaría de Transporte la realización de cursos de formación sobre perspectiva de género para los trabajadores del rubro. Hizo referencia a la necesidad de prevenir futuros hechos de este tipo, más teniendo en consideración que el abuso denunciado aparentemente no había sido el único.⁵³

51 Sagüés, M. S. (2020), "Discriminación estructural y proceso estructural", publicado en: SJA 04/11/2020, 04/11/2020, 33 - Cita Online: AR/DOC/3135/2020, pág. 7.

52 Juzgado de Paz de Allen, causa "MBC C/ Aj Y Ac S/ Ley 26485- Violencia De Género", Expte. N° AL-00000-JP-2023, sentencia N° 138/2023, de fecha 20/01/23. Ver Dictamen N° 0019-OSPG-2023 del 23/08/23.

53 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de General Roca, causa "R.A.S. C/ H.D.A.Y Otros S/ Daños Y Perjuicios (Ordinario) (Ley Protección Integral De La Mujer)", Expte. N° RO-20257-C-0000, sentencia N° 25/2023 y 152/2023, (aclaratoria), del 13/04/23. Ver Dictamen N°: 0007-OSPG-2023, del 30/06/23.

15.3. En un proceso de amparo, se ordenó capacitar en perspectiva de género a quienes integraban el servicio jurídico de la obra social cuyo accionar había resultado discriminatorio.⁵⁴

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Este breve repaso por el contenido de las decisiones judiciales que han sido analizadas por el OSPG durante el año 2023 permite apreciar la incansable y comprometida labor de los magistrados y las magistradas de la Provincia de Río Negro, en sus diferentes fueros, organismos y sedes judiciales que, día a día, a través de sus sentencias, brindan un valioso aporte para proteger los derechos de las mujeres víctimas de diversas modalidades de discriminación y violencia.

Resulta sumamente gratificante ver cómo tantos jueces y juezas han internalizado los estándares contenidos en el conjunto de normas de protección de los derechos de la mujeres, de naturaleza constitucional, convencional y legal, al que se ha incorporado recientemente, como un plus protectorio, una normativa interna del Poder Judicial rionegrino que refuerza su vigencia: el Protocolo para el abordaje con Perspectiva de Géneros en las actuaciones judiciales⁵⁵, que ha sido citado expresamente en varias de las decisiones remitidas al OSPG⁵⁶.

Es importante conocer y difundir –y a esto último pretende contribuir la labor del OSPG– el abanico de decisiones que se adoptan frente a la realidad concreta que se presenta en cada causa, con respuestas variadas y creativas que diseñan e instrumentan soluciones efectivas para las víctimas, según el contexto y las características singulares de cada situación, priorizando su protección y el cuidado de no revictimizarlas. Puede advertirse además que muchas de las sentencias analizadas tienen una vocación transformadora de la realidad, es decir, de la discriminación

⁵⁴ Ver sentencia comentada en el punto 1.3.

⁵⁵ Aprobado mediante Acordada N° 6/2023 STJ, puede descargarse desde el siguiente enlace: <http://digesto.jusrionegro.gov.ar/handle/123456789/16881>

⁵⁶ Ver sentencias comentadas en los puntos 1.2, 11.3 y 14.5; 7.2; 7.4; 5.2, 5.3 (segundo supuesto), 10.1; 2.2, 7.4 y 8.1, 12.1 y 13.1; 9.1 y 11.1 y sus respectivos dictámenes: 26, 24, 22, 18, 29, 21, 25 y 23.

estructural en la que se encuentran tantas mujeres⁵⁷, sea porque ponen el foco en los estereotipos y sesgos de género y adoptan medidas tendientes a desarticularlos, sea porque miran hacia el futuro y ordenan medidas innovadoras, como por ejemplo capacitaciones que exceden a la persona del agresor, para impedir que otras mujeres se conviertan en nuevas víctimas de violencias.

En ese sentido, y a modo de reflexión final, vale recordar las enseñanzas de Aída Kemelmajer de Carlucci en cuanto a que, para alcanzar la igualdad real, las situaciones problemáticas deben ser abordadas en su conjunto, para incidir en todos los ámbitos sobre los variados factores que confluyen en la desigualdad, lo que equivale a aplicar una perspectiva de género de modo transversal.⁵⁸

Sin lugar a dudas, compartir y visibilizar las buenas prácticas contribuye a multiplicar los esfuerzos colectivos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia y discriminación hacia las mujeres. Esa es nuestra aspiración y nuestro deber como integrantes del sistema de justicia.

⁵⁷ Sobre este punto, se advierte la similitud de las soluciones adoptadas en las sentencias analizadas -en particular las reseñadas en los apartados 11 a 15- con las medidas de reparación integral que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente aquellas que tienden a que los hechos no se repitan en el futuro. Ver Bruno, Romina Cecilia (2014): *Las medidas de reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: alcances y criterios para su determinación*, tesis de la Maestría en Derechos Humanos, Servicio de Difusión de la Creación Intelectual (SeDiCI), Universidad Nacional de La Plata, disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/37558>, páginas 71, 85 y 91. María Sofía Sagüés destaca la “vocación transformadora” de las reparaciones dispuestas por ese tribunal internacional en casos de discriminación estructural. Ver: Sagüés, María Sofía (2018), “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Flores Pantoja, R. (coordinadores) *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Colección Constitución y Derechos. México: Instituto de Estudios Constitucionales, pp. 140-141. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4817-inclusion-ius-commune-y-justiciabilidad-de-los-desca-en-la-jurisprudencia-interamericana-el-caso-lagos-del-campo-y-los-nuevos-desafios-coleccion-constitucion-y-derechos>

⁵⁸ Kemelmajer de Carlucci, A. (2021), “Las acciones positivas con visión de género en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del siglo XXI”, publicado en: SJA 04/08/2021, 04/08/2021, 3 - TR LALEY AR/DOC/1971/2021, punto II.3.

El Código Procesal Penal de Río Negro a la luz del precedente “Price” de la CSJN

JULIÁN ARISTIMUÑO*

I. INTRODUCCIÓN

El fallo “Price” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha generado cierta controversia en torno a la capacidad que poseen las provincias para regular los procesos penales y la efectivización de las garantías constitucionales, especialmente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

La declaración de inconstitucionalidad del art. 282 del Código Procesal Penal de Chubut, que establece un plazo de seis meses para la etapa preparatoria del proceso penal, ha suscitado interrogantes sobre el posible impacto de este precedente en otras jurisdicciones provinciales, como es el caso de Río Negro, que recepta una norma similar en el código procesal de tinte acusatorio.

Este trabajo ofrece una perspectiva crítica de los fundamentos del fallo “Price”, al analizar el modo en que la decisión adoptada limita las facultades reservadas de las provincias para la organización de sus sistemas

* Relator General de la Secretaría Penal del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro. Abogado, docente e investigador (Universidad de Buenos Aires - Universidad Nacional de Río Negro). Magister en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico-Penal (Universidad de Barcelona). Magister en Derecho Penal (Universidad Austral). Especialista en Teoría del Delito (Universidad de Salamanca). Doctorando en Derecho y Ciencia Política (Universidad de Barcelona).

de administración de justicia. Luego, a partir de un breve pero necesario repaso de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la temática, se aborda la compleja equiparación entre prescripción y plazo razonable.

Finalmente, se examina en términos constitucionales el artículo 153 del Código Procesal Penal de Río Negro, y se ofrecen argumentos para considerar que la norma, por demás razonable, resulta compatible con las bases del federalismo y con el sistema de garantías.

II. EL FALLO "PRICE" DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En el precedente "Price"¹ la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 282 del CPP de la provincia de Chubut, el cual establece una duración de seis meses para la etapa preparatoria y que, transcurrido ese plazo, o las eventuales prórrogas que la ley autoriza, corresponde el dictado del sobreseimiento del imputado.

El juez Carlos Rosenkrantz sostuvo en su voto que las legislaturas locales no pueden, bajo el pretexto de hacer efectiva una garantía constitucional –el derecho a ser juzgado en un plazo razonable–, eludir la distribución de competencias fijada en la Constitución Nacional.

Entendió que, si bien las provincias tienen potestades para legislar acerca de los procedimientos ante sus tribunales con el propósito de hacer efectiva la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, no están facultadas para hacerlo a través de la extinción de la acción penal. Señaló que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el remedio para la violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable es la extinción de la acción penal –que debe declararse a través de la prescripción– y ello no puede seguirse de una norma provincial.

Los jueces Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda señalaron que la norma cuestionada era inconstitucional debido a su desconformidad con las disposiciones establecidas en los arts. 59, 62 y 67 del CP, pues la solución normativa implica una drástica reducción de la vigencia temporal de la acción penal regulada en el código de fondo y, en consecuencia, torna inoperantes las disposiciones sustantivas allí contenidas.

1 Fallos: 344:1952.

El juez Ricardo Lorenzetti consideró que la regulación de la garantía del plazo razonable mediante el dictado de normas locales no implica, en sí misma, una intromisión directa de la provincia en las facultades delegadas a la Nación, toda vez que el sustrato de las referidas normas es indudablemente procesal, no sustantivo.

Sin perjuicio de ello, entendió que la fijación de un plazo de caducidad tan breve, previsto por el artículo 282 del CPP de Chubut era irrazonable, toda vez que sus consecuencias llevan a la impunidad, lo que colisiona con los principios y valores de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales al restringir excesivamente la pretensión punitiva del Estado en orden a la persecución de los delitos de acción pública.

III. LA DOCTRINA DE LA CSJN CON RELACIÓN AL PLAZO RAZONABLE

La Corte Suprema cuenta con una extensa jurisprudencia en materia de plazo razonable, dado que desde antaño reconoce el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre propia del enjuiciamiento penal (art. 18 CN)². El derecho en cuestión se encuentra previsto en los Tratados Internacionales incorporados a la Constitución Nacional como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a la justicia (art. 8.1 CADH y art. 14.3 PIDCyP, en función del art. 75, inc. 22 CN)³ y una demora prolongada o falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales⁴.

En “Barra”⁵ la Corte se remite al voto en disidencia de Enrique Petracchi y Antonio Boggiano en “Kipperband”, y establece que si la duración del proceso, por la magnitud del tiempo transcurrido, resulta en sí violatoria de la defensa en juicio y el debido proceso, corresponde declarar prescripta

2 Fallos: 344:1930; 344:378; 342:584; 327:327.

3 Fallos: 344:378; 342:2344; 342:584.

4 Fallos: 344:1930; 344:378.

5 Fallos: 327:327.

la acción penal. En esa línea entendió que esta medida constituye *la vía jurídica idónea* para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar de este modo el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas.

En “Farina”⁶ la Corte consideró que cuando el tiempo empleado por el Estado para dilucidar los hechos investigados resulta incompatible con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el único remedio posible es declarar la insubsistencia de la acción penal por medio de la prescripción, en la medida en que ella constituye *la única vía idónea* para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal⁷.

El procurador general de la Nación consideró que la propia naturaleza de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable impide determinar con precisión a partir de qué momento comenzaría a lesionarse, pues la duración razonable de un proceso depende de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años. Con remisión a la jurisprudencia de la Corte IDH⁸ con respecto al concepto de plazo razonable (art. 8º, inc. 1º, CADH), añadió que debe tenerse en cuenta una serie

6 Fallos: 342:2344.

7 Para desarrollar este tópico se tomó, como base, el suplemento elaborado por la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Notas de Jurisprudencia, Garantías en el proceso penal I, plazo razonable”, abril 2023.

8 En el ámbito del sistema interamericano, la Corte IDH entendió que estos principios tienen “como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente” (Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 70). En esa línea, se sostuvo que mientras que el artículo 7.5 CADH quiere evitar la privación de libertad de una persona procesada durante un tiempo excesivo, el artículo 8.1 del mismo cuerpo normativo pretende evitar la duración desmesurada de un juicio (Steiner, Christian y Uribe, Patricia [Coords.] [2014], *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*, México: Corte Suprema de Justicia de México, p. 199). En esa línea, también la Corte IDH reconoce la especificidad de las normas citadas en lo que atañe al plazo razonable, sin negar su estrecha vinculación. En tal sentido, ha señalado que el artículo 7.5 “impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad” (Corte IDH. “Caso Bayarri vs. Argentina, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C, Nº 187, párr. 70).

de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades⁹.

Recientemente, la Corte ha dictado un fallo cuya incorporación al presente análisis será de utilidad. Así, el Alto Tribunal manifestó en el precedente “Núñez”¹⁰ que el encausado no es el responsable de velar por la celeridad y diligencia de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal. Añadió al respecto que el plazo razonable que garantizan la CN y el derecho internacional de los derechos humanos *ha de ser determinado judicialmente en cada litigio*, para lo cual se tendrán en consideración los rasgos particulares del caso concreto. Además, concluyó que sea cual fuere el lapso que de ese modo se declare, su cumplimiento determinará la extinción de la pretensión punitiva a pesar de que los términos de prescripción dispuestos en la ley indiquen lo contrario.

Además, entendió que la garantía de no ser sometido a un desmedido proceso penal impone al Estado la obligación de impartir justicia *en forma tempestiva*, de modo que existirá un obrar antijurídico que comprometa la responsabilidad estatal cuando se verifique que el plazo empleado por el órgano judicial para poner un final al pleito resulte excesivo o irrazonable¹¹. Ello guarda relación con la idea de que no puede hacerse recaer en el imputado la demora en la tramitación del proceso cuyo *impulso diligente* está a cargo del Estado¹².

En “Espíndola”¹³ la CSJN mencionó que no puede permanecer impasible ante la demora irrazonable que se advierte por no otorgar eficacia a un derecho, cuyo cumplimiento resulta exigible en *cualquier etapa del proceso*. Además, con acierto aseveró que el derecho fundamental que asiste a todo acusado a ser juzgado dentro de un plazo razonable, prevalece frente a las reglas del derecho común –o a la actividad procesal realizada en aplicación de ellas– que impiden su realización efectiva. Manifestó que el derecho en cuestión *es independiente de los plazos generales* que el

⁹ Dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema en “Acerbo”, Fallos: 330:3640.

¹⁰ Fallos: 346:319 del 20 de abril de 2023.

¹¹ Fallos: 334:1302.

¹² Fallos: 340:2001.

¹³ Fallos: 342:584.

legislador ordinario impone teniendo en mira clases de casos, como lo serían los términos de prescripción de la acción penal.

IV. CUESTIONAMIENTOS AL FALLO “PRICE” DE LA CSJN Y A LA EQUIPARACIÓN ENTRE PRESCRIPCIÓN Y PLAZO RAZONABLE

El fallo presenta ciertas inconsistencias con respecto a los argumentos individuales vertidos por los jueces Maqueda, Highton de Nolasco y Lorenzetti, dado que, a poco que se analizan sus posturas, llama la atención la falta de acuerdo en sus posiciones y las miradas diametralmente opuestas allí plasmadas, las cuales podrían resumirse de la siguiente manera: a) el voto conjunto, sumado al de Highton de Nolasco y Maqueda, entiende que la prescripción y el plazo razonable son dos institutos que no son idénticos, pero se encuentran estrechamente vinculados; b) Lorenzetti diferencia ambos institutos: la prescripción se encuentra dentro de las facultades delegadas a la Nación por ser derecho sustantivo y la regulación de la garantía del plazo razonable es una facultad reservada de las provincias para legislar en la materia de derecho procesal penal, sin perjuicio de señalar que la fijación de un plazo de caducidad tan breve es *irrazonable* contrario a la Constitución Nacional y tratados internacionales.

Si bien la indagación relativa a la naturaleza jurídica de la prescripción provocaría un desvío por demás extenso en el presente trabajo¹⁴, lo cierto es que, a los fines de comprender los alcances del fallo, debe existir una mínima exposición sobre la concepción material o procesal del instituto en cuestión.

¹⁴ Al respecto, lucen apropiadas las reflexiones de Carrió, quien sostuvo con acierto que “las afanosas pesquisas de los juristas por descubrir la naturaleza jurídica de tal o cual institución o relación están de antemano y de forma irremisible destinadas al fracaso” porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe. Concluye que las discusiones sobre supuestas naturalezas jurídicas, “en cuanto los contenedores no se hacen claramente cargo de lo que están buscando, ni de la verdadera causa de su desacuerdo, son a la vez estériles e insolubles” (Carrió, Genaro (1965), *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 101 y ss.).

En la doctrina se han planteado diversos puntos de vista sobre la naturaleza jurídica de la prescripción. Para unos es de naturaleza material¹⁵, porque extingue la potestad represiva y su regulación corresponde al derecho penal sustantivo. Para otros, su naturaleza es procesal, dado que impide la prosecución del proceso, y es regulable por el derecho procesal. También, se le asigna una naturaleza mixta, esto es, material-procesal, ya que, aunque por su esencia la prescripción es material, produce efectos procesales¹⁶.

De este modo, se aprecia que la cuestión sobre si la acción penal es o no un tema sustantivo no parece estar resuelta ni en la práctica ni en la doctrina. Y, en ese sentido, se expresó que tampoco parece ser muy evidente que, incluso al asumir que es un tema sustantivo, de ello pueda derivarse que las provincias no pueden regularla en ningún aspecto, dado que, en la práctica, los códigos procesales locales se han ocupado de normativizar supuestos de extinción de la acción que no estaban contemplados en el Código Penal¹⁷. Esta complejidad en el análisis es advertida y queda expuesta en los siguientes términos: la regulación de la facultad de provocar la acción y la *regulación de su ejercicio* una vez instada no serían lo mismo¹⁸.

No se discute que es la Nación la encargada de establecer cuáles son las acciones u omisiones punibles, el régimen de las consecuencias jurídicas del delito y aquello relativo al ejercicio de la acción penal, es decir, cuándo subsiste o desaparece la potestad represiva del Estado. El error en el que se ha incurrido en "Price" ha sido confundir, una vez más, el

15 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Martín (2002), *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 422; Mir Puig, Santiago (2011), *Derecho penal. Parte General*, 9ª edición, Barcelona: Reppertor, p. 773 y ss.

16 Núñez, Ricardo (1999), *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición actualizada, Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, p. 209.

17 El Congreso de la Nación, mediante el dictado de la ley N° 27147 del 10 de junio de 2015, que modificó el art. 59 al Código Penal e incorpora nuevas causales de extinción de la acción penal: aplicación de un criterio de oportunidad (inc. 5°), la conciliación y la reparación integral como causales de extinción de la acción penal (inc. 6°) y el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba (inc. 7°).

18 Cfr. Piqué, María Luisa y Amaro Piccinini, Georgina (2021), "Federalismo, acción penal y plazo razonable a la luz del fallo 'Price' de la Corte Suprema", en *La Ley*, año LXXXV nro. 219, tomo 2021-F, 15/11/2021.

instituto de la prescripción (art. 62 y ss., CP) con la garantía procesal del plazo razonable (art. 8.1 CADH y 14.3.c PIDCyP) ¹⁹.

Javier De la Fuente considera que la prescripción constituye un instituto del derecho penal que, a partir de razones de política criminal, extingue la potestad represiva del Estado por el transcurso del tiempo. Advierte que no hay ninguna norma constitucional que imponga al Estado el deber de establecer plazos de prescripción y, en cambio, sí existen disposiciones constitucionales que limitan –como garantía a favor del imputado– la duración de los procesos. Concluye que el instituto de la prescripción bajo ningún punto de vista puede ser una herramienta idónea para resguardar el principio del “plazo razonable”, el cual debe hacerse efectivo a través de disposiciones de carácter procesal que establezcan límites claros para la duración de los procesos²⁰.

También se ha dicho que los fundamentos del Máximo Tribunal en “Price” no tienen relación alguna con la caducidad de la acción penal y las facultades que tendría el legislador provincial para legislar sobre un plazo perentorio de la acción²¹.

Por su parte, Ledesma y Ahumada²² consideran que la CSJN no ofrece parámetros para distinguir entre Código Penal y Código Procesal, temática controvertida que determina cómo se van a delimitar las competencias y dónde se establecen las jerarquías ante un escenario donde se encuentra en juego el sistema de garantías. Advierten acertadamente que las cláusulas procesales de caducidad como las que regula el art. 282 del CPP de Chubut conforman la reglamentación de una garantía constitucional de naturaleza estrictamente procesal que no puede asimilarse al instituto de la prescripción, propio del ámbito del derecho penal material.

19 Cfr. De la Fuente, Javier Esteban (2021), “Una nueva confusión entre prescripción y plazo razonable en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Rubinzal-Culzoni, RC D 582/2021.

20 *Ibidem*.

21 Cfr. Jauchen, Eduardo M. (2021), “Las facultades y limitaciones para legislar la nación y las provincias sobre materia Penal y Derecho Procesal Penal; Fallo de la CSJN ‘Price’”, Rubinzal-Culzoni, RC D 670/2021.

22 Cfr. Ledesma, Ángela E. y Ahumada, Carolina (2021), “El fallo ‘Price’: un alto precio para los procesos de reforma”, en La Ley, año LXXXV nro. 219, tomo 2021-F, 15/11/2021.

Mientras que las pautas para determinar si se ha afectado el plazo razonable se encuentran orientadas a establecer cómo ha actuado el Estado, si ha sido diligente, si hubo demoras injustificadas, cuál fue la actitud del imputado, si los hechos presentan alguna complejidad, etc., el derecho penal material omite por completo estas consideraciones y se ocupa de determinar si se produjeron actos interruptivos, si se verifican causales de suspensión y cuál es la pena máxima prevista para el delito imputado²³.

Se advierte entonces que la propia Corte encuentra limitaciones en el dictado de su fallo y no ofrece un tratamiento satisfactorio sobre la equiparación de los institutos, más allá de citar su consolidada doctrina con relación a que “el remedio para la violación del derecho al plazo razonable de duración del proceso es la extinción de la acción penal”.

Tal aseveración desconoce que en pleno ejercicio de las atribuciones y de las autonomías locales, diversas provincias se han inclinado en adoptar un esquema acusatorio al regular los procesos penales e introdujeron, en esa dirección, cláusulas específicas con relación a la duración máxima de la etapa preparatoria (a los fines de hacer efectiva la garantía de ser juzgado en un plazo razonable) como la que la Corte tildó de inconstitucional en el caso de Chubut.

En el reciente fallo “Núñez”²⁴ la CSJN sostuvo que el plazo razonable que garantizan la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos *ha de ser determinado judicialmente en cada litigio*. Allí concluyó que sea cual fuere el lapso que de ese modo se declare, su cumplimiento determinará la extinción de la pretensión punitiva a pesar de que los términos de prescripción dispuestos en la ley indiquen lo contrario.

Por lo tanto, la categorización utilizada por la CSJN y el bagaje argumental de “Price” colisionan abiertamente con estos postulados, en tanto allí se jerarquizaron las rígidas previsiones del CP en materia de prescripción, mientras que en “Núñez” se deja expresamente convalidada la posibilidad de declarar extinguida la acción penal pese a su vigencia.

Ese arbitrio interpretativo en la función judicial precisamente es evitado en el CPP de Río Negro, como en otros códigos acusatorios, al establecer los plazos máximos de duración de cada etapa del proceso, las prórrogas

²³ *Ibidem*.

²⁴ Fallos: 346:319 del 20 de abril de 2023.

a disposición y la consecuencia jurídica producto de su inobservancia, en resguardo de la garantía de ser juzgado sin dilaciones indebidas.

La tesis que postula que la regulación de la acción solo le corresponde al Congreso de la Nación ata de manos a las legislaturas provinciales, al no dejarlas valerse de un método muy eficaz para asegurar la garantía del plazo razonable y para remediar su vulneración, más allá de la existencia de regulaciones donde se conmina con una sanción por incumplimiento de los plazos, en tanto dicha medida no remedia la violación al plazo razonable²⁵. En esa dirección se han expedido otras voces de la región patagónica donde rigen sistemas acusatorios, identificando este tipo de deficiencias argumentales por parte de la CSJN en el fallo “Price”²⁶.

V. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL ART. 153 CPP DE RÍO NEGRO²⁷

Efectuadas estas consideraciones, a diferencia de los argumentos expresados en los votos mayoritarios del fallo “Price”, aquí se asume que la

²⁵ Cfr. Piqué, María Luisa y Amaro Piccinini, Georgina (2021), *op. cit.*

²⁶ Lorenzo, Leticia (Comp.) (2022), *Una mirada federal sobre el plazo razonable*. Buenos Aires: Editores del Sur.

²⁷ El art. 153 del CPP de Río Negro se encuentra en Libro II: Admisión del caso, Título III: Etapa preparatoria, Capítulo III: Desarrollo de la investigación. Se refiere a la duración de la etapa preparatoria y dispone lo siguiente: “tendrá una *duración máxima de cuatro (4) meses* desde la formulación de los cargos al imputado. Cuando una investigación preparatoria se hubiere formalizado respecto de varios imputados, los plazos establecidos en estos artículos correrán individualmente salvo que, por las características de los hechos atribuidos, no resultare posible cerrar la investigación preparatoria respecto de aquéllos de manera independiente. Si con posterioridad a la formalización de la investigación preparatoria se descubrieran nuevos hechos o se individualizaran nuevos imputados que obligaren a la ampliación de aquélla, los plazos establecidos comenzarán a correr desde este último acto. Los plazos previstos en este artículo se suspenderán cuando: 1) Se declarase la rebeldía del imputado. 2) Se resolviera la suspensión del proceso a prueba. 3) Desde que se alcanzare un acuerdo reparatorio hasta el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el imputado a favor de la víctima o hasta que hubiere debidamente garantizado su cumplimiento a satisfacción de esta última. El fiscal podrá solicitar una prórroga de la etapa preparatoria al superior que el Fiscal General determine, cuando la pluralidad de víctimas o imputados, o las dificultades de la investigación hagan insuficiente el establecido en el párrafo anterior. Esta prórroga será eventualmente concedida por única vez, la que no podrá exceder de cuatro (4) meses. Cuando un acto concreto de

regulación de los plazos procesales –cuya consecuencia ante su incumplimiento resulta ser el dictado del sobreseimiento de la persona investigada– es una facultad reservada de las provincias y, por tanto, no delegada a la Nación. Este es el criterio asumido por el STJ de Río Negro²⁸, en cuanto afirma que el dictado de los códigos de procedimiento corresponde a la Provincia por cuanto el legislador, al establecer plazos perentorios, no ha invadido la competencia del Congreso, sino que ha estatuido el *modo de ejercicio de la acción*, como en otras tantas ocasiones de larga data (criterios de oportunidad, suspensión del juicio a prueba), sin que se entendiera desconocida manda alguna de la CN.

De esa forma, los poderes locales hacen uso de sus prerrogativas exclusivas para decidir e instrumentalizar los modelos procesales que consideren adecuados, estableciendo constitucional y legalmente límites a la actividad persecutoria²⁹ una vez que es ejercida, materia que en modo alguno puede ser asimilada al instituto de la prescripción de la acción penal.

Seguidamente, se analizará el artículo 153 CPP de Río Negro referido a la duración de la etapa penal preparatoria, con una necesaria referencia a la doctrina legal sentada por el STJ. Así, para enriquecer el estudio de la norma, y por su estrecha vinculación, interesa citar en primer término el precedente “Muriette”³⁰ en el cual el Superior Tribunal se expidió sobre la caducidad de la instancia, pero precisamente en la etapa preliminar, es decir, con anterioridad a la formulación de cargos. Lo relevante radica en

investigación tampoco pueda cumplirse dentro de este último término, se podrá solicitar al juez que corresponda intervenir una nueva prórroga que no excederá de cuatro (4) meses. *Transcurrido el mismo se sobreseerá*”.

²⁸ STJRNSP Se. 71/2019 “Durazno”. Con fecha 3/08/23 la CSJN dejó firme lo resuelto al rechazar el REF interpuesto por el MPF por considerar que incumple el requisito de fundamentación autónoma.

²⁹ Art. 146, CPP Chubut; art. 87, CPP Neuquén, art. 77, CPP Río Negro sobre la duración máxima del proceso.

³⁰ STJRNSP Se. 70/2019 “Muriette”. En el caso el MPF no formalizó la acusación y tampoco hizo uso de las otras herramientas a disposición, con lo cual, el STJ consideró que ha quedado claro que no fue la irrazonable reglamentación legal de las garantías constitucionales involucradas la que impidió el progreso de la investigación, sino la inactividad evidenciada por la parte acusatoria.

que, en dicha ocasión, al compartir la sentencia dictada por el TI³¹, se sostuvo que los plazos legales y judiciales son perentorios y provocan la caducidad de las instancias (cf. art. 69 inc. 1° CPP) y que la calidad de imputado puede adquirirse antes de que el Ministerio Público Fiscal formule cargos, con lo cual, la persona se encuentra amparada en la garantía constitucional que establece el derecho de liberarse de la situación de incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva en el menor tiempo posible (art. 18 CN).

En el desarrollo argumental del fallo se destacó que el legislador provincial había reglamentado la duración de las etapas de investigación, junto con sus prórrogas, peticiones y motivos para otorgarlas, exigiendo determinada diligencia en los operadores del sistema para la protección de los derechos de las partes que concurren en busca de justicia. En esa dirección, contempló que entre las medidas exigibles se ubica el riguroso cumplimiento de los plazos procesales, atendiendo a una justicia rápida y eficaz, lo que implica no dejar vencer los lapsos temporales asignados y pedir las prórrogas de manera tempestiva y motivada.

En "Rondeau"³² el STJ se remitió a la doctrina legal de "Muriette" y agregó que la caducidad de la instancia operó por la particular actuación de la acusación que, pudiendo hacerlo, no solicitó una de las prórrogas posibles en el tiempo indicado. Así, la falta de petición oportuna de la prórroga pone en evidencia el desinterés del Ministerio Público Fiscal en orden a su cometido persecutorio. Además, puso de resalto que la averiguación preliminar del art. 128 CPP cuenta con prórrogas sucesivas e

31 No puede dejar de mencionarse el rol que ha tenido en la consolidación del proceso acusatorio el Tribunal de Impugnación de Río Negro, máximo organismo en materia penal de la provincia, que tiene a su cargo la revisión integral de las sentencias en los términos expuestos por la CSJN en "Casal" con relación al rol de la Cámara de Casación Penal en el orden federal, a los fines del agotamiento de la capacidad revisora previo al acceso extraordinario. Ha dictado numerosos fallos sobre las particularidades del proceso acusatorio, como así también sobre la naturaleza de los plazos procesales, sus respectivas prórrogas y la caducidad de instancia (TI Se. 34/2019 "Garrido" -votos del juez Miguel Cardella y de la jueza María Rita Custet Llambí-; Se. N° 72/22 "Florentin Bedoya", Se. N° 173/22 "Prevención 5ta Villa Regina", entre muchos otros).

32 STJRNSP Se. 76/2019 "Rondeau". Con fecha 23/05/23 la CSJN dejó firme lo resuelto al desestimar la queja interpuesta, cfr. art. 280 CPCyCN.

indeterminadas, justamente para que la Fiscalía pueda individualizar a los autores e incluso archivar las actuaciones sin que ello constituya cosa juzgada.

Luego, en el precedente “Durazno”³³, en un caso donde se discutió la caducidad de instancia en el marco de la etapa preparatoria al igual que en el fallo “Price” de la CSJN, el STJ señaló que el CPP ha establecido unidades de tiempo para el desarrollo de la actividad y esas unidades se traducen en plazos cuya perentoriedad está establecida en la ley, que además establece una sanción procesal determinada (arts. 69 y 153 CPP).

La normativa citada por la acusación como vulnerada –relativos a la condición de víctima, mujer y niña– (argumento similar al que adopta Lorenzetti en “Price” para cuestionar la razonabilidad del plazo fijado por el legislador) no establece la prohibición o imposibilidad de que se declare la caducidad de las etapas de un proceso de investigación penal, sino que alerta a los operadores del sistema de persecución penal para que estén atentos y sean diligentes en la defensa de sus derechos. Así, concluyó que la tutela judicial efectiva, la consideración primordial del interés superior de la niña o el deber de debida diligencia, deben ser cumplidos en los procesos penales en el marco del sistema de plazos vigente en cada jurisdicción estatal ³⁴.

En el precedente “Durazno”, se expuso que el plus protectivo invocado debe ser apropiadamente resguardado mediante el riguroso cumplimiento de los plazos procesales, atendiendo a una justicia celeré y eficaz, lo que implica, en el contexto de una investigación preparatoria en curso, no dejar que se venza el lapso inicial asignado y, de ser necesario, pedir una prórroga de manera tempestiva, ante el supuesto de que no fuera suficiente y aún se encuentren pendientes de realización ciertas diligencias, para lo que deberá fundamentar adecuadamente tanto su pedido como, en el caso del superior jerárquico, su eventual y temporánea concesión.

33 STJRNSP Se. 71/2019 “Durazno”.

34 Cfr. voto de la jueza Liliana L. Piccinini, al que adhirió la mayoría.

Recientemente, y con posterioridad a “Price”³⁵, el Superior Tribunal de Río Negro dictó el fallo “De Gaetano”³⁶, donde reiteró la doctrina de “Durazno” en el marco de un legajo que había tenido una serie de demoras en las constantes revisiones y reenvíos. Señaló que la resolución del caso en la instancia previa impactó de modo directo sobre el derecho que tiene el acusado a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

Concluyó el STJ que, en miras al irrestricto respeto del debido proceso legal y al principio de celeridad, en atención a las particularidades de la tramitación de las actuaciones, “en las que se determinó en primer término la caducidad de la instancia, derivando en un procedimiento recursivo que se ha prolongado indebidamente sin que el Tribunal intermedio otorgara cauce fundado y legal”, correspondía arribar a una solución definitiva que brinde certidumbre a todas las partes interesadas respecto de la finalización de este proceso judicial, y dispuso el sobreseimiento del acusado.

Llegado a este punto, y por la contundencia de los fundamentos que anteceden, se impone la necesaria consideración de que la normativa plasmada en el art. 153 CPP no colisiona con las cláusulas constitucionales ni afecta las bases del federalismo como entendió la Corte en “Price”,

³⁵ Resulta interesante mencionar que el STJ de Chubut ha tenido una nueva oportunidad de expedirse sobre la temática de la caducidad de la instancia a raíz de un planteo de la defensa, donde trazó un paralelismo con los argumentos que la CSJN expuso en “Price” y descartó los cuestionamientos constitucionales hacia el art. 146 CPP que fija un plazo de 3 años para la duración máxima del proceso (Superior Tribunal de Justicia de Chubut, “Miguel, Sebastián Jesús”, Expte. N° 100749 – año 2022– Carpeta Judicial N° 8274 OJ Puerto Madryn, sentencia dictada el 7/09/23). Mientras que el STJ de Neuquén -Sala Penal, por el contrario, mediante el voto de dos de sus jueces, se inclinó por hacer un control de constitucionalidad de oficio y receptor la doctrina del precedente del Alto Tribunal. Por ello, declaró la inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 87 del CPP de Neuquén que estipula que el proceso penal tiene una duración máxima de tres años (Superior Tribunal de Justicia de Neuquén, “Estarli, Víctor Emilio; s/homicidio culposo agravado en accidente de tránsito, lesiones culposas graves o gravísimas en accidente de tránsito”, Legajo MPFNQ N° 123989/2018 del 25/09/2023). El fallo recibió cuestionamientos no solo de organizaciones de la sociedad civil comprometidas con el funcionamiento del sistema de administración de justicia, particularmente con las provincias que adoptaron el acusatorio (INECIP <https://inecip.org/prensa/comunicados/fallo-del-tsj-de-neuquen-un-premio-a-la-demora-judicial/>), sino también del MPD de Neuquén: <http://www.mpd-neuquen.gov.ar/index.php/prueba-gabi/17-slider-inicio/1401-comunicado-mpd>

³⁶ STJRNSP Se. 32/2024 “De Gaetano”.

pero aún resta examinar una serie de elementos que motivan, aún más, el apartamiento de dicha jurisprudencia.

Para arribar a esa aseveración, debimos recurrir sin mucho éxito a la búsqueda de cierta analogía normativa entre el art. 282 CPP de Chubut declarado inconstitucional y el art. 153 CPP de Río Negro, puesto que, más allá de que ambas se encuentran insertas en un código de tinte acusatorio y receptan plazos perentorios para la actividad persecutoria, presentan notables diferencias, como se verá seguidamente.

La norma de Chubut³⁷ controvertida en “Price”, que ya no estaba vigente al momento del dictado del fallo de la CSJN, establecía que la etapa preparatoria “tendrá una duración máxima de seis (6) meses desde la apertura de la investigación”, mientras que en la actualidad establece que el plazo debe ser contado “desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación”³⁸. El artículo consignaba la posibilidad de que el juez fije un plazo menor a pedido del imputado o el querellante “cuando no exista razón para la demora”, precepto que fue suprimido del art. 282 CPP.

Entonces, a los fines de ponderar los cuestionamientos constitucionales vertidos en “Price”, se advierte que, si bien los códigos de procedimientos acusatorios presentan estructuras similares con relación a los plazos de duración de la etapa preparatoria y de extensión máxima del proceso, existen diferencias sustanciales entre la estructura del art. 282 del CPP de Chubut y el art. 153 CPP de Río Negro.

En este sentido, debemos decir que la norma local establece una duración de cuatro meses para la etapa penal preparatoria, con la eventualidad

³⁷ Art. 282 CPP Chubut: Duración. La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de seis (6) meses desde la apertura de la investigación. Transcurrido ese plazo deberá dictarse el sobreseimiento del imputado, salvo lo dispuesto en el siguiente artículo. No obstante, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez penal que fije un plazo menor cuando no exista razón para la demora. Se resolverá en audiencia oral y pública. Rigen los artículos 16, 102, 113, 114, 144, 148 y 149.

³⁸ El CPP ha recibido numerosas reformas desde su sanción. Los fiscales venían observando una dilación entre el momento en que se presentaba la resolución de apertura en la Oficina Judicial y la fecha de realización de la audiencia, y atribuían el vencimiento del plazo de duración de la etapa preparatoria –seis meses– a esa demora, cfr. Heredia, José R., “Nueva reforma en Chubut. Cuando los Fiscales se apropiaron del Proceso Penal, p. 22. Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/11/reformachubut.pdf>

de contar con dos prórrogas de cuatro meses. Si bien, en abstracto, podría alegarse que también importa una “drástica reducción de la vigencia temporal de la acción penal regulada en el código de fondo” en los términos utilizados por la CSJN en “Price”, el legislador de la provincia de Río Negro ha incorporado ciertos supuestos que permiten *suspender* y *extender* los plazos de la etapa preparatoria.

Así, el art. 153 CPP, en su tercer párrafo determina que si con posterioridad a la formalización de la investigación preparatoria se descubrieran nuevos hechos o se individualizaran nuevos imputados que obligaren a la ampliación de aquella, los plazos establecidos *comenzarán a correr desde este último acto*.

Además, en el párrafo siguiente se establece que los plazos allí previstos *se suspenderán* cuando se declarase la rebeldía del imputado (1); se resolviera la suspensión del proceso a prueba (2); y desde que se alcanzare un acuerdo reparatorio hasta el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el imputado a favor de la víctima o hasta que hubiere debidamente garantizado su cumplimiento a satisfacción de esta última (3).

No puede ignorarse que el art. 219 CPP otorga la posibilidad de extender los plazos para los asuntos complejos. Allí se dispone que la duración total del proceso será de cuatro años improrrogables (inc. 1°) y que el plazo para concluir la investigación preparatoria será de un año, mismo plazo que se fija para cada una de las prórrogas (inc. 2°).

Estas disposiciones tienen su esencia en el respeto de las garantías de las personas involucradas en el proceso penal y, además, operan como reglas claras para la labor de las y los fiscales que impulsan la acción penal, al dotarlos de herramientas específicas para que, en los supuestos identificados en la ley, puedan suspender o prorrogar los plazos de la etapa preparatoria.

En este escenario se torna relevante el rol de los jueces y de las juezas de garantía, quienes deberán adoptar decisiones entre el sistema de garantías del imputado y la tutela judicial efectiva de las víctimas. En este sistema, los y las juezas deben controlar que el MPF lleve adelante y ejecute su legítima función de persecución penal de un modo *razonable* y *eficaz*³⁹. Se sostuvo que, si bien la planificación e investigación del caso le

³⁹ González Postigo, Leonel (2021), *Jueces y juezas de garantías en la litigación penal*, Buenos Aires: Didot, p. 33.

corresponde a la parte acusadora, los plazos pasan a ser de la judicatura una vez que se lo decide judicializar⁴⁰.

Por las razones expuestas, podemos concluir que la norma cuestionada no puede ser asimilada a una cláusula rígida que entorpece la persecución penal como argumenta el Máximo Tribunal. A ello se suma que las especificidades del código de procedimientos en materia penal rionegrino no encuentran su correlato en la disposición chubutense declarada inconstitucional, lo que se traduce en una notable divergencia normativa que impacta necesariamente en la no asimilación de sus efectos.

Como se dijo, el fallo “Price” presenta ciertas omisiones argumentativas que dificultan la aplicación a casos análogos⁴¹, metodología propia del caso precedente de nuestro Alto Tribunal. Debido a la ausencia de un relato preciso y circunstanciado de los hechos por parte de la CSJN en el fallo comentado, resulta ser una compleja tarea advertir la “irrazonabilidad” de los plazos con relación a las particularidades que ha tenido la causa.

Con relación a ello, si bien se ha dicho que las sentencias de la Corte surten el efecto de precedentes judiciales con valor de ejemplaridad y requieren acompañamiento por parte de los tribunales inferiores⁴², con lo

⁴⁰ *Ibid.*, p. 86.

⁴¹ Ledesma y Ahumada concluyen que “la disanalogía es evidente: el hecho de que la Corte haya decidido en fallos previos encauzar los temas de plazo razonable como cuestiones de prescripción poco tiene que ver con la naturaleza de estos institutos” precisamente porque existe una norma procesal específica reguladora del plazo razonable. Agregan: “en este fallo se encuentran ausentes varios componentes esenciales del precedente: a) falta de deliberación (expresada en la construcción de la sentencia a través de votos separados con argumentos no siempre coincidentes); b) falta de mención y consideración de los hechos del caso; y c) falta de mención y tratamiento de los argumentos de las partes. Estos déficits impiden delimitar adecuadamente el ámbito en que la sentencia operará como precedente y empobrece el proceso de trazado de analogías para casos posteriores”. Y concluyen que lo resuelto implica “la imposición de restricciones a los procesos de constitucionalización de los sistemas procesales que han encarado la mayoría de las provincias del país” (Ledesma, Ángela E. y Ahumada, Carolina (2021), *op. cit.*).

⁴² Gelli, María A. (2011), *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Tomo II, Buenos Aires: La Ley, pp. 558-559.

cual los precedentes deben ser debidamente considerados⁴³, también es cierto que "cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en sus fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso"⁴⁴. A ello se agrega, tal como señala Bidart Campos, que el acatamiento de los fallos de la CSJN no es absoluto, toda vez que los magistrados podrían apartarse de su doctrina en la medida que controvertan sus fundamentos⁴⁵.

VI. REFLEXIONES FINALES

Uno de los principios rectores que guían a los modernos procesos penales acusatorios instaurados en diversas provincias de nuestro país resulta ser el de la celeridad. En miras a su cumplimiento, el legislador ha incorporado herramientas específicas para la actuación del Ministerio Público Fiscal, tales como los criterios de oportunidad y el poder de disposición de la acción penal. Se ha diagramado, en esa dirección, un esquema procesal dinámico donde predomina la oralidad y la celebración de audiencias para resolver todo tipo de requerimientos e incidencias.

Como parece interpretar la Corte Suprema, quizás con una mirada más apegada a la lógica del expediente, la solución no radica en brindarle más tiempo al MPF para que culmine sus investigaciones, sino que las regulaciones en el proceso acusatorio pretenden que se actúe de modo diligente dentro de los plazos procesales, máxime cuando el titular de la acción penal cuenta con la posibilidad de solicitar sucesivas prórrogas que prolongan la etapa preparatoria cuando se invoquen las circunstancias descritas en la norma.

Los contornos del fallo "Price" implican un avance del Estado nacional en los asuntos concernientes al derecho local y al modo en que las provincias tornan operativas todas y cada una de las garantías receptadas en sus constituciones mediante el dictado, a través de sus legislaturas, de los códigos de procedimiento en materia penal, precisamente los acusatorios.

⁴³ Fallos: 337:47.

⁴⁴ Fallos: 342:278.

⁴⁵ Bidart Campos, Germán (1993), *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II, Buenos Aires: Ediar, p. 346.

Por las reflexiones plasmadas a lo largo de la obra, se concluye que la norma contenida en el art. 153 CPP de Río Negro en modo alguno puede ser tildada de irrazonable y mucho menos alegarse que invade facultades propias del Congreso de la Nación, en tanto su contenido tiende a tornar operativa la garantía constitucional y convencional a ser juzgado en un plazo razonable.

La reforma del art. 109 bis del CPP y su incidencia en la praxis jurídica

MA. BELÉN CALARCO* Y MA. VICTORIA BOU ABDO**

El Código Procesal Penal de Río Negro (ley 5020), en su título nro. 2, capítulo nro. 4, desde los arts. 109 a 110 regula específicamente la procedencia de la prisión preventiva en el marco de los procesos penales que se desarrollen en nuestra provincia.

Recientemente, el 16 de mayo de 2024 se promulgó la ley 5720 (publicada en el BO el 30/05/2024), mediante la cual se incorporó a dicho capítulo el art. 109 bis, que reza lo siguiente:

Las acusadoras podrán requerir fundadamente la prisión preventiva de la persona condenada a pena de cumplimiento efectivo, cuando la sentencia condenatoria haya agotado la vía recursiva local. La medida procederá con el fin de asegurar el eventual cumplimiento de la condena. La petición deberá ser fundada en los extremos previstos en el art. 109, 3er párrafo punto 1 del presente código, pudiéndose considerar a tales efectos a la sentencia condenatoria como causal de peligro de fuga. La medida deberá ser requerida al Tribunal o Juez de Juicio competente.

* Abogada, mediadora, fiscal del caso, titular de la Fiscalía nro. 1 y Fiscal del Caso Subrogante de la Fiscalía nro. 4, ambas de General Roca.

** Abogada, asistente letrada Fiscalía nro. 1 de General Roca, ayudante docente en Derecho Penal Orientación Tradicional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

I. ANTECEDENTES DE UN CASO: “YERMANOS”

En razón de esta nueva incorporación, el 1º de julio de 2024 se realizó una audiencia de solicitud de medidas cautelares, concretamente de prisión preventiva, en el caso “Yermanos” (MPF-RO- 01532-2020). El imputado hasta ese momento había transitado el proceso en libertad, con medidas cautelares menos gravosas: prohibición de acercamiento a la víctima y presentaciones semanales en Fiscalía.

Cabe hacer mención que el imputado Yermanos había sido condenado como autor del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, por las circunstancias de su realización y la duración en el tiempo, reiterado en un número indeterminado de veces, agravado por estar bajo su guarda y por la convivencia preexistente con un menor de 18 años de edad, *grooming*, producción y divulgación de representaciones de abuso sexual infantil, todo en concurso real, los cuales concursaron de manera ideal con corrupción de menores agravada por ser el encargado de la guarda y conviviente de la víctima (arts. 45, 54, 55, 119 párrafos 2do. y 4to. inc B y F, 131 párrafo 2do., 128 párrafo 1ero. y 125 párrafo 2do. y 3ero. del CP) a la pena de 11 años de prisión efectiva, accesorias legales y costas. Esta pena que fue unificada con la recaída en el legajo MPF-RO-02419-2020, en la cual Yermanos había sido condenado a un mes de prisión de ejecución condicional, imponiéndosele entonces como pena única la de 11 años de prisión efectiva, accesorias legales y costas.

En dicha audiencia, el Ministerio Público Fiscal fundamentó su requerimiento en: 1) la existencia de riesgo de fuga, tal lo previsto en el actual art. 109 bis del CPP, es decir por haber sido confirmada la sentencia por el Superior Tribunal de Justicia con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho artículo; 2) por ser la condena a una pena alta, ser los delitos contra la integridad sexual en perjuicio de una niña y el correlato de la debida diligencia reforzada que pesa sobre el Estado Argentino en la prevención, investigación, sanción y reparación de este tipo de delitos (conforme lo establecido en la Convención de Belem Do Pará, art. nro. 7); 3) posibilidad material de concretar un plan de fuga por las posibilidades económicas del imputado y por la geolocalización de la frontera argentina con países vecinos y 4) por la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia establecida en el fallo “Bernel” (STJ 100/20).

El Tribunal de Juicio hizo lugar a la solicitud de la Fiscalía y estableció la prisión preventiva del imputado hasta que se produzca la firmeza del fallo, en la misma audiencia.

Posteriormente, la Defensa Pública interpuso recurso de revisión de dicha medida cautelar, el cual fue concedido y se llevó a cabo audiencia ante el Tribunal de Impugnación durante la feria judicial invernal del 2024; resolviendo dicho Tribunal en fecha 17 de julio de 2021, confirmando la sentencia del Tribunal de Juicio que imponía la medida cautelar contra Yermanos, y dejó allí establecido los lineamientos jurídicos que sustentan la aplicación de esta medida cautelar, la prisión preventiva, en esta instancia del proceso.

En dicha instancia, la defensa de Yermanos se agravió en el sentido de que el art. 109 bis del CPP no puede ser una consecuencia automática del agotamiento de la vía recursiva local, refiriendo que no se puede aplicar en el caso dicha norma en función de la restricción que impone el art. 8 in fine del CPP en tanto determina la aplicación de la ley procesal más benigna.

II. LA SOLUCIÓN ADOPTADA POR EL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN

1. El Tribunal de Impugnación expresó que

(...) es principio reconocido por la CSJN que las normas de naturaleza procesal resultan de aplicación inmediata a los procesos en trámite [fallos 220:1250; 312:251; 310:2845; 312:466; entre otros], encontrando única excepción en la expresa decisión de la ley sobreviniente, o en los casos en que dicha aplicación afecte la validez de actos procesales cumplidos y firmes bajo la vigencia de la normativa aprobada, [fallos 319:1675; 306:2101].

Ello encuentra fundamento

(...) en que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía [fallo 163:231] y no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado régimen procesal, pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, especialmente cuando estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir delitos [fallos 193:192; 249:343; entre otros] (...) [TI Se. 212/20].

2. La aplicación del art. 109 bis (establecimiento de medida cautelar de prisión preventiva) no es una consecuencia automática del agotamiento de la vía recursiva local, puesto que de serlo implicaría en los hechos la ejecución de la condena no firme (CSJN en el fallo “Olariaga” del 26 de junio de 2007). Al contrario, dicho artículo resulta ser complementario del 109, 3er. Párrafo, punto 1 del CPP al cual remite, de lo cual se extrae que la confirmación de una sentencia condenatoria por el STJ opera como un dato objetivo de probabilidad de fuga que debe ser complementado con las circunstancias existentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, este dato objetivo –la confirmación de sentencia condenatoria por el STJ– no resulta suficiente para solicitar la prisión preventiva; ni mucho menos la obligatoriedad de su aplicación.

3. Es de aplicación la doctrina legal del STJ en la materia, en la cual se incluye el fallo “Bernel” (STJ 100/2020) donde se sostuvo como base para mantener las medidas cautelares dictadas: a) las sucesivas confirmaciones de condena; b) delitos de abuso sexual contra niñas y con penas de prisión de muy grave entidad; c) el avance procesal se constituye en un “indicio” que se suma para mantener la medida cautelar (STJ 113/12, 73/12/34/18); d) el mantenimiento de la cautelar resulta compatible con la obligación de sancionar la violencia contra las mujeres (Convención de Belem Do Pará, Recomendación 25, MESECVI).

En consonancia con ello, y al día siguiente de la referida resolución, en fecha 18 de julio de 2024, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala de FERIA, en causa CCC 86765/2019/TO1/9/CNC2, en el caso “Alperovich José J. S/ Recurso de Casación”, confirmó la prisión preventiva que fuera ordenada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 29, que condenó al nombrado a la pena de 16 años de prisión por hechos reiterados contra la integridad sexual en perjuicio de su sobrina.

Los fundamentos del Tribunal para confirmar dicha medida, en consonancia con la doctrina sentada por nuestros tribunales locales son:

1. Que una condena a una pena elevada no firme, impuesta después del correspondiente juicio oral y público llevado a cabo ante el juez de la causa y respetando las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, resulta un parámetro más que razonable para valorar

la existencia del riesgo procesal de fuga, como correlato de las pérdidas de expectativas de una resolución favorable, en los términos del art. 119 del CPPN.

2. Que “esta sola circunstancia no exime al Tribunal del deber de valorar las condiciones personales de aquel sobre el cual se analiza la necesidad de la medida, pues la subsistencia del estatus de inocente del condenado con sentencia no firme obliga a plantearse en cada caso concreto la presencia del riesgo procesal que justifique su prisión cautelar”.

3. En razón del punto precedente, se deben evaluar los siguientes parámetros: a) arraigo del condenado: los medios con los que cuenta el imputado y o facilidades para abandonar el país o permanecer oculto, por ejemplo: situación económica, círculo social, contactos y relaciones sociales que podrían facilitar su fuga, vínculos con funcionarios públicos, policía, justicia, política; b) su conducta durante el proceso: si han existido acciones tendientes a disminuir o neutralizar los efectos del proceso y c) la viabilidad de medidas alternativas a la prisión preventiva: es necesario fundamentar de qué manera en el caso concreto una medida cautelar menos gravosa no sería efectiva para neutralizar el peligro de fuga.

4. Tipo de delitos involucrados en el caso: ello tiene que ver con que “el Estado tiene un deber de diligencia reforzado y obligaciones con respecto a la mujer que hacen que las consideraciones efectuadas en la sentencia respecto del riesgo de revictimización” devienen “de la necesidad de asegurar los compromisos internacionales asumidos”. En dicho fallo se remite al fallo “*Amador*” (Sala III de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, sentencia del 20/03/2024) donde ante el planteo de prisión domiciliaria que lo declaró inadmisibile se estableció que

(...) luego de haberse desarrollado el debate oral y público, con su acusación, la decisión del tribunal de ordenar la prisión preventiva, luego de imponer en primera instancia una sanción muy severa, y hasta tanto se resuelva en definitiva el caso, resulta prudente, adecuada y suficiente para ser una excepción legalmente prevista y regulada al fundamental derecho invocado por la defensa; pues no solo se erige como una circunstancia que incide sustancialmente en el riesgo de fuga, sino que se corresponde con éste complejo sistema de

garantías y permitirá, si es confirmada, la efectiva realización de la ley material, y por lo tanto, de las garantías de la mujer. Frente a la obligación de prevenir, investigar y en su caso reprimir delitos que tengan como víctima a las mujeres respecto de quienes se ha establecido una protección especial, la decisión de mantener el encierro cautelar para tal fin luce razonable aun cuando el imputado se haya mantenido a derecho durante la sustanciación del proceso, y del debate; pues el dictado, aunque no firme, de una pena de máxima entidad, resulta un parámetro objetivo que determina ciertamente la modificación de las circunstancias previas, y la verificación de un riesgo de fuga que no se advierte que pueda ser enervado mediante la alternativa de prisión domiciliaria.

En consonancia con lo hasta aquí dicho se puede sostener, como ya lo adelantara el Tribunal de Impugnación en “Yermanos” que

(...) el art. 109 bis consolidó una posición que la judicatura del sistema rionegrino, ya venía adoptando en distintos casos bajo la idea de que las personas acusadas que habían arribado en libertad a la última instancia de revisión provincial, podían ser pasibles de ser encarcelados cautelarmente si se corroboraba en la hipótesis concreta, el peligro de fuga previsto en el art. 109 del CPP.

Es decir que la reforma indicada vino a reforzar en la letra de la ley, lo que ya jurisprudencialmente se venía aplicando en la praxis jurídica. La resolución de futuros planteos que se basen en este nuevo artículo irá perfilando los criterios que sentará la judicatura, teniendo en cuenta principalmente las circunstancias del caso a analizar.

Las medidas de coerción procesal y el principio de inocencia

FAVIO CORVALÁN*

I. INTRODUCCIÓN

Por ser un principio clave de todo el proceso penal, la presunción de inocencia lucha contra el prejuicio social de culpabilidad creado muchas veces por la difusión –no pocas veces infundada– de los medios de comunicación masiva. Generalmente suele ocurrir que la tendencia de la ciudadanía es ver al sospechoso o sospechosa como culpable.

En un proceso penal, esas personas inicialmente ocupan una posición adversa y son señalados/as como posibles responsables del hecho delictivo. Se genera automáticamente un recelo social ante esos individuos y es muy raro que alguien los considere inocentes. La gente tiende sistemáticamente a dar por cierta cualquier información poco fiable, y de antemano los considera culpables. Obviamente, no puede pretenderse que en general conozcan y comprendan los alcances y fundamentos del principio de inocencia.

Esto no solo ocurre con las imputaciones penales. El ser humano tiende a creer cualquier rumor negativo sobre alguien. Curiosamente no sucede lo mismo con las noticias buenas o positivas, de las que se suele más bien dudar. Siempre que se dice que alguien ha actuado mal en un trabajo,

* Abogado (FDyCS- UNC), Juez de Garantías -1ra-. Circunscripción Judicial Río Negro.

ejecutado una acción de manera incorrecta o cometido una infidelidad, el primer impulso conduce a creer esa información.

Adentrándonos en las medidas de coerción, y en especial la más gravosa, la prisión preventiva, todas están estrechamente ligadas a ese principio convencional y constitucional del estado de inocencia. Sin embargo, actualmente, el problema crucial en los sistemas de justicia penal de Latinoamérica es la utilización del encarcelamiento preventivo como medida cautelar principal y preponderante. Es que el clamor general y la demanda de justicia ante hechos delictivos graves tiende a que se encarcelen personas anticipadamente, sin mayores debates sobre la posible aplicación de otras medidas más leves que puedan también asegurar eficazmente los fines del proceso.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sugerido que antes de disponer su procedencia se deben analizar las medidas de coerción menos perjudiciales para garantizar el normal desarrollo de un proceso. Entre ellas: a) La promesa jurada del imputado de mantener domicilio y estar a disposición de la autoridad judicial; b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución; c) la obligación de presentarse periódicamente ante una dependencia policial o la fiscalía; d) la prohibición de concurrir a determinados lugares, de acercarse a la víctima/testigos y el impedimento de contacto por cualquier vía; e) la prestación de una caución real o personal; f) la vigilancia del imputado mediante dispositivo satelital o rastreo; g) el arresto domiciliario; y como último recurso la prisión preventiva, para el caso de que las anteriores medidas no fueren suficientes para neutralizar los riesgos que pueda ocasionar la persona imputada.

La imposición de la prisión preventiva *como medida de coerción personal* ha traído como consecuencia en nuestro país el aumento desmesurado de la tasa de detenidos/as sin condenas en los últimos veinte años. Se han pasado de unos 140 detenidos/as por cada 100.000 habitantes a más de 230¹.

1 Datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, disponible en Portal de Datos Justicia Argentina - Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena - SNEEP

II. DESARROLLO

El derecho a la libertad, al igual que todos los restantes derechos, no revisiten carácter absoluto. Tiene como lógico y coherente en el juego de contrapesos constitucionales, posibles restricciones. Pero es de tener presente que la libertad representa un papel nuclear en el sistema del Estado Constitucional, por lo que su limitación debe decidirse con las garantías constitucionales, legales y convencionales correspondientes.

Las medidas de coerción en general pretenden evitar en tanto el proceso jurisdiccional es un instrumento que requiere de tiempo, que se frustre su adecuado desarrollo. Y en particular, la prisión preventiva es una de las más intensas intromisiones en la esfera de la libertad y personalidad del ciudadano/a.

Como bien lo remarca el profesor Julio B.J. Maier², “el imputado es inocente durante la sustanciación del proceso y los habitantes de la Nación gozan de un estado de inocencia, mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, aun cuando respecto a ellos se haya abierto una causa penal y cualquiera que sea el proceso de esa causa”. Ello emerge del pensamiento liberal en materia penal. Por otro lado, ideas filosóficas y políticas opuestas (ej. fascismo, consideran a la presunción de inocencia como algo irracional y piensan que si se persigue penalmente a una persona o se la somete a proceso es porque se la presume culpable y no inocente.

Muchas veces suele ocurrir que con escasos elementos de convicción que sustenten la participación de la persona en un hecho delictivo, por tratarse de un caso grave y con repercusiones altisonantes en los medios de comunicación masiva, se decide encarcelar preventivamente para acallar la presión social y el reclamo de justicia de las víctimas. Aquí emerge el principal problema.

Así, con ello se afecta la presunción de inocencia y se transgreden las garantías constitucionales que hablan de la imposición de pena a una persona siempre y cuando su culpabilidad sea demostrada en juicio público, contradictorio y con suficiente certeza. Las convenciones internacionales de derechos humanos incorporadas a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) la reconocen expresamente.

² Maier, Julio (2016). *Derecho Procesal Penal, Tomo I -Fundamentos-*, Ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 490.

En nuestro país el Cívero Tribunal Nacional³ ha dicho:

(...) la íntima relación existente entre la garantía de la doble instancia y el beneficio de la duda [...]. En este sentido, corresponde recordar que tanto ese principio como el del *in dubio pro reo* –ambos de trascendencia en el caso– guardan una estrecha relación con la presunción de inocencia constitucional (artículo 18, CN [...]) resulta decisivo que el juez aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada (18, CN) puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de imparcialidad del Tribunal.

Es sabido que durante el procedimiento penal la persona imputada no puede ser tratada como un culpable; sin embargo, podrá cargar con alguna medida de coerción destinada a asegurar el normal desarrollo del proceso y la aplicación de la ley. Así, el término *coerción* representa el uso de la fuerza para limitar sus libertades con el fin de alcanzar un fin determinado. El derecho procesal las utiliza –en materia penal– para evitar que esa persona obstaculice la investigación o se fugue.

Esas medidas durante el proceso son extraordinarias y de interpretación restrictiva. Su procedencia debe evaluarse en cada caso en particular y para su aplicación rige el principio de proporcionalidad. El derecho internacional de los DDHH, a través de sus numerosos tratados y artículos sobre la materia, busca la promoción y disposición de medidas alternativas a la detención cautelar, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.3; la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7.5; las Reglas de Tokio adoptadas por la ONU, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴.

Las medidas de coerción y cautelares generalmente son abordadas por la doctrina de manera independiente, y no con una visión de conjunto ni sometidas a un control que las abarque a todas. Por ello, se han iniciado

3 CSJN, Causa “Carrera, Fernando Ariel” (Sent n° 497/2013, del 25/10/2016).

4 Caso “Norin Catrimán y otros Vs. Chile, Se 279, del 29/5/2014.

trabajos para conformar una teoría general de las medidas de coerción, resaltando el principio de proporcionalidad⁵

Se considera necesario que, previo disponer una medida de coerción en el proceso, se debería seguir un procedimiento similar al que se realiza para determinar si una conducta es delito, para imponer una pena o una medida de seguridad. Si se analiza la tipicidad (para establecer si una conducta es delictiva), en esta materia se debería hablar de la tipicidad procesal o de los tipos de medidas de coerción. Ello para evitar que se adopten decisiones que afecten derechos y garantías sin haberse realizado una reflexión y análisis serio, necesario para llegar a una resolución justa y razonable. En nuestro país existen muchas disposiciones incorporadas a las leyes procesales que pretenden regular todas en un solo apartado, pero no se las ubica en un contexto general, y muchas veces contradicen los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos (por ej., delitos inexcusables, peligrosidad del imputado, gravedad de la infracción penal).

Se propone que, para solicitar, disponer o controlar una medida de coerción se debería contar con herramientas conceptuales de carácter general, para confrontarlas. Por ejemplo, tener en claro que solo son legítimas si responden a sus fines (averiguación de la verdad y aplicar el derecho material); estar previstas en la ley (*nula coactio sine lege*) y el órgano que la dictó debe ser el competente. Además, tiene que ser necesaria, idónea para el fin que se persigue, y proporcional, teniendo en cuenta los intereses afectados.

El problema se suscita en la justificación del encarcelamiento preventivo y si hay manera de compatibilizarlo con el principio de inocencia. ¿Se lo utiliza como medida cautelar o adelanto de pena? La interferencia se origina con ese principio de base constitucional, porque difícilmente quien esté privado de su libertad es visto como inocente.

Césare Beccaria (1764), en su obra *De los Delitos y las Penas*, dijo:

Siendo una especie de pena, la privación de libertad no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto a la necesidad obliga (...) la simple custodia de un ciudadano hasta tanto sea declarado reo (...) debe durar el menor tiempo

5 Confr. Schmidt, Eberhardt (1957), *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. José M. Núñez, Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina.

posible y debe ser lo menos dura que se puede (...) no puede ser más dura que la necesaria o para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos.

Luigi Ferrajoli,⁶ uno de los máximos garantistas y tenaz crítico de la prisión sin condena, considera que no hay formas de justificarla porque la prisión preventiva es ilegítima. Desarrolla su estudio opinando que es imposible quitarle las raíces sustantivistas, y su aplicación conlleva el adelanto de pena. Se refirió a la realidad de su país, Italia, y consideró que se la utiliza como prevención, defensa social o reacción en algunos hechos que producen impacto o repudio en la sociedad, y ello genera una presunción de peligrosidad basada solo en la sospecha de haber cometido un delito. Se pregunta: “¿Cómo se defendería una persona de la acusación fiscal estando privado de su libertad?”.

A esta altura no puede haber dudas que la medida de coerción personal más grave (prisión preventiva), solo podrá disponerse cuando surja absolutamente indispensable para evitar los peligros procesales señalados y siempre que ellos no puedan ser evitados acudiendo a otros medios de coerción menos lesivos que, racionalmente, satisfagan el mismo fin y con menor sacrificio de los derechos de la persona imputada. La privación de libertad debe ser en el proceso penal un medio de coerción excepcional, provisional, instrumental, proporcional y por un tiempo determinado. Al ser la medida que más afecta a la persona investigada, debe existir un análisis y debate pormenorizado para su aplicación.

El Código Procesal Penal de Río Negro (Ley 5020) la regula en el artículo 109 y, como decisión jurisdiccional razonada y fundada, para considerarse legítima debe ser confrontada, previo a su aplicación, con el principio de inocencia. Presupone la existencia de fuertes elementos de convicción que señalen hechos para convencer a un observador imparcial de que la persona imputada pudo haber cometido el delito (como autor o partícipe); que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de perseguibilidad; que ese delito tiene pena privativa de libertad y que existen riesgos procesales de entorpecimiento de la investigación o de fuga y urge la necesidad de neutralizarlos con el encarcelamiento cautelar.

6 Ferrajoli Luigi (1995), *Derecho y razón*. Madrid: Trotta [Turín, 1989], p. 555.

Estos presupuestos legales son exigibles para limitar su aplicación y controlar su ejecución.

Sin embargo, la corriente sustantivista, emparentada con el modelo procesal inquisitivo, no se ha desterrado por completo a pesar del cambio de paradigma con los nuevos sistemas procesales acusatorios en la mayoría de las jurisdicciones del país. Ello resiente y afecta los preceptos básicos de la Constitución Nacional, porque la prisión preventiva para ser legítima debiera ser dispuesta como último recurso, y con fines procesales-cautelares.

Muchas veces suele obviarse esa finalidad y alguna jurisprudencia de la CSJN e informes de la CIDH (ej. Inf. 2/97 sobre dos nuevos supuestos de peligro –*reincidencia* y *comisión de nuevos delitos*–), han omitido aclarar la diferencia entre los fines de la prisión preventiva y los de la sanción penal. Afortunadamente, en “Suárez Rosero”⁷ se estableció el carácter meramente cautelar de la prisión preventiva y sus motivos de procedencia, limitados únicamente al entorpecimiento de la investigación y el peligro de fuga.

III. CONCLUSIÓN

La crisis actual de hacinamiento carcelario en nuestro país lleva a considerar que el encarcelamiento preventivo debe ser la última medida de coerción a aplicar, en tanto los peligros procesales existentes se puedan neutralizar con otras medidas de menor gravedad e intensidad.

Lamentablemente, el uso indiscriminado y masivo de la prisión preventiva genera una sensación de haberse transformado en una pena anticipada y legitimada por el sistema de la justicia penal, desvirtuándose su finalidad y excepcionalidad. Corresponde remarcar que los denominados peligros procesales, al momento de ponderar y analizar, se debe tener en cuenta la base normativa convencional, constitucional y legal que fijan los Códigos de Procedimientos Penal.

7 Corte IDH, Se. C 44 del 12/11/1997.

Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución

Un problema constitucional con historia

MÁXIMO J. BALLVÉ BENGOLEA*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se pretende efectuar un breve repaso sobre el actual capítulo II bis de la ley 24.660 (Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad), denominado “Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución”. El interés de lo establecido en este capítulo de la ley nacional de ejecución de la pena privativa de la libertad tiene que ver con que su aplicación ha causado múltiples y dispares decisiones jurisprudenciales ocasionando que individuos condenados por la comisión de un mismo delito fueran tratados en forma disímil durante el cumplimiento de la pena, en cuanto al régimen de beneficios aplicable, de acuerdo con el momento histórico en que llevaron a cabo la acción típica.

Por otro lado, han surgido en la provincia de Río Negro nuevas decisiones que, a nuestro modo de ver, ponen en jaque derechos constitucionales

* Abogado con orientación en derecho penal (UBA), título de Especialista en Derecho Penal (UBA), diplomado en Educación Superior (UdeMM), en Responsabilidad Médica y Empresas de Salud (UCES) y en Juicio por Jurados (USI), disertante y autor de varios artículos de derecho penal y procesal penal, ex docente de Derecho Procesal Penal y Seminario Profesional I (UdeMM), Defensor Penal Adjunto del Ministerio Público de la Provincia de Río Negro.

de los ciudadanos condenados ya que, echando por tierra principios fundamentales del derecho general, han dispuesto que el régimen de la pena aplicable sea uno distinto y más gravoso del que se encontraba vigente al momento de la comisión del hecho. Ello no solo se opone al principio de legalidad, sino que también contradice amplia jurisprudencia existente tanto a nivel nacional como provincial.

En este sentido, a fin de lograr un entendimiento más cabal de la cuestión, se propone hacer un breve repaso histórico de la legislación aplicable en materia de beneficios penitenciarios durante el período de prueba, comenzando con las previsiones originales de la ley 24.660⁹ y las posteriores modificaciones que sufrió a raíz de la sanción de las leyes 25.948¹⁰ y 27.375¹¹. Asimismo, a esos mismos fines, resulta fundamental estudiar cuáles fueron las decisiones de los tribunales a que dieron lugar dichas previsiones legales, cuál fue su sentido y cuál es la situación actual en la materia.

Tal propuesta, vale aclarar, se efectúa sin perder de vista que, de acuerdo con los estándares constitucionales, el fin último del tratamiento penitenciario y del régimen progresivo de la pena es preparar al condenado para ser reinsertado a la sociedad. No obstante, la alarmante y recurrente ausencia de recursos materiales y humanos destinados a las políticas penitenciarias¹² e incluso las mismas decisiones de los magistrados, que

9 B.O. 08/07/96.

10 B.O. 11/11/04.

11 B.O. 28/07/17.

12 Sobre el particular, se debe destacar que la públicamente conocida situación de carencia de recursos en el Servicio Penitenciario de la Provincia de Río Negro impacta en la falta de insumos y personal para dispensar tratamiento fundamental para la reinserción social: falta de entrega de medicamentos a los internos; la imposibilidad de recibir asistencia psicológica y social (durante el año 2023 el EEP nro. 2 contaba solo con dos psicólogas para asistir a alrededor de 400 internos); imposibilidad de brindar educación, trabajo y capacitación, etc. Ver, además: Ley 3877 de Emergencia del Sistema Penitenciario. Ley 4789 de declaración de Emergencia del SPP, prorrogada por leyes 4091 y 5070; “Decretaron emergencia en el Servicio Penitenciario” en *La Tecla Patagonia*, 31 de mayo de 2012, disponible en <https://www.lateclapatagonia.com.ar/5373->; “Internos alojados en condiciones deplorables en la cárcel de Bariloche” en *Río Negro*, 22 de junio de 2018, disponible en <https://www.rionegro.com.ar/internos-alojados-en-condiciones-deplorables-en-la-carcel-de-bariloche-XX5264246/> (consultada el 12/04/24); y “Penal de Bariloche / Fiscales presentaron hábeas corpus” en web del Ministerio Público Fiscal /

debieran conformar el valladar inexpugnable de nuestros derechos, parecen dejar de lado muchas veces tal loable meta y suelen ser serviles a los intereses y presiones que, desde diversos ámbitos de la sociedad y a través de los medios de comunicación masiva tradicionales y (sobre todo) las redes sociales, se ejerce sin cuartel contra las instituciones de la república.

II. MOTIVACIONES Y EVOLUCIÓN DEL CAPÍTULO II BIS DE LA LEY 24.660

La ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad fue sancionada el 16 de julio de 1996 y, como bien surge de su espíritu y de las normas de calibre constitucional que la fundamentan (arts. 1, 2, 3, 5 y 6 de la ley 24.660, 18 y 75, inc. 22, de la CN y 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP), su propósito es establecer la modalidad con que se llevará a cabo el tratamiento penitenciario, con la finalidad de lograr que el condenado adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social y promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

Para tal claro objetivo, la legislación propuso en aquel entonces, y lo mantiene hoy día, un tratamiento de carácter interdisciplinario, individualizado y progresivo, que procure limitar la permanencia del sujeto en establecimientos cerrados y estimule, en la medida de lo posible y en caso de una evolución favorable, la incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autogobierno.

Ahora bien, ni la ley de ejecución de pena ni el Código Penal establecían en aquel entonces algún tipo de distingo entre las personas condenadas, de manera tal que se les coartara o modificara el tratamiento dispuesto en forma genérica para todos los condenados privados de la libertad. Es más, la misma ley en su artículo 8 aseguraba que las disposiciones debían aplicarse sin discriminación de ningún tipo y que “[l]as únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado”.

Sin embargo, mucha agua ha corrido bajo el puente, y aquel espíritu que el legislador había volcado en la letra de la ley se ha venido

distorsionando de la mano de los vaivenes políticos, sociales, económicos y culturales del país. Lógicamente, en un país acuciado por la emergencia permanente y las multifacéticas crisis que se replican en la vehemencia de los multitudinarios reclamos sociales, el político de turno responde –ya sea por desconocimiento, por convencimiento o para no quedar expuesto ante la demanda del coyuntural clamor social – efectuando modificaciones legislativas que, a la postre, provocan grandes distorsiones normativas, muchas veces incongruentes con el bloque de constitucionalidad y con aquellos altos valores que, en un origen, fueron los que cimentaron la sanción de la norma original.¹³

Así las cosas, entonces, en el año 2004 primeramente se aprobó la ley 25.892¹⁴ que endureció los requisitos para el acceso y goce de la libertad condicional, modificando los artículos 13, 14 y 15 del C.P. En este sentido, entre otras cosas, añadió a los excluidos de la libertad condicional –donde ya estaban los reincidentes– a los condenados por los delitos tipificados en los artículos 80, inc. 7, 124, 142bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo, del Digesto Sustantivo.

La ley se aprobó en base al proyecto conjunto de los senadores Ricardo A. Bussi y Delia Pinchetti de Sierra Morales, y de Miguel A. Picchetto, en cuyos fundamentos se expuso la problemática alegando que

(...) en los últimos días, los distintos medios periodísticos han ido recogiendo, una sucesión de hechos delictivos, [vinculada con] atentatorios a la integridad sexual de las víctimas y en algunos casos seguidos de muerte de la persona ofendida” y que “[n]os encontramos frente a una dramática situación de inseguridad, que nos compele a modificar determinados institutos y normas penales (...) que fueron modificados a partir de 1984, estableciéndose la tendencia a disminuir el efectivo cumplimiento de la pena, en función de la búsqueda de soluciones resocializadoras, que hoy, a la distancia advertimos, no han sido alcanzadas.

¹³ Sobre la crisis de seguridad que se vivía en los años 2003 y 2004 ver: Cecchini, Daniel (2024): “El asesinato de Axel Blumberg, que marcó un hito en la historia criminal y unió al país en un fuerte reclamo de seguridad”, en *Infobae*, 23 de marzo de 2024, disponible en <https://www.infobae.com/sociedad/2024/03/23/el-asesinato-de-axel-blumberg-que-marco-un-hito-en-la-historia-criminal-y-unio-al-pais-en-un-fuerte-reclamo-de-seguridad/>

¹⁴ B.O. 26/05/2004.

Resaltaba el senador Pichetto por entonces que:

[l]a realidad de este momento, teñida de actos de crueldad impensable, asesinatos, secuestros extorsivos, ultrajes de toda clase y un vandalismo a ultranza, hace que debamos variar el temperamento, y que nos encaminemos a lograr que el peso de la violencia no recaiga sobre la sociedad, evitando que el ciudadano común tienda a defenderse por mano propia, ante un Estado inoperante.

Se evidencia aquí en forma palmaria, al igual que en las restantes argumentaciones sentadas que conforman los fundamentos, cómo la crítica situación de inseguridad vivida en el país había puesto en vilo a parte de la sociedad y, con ello, a la dirigencia política, quienes viraron de un discurso con base constitucional, basado en el fin preventivo especial de la pena –que fuera aquel que había impulsado la LEP–, a uno ligado a las teorías absolutas de la pena, de corte más retribucionista, y alimentado por lo que algunos se han atrevido a llamar “populismo punitivista”.¹⁵

Poco tiempo después, a finales de ese mismo año, se sancionó la ley 25.948¹⁶ que, sobre la base de un nuevo proyecto de los ya mencionados senadores Pinchetti y Bussi, vino a profundizar los cambios establecidos por la ley 25.892.

Esta ley modificó la ley 24.660, incorporando el “Capítulo 2 bis: Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución”, y en este, el artículo 56bis, que prohibió el otorgamiento de los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los delitos previstos en los artículos 80, inc. 7), 124, 142bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Asimismo, se especificó que esos condenados tampoco podrían ser incorporados a la prisión discontinua o semidetención, o a la libertad asistida, prevista en los arts. 35, 36, 39, 54 y cctes de la LEP.

¹⁵ Tal es el término que proponen Marcos Cané y Marta Monclús Masó en su artículo intitolado “Populismo punitivo en acción. Reconstrucción de los discursos y repertorios de la reforma” (en Piechestein, Ana C. y Anitua, Gabriel I (coords.) (2022), *Cambios en el castigo en Argentina: Reforma legal y su impacto en la prisión*, José C. Paz: EDUNPAZ) donde analizan los lazos entre la situación real de inseguridad, los reclamos sociales, el discurso político y la propaganda mediática que dieron lugar, finalmente, a las modificaciones de la ley 24.660.

¹⁶ B.O. 12/11/2004.

De esta manera, si bien el proyecto enviado originariamente para su tratamiento era mucho más ambicioso, en cuanto a la cantidad de delitos que quedaban excluidos de los beneficios penitenciarios¹⁷, con la aprobación de esta ley el legislador terminó trasladando a la LEP similares restricciones a las volcadas al Código Penal meses atrás, solo que esta vez haciéndolas extensivas a todo el período de prueba de los condenados por los delitos antedichos e incluyendo, asimismo, la imposibilidad de que gozaran de la prisión discontinua, la semidetención y la libertad asistida.

Los fundamentos del proyecto se basan en el desprecio a la vida que los condenados han demostrado a sus congéneres y que “no los hace merecedores a este tipo de beneficio”, las limitaciones a la posible repitencia al constreñirlos al encierro para el cumplimiento total de la pena, la ineficacia de los programas de reinserción, los derechos de las víctimas y la defensa de la sociedad. También resaltaron los legisladores que las medidas propuestas deben sancionarse “más allá de las medidas de fondo que deben tomarse para dar una solución integral al problema de la delincuencia” y que “no es lo ideal, pero no siempre lo ideal es lo posible”.

Trece años después, puesto en el tapete del debate público, nuevamente, el tema de la inseguridad, el Congreso Nacional sancionó la ley 27.375, que fue la última modificación que sufrió la ley en materia de Ejecución de la Pena, con sensibles cambios tanto en el Código Penal como en la ley 24.660.

Si bien los reclamos sociales no fueron, en absoluto, en aquel entonces del tenor de lo ocurrido en 2003 y 2004, una intervención más marcada de los medios masivos de comunicación y el juego político posibilitó nuevas

17 La nómina de delitos que incluía el proyecto de ley era: 1) Homicidio agravado (artículo 80 del Código Penal) 2) Delitos contra la integridad sexual, en sus formas agravadas (artículo 119 Párrafo 4° incisos a),b),c),d),e) y f) del Código Penal. 3) Violación seguida de muerte (artículo 124 del Código Penal). 4) Privación ilegal de la libertad coactiva seguida de muerte (artículo 142 bis, tercer y cuarto párrafos del Código Penal). 5) Tortura seguida de muerte (artículo 144 tercero, inciso 2° del Código Penal) 6) Homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal) 7) Secuestro extorsivo seguido de muerte (artículo 170 tercer y cuarto párrafos del Código Penal) 8) Incendios y otros estragos seguidos de muerte (artículo 185, inciso 5° del Código Penal) 9) Naufragio y/o desastre aéreo seguido de muerte (artículo 190, párrafo 3° del Código Penal) 10) Descarrilamiento seguido de muerte (artículo 191 inciso 4° del Código Penal) 11) Piratería seguida de muerte (artículo 199 del Código Penal) 12) Envenenamiento de aguas, alimentos y/o medicamentos seguidos de muerte (artículo 200, párrafo 2° del Código Penal).

modificaciones del artículo 14 del CP y 56bis de la LEP y, en julio de 2017, entre muchas otras cuestiones, se amplió drásticamente la nómina de delitos cuya comisión impide a los condenados gozar de todo tipo de beneficio penitenciario¹⁸ propio de la progresividad, tendiente a la resocialización (salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, prisión discontinua y semidetención).

En lo que aquí interesa –el régimen de los beneficios penitenciarios que posibilitan la progresividad–, se incorporó el artículo 56 quater, que regula el llamado “Régimen preparatorio para la liberación”, y establece que en los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis la progresividad debe garantizarse con la implementación de un programa específico individual que, un año antes del agotamiento de la pena, permita un mayor contacto con el mundo exterior.

Para la incorporación a dicho régimen, el condenado debe contar con informes favorables por parte de la dirección del establecimiento y de peritos técnicos, acerca del pronóstico de reinserción social y la observación regular de los reglamentos carcelarios.

Ello implicaría lo siguiente: los tres primeros meses se dedican a la preparación intramuros para la liberación; los seis meses posteriores el interno podría acceder a salidas con acompañamiento y, finalmente, en los últimos tres meses el condenado tendrá la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. En todos los casos las salidas deben ser diurnas y por plazos no superiores a las doce horas.

Se destaca –a colación de lo que se verá más adelante– que, de esta manera, el legislador decidió modificar el régimen anterior, previsto para un

18 En la actualidad están excluidos: 1) Homicidios agravados previstos en el art. 80 del C.P.; 2) Delitos contra la integridad sexual, de los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del C.P. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 bis, anteúltimo párrafo, del C.P.; 4) Tortura seguida de muerte, art. 144 ter, inciso 2, del C.P.; 5) Delitos previstos en los art. 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del C.P.; 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el art. 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del C.P. 7) Delitos previstos en los art. 145 bis y ter del C.P. 8) Casos en que sea aplicable el art. 41 quinquies del C.P. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el art. 306 del C.P.; 10) Delitos previstos en los arts. 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace y 11) Delitos previstos en los arts. 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

número reducido de delitos que quedaban excluidos de toda salida antes del agotamiento (ley 25.892), por un régimen más abarcativo, en cuanto a la amplitud de penados que incluye, pero que permitiría una especie de salidas temporales o transitorias fuera del establecimiento meses antes de recuperar la libertad.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN RÍO NEGRO

Como preludio, es necesario adelantar que no han sido pocas las reacciones que los tribunales de todo el país han tenido ante esta legislación que venimos mencionando, y a ello no ha sido ajena la provincia de Río Negro. Veamos:

1. La ley 25.948 y los fallos “Defensora Oficial”, “Pazos” y “Contreras”

Aquí, se destaca en primer término, la decisión del STJ en el conocido fallo “Pazos”¹⁹, en el que se declaró la inconstitucionalidad del inciso 4 del artículo 56bis de la ley 24.660. Para ello, el voto rector del Dr. Apcarian tuvo en consideración, principalmente, que la selección preestablecida de una determinada porción de la población carcelaria –de acuerdo al delito cometido– a la cual se le deniega de antemano toda posibilidad de acceder a salidas extramuros de cualquier tipo, en el marco de los beneficios penitenciarios –en el caso se trataba de salidas transitorias–, colisiona frontalmente con el principio resocializador que posee imperativo constitucional y que se ve resguardado internamente gracias a la “progresividad” del régimen, principio este último que se ve altamente afectado al suprimir la interacción de los condenados con el resto de la sociedad en el medio libre.

Aseguró que esta normativa “*pone en crisis la finalidad esencial de la ejecución de la pena, (...) la resocialización de la persona* (arts. 5.6. CADH, 10.3 PIDCyP, 1 ley 24.660), (...) *al excluir del beneficio de las salidas transitorias a quienes hayan cometido determinados tipos de delitos [y] genera un agravamiento en las condiciones de cumplimiento de la pena restrictiva de la libertad (...)*” (el destacado me pertenece).

¹⁹ STJRN. Se. 148/14, “Pazos Gerardo Iván s/ inc. de ejecución de pena s/ casación”. Rta. 07/10/14.

Recordó que la resocialización se instrumenta en la progresividad del régimen, y que esta implica el avance del interno en un tránsito pausado y continuo, desde los establecimientos cerrados a los abiertos, desde la seguridad a la autodisciplina, atravesando las fases y períodos sucesivos donde las medidas restrictivas de la libertad van disminuyendo con el fin de preparar al condenado, de modo que su regreso al medio libre no sea brusco, sino gradual, con el objeto de ir consolidando aspectos esenciales como los vínculos familiares y sociales, el trabajo, el estudio o las capacitaciones laborales y profesionales, tratamientos, etc., teniendo como norte la inserción definitiva a la sociedad.

El STJ enfatizó, además, que la norma en crisis colisionaba contra los principios constitucionales *pro homine*, *pro libertate* y *favor rei*, en tanto se opone a la reinserción social del individuo.

Por otro lado, con base en calificada doctrina, el Tribunal aseguró que la exclusión anticipada del programa progresivo en base a la calificación legal, sin tener en miras la conducta y tratamiento del interno, transgrede la prohibición del art. 7.2 de la CADH, así como los principios de igualdad ante la ley (art. 16 CN y 8 de la ley 24.660) y razonabilidad, por cuanto, por una parte, solo afecta a una porción preseleccionada de internos y, además, si el fin principal de la pena es la resocialización, tanto la intensidad como su duración deben graduarse teniendo en cuenta ese objetivo y, por consiguiente, eliminada la progresividad del régimen, no pueden determinarse ni guardar relación de proporcionalidad con el injusto cometido.

En definitiva, se afirmó que la norma atacada era inconstitucional ya que establecía una distinción arbitraria que carece de justificación objetiva y razonable en vistas a la finalidad perseguida por la ejecución de la pena (arts. 1, 8 y cctes., ley 24.660; 16, 18,28 y 75, inc. 22, CN; 5.6 y 24 CADH; 10.3, 15 y 26 PIDCyP).

Asimismo, a este aspecto se adunó que la situación normativa de “Pazos” lo excluía de modo absoluto de todo beneficio ya que la ley no preveía ninguna alternativa para que accediera al egreso anticipado y pudiera reintegrarse al medio libre antes del agotamiento de la pena, por lo que el condenado no podía albergar expectativa alguna de tratamiento progresivo, cercenándole todo incentivo de cambio y mejoramiento de las condiciones de resocialización. Sobre el particular, el STJ descartó el paralelismo con

el caso “Defensora Oficial”,²⁰ en el que ese Tribunal había revocado la declaración de inconstitucionalidad del art. 14 del CP en primera instancia, en base a que en esos casos (prohibición de libertad condicional a los reincidentes) la ley sí posibilitaba el acceso a otros beneficios, como las salidas transitorias y la libertad asistida.

Para concluir, interesa destacar la parte pertinente del voto del Dr. Baroto, cuando afirmó que “si bien la decisión de endurecer el tratamiento penitenciario de quienes hubieran cometido ciertos delitos pareciera tener sustento en el clamor popular de mayor seguridad, no puede el legislado desentenderse de [los] compromisos internacionales, dictando normas contrarias a los derechos constitucionales y convencionales reconocidos, e incongruentes en sí mismas (...)”.

Luego de este decisorio, los tribunales inferiores de la provincia asumieron esa doctrina y la aplicaron en forma sistemática, tornando inaplicable el art. 56bis de la LEP (conforme ley 25.948) para los casos similares al de Pazos. Es decir que esta fue la tesitura que se adoptó respecto de todos aquellos condenados durante la vigencia del art. 56bis incorporado por esta ley y más allá de su vigencia también, tras la sanción de la ley 27.375, por aplicación de los principios de legalidad, de ultraactividad y de irretroactividad de la ley penal.

Ahora bien, en el año 2020 el STJ se expidió en el caso “Contreras”²¹, oportunidad en la que reafirmó la línea sentada tanto en “Defensora Oficial” como en “Pazos”, al mencionar que en el análisis de los beneficios penitenciarios y el fin resocializador de la pena, debían considerarse dos cuestiones: primero, que las salidas transitorias no podían ser denegadas únicamente por la naturaleza del delito, puesto que las únicas diferencias admisibles eran las efectuadas sobre el tratamiento individualizado, como lo establecía el art. 8 de la LEP; por otro lado, que lo relevante era analizar si las restricciones al sistema de la progresividad de la ley implicaban una negación (supresión) al fin resocializador o si –de todos modos– se permitía el acceso a determinados beneficios vinculados con salidas al medio libre antes del agotamiento, lo cual era necesario para satisfacer el postulado de la progresividad del sistema.

²⁰ STJRNS2. Se. 25/12. “Defensora Oficial s/ inconstitucionalidad s/ casación”. Rta. 12/03/12.

²¹ STJRNS2. Se.88/20. “Contreras Víctor Emilio s/ Inc. de ejecución”. Rta. 29/09/20.

De tal forma, toda vez que el condenado Víctor E. Contreras ya gozaba de salidas transitorias e incluso de la semilibertad, el STJ rechazó la queja interpuesta por la defensa, en el entendimiento que, en este tipo de casos, “no corresponde la declaración de inconstitucionalidad de la norma” (art. 14, segunda parte del CP).

2. La ley 27.375 y el fallo “García”

Ya con las últimas modificaciones vigentes, el STJ tuvo oportunidad de pronunciarse en el fallo “García”²². Si bien rechazó la queja de la defensa, convalidó la decisión del Tribunal de Impugnación que había revocado la declaración de inconstitucionalidad del inc. 2 del art. 56bis de la LEP por parte del Juez del Juzgado de Ejecución Penal nro. 8, que, a su vez, había contado con el aval del Tribunal de Revisión de la circunscripción.

En el conciso tratamiento que los jueces dedicaron a la “solución del caso” fueron contundentes al afirmar que a diferencia de lo que había ocurrido en el precedente “Pazos”, donde se negaba la progresividad al obligar a cumplir la totalidad de la pena en la cárcel, “el nuevo régimen mantiene como fin de la pena la reinserción social” ya que prevé el acceso a ella, previa confección de informes individualizados y favorables acerca del pronóstico de reinserción, mediante un período de preparación dentro del penal, y otro de salidas con y sin acompañamiento (art. 56 quater). Estos, afirmó el STJ, son rasgos característicos de la progresividad.

Finalmente, citando jurisprudencia de la CSJN, se recordó que más allá de las apreciaciones personales acerca de la política de ejecución de la pena privativa de la libertad “el mérito conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse, solo ámbitos que trasciendan ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo y arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (CSJN Fallos 346:407)”.

22 STJRNS2. Se. 152/23, “G.B.E. s/ inc. SJP- ley 5020”. Rta. 9/11/23.

3. ¿Un cambio retroactivo? Consecuencias del caso “Sotelo”

Si bien hasta aquí las cosas estaban bastante claras –más allá de las fundadas críticas que pudieran formularse –, el reciente caso “Sotelo”²³ ha venido echar un manto de dudas acerca del futuro de los beneficios penitenciarios de todos aquellos internos que se regían por el mencionado precedente “Pazos”, por haber sido condenados por hechos cometidos durante la vigencia de la ley 25.948, y en razón del principio de legalidad, ley penal más benigna e irretroactividad.

En efecto, como se dijo, en virtud de la inconstitucionalidad del art. 56bis de la LEP estos condenados continuaban siendo beneficiarios de las salidas transitorias y restantes beneficios. Sin embargo, en el caso que se menciona, el titular del Juzgado de Ejecución Penal nro. 10 decidió no aplicar la ley vigente al caso y sí la ley posterior (27.375) con su nuevo régimen, en el entendimiento de que, habiendo sido declarada constitucional por el TI y el propio STJ en “García”, ya no resultaba adecuada la doctrina legal del fallo “Pazos” pues el problema constitucional había sido resuelto por el legislador al incorporar el art. 56 quater de la LEP.

El decisorio fue impugnado por la defensa, pero el Tribunal de Revisión confirmó en base a los argumentos del juez de ejecución y agregó que en el caso bajo estudio no se trataba de la aplicación de la ley penal más benigna, tal como alegó la defensa, sino de la existencia de una jurisprudencia más benigna, pues la ley vigente al momento de la comisión de los delitos por los que fuera condenado Sotelo era más estricta a la actual, ya que no permitía que gozara de ninguna salida anticipada. En este sentido, se afirmó, no se puede hablar de ley más benigna sino de “jurisprudencia más benigna”.

Se ha de agregar que al momento de la redacción del presente trabajo la discusión aún no se encuentra sellada, ya que, tras el rechazo de los sucesivos recursos, la defensa ha deducido queja ante el STJ, quien aún no se ha expedido.

²³ TI. Legajo RO-04296-P-0000, “Sotelo Pablo Adrián s/ detenido en unidad carcelaria”. Rta el 25/03/24.

IV. APLICACIÓN EN OTRAS JURISDICCIONES

Son varias las jurisdicciones en las que, siguiendo a la doctrina mayoritaria y al igual que en Río Negro, se ha declarado la inconstitucionalidad del art. 56bis, según ley 25.948. Entre muchos otros, se puede mencionar el fallo “Soto Trinidad” de la Sala IV de la CFCP, del 20/12/13; causa nro. 1320 del TOF nro. 5 de CABA, del 26/05/11; la causa “A.M.E. s/ casación” de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la PBA, del 13/09/12; causa “C/C Costilla, Álvaro Gabriel; Herrera, Walter Jesús - Recurso de casación”, Corte de Justicia de Salta del 19/08/2015; causa “Cañarima, Diego Alberto- Recurso de inconstitucionalidad penal”, de la Corte Salteña, del 13/05/2019; Sent. 434/15, “Aguirre, Víctor Hugo s/ejecución de pena privativa de libertad- Recurso de Inconstitucionalidad”, del STJ de Córdoba, del 29/09/2015 y autos “Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal” de la Sala 2 de la CNCCC, del 10/06/2016.

Ahora bien, si bien la inconstitucionalidad de la norma según ley 25.948 ha gozado de bastante consenso en las diferentes jurisdicciones, no ha ocurrido lo mismo con la sanción de la ley 27.375, por cuanto, como se dijo más arriba al analizar el fallo García del STRN, se incorporó el Régimen Preparatorio para la Liberación del art. 56 quater que, para muchos, vino a “solucionar” la ausencia de progresividad del tratamiento penitenciario.

Sin embargo, algunos tribunales estiman que esa modificación legislativa no es suficiente para solucionar la lesión constitucional del mentado artículo.

Sobre el punto, se sigue sosteniendo la violación al principio progresivo del tratamiento y, con él, del fin resocializador de la pena, por insuficiencia del régimen que establece el art. 56 quater (art. 1 y 6 de la ley 24.660 y 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP); la violación al principio de igualdad ante la ley, por la discriminación arbitraria solo en función del delito, sin tener en cuenta el tratamiento penitenciario (arts. 8 ley 24.660, 16 CN, 24 de la CADH y 15 del PIDCyP); los de proporcionalidad y culpabilidad del acto (art. 18 y 19 CN, 9 CADH y 15 del PIDCyP); y humanidad de las penas (art. 5.6 C.A.D.H., 9 de la Ley 24.660)^{24 25}.

²⁴ Juzgado de Ejecución Penal de C. Rivadavia. Autos: Incidente de Ejecución Nro. 2728, Carpeta Judicial Nro. 9727 Legajo Nro. 83815 caratulado: “Millaneri, Cesar Jonathan s/ incidente de Ejecución”, Rta. 11/03/19.

²⁵ TOF n° 6 de CABA, causa nro. 13333/2017/TO1, (nro. interno 2710) caratuladas “Puga Tamani, y otros s/ infracción ley 23.737”. Rta. 24 de julio de 2020.

También se ha dicho que si bien, en principio, la discriminación que efectúa la norma es ajustada a derecho, en el caso concreto puede ser inconstitucional

(...) cuando la intensidad con la que se haya afectado al bien jurídico tutelado, considerando las circunstancias concretas que rodearon las conductas por las cuales fueron penados, no guarde relación con la que se verifica en los restantes casos abarcados, de modo que no logre justificar el tratamiento penitenciario diferenciado pensado para casos graves de las características que surgen de la discusión parlamentaria que precedió la sanción de la Ley 27375.²⁶

Entre estos decisorios es importante destacar, en Río Negro, el criterio que mantiene desde un comienzo el Dr. Simón P. Bracco, Juez del Tribunal Oral Federal de General Roca, quien desarrolla profundamente y con claridad meridiana en sus fallos las graves lesiones constitucionales de la norma en crisis.²⁷

V. CONCLUSIÓN

A modo de colofón de este repaso que he intentado realizar en pocas líneas, creo que lo que interesa, en definitiva, es que teniendo en la mano las herramientas adecuadas, es decir, los mandatos constitucionales y los principios, derechos y garantías que para los ciudadanos de allí se derivan, podamos sacar nuestras propias conclusiones acerca de la validez de las excepciones del art. 56bis de la LEP.

Para ello, entiendo, más allá de las grandes pujas, presiones externas e internas, sentimientos encontrados, situaciones personales transcurridas

²⁶ CFCP, Sala de FERIA. Causa N° FMZ 22509/2022/TO1/3/CFC1 “Quiroga Bravo, Rubén Enrique s/ recurso de casación”. Rta. 19/01/24, donde se citó en el mismo sentido, causa 20328/2018/TO1/4/CFC1, “Marín Romero, Débora (J.C.) s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, las causas N° CFP 835/2016/TO1/9/1/CFC6, “Basualto, Miguel Ángel s/ recurso de inconstitucionalidad”, reg. 167/21 del 29/1/21, de la Sala de FERIA; N° FCT 4841/2017/TO1/4/1/CFC1, “Alfonzo, José Luis s/ recurso de casación”, reg. 311/21 del 15/03/21 de la Sala I, entre otras), entre otros.

²⁷ Ver “Legajo N°3 - Imputado: Dimarco Jose Luis s/Incidente de Libertad Condicional” Expte. N° FGR 27411/2017/TO1/6/3. Rta. 4/06/20.

o sufridas por terceros afines, es sumamente necesario que nos sinceremos con nosotros mismos y nos despojemos de las cargas que desvirtúan las interpretaciones fallidas, para tener una mirada sujeta a los valores propuestos por nuestro bloque de constitucionalidad, que no son otros que aquellos ligados al principio de dignidad intrínseca de la persona humana y que buscan su desarrollo pleno. Desde ese marco, y considerando los altos propósitos buscados por la pena privativa de la libertad –reinserción social–, creo que resulta indiscutible, en primer lugar, la imposibilidad de lograr ese objetivo si dentro del tan aclamado principio progresivo del tratamiento a los condenados no tienen cabida los beneficios penitenciarios, ya sea en forma de salidas o libertad anticipada (salidas transitorias/semi-libertad/libertad condicional/asistida), a fin de que, dependiendo siempre de la respuesta que dé el sujeto al tratamiento, se vaya reincorporando poco a poco y en forma gradual y continua, bajo permanente control institucional, a la sociedad. Esta visión fue mayormente receptada por los tribunales al declarar la inconstitucionalidad los supuestos regidos por la ley 25.948.

Por otro lado, si bien el legislador incorporó a la ley 24.660 el artículo 56 quater (ley 27.375) como una forma de solventar la mayor debilidad que contenía la ley 25.948, para darle cierta progresividad al tratamiento, creo que, sin embargo, no resulta suficiente y de ningún modo puede entenderse subsanada tamaña afectación. No solo porque las excepciones al tratamiento aún continúan haciendo mella a principios de raigambre constitucional como la igualdad ante la ley y no discriminación, la humanidad de las penas, la proporcionalidad y culpabilidad por el hecho –en los términos expuestos por la jurisprudencia comentada– y la progresividad de los derechos, sino también frente a lo irrisorio del nuevo Régimen Preparatorio para la Liberación (RPL).

Es que las posturas que pregonan que las modificaciones incorporadas por la ley 27.375 serían respetuosas de la progresividad porque ahora se da al condenado la posibilidad de salidas transitorias anticipadas poco antes del agotamiento, no llegan a explicar fundadamente y con justicia, entre otras cosas, cómo se puede, sin afrenta constitucional, exceptuar del tratamiento progresivo general a cierta población carcelaria, sin considerar la gravedad concreta del hecho por el que se lo condenó (gravedad de la pena), sino solo la calificación legal; cómo sin considerar la respuesta del individuo al tratamiento “individualizado” que recibe y evaluar

técnicamente si está en condiciones de retornar a la sociedad, cuando es este el fin de la pena; cómo puede garantizarse el principio de la progresividad del tratamiento tanto mediante las salidas anticipadas e institutos liberatorios (art. 16, 17, 28 y 54 de la LEP) –que establecen como regla general el cumplimiento de un porcentaje de la pena para su goce– así como por el RPL, al que se accedería apenas nueve meses antes del agotamiento, sin importar el plazo temporal de la pena impuesta. Es aquí, al menos, donde no hay congruencia y los altos valores constitucionales, entiendo, deben prevalecer.

Finalmente, más allá de la postura que finalmente se establezca en la provincia de Río Negro sobre la discusión, cuestión que ya ha venido a dilucidar fuertemente el comentado fallo “García”, creo preocupante el criterio que los tribunales han ventilado en el caso “Sotelo”, con una marcada afectación de los principios de legalidad, ley penal más benigna y ultraactividad, irretroactividad de la ley penal y seguridad jurídica, además de oponerse a la doctrina sentada por el STJ en el fallo “Morales”²⁸. No obstante, habrá que estar a la espera de que el STJ decida la admisibilidad del caso y, con adecuado criterio, revoque el decisorio de los jueces que lo precedieron.

Lo contrario, además de afectar garantías y principios constitucionales podría implicar la absurda revocación de todos los beneficios (salidas y libertades anticipadas) otorgados durante el período de vigencia de la ley 25.948.

²⁸ STJRNS2. Se. 7/18.

Régimen del Sistema Penal Juvenil dentro de un Estado de Derecho

Edad de punibilidad

VICTORIA CECILIA HERNÁNDEZ*

“La Convención sobre los Derechos del Niño define al niño como todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, y hace hincapié en que los Estados deben respetar los derechos de la Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna.”¹

Para comenzar a hablar respecto a la punibilidad en el Sistema Penal Juvenil, debemos tener en cuenta el contexto actual. En primer lugar, cuando hablamos de los sujetos comprendidos en el Régimen Penal Juvenil, nos referimos a las personas que no hubieren cumplido los 18 años de edad, con el recaudo de que nadie puede ser sometido a la Justicia Penal si no tiene la edad requerida por la ley penal para ser considerado punible²,

* Abogada (UNCO), Especialista en Derecho de Daños y Contratos (UNCO), Especialista en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCO), Especialista en Procesal Civil (UBA), Escribana (Universidad Blas Pascal), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia), Experto en Intervención Ambiental - Orientación Gestión Ambiental” (UNCO), Maestrando en la Maestría en Intervención Ambiental con orientación en Gestión en la Organizaciones Públicas y Privadas (UNCO).

1 Observación General Número 20 del Comité de los Derechos del Niño sobre la efectividad de los Derechos del Niño durante la Adolescencia, 2016.

2 Consideraciones del artículo 2 del Proyecto de Reforma del Procedimiento Penal Juvenil de la Provincia de Río Negro, que se trabajó de modo interinstitucional –por iniciativa de

haciendo distinción entre los adolescentes menores de 16 años, que son inimputables, y los mayores de 16 y menores de 18 años, que tienen un régimen especial.

Respecto a los antecedentes legislativos a lo largo de la historia argentina, nos encontramos con variaciones en cuanto a la edad de los adolescentes para ser considerados punibles penalmente. En un principio, en el Proyecto de Tejedor³ que sirvió como base del Código Penal de 1886, la edad era de 16 años. El Código Penal de 1921 sancionado por la ley 11.179, que se comenzó a ejecutar en 1922, establecía la edad mínima de punibilidad en 14 años y tenía en cuenta dos cuestiones: la peligrosidad del adolescente y la gravedad del hecho. Con la ley 14.394 de 1954, la nueva norma buscó tener un régimen especial para las personas menores de edad, que apuntaba a la protección de la infancia, estableciendo la edad de punibilidad en 16 años, donde los mayores de dicha edad y menores de 18 años podían ser sometidos a proceso, excluyendo delitos leves, previéndose el tratamiento tutelar. Luego, en el año 1976 con el decreto-ley 21.338, se bajó la edad de punibilidad a los 14 años, y posteriormente con la ley 22.278 de 1980 y la ley 22.803 de 1983 se volvió a elevar la edad de punibilidad a los 16 años.

Por otra parte, con la Reforma Constitucional de 1994 se incorporó el art. 75 inc. 22, donde se encuentran mencionados tratados internacionales de Derechos Humanos, entre ellos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, en cuyo artículo 5.6 establece que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, donde en el artículo 10 inciso 3º menciona que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados(...);” y la Convención sobre los Derechos del Niño⁴, que en su artículo 40.1 describe que “todo niño que infrinja la ley penal tiene derecho a la resocialización”.

la ex defensora general de la Provincia, Dra. Rita Custet-, e intenta receptor los derechos, garantías y principios que emanan de los instrumentos internacionales.

3 Es considerada la primera iniciativa de codificación penal general en Argentina. Fue redactado por encargo del Poder Ejecutivo Nacional (05-12-1864), por Carlos Tejedor, profesor de la Universidad de Buenos Aires.

4 Ratificada por Argentina mediante la ley 23.849.

Por otro lado, también nos encontramos con los tratados internacionales que forman parte de nuestra normativa legal⁵, entre ellos, podemos mencionar las Reglas de Beijing –“Regla mínima de la Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores”–, que establecen que el comienzo de la edad de la imputabilidad no debe fijarse a edades demasiado tempranas; las Reglas de Tokio –“Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad”–, que promocionan la aplicación de medidas que no impliquen la privación de la libertad o que sean sustitutivas de la prisión, obligándose los Estados a contener en su legislación interna una amplia serie de medidas a los fines de seguir el principio de mínima intervención estatal donde la privación de la libertad sea la última ratio; las Directrices de Raid –“Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia Juvenil”–, que establecen la necesidad de políticas progresivas de prevención basadas en la elaboración de medidas que eviten criminalizar y penalizar a un niño, niña y/o adolescente; y las Reglas de la Habana –“Reglas de las Naciones Unidas para la protección de Menores privados de la Libertad”– fijan las condiciones mínimas que los Estados deben cumplir para garantizar los derechos humanos a los menores de edad privados de su libertad.

En materia penal juvenil se deben tener en cuenta los siguientes Principios Rectores⁶:

- *Ponderación del Interés superior del niño*⁷ en sus tres dimensiones:
 - a) como derecho sustantivo que debe ser evaluado y determinado al momento de tomar decisiones que puedan afectar uno o más de sus derechos⁸; b) como principio jurídico interpretativo fundamental,

5 A través de las facultades del artículo 75, inciso 24, de la Constitución Nacional.

6 Dichos Principios Rectores han sido plasmados en el Proyecto de Reforma Penal Juvenil de la Provincia de Río Negro, y que han sido adecuados a la normativa internacional.

7 La consideración del *interés superior del niño* como principio interpretativo dirigido a *garantizar la máxima satisfacción de sus derechos*, como contrapartida, también debe servir para asegurar la mínima restricción de tales derechos.

8 Siempre considerando el principio de autonomía progresiva el cual que determina que los niños, las niñas y adolescentes, ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Y es a partir de ese nivel particular de autonomía y la valoración del interés superior de cada adolescente, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, que deberá acordarse la participación de este, en

que debe hacer prevalecer entre diversas interpretaciones posibles, la que satisfaga de modo más efectivo el interés superior del niño, niña y/o adolescente; y c) como una norma de procedimiento, encaminada a hacer efectivo el interés superior del niño, niña y/o adolescente, en cada ocasión procesal en la que se pudiera afectar, directa o indirectamente, sus derechos, con todas las garantías procesales, en donde debe incluirse una estimación de las posibles repercusiones, esto último, se denomina evaluación global del interés superior del niño, niña y/o adolescente.

- *Igualdad y no discriminación*: sin discriminación alguna por motivos de género, nacionalidad, cuestión étnica, social o cultural, posición económica, creencias, opiniones, discapacidad o cualquier otra, sea del/de los adolescentes o sus familiares o quien ejerza el rol de cuidado parental.
- *Ser escuchado y participar en todo el proceso*: En todas sus etapas y que sus manifestaciones sean tenidas en cuenta.
- *Dignidad personal*: Derecho a que se respete y garantice su condición humana.
- *Presunción de inocencia*: El/los adolescentes/s tiene/n derecho en igualdad de condiciones con las personas adultas a ser estimado/s como no responsable de la conducta que se le/s atribuya, en tanto no se pruebe lo contrario⁹.
- *Legalidad*: Las conductas que le sean atribuidas deben encontrarse previstas como delitos de la ley penal de fondo.
- *Celeridad procesal*: Los procesos deben ser realizados sin demoras y con la menor duración posible.

la determinación de sus derechos, debiendo procurarse el mayor acceso, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

⁹ Se trata de una garantía sumamente relevante, más teniendo en consideración el cambio de paradigma que se ha dado en materia de enjuiciamiento penal para personas menores de edad, que implica que cuando estas sean acusadas de haber infringido una ley penal deben ser presumidas inocentes y no ser sometidas a medidas de “protección”, a menos que sea luego de que se haya establecido su responsabilidad en el marco de un debido proceso.

- *Especialización*¹⁰: Tanto el Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de la Defensa, la Jurisdicción, así como también la Policía, deberán contar con capacitación específica para actuar en este ámbito, y con la colaboración transversal del Órgano Técnico Proteccional que elaborará dictámenes e informes, efectuarán las sugerencias adecuadas a cada caso y aplicarán los programas que se requieran a las medidas adoptadas. Quienes lo integren –profesionales de la psicología, del trabajo social y la psiquiatría u otras especialidades que se consideren con incumbencias en la temática– seguirán una metodología propia de acuerdo con la especialidad de su disciplina, y se encuadran dentro de los respectivos códigos de ética vigentes¹¹.
- *Inmediación y oralidad*: El proceso se desarrollará en audiencias presididas por la Jurisdicción, sin que en modo alguno pueda

10 El principio de especialización “no sólo requiere el establecimiento de un sistema de justicia especializado en todas las fases del proceso y durante la ejecución de las medidas o sanciones que, eventualmente, se apliquen a los menores de edad que hayan cometido delitos y que, conforme a la legislación interna, sean imputables. Ello involucra tanto a la legislación o marco jurídico como a las instituciones y actores estatales especializados en justicia penal juvenil. Sin embargo, también implica la aplicación de los derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados de un delito o ya condenados por el mismo” (párr. 146), con cita de la Opinión Consultiva OC-17/02, (párr. 98). La especialización –que debería incluir a la totalidad de los órganos judiciales, en las diversas etapas procesales, y a todos los operadores del sistema, sean abogados o no– exige un gran esfuerzo estatal de capacitación sistemática e integral, sobre los derechos y el desarrollo de los adolescentes, para todas las personas que forman parte del sistema penal juvenil, en sus diversos roles, e incluso también cambios en la infraestructura (por ejemplo, para hacer que los tribunales no representen lugares hostiles para los niños; que tengan salas de espera separadas; que los lugares de privación de libertad se adecuen a sus necesidades educativas, recreativas, etc.).

11 Es necesario tener presente que los niños, niñas y adolescentes, además de contar con los derechos y las garantías que tienen todas las personas adultas, tienen otros específicos que les brindan mayor protección, en función de sus particularidades. Es precisamente a partir de las diferencias en el nivel de desarrollo que presentan los adolescentes –respecto de las personas adultas– que se hace necesaria la implementación de un sistema penal especializado. Ello no es ni más ni menos que la aplicación al ámbito penal del *principio de trato diferenciado*, que establece que es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato, que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso, en este caso según sea su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas.

delegarse esta función. Es obligatorio que toda decisión trascendental en un proceso sea adoptada en audiencia oral.

- *Confidencialidad*: Las actuaciones, así como los hechos que se les imputan, deben ser estrictamente confidenciales¹².
- *Mínima intervención*: Los adolescentes contemplados en este régimen deberán ser tratados, en un principio, a través de medidas que no impliquen recurrir a procedimientos judiciales penales¹³.
- *Subsidiariedad*: Los operadores del sistema propiciarán la aplicación de las alternativas y soluciones de conflicto evitando el sometimiento de los adolescentes al sistema de Justicia Penal, debiendo acudir a este solo como último recurso¹⁴.
- *Flexibilidad*: La Jurisdicción o el Ministerio Público Fiscal podrían suspender el proceso atendiendo al interés superior del niño, o sustituir las medidas ya ordenadas por otras menos graves.
- *Justicia restaurativa*: Se promoverá la búsqueda conjunta de soluciones al conflicto y sus consecuencias, a través de la participación del/de los adolescente/s, la víctima y la comunidad. Tales soluciones deberán respetar y garantizar los derechos del/ de los adolescente/s y tendrán como finalidad la reparación del daño, la

12 En procesos que involucran a personas menores de edad la confidencialidad de las actuaciones debe prevalecer, por lo que debe limitarse el principio de publicidad que rige en otros supuestos. “Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios y estigmatizaciones que puedan gravitar sobre su vida futura” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02, párrafo 134).

13 Se funda en la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes reciban medidas especiales de protección y no solo se refiere a la privación de la libertad (cautelar o como sanción) que debe ser siempre el último recurso, sino también a la excepcionalidad de la judicialización, es decir, de la aplicación del propio sistema de justicia juvenil.

14 Debe tenerse en cuenta que una de las reglas generales del tratamiento de personas que hayan delinquido siendo menores de edad, siempre que hayan alcanzado la edad mínima establecida en la legislación para ser consideradas punibles, es la búsqueda y aplicación, siempre que sea posible, de *alternativas a la judicialización*. La Corte IDH ha establecido que “los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictivas por la ley penal, en caso de que no sea posible evitar la intervención judicial, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos”. Entre las alternativas a la judicialización se encuentran la desestimación del caso, los medios alternativos de solución de controversias y la participación en programas o servicios de remisión, generalmente con intervención de la comunidad.

conciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido colectivo de seguridad¹⁵.

- *Proporcionalidad*: El/los adolescente/s recibirá/n en todo momento un trato diferenciado, ajustado a sus condiciones, necesidades y derechos. Las sanciones deben tener por objetivo, primordialmente, la reinserción social y familiar¹⁶.

En lo que respecta al Sistema Penal Juvenil, el Comité de los Derechos del Niño mencionó que la baja de la edad de imputabilidad sería una reforma regresiva, que amplía la respuesta penal estatal y que sería parte de la receta latinoamericana de “mano dura”¹⁷.

- 15 El Proyecto de la Justicia 2020, presentado a nivel nacional, planteaba la justicia restaurativa con cuatro ejes fundamentales: 1) contar con una justicia especializada; 2) abordar los problemas desde una perspectiva multidisciplinaria y restaurativa; 3) fomentar en el niño o el adolescente el sentido de la responsabilidad por sus actos; y 4) procurar la integración social de los jóvenes e involucrar activamente a las víctimas. Por su parte en el Artículo 20 del Proyecto de Reforma del Procedimiento Penal Juvenil establecía medidas socioeducativas, donde se describía que en los casos en que se declare la responsabilidad penal se puede ordenar la aplicación de las siguientes medidas, de forma separada o conjunta, teniendo en cuenta las características de la persona, lo que haya expresado al respecto, la naturaleza, circunstancias y consecuencias del hecho: a) amonestación, la cual se aplicará en todos los casos; b) inclusión en programas de orientación y apoyo familiar.; c) reparación del daño causado; d) inclusión en programas de servicios a la comunidad; e) prohibición de acercamiento a la víctima; y f) sometimiento a tratamiento médico necesario en establecimientos oficiales o privados de atención de la problemática de la salud que pudiere presentar, así como también el tratamiento psicológico necesario. Resultan de aplicación los presupuestos, garantías y procedimientos previstos en la ley N° 26.657 y demás normativa aplicable.
- 16 La Corte IDH ha explicado que “debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad” (Regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores - Reglas de Beijing).
- 17 Ello se ve reflejado, según Mary Beloff, en la creación de nuevos delitos, aumentos de las penas y ampliación de ingreso de NNyA al Sistema Penal (en Beloff, Mary [2016], ¿Qué hacer con la justicia juvenil?, Buenos Aires: Ad-Hoc).

En la Observación número 24 del año 2019 relativa a los Derechos del Niño en el Sistema Penal Juvenil, el Comité de los Derechos del Niño, en el punto 22, estableció que

(...) las pruebas documentadas en los campos del desarrollo infantil y la neurociencia indican que la madurez y la capacidad de pensamiento abstracto todavía están involucionando en los niños de 12 a 13 años, debido a la parte frontal de su corteza cerebral aún se está desarrollando. Por lo tanto, es poco probable que comprendan las consecuencias de sus acciones o que entiendan los procedimientos penales. También se ven afectados por su entrada a la adolescencia¹⁸.

Tal es así, que

(...) los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado el contacto con el Sistema de Justicia Penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables¹⁹.

Como señala el Comité en su Observación General número 20 del año 2016 sobre la efectividad de los Derechos del Niño, *la adolescencia es una etapa singular de definición del desarrollo humano caracterizada por un rápido desarrollo del cerebro, lo que afecta a la asunción de riesgos, a ciertos tipos de tomas de decisiones y a la capacidad de controlar impulsos. Se alienta a los Estados Partes a que tomen nota de los últimos descubrimientos científicos y a que eleven en consecuencia la edad de responsabilidad penal. Las pruebas obtenidas en el ámbito de desarrollo y las neurociencias, indican que los cerebros de los jóvenes continúan madurando incluso más allá de la adolescencia, lo que afecta a cierta tomas de decisiones. Por todo lo expuesto, el Comité recomienda a los Estados Partes para que mantengan la edad mínima de responsabilidad*

¹⁸ Observación General Número 24 del Comité de los Derechos del Niño relativa a los Derechos del Niño en un Sistema de Justicia Juvenil, 2019.

¹⁹ Íd.

penal elevada, e insta a los Estados Partes a que no reduzcan la edad en ninguna circunstancia, de conformidad con el art. 41 de la Convención²⁰. Cabe mencionar que “la adolescencia es una etapa de la vida caracterizada por crecientes oportunidades, capacidades, aspiraciones, energía y creatividad, pero también es *un alto grado de vulnerabilidad*”²¹, por lo que lo resulta necesario ponderar el “plus de protección” por tratarse de personas menores de edad.

Por todo lo expuesto, dentro de un Estado de Derecho, se considera propicio que se fortalezcan los Sistemas de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, atento a que en varios informes de UNICEF se puede advertir que siempre que un adolescente tiene un conflicto con la ley penal existe detrás de él un conflicto social, cultural y económico. En ese sentido, considerando las facultades que establece la Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 23, respecto de “sancionar leyes que establezcan acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...)”; se propone que *nuestro Estado, trabaje con políticas públicas a fin de evitar la desocialización de los adolescentes*²² y se abarquen las siguientes problemáticas concretas:

- *Los adolescentes que se encuentran en situación de calle*²³;

²⁰ Observación General Número 20 del Comité de los Derechos del Niño sobre la efectividad de los Derechos del Niño durante la Adolescencia, 2016.

²¹ .Íd.

²² La Dra. Mary Beloff considera que “la principal obligación estatal en el ámbito de la justicia juvenil no es determinar la responsabilidad penal del joven, sino generar condiciones que eviten que la persona menor de edad ingrese al sistema penal; en otras palabras, el deber estatal prioritario en este tema es prevenir el delito juvenil, actividad entendida como el cumplimiento de las responsabilidades que la familia y la sociedad pero sobre todo el Estado tienen hacia la infancia” (en Faerman, Romina [coord.] [2023], *Desjudicialización y medidas alternativas de resolución de conflictos. Algunos aportes para el debate sobre la justicia juvenil en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires: Ministerio Público Tutelar).

²³ Según las últimas estadísticas de UNICEF, 3 de cada 10 adolescentes habían vivido en la calle antes de ser apresados y 6 de cada 10 niña, niño y/o adolescentes se encuentran en situación de pobreza.

- *La deserción escolar y no concurrencia al colegio*²⁴;
- *El consumo de estupefacientes en los adolescentes*²⁵;
- *El ingreso temprano a la actividad laboral no formal*²⁶.

A modo de reflexión final, en un Estado de Derecho, donde los Derechos Humanos forman parte de nuestro ordenamiento Jurídico, (reforma de 1994 donde incorpora el artículo 75 inc 22 de la Constitución Argentina), y teniendo en cuenta que formamos parte de un Sistema Interamericano, debemos considerar que *rige el principio de no regresividad y de progresividad*, lo cual implica que está prohibido retroceder en el reconocimiento de un derecho, pudiendo avanzarse solo respecto a un “plus de protección”. Una de las formas de lograr ese “plus de protección” sería posible con políticas públicas de prevención que abarquen temáticas como niños, niñas y adolescentes en situación de calle; la deserción escolar y no concurrencia al colegio; el consumo de estupefacientes y el ingreso temprano al ámbito laboral no formal de niños, niñas y adolescentes; todo ello considerando que los estándares de Derechos Humanos ya forman parte del *corpus iuris*, y teniendo en cuenta que se deben garantizar todos los derechos contemplados en nuestra normativa vigente.

24 Según las últimas estadísticas de UNICEF, el 50% no acude al colegio y 1 de cada 2 adolescentes termina la escuela secundaria antes de los 20 años. En el último año, solo 2 de cada 10 adolescentes alcanzan saberes satisfactorios en matemáticas y 6 de cada 10 en lengua.

25 Según estadísticas de UNICEF, más del 50% de adolescente entre 16 y 17 han probado la cocaína, entre otras sustancias.

26 Según estadísticas de UNICEF, el promedio del ingreso al ámbito laboral informal de adolescentes es de 13/14 años.

El Proceso Penal Juvenil en Río Negro y el principio de especialidad como respuesta diferenciada¹

MARIANELA UGARTEMENDÍA*

I. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN EL PROCESO PENAL JUVENIL

El principio de especialidad en el proceso penal juvenil se traduce, “principalmente, en la aplicación de normas especiales diferentes a las aplicables para los adultos en cuanto al juzgamiento de delitos cometidos por niños, por su especial condición”².

La referida conceptualización del principio de especialidad se desprende de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que sugieren un sistema especial de protección de los niños, niñas y adolescentes por su condición de personas en desarrollo³, como así también

* Relatora General de la Defensoría General de Río Negro, Ministerio Público. Abogada especialista en derecho penal.

1 Versión extractada del trabajo final integrador presentado y aprobado en la especialización de Derecho Penal de la UNS.

2 Freedman, Diego y Terragni, Martiniano (2018), “Principio de especialidad en la justicia juvenil”, en Quintero, Alejandra (coord.), *Aportes para una justicia especializada para jóvenes en conflicto con la ley penal*, Buenos Aires: Jusbaire, pp. 19-34.

3 Ezequiel Mercurio sostiene que “(...) estudios de neuroimagen revelan que el desarrollo de la región prefrontal no se encuentra completamente desarrollado hasta la finalización de la adolescencia, y que las regiones relacionadas con los circuitos emocionales, especialmente la amígdala, presentan un aumento de su actividad. Esto explica el comportamiento adolescente caracterizado por la inestabilidad emocional, la falta en el control de los impulsos, las dificultades en el razonamiento moral, y en la valoración adecuada de los riesgos. Es en esta línea es donde surge la necesidad de un sistema judicial para jóvenes en conflicto con la ley penal basado en sus características propias y particulares, dentro de las cuáles se destaca su nivel de desarrollo y maduración, aún no finalizado”. Mercurio, Ezequiel (2011), “Hacia un régimen penal juvenil. Fundamentos neurocientíficos”, en AAVV, *Acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes. Estrategias y buenas prácticas de la Defensa Pública*, Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa y UNICEF, pp. 153-176.

de lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴ y por el Comité de los Derechos del Niño⁵, respecto del trato diferenciado que deben recibir las infancias.

En efecto, si examinamos el *corpus iuris*⁶ de niñez existente podemos mencionar que entre los instrumentos que gozan de jerarquía constitucional⁷, el principio de especialidad en el proceso penal juvenil surge de los artículos 5.5⁸ y 19⁹ de la Convención Americana de Derechos

4 En adelante, Corte IDH.

5 En adelante, el Comité de los Derechos del Niño o Comité.

6 “17. La Corte ha subrayado que el corpus juris sirve para fijar el contenido y los alcances del artículo 19 de la Convención Americana y es el resultado de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en materia de niñez que tiene como eje el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos: Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana. 18. Por tanto, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños no se limita a la disposición del artículo 19 de la Convención Americana o a la del artículo VII de la Declaración Americana, sino que incluye para fines de interpretación, entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante “la CDN”), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (en adelante “Reglas de Beijing”), las Reglas sobre Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (en adelante “Reglas de Tokio”), las Reglas para la protección de menores privados de la libertad (en adelante “Reglas de La Habana”) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante “Directrices de Riad”), además de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de alcance general. 19. Más aún, la existencia de un corpus juris incluye también para efectos interpretativos las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante “Comité de los Derechos del Niño”) de las Naciones Unidas en cumplimiento de su mandato, como la Observación General No. 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores. Tal perspectiva representa un avance significativo que evidencia no sólo la existencia de un marco jurídico común en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable en materia de niñez sino también la interdependencia que existe en el ámbito internacional entre los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los niños”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los Derechos de la Niñez (2011). Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 78, 13 julio 2011.

7 Conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

8 Artículo 5.5. “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

9 Artículo 19. “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”.

Humanos¹⁰, de los artículos 10.2.b¹¹, 10.3¹², 14.4¹³ y 24.1¹⁴ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵ y de los artículos 37¹⁶ y 40¹⁷

- 10 En adelante, CADH.
- 11 Artículo 10.2.b. “Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”.
- 12 Artículo 10.3. “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.
- 13 Artículo 14.4. “En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”.
- 14 Artículo 24.1. “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.
- 15 En adelante PIDCyP.
- 16 Artículo 37. “Los Estados Partes velarán por que:
 - a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
 - b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
 - c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
 - d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.
- 17 Artículo 40. “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.
2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸.

De los artículos 24.1 del PIDCyP y 19 de la CADH se desprende la especialidad como medida de protección, la cual deviene en un trato diferenciado que, en materia penal juvenil, es receptado de manera más clara y específica en el artículo 40.3 de la CDN.

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

¹⁸ En adelante, CDN.

A su vez, existen otros documentos internacionales que también hacen alusión al principio de especialidad en materia penal juvenil, y si bien los mismos no cuentan con la fuerza de ser vinculantes y obligatorios para los Estados como sí lo son la CADH, el PIDCyP y la CDN, sirven para fijar estándares de derechos humanos en la materia. En tal sentido podemos mencionar, por su especificidad en el tema, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil –Directrices de Riad–¹⁹; las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia de menores –Reglas de Beijing–²⁰; las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad –Reglas de Tokio–²¹; y las Reglas para la protección de menores privados de libertad –Reglas de La Habana–²².

Las normas referenciadas fueron objeto de interpretación por los organismos regionales e internacionales de derechos humanos.

La Corte IDH se expidió sobre el trato especial y diferenciado que se le debe brindar a la infancia²³ en la Opinión Consultiva 17/2002²⁴, al sostener que “[l]as garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención

19 Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

20 Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

21 Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

22 Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

23 Al respecto la CSJN en el conocido precedente “Maldonado” ha referido que, “partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos”. “En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la ‘situación irregular’- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo”. CSJN Fallos: 328:4343, del considerando 32, voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

24 Corte IDH, Opinión Consultiva de fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC 17/2002, párrs. 93, 94, 95, 96 y 98. Lo considerado fue reiterado por dicha Corte en diversos Casos como “Instituto de Reeduación del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112. Párrs. 147, 148, 209, 210; y, Mendoza y otros Vs. Argentina.

se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”.

Ello por cuanto advierte

(...) evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte IDH finaliza sosteniendo que “[e]n definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.

El Comité de los Derechos del Niño, por su parte, en el año 2019 emitió la Observación General 24²⁵, de cuyo contenido se desprende que el principio de especialidad atraviesa de manera transversal el sistema de justicia juvenil.

En tal sentido el Comité sostiene que “[l]os niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado”.

Luego, bajo el título “Garantías de un Juicio Imparcial”, “pone de relieve que la formación continua y sistemática de los profesionales del sistema de justicia juvenil es fundamental para respetar esas garantías”; observando además que “[l]os Estados partes deben promulgar leyes y garantizar

Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260. Párrs. 140, 141, 144, 145, 146, 147, 148, 149.

²⁵ Observación General N° 24 (2019) relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, que reemplazó a la OG 10. CRC/C/GC/24. 18 de septiembre de 2019. Párrs. 2, 39, 41, 105, 106 y 107.

prácticas que salvaguarden los derechos del niño desde el momento en que entra en contacto con el sistema”.

Por último, en el apartado titulado “Organización del Sistema de Justicia Juvenil”, el Comité refiere que, a fin de garantizar la plena aplicación de los principios y derechos descritos en la Observación, se debe establecer una organización eficaz para la administración de la justicia juvenil, considerando que

[u]n sistema integral de justicia juvenil requiere el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al niño asistencia letrada u otro tipo de asistencia adecuada; recomendando a los Estados partes que establezcan tribunales de justicia juvenil como entidades separadas o como parte de los tribunales existentes. Cuando ello no pueda llevarse a cabo por motivos prácticos, los Estados partes se asegurarán de que se nombre a jueces especializados para entender de los casos de justicia juvenil.

De esta manera, de acuerdo con lo que se desprende de los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, como de las decisiones y opiniones que han emitido los organismos que resultan intérpretes autorizados²⁶ para hacerlo, surge evidente que el principio de especialidad impone en el sistema penal juvenil una respuesta estatal diferenciada en lo material²⁷, en lo procesal y en lo organizacional²⁸.

²⁶ La CSJN ha reconocido en diversos precedentes, que el Comité de los Derechos del Niño es el intérprete autorizado en el plano universal de la CDN, ver Fallos: 331:2047, 343:1037 (Voto del juez Rosatti); 340:1154 (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti). A su vez, respecto a la interpretación de lo establecido en la CADH, ha sostenido a partir de “Giroldi” que la jurisprudencia de la Corte IDH debe “servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. Arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 23.054)” (Fallos: 318:514, considerando 11).

²⁷ El aspecto material o de fondo excede al presente trabajo, el cual se encuentra limitado a analizar la normativa procesal penal y organizacional rionegrina.

²⁸ Freedman, Diego y Terragni, Martiniano (2018), *op. cit.*

II. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y GARANTÍAS PROCESALES PROVINCIALES.

En el año 2014, la Legislatura de la provincia de Río Negro sancionó, mediante la ley N° 5020, el Código Procesal Penal de tipo acusatorio-adversarial, el cual entró en vigor el 1 de agosto de 2017.

En el artículo 2 de la referida ley se estableció que dentro de los seis meses de aprobado el código la Legislatura dictaría el Código Procesal Juvenil, lo cual nos indica, desde el comienzo de su articulado, que en dicha oportunidad ninguna especialidad previó el legislador respecto de los y las adolescentes responsables penales, y si bien al año siguiente el Superior Tribunal de Justicia presentó ante la Legislatura rionegrina un Proyecto de Ley de Procedimiento Penal Juvenil –Proyecto de Ley N° 506–²⁹, el mismo aún no ha recibido tratamiento legislativo.

29 De los considerandos del proyecto de ley N° 506/18 presentado por el STJRN en la Legislatura rionegrina, surge que el Título I contiene disposiciones generales; el ámbito de aplicación; los sujetos comprendidos –personas que no habiendo cumplido dieciocho (18) años de edad, sean consideradas punibles según la legislación nacional–; la interpretación y aplicación de la normativa; la aplicación complementaria del Código Procesal Penal, siempre que no contradiga los principios rectores; y por último, la prohibición de acusación de querellantes particulares.

En el Título II se mencionan los principios y garantías procesales, entre los que se encuentran: el interés superior del niño, la igualdad y no discriminación, el derecho a ser escuchado y participar del proceso, la dignidad personal, la presunción de inocencia, la legalidad, la celeridad procesal, la especialización, la intermediación y la oralidad, la confidencialidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la flexibilidad, la justicia restaurativa y la proporcionalidad. Igualmente, en este título se hace referencia a que la persona tiene todos los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, los Instrumentos Internacionales suscriptos por el Estado Argentino, la Constitución Provincial y las normas especiales.

En el Título III se establece la preferencia de abordar la situación de la persona sin recurrir a procedimientos judiciales, a través de la remisión del caso a diversos programas basados principalmente en la participación comunitaria, que podrán contemplar modalidades de reparación a las víctimas y demás formas de justicia restaurativa. También se regulan los criterios de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, las medidas de coerción personal, la detención –a la que debe acudirse de modo excepcional como último recurso–, la restricción cautelar de la libertad ambulatoria y los plazos de las medidas de coerción.

En el Título IV se establecen las reglas y plazos de duración del proceso –el que se fija en seis (6) meses desde el inicio de la investigación hasta la declaración de responsabilidad

Por consiguiente, aunque el tiempo previsto en la manda legislativa se ha vencido holgadamente, a la fecha no existe código de forma que regule la materia penal juvenil con la especialidad requerida por los instrumentos y los organismos internacionales de Derechos Humanos, como tampoco se han plasmado en el Código Procesal Penal vigente –ley N° 5020– garantías, principios e institutos acordes a dicho principio³⁰.

penal o bien hasta la sentencia absolutoria de cargo–, también se regula el procedimiento abreviado y el procedimiento común.

En el Título V, se regula la sentencia sobre declaración de responsabilidad (sentencia que debe limitarse a resolver la absolución o declaración de responsabilidad sin fijar la medida socio-educativa aplicable); la audiencia para imposición de medidas; las medidas socio-educativas; el deber de información en lenguaje sencillo; las obligaciones de fijación de objetivos, plazos, revisión periódica y necesidad de fundamentación; la privación de libertad ambulatoria –la que requiere bajo pena de nulidad, la necesaria fundamentación de la imposibilidad de recurrir a otras medidas menos graves–, y el cómputo.

En el Título VI, se regula el control de las medidas privativas de libertad; las pautas comunes respecto de la privación de libertad ambulatoria cautelar y como medida; las condiciones de encierro y los derechos con los que cuenta la persona menor de edad en privación de libertad; la prohibición de efectivizar la privación de libertad fuera de la circunscripción judicial en donde se encuentra el centro de vida y/o núcleo familiar de la persona, salvo que se cuente con su expreso consentimiento y que ello se considere más favorable a sus intereses.

En el Título VII, se regula la ejecución, cumplimiento y cese de las medidas socio-educativas y su revisión. Se establece que a instancia de parte y/o de oficio, la jurisdicción puede reducir la duración de las medidas, sustituirlas por otras de las previstas que sean menos gravosas, e incluso ordenar el egreso anticipado de la persona.

- 30** Al respecto, resulta importante aclarar que en el artículo 150 inciso 4 de la Ley 5020, al legislar los anticipos jurisdiccionales de prueba, se ha previsto un trato especial para las víctimas menores de edad, al disponer que “[c]uando deba recibirse testimonio de víctimas de delitos contra la integridad sexual, menores de dieciséis (16) años, y testigos menores de edad si se toma con la modalidad de Cámara Gesell y con el auxilio de profesionales especializados. En ese caso, previo a la iniciación del acto, el juez debe hacer saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que deben ser canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Sin perjuicio de ello, se podrá prescindir de esta modalidad, previa opinión favorable de la Defensoría de Menores, si de las circunstancias del caso y de la edad del menor, no se advierte ningún riesgo para aquél. El juez examinará el pedido en audiencia, admitiendo o rechazando la solicitud. Todo anticipo probatorio deberá ser realizado frente a un juez y quedar registrado en soporte de video digital”.

Ahora bien, a pesar de la clara ausencia procesal especial que existe en la actualidad, no podemos dejar de mencionar que la única ley provincial que se encuentra vigente y que contiene normativa que regula de manera específica varios derechos y garantías de las personas menores de edad punibles, es la Ley de Protección Integral N° 4109, la cual, junto a lo establecido en la ley nacional N° 22278 y en el Código Procesal Penal –ley N° 5020–, constituyen la normativa infra constitucional-convencional aplicable en los procesos penales que se dirigen contra personas menores de edad acusadas de haber cometido un delito.

Si analizamos la ley N° 4109, vigente desde el año 2006 y por ende, de obligatoria aplicación incluso desde el anterior modelo procesal penal de tipo mixto –ley N° 2107– derogado por el actual proceso acusatorio –ley N° 5020–, podemos observar que no obstante que la misma realiza un importante aporte en torno a la efectividad del principio de especialización en los procesos penales juveniles, brindando un catálogo de derechos y garantías que asisten a los y las adolescentes imputados/as³¹, lo previsto no resulta suficiente a efectos de satisfacer la manda convencional del principio de especialidad, de acuerdo a lo que se expondrá a continuación.

1. Derechos y garantías procesales previstos en la ley N° 4109

Los derechos y garantías procesales aplicables a los procesos penales juveniles se encuentran enumerados en los artículos 68, 69, 71 y 75 de la ley N° 4109.

Si bien de varios de los derechos y garantías mencionados en los referidos artículos no se desprende especialidad alguna, pues no establecen ninguna diferenciación particular respecto de las reglas generales que resultan de aplicación a las personas adultas (proceso contradictorio, acusatorio e imparcial, legalidad, inocencia, derecho de defensa técnica, derecho al recurso, igualdad procesal, prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo), su expresa mención resulta de suma importancia a los fines de marcar el real apartamiento del sistema en el que imperaba el “paternalismo injustificado”³².

31 Artículos 68, 69, 71 y 75.

32 Garzón Valdés sostiene que “El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en

a. Proceso contradictorio, acusatorio e imparcial

En el artículo 68 incisos b) y p) de la ley N° 4109 se garantiza un proceso contradictorio, acusatorio e imparcial, en tanto se establece que la persona menor de edad punible tiene derecho “[a] ser investigado por un fiscal independiente y juzgado por un órgano judicial con competencia específica, formación especializada en la materia, independiente e imparcial (inciso b)”; y, “[a] que su situación frente a la atribución delictiva que se le formule sea decidida [...] en una audiencia oral y conciliatoria, basada en una acusación, con plenas garantías de igualdad y de defensa (inciso p)”.

contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida. [...] Es obvio que la aplicación de medidas paternalistas supone una relación de superioridad en muchos casos, y, en este sentido de desigualdad. Ello se debe a la definición misma de incompetencia. Pero el propósito de la medida paternalista justificable es justamente la superación de la desigualdad. [...] El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico) [...] El concepto de incompetencia básica fija un límite que algunos podrán considerar demasiado bajo. Sin embargo, me parece que es aconsejable mantenerse en esta línea de mínima y que los casos situados por encima de ella se encuentran en una zona de penumbra en la cual es muy difícil proponer criterios de aplicación universal. [...] La aceptación de estas dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la justificación moral del paternalismo jurídico permiten interpretarlo no sólo como moralmente permitido sino que también es posible afirmar que está moralmente ordenado como un medio eficaz para la reducción de las desigualdades. [...] Los argumentos que he procurado presentar apuntan a una justificación ética de algunas formas de paternalismo jurídico [...]. Sólo cuando la medida en cuestión, aplicada a un «lb» [incompetente básico], promueve o defiende su autonomía o aspira a la superación de un déficit de igualdad puede hablarse paternalismo éticamente justificado. Es obvio en este sentido que formas de paternalismo jurídico practicados en el pasado o en la actualidad no son éticamente justificables por más que puedan ser justificables desde el punto de vista de la moral positiva de los grupos dominantes. Estos casos ilustran una vez más la diferencia entre legitimación y legitimidad de un sistema jurídico-político”. Garzón Valdés, Ernesto (1988), “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, en *Revista Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, N° 5, 1988, pp. 155-173.

De los derechos mencionados, la CDN solo regula de manera expresa la imparcialidad de la autoridad u órgano judicial en los artículos 40.2.iii³³ y 40.2.v³⁴. El Comité, si bien no destina un apartado específico a cada uno los derechos mencionados, hace mención a ellos a lo largo de toda la Observación, y en especial en la sección denominada “Garantías de un Juicio Imparcial”³⁵.

En efecto, el Comité hace referencia al *juicio imparcial* como *principio rector* de la justicia penal juvenil³⁶ y a la imparcialidad como *derecho inderogable*³⁷ cuando sostiene que *la autoridad, órgano judicial o tribunal* debe ser imparcial³⁸. Asimismo, aunque no menciona de manera expresa a la “contradicción”, sí hace alusión a que la *acusación* recae en la fiscalía³⁹.

b. Legalidad

El artículo 68 inciso a) de la ley N° 4109 recepciona el principio de legalidad, al prever que la persona menor de edad imputada no será “juzgad[a] sino por acciones u omisiones descritas, como delito o contravención, en una ley anterior al hecho del proceso, que permita su conocimiento y comprensión como tales”.

El expreso reconocimiento de dicha garantía por parte del legislador rionegrino, encuentra correlato con la recepción que también se hace de la misma en el artículo 40.2.a⁴⁰ de la CDN, y sobre el cual el Comité ha dicho

33 Artículo 40.2.iii. “Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial”

34 Artículo 40.2.v. “Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”.

35 Párrafos 38 a 71.

36 Párrafo 19 y título de la sección D.

37 Párrafo 96.

38 Párrafos 51, 62, 89, 90, 96. Además de la imparcialidad del órgano o tribunal judicial, el Comité también exige competencia e independencia.

39 Párrafo 43.

40 Artículo 40.2.a. “Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u

que “[n]ingún niño será condenado por un delito que en el momento de cometerse no fuera tal [...] Ningún niño debe ser castigado con una pena más severa que la aplicable en el momento de la comisión del delito, pero si una modificación de la ley posterior a ese momento prevé una pena más leve, el niño deberá verse beneficiado”⁴¹.

c. Inocencia

Sobre el principio de inocencia, el artículo 68 inciso c) de la ley N° 4109 establece que el o la adolescente debe “ser considerado inocente y tratado como tal hasta tanto se demuestre su culpabilidad y responsabilidad por sentencia firme”.

El referido principio ha sido receptado en el artículo 40.2.b.i⁴² de la CDN. El Comité ha fijado su alcance en la Observación General N° 24, al sostener que “[l]a presunción de inocencia requiere que la carga de la prueba de la acusación recaiga en la fiscalía, independientemente de la naturaleza del delito. El niño tiene el beneficio de la duda y solo es culpable si los cargos han sido probados más allá de toda duda razonable”; considerando, de manera acorde con el principio de especialidad, que “[l]a conducta sospechosa por parte del niño no debe dar lugar a una presunción de culpabilidad, ya que puede deberse a una falta de comprensión del proceso, a la inmadurez, al miedo o a otras razones”⁴³.

d. Defensa técnica y material

En el artículo 68 incisos d), l) y m) de la ley N° 4109 se regula el derecho

[a] ser escuchado personalmente por la autoridad competente tanto en la instancia administrativa como judicial (inciso d); [a] nombrar abogado defensor, por él mismo o a través de sus representantes legales, desde la existencia de

omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.

⁴¹ Párrafo 42.

⁴² Artículo 40.2.b.i. “Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

⁴³ Párrafo 43.

una imputación en su contra con independencia de que se haya o no dado formal iniciación al proceso. Si no hace uso de ese derecho, es defensor el defensor oficial con competencia penal en la materia, haya sido o no designado y con independencia de que se haya dado o no participación en el proceso. Sin perjuicio de ello, al defensor que corresponda debe acordársele formal intervención a partir de la imputación. El defensor debe asistirlo durante todo el proceso y especialmente antes de la realización de cualquier acto en el que intervenga. La defensa del niño y adolescente es irrenunciable y debe prestarse en forma real y efectiva (inciso l); y [a] no declarar durante todo el proceso y a no ser llamado a tal fin por ninguna autoridad, pudiendo ser oído personalmente sólo por el juez interviniente y únicamente en caso de ser expresamente solicitado por el niño o adolescente. También tiene derecho a presentar su descargo por escrito. La niña, niño y adolescente puede prestar declaración verbal o escrita, en cualquier instante del proceso, debiendo ser ella recibida, bajo pena de nulidad, previa asistencia técnica. La autoridad policial no puede recibir declaración al niño y adolescente en ningún caso (inciso m).

Como se puede observar, el inciso l) prevé la defensa técnica del o la adolescente, mientras que los incisos d) y m) regulan la defensa material.

La defensa técnica de la persona menor de edad en el proceso penal también fue prevista en el artículo 40.2.b.ii⁴⁴ de la CDN, e interpretada por el Comité en la Observación General N° 24 al sostener que lo regulado en la CDN implica que “[l]os Estados deben asegurar que se garantice al niño asistencia jurídica o asistencia de otro tipo adecuada desde el inicio del procedimiento, en la preparación y presentación de la defensa, y hasta que se agoten todas las apelaciones y/o recursos”⁴⁵.

La defensa material de las personas menores de edad, por su parte, implica necesariamente especialidad y, por ende, la aplicación del artículo 12 de la CDN. En ese sentido lo ha entendido el Comité en la Observación General N° 24, al relacionar el derecho de defensa material con la Observación General N° 12 sobre el derecho a ser escuchado, advirtiendo que “[l]os niños tienen derecho a ser escuchados directamente, y no solo a través de un representante, en todas las etapas del proceso, desde el

⁴⁴ Artículo 40.2.b.ii. “(...) dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”.

⁴⁵ Párrafo 49.

momento en que entren en contacto con el sistema. El niño tiene derecho a guardar silencio y no deben inferirse conjeturas negativas cuando los niños eligen no hacer declaraciones”⁴⁶.

De tal manera, podemos referir que el derecho del o la adolescente a la “escucha directa” (cf. Observación N° 24 con remisión a la N° 12) o a “ser oído personalmente” (cf. ley N° 4109) se ajusta al principio de especialidad y asegura el derecho a la defensa material en concordancia con el alcance que se le asigna dentro del modelo y sistema acusatorio, al dejar de lado el “paternalismo injustificado” en el que prevalecía la opinión del representante por sobre el de la persona menor de edad⁴⁷.

e. Derecho al recurso

El derecho al recurso está previsto en los artículos 68 inciso h), 71 y 75 de la ley N° 4109. En el primero de ellos se reconoce el derecho “[a] recurrir toda decisión que implique restricción de sus derechos”, en el segundo se dispone que “[l]a decisión del Tribunal es apelable para la defensa de la niña, niño y adolescente”, y en el último se “asegura la recurribilidad de toda decisión jurisdiccional y de toda medida que afecte derechos de la niña, del niño y del adolescente”.

La CDN prevé el derecho al recurso en su artículo 40.2.b.v⁴⁸. El Comité ha interpretado que dicha norma implica que

[e]l niño tiene derecho a que cualquier declaración de culpabilidad o las medidas impuestas sean recurridas ante una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial. El derecho de recurso no se limita a los delitos más graves. Los Estados partes deben considerar la posibilidad de introducir medidas de recurso automáticas, en particular en los casos que den lugar a antecedentes penales o a la privación de libertad. Además, el acceso a

⁴⁶ Párrafo 45.

⁴⁷ Beloff, Mary (2020). “El modelo acusatorio latinoamericano y su impacto en la justicia juvenil”, en Martínez, Santiago, y González Postigo, Leonel (Dir.), *Procesos especiales y técnicas de investigación*, Tomo 3, Buenos Aires: Editores del Sur, pp. 265-322.

⁴⁸ Artículo 40.2.b.v. “Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley”.

la justicia requiere una interpretación más amplia, que permita recurrir o apelar por cualquier error sustantivo o de procedimiento y que garantice la disponibilidad de recursos efectivos⁴⁹.

f. Igualdad de participación en el proceso

En el artículo 68 incisos n) y p) de la ley N° 4109 se prevé “la igualdad procesal de las partes, pudiendo producir todas las pruebas que considere necesarias para su defensa” (inciso n); y que la situación del o la adolescente frente a la atribución delictiva sea decidida “con plenas garantías de igualdad” (inciso p).

La igualdad procesal se encuentra prevista en el artículo art. 40.2.b.iv-⁵⁰de la CDN. Si bien de los artículos de la ley N° 4109 y de la CDN no surge especialidad alguna con relación al referido derecho, el Comité ha interpretado que la igualdad procesal implica que “[l]os niños tienen derecho a interrogar a los testigos de cargo y a solicitar testigos de descargo, y los procesos de justicia juvenil deben favorecer la participación del niño, en condiciones de igualdad”⁵¹.

También que la participación procesal efectiva comprende contar con “el apoyo de todos los profesionales que intervienen y de los adultos apropiados, comprender las acusaciones y las posibles consecuencias y opciones, a fin de poder dar instrucciones a su representante legal, recusar a testigos, hacer una exposición de los hechos y adoptar decisiones apropiadas con respecto a las pruebas, los testimonios y las medidas que se impongan”; señalando que lo expuesto en la CDN incluye que el procedimiento se realice “en un idioma que el niño entienda totalmente; que el ambiente sea de comprensión que permita al niño participar plenamente; y, que se eliminen las vestimentas intimidantes del personal judicial y que

⁴⁹ Párrafo 62.

⁵⁰ En el artículo art. 40.2.b.iv se establece: “(...) que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad”.

⁵¹ Párrafo 61.

se adapten los procedimientos, lo que incluye la realización de ajustes para los niños con discapacidad”⁵².

g. Prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo

El artículo 68 inciso j) de la ley N° 4109 reconoce el derecho “[a] no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni constreñido a participar activamente en actos de contenido probatorio”.

La mencionada prohibición se encuentra prevista en el artículo 40.2.b.iv.⁵³ de la CDN. Aunque de los artículos de la ley N° 4109 y de la CDN no se desprende especialidad alguna con relación al referido derecho, el Comité ha determinado que la confesión forzada “es inadmisibles” y que

[e]l término “obligado” debe interpretarse en sentido amplio y no limitarlo a la fuerza física; advirtiendo que [e]l riesgo de una confesión falsa aumenta con la edad y el desarrollo del niño, la falta de comprensión y el temor a consecuencias desconocidas, incluida la presunta posibilidad de encarcelamiento, así como en función de la duración y las circunstancias del interrogatorio⁵⁴.

Se indica además que todo interrogatorio debe hacerse en presencia de la defensa técnica y de un adulto apropiado, debiendo el juez o jueza interviniente analizar la voluntariedad y fiabilidad de la admisión de culpabilidad o la confesión de la persona menor de edad teniendo en cuenta factores como la edad, la madurez, la presencia de abogado/a y adulto apropiado; y que en los interrogatorios realizados por policías y agentes encargados de la investigación se deben evitar técnicas y prácticas que puedan dar lugar a confesiones o testimonios poco creíbles u obtenidos bajo coacción, recomendando usar métodos audiovisuales⁵⁵.

⁵² Párrafo 46.

⁵³ Artículo 40.2.b.iv. “Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable (...)”.

⁵⁴ Párrafo 59.

⁵⁵ Párrafo 60.

h. Derecho a recibir información

El artículo 68 inciso k) de la ley N° 4109, de manera acorde con el principio de especialidad, establece que el o la adolescente cuenta con derecho

[a] ser informado por la autoridad judicial, desde el comienzo del proceso y sin demora, directamente o a través de sus padres o representantes legales, de los hechos que se le atribuyen, su calificación legal y las pruebas existentes en su contra así como de las garantías procesales con que cuenta, todo ello explicado en forma suficiente, oportuna y adecuada al nivel cultural de la niña, niño y adolescente.

El derecho a ser informado se encuentra previsto en el artículo 40.2.b.ii.⁵⁶ de la CDN. Sobre el mismo el Comité aclara que “sin demora significa tan pronto como sea posible tras el primer contacto del niño con el sistema de justicia”; agregando que

[l]as autoridades deben asegurarse de que el niño comprende los cargos, las opciones y los procesos. No basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que se necesita una explicación oral. Si bien los niños deben contar con la ayuda de un progenitor o un adulto apropiado para comprender cualquier documento, las autoridades no deben confiar la explicación de los cargos a dichas personas.⁵⁷

i. Derecho a mantener comunicación y contacto con los padres y la familia

La comunicación del o la adolescente con su familia fue prevista en el artículo 68 inciso d) de la ley N° 4109 al establecer, en consonancia con el principio de especialidad, que tiene derecho “[a] solicitar la presencia de los padres o responsables [...] en cualquier etapa del procedimiento”.

⁵⁶ Artículo 40.2.b.ii. “Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”.

⁵⁷ Párrafos 47 y 48.

En la CDN este derecho se desprende de lo previsto en el artículo 40.2.b.iii⁵⁸, así lo ha entendido el Comité en la Observación General N° 24, al realizar una amplia interpretación de dicha disposición sosteniendo que “[l]os padres o los tutores legales deben estar presentes durante todo el proceso. No obstante, el juez o la autoridad competente podrá decidir limitar, restringir o excluir su presencia en el proceso, a petición del niño o de su asistente jurídico u otro asistente apropiado, o porque ello no responda al interés superior del niño”⁵⁹; y recomendando a los Estados que legislen que los padres, tutores legales o parientes “auténticos cuidadores”, “tengan la máxima participación posible en las actuaciones, ya que pueden prestar asistencia psicológica y emocional general al niño y contribuir a que se obtengan resultados eficaces”⁶⁰.

j. *Confidencialidad y privacidad*

De conformidad con el principio de especialidad, en el artículo 68 incisos f) y o) y en el artículo 69 de la ley N° 4109 se establece, respectivamente, “que toda actuación referida a la aprehensión de niños, niñas y adolescentes, así como los hechos que se le imputan sean estrictamente confidenciales”; que tienen derecho “[a] no ser objeto de injerencia arbitraria o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación, debiendo respetar su vida privada en todas las etapas del procedimiento”; y que

[q]ueda prohibida la divulgación de cualquier dato referente a la identificación de niñas, niños o adolescentes imputados o víctimas de delitos, abarcando en particular las fotografías, referencias al nombre, sobrenombre, filiación, parentesco o cualquier otro dato que posibilite la identificación. Tanto al detener a una niña, niño o adolescente, como al hacer averiguaciones respecto de los

⁵⁸ Artículo 40.2.b.iii. “Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales”.

⁵⁹ Párrafo 56.

⁶⁰ Párrafo 57.

hechos imputados a éstos o cometidos en su perjuicio, los funcionarios que intervengan deben guardar absoluta reserva, evitando el conocimiento público y cualquier clase de publicidad, debiendo poner el mayor celo en la privacidad de la niña, niño o adolescente. En todo momento debe respetarse la identidad y la imagen de éstos.

La CDN contempla el respeto a la vida privada de la persona menor de edad en el artículo 40.2.b.vii⁶¹. El Comité aclara que el artículo debe interpretarse “conjuntamente con los artículos 16 y 40, párrafo 1, de la Convención”⁶², y privilegia la privacidad por sobre la publicidad, uno de los pilares fundamentales del proceso acusatorio de las personas adultas⁶³, al instar que “las audiencias de la justicia juvenil se celebren a puerta cerrada” y que las excepciones a dicha regla sean limitadas y “claramente definidas por la ley”. Sostiene también que si “el veredicto y/o la sentencia se dictan en público en una sesión del tribunal, no se debe revelar la identidad del niño”; que “los expedientes y registros de los tribunales que se refieran a niños se[an] de carácter estrictamente confidencial”; que la jurisprudencia

61 Artículo 40.2.b.vii. “Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”.

62 Artículo 16 “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

Artículo 40.1. “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

63 “La publicidad del proceso tiene la función de proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia. La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros”. Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135. párr. 168. En el mismo sentido: Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 217.

que se publique respete la identidad del o la adolescente; que no se incluyan datos del o la adolescente en registros públicos de delincuentes u otros registros que dificulten el acceso a oportunidades de reintegración; que la norma general sea la protección permanente de la vida privada en todos los tipos de medios de comunicación, incluidos los medios sociales, a fin de que nada obstaculice la reintegración del niño y su asunción de un papel constructivo en la sociedad; y, “que instauren normas que permitan la eliminación de los antecedentes penales de los niños cuando alcancen la edad de 18 años, automáticamente o, en casos excepcionales, tras un examen independiente”⁶⁴.

2. Algunas consideraciones

Como se puede observar de lo expuesto, la ley N° 4109 contempla los derechos y garantías procesales previstos en la CDN y sobre los cuales el Comité se ha expedido en la Observación General N° 24. Sin embargo, dicha enunciación resulta insuficiente a los fines de considerar cumplida la manda convencional de especialidad en la normativa procesal penal.

En primer término, porque se advierte que si bien la ley N° 4109 enumera algunas posibles medidas socioeducativas⁶⁵, la excepcionalidad de

⁶⁴ Párrafos 66 a 71.

⁶⁵ Artículo 70. “Medidas socioeducativas. En los casos en que se determine la responsabilidad de un adolescente en la comisión de un hecho calificado por la Ley como delito, el juez interviniente conforme a las normas procesales vigentes, puede:

- a) Mantener al adolescente en su núcleo de socialización primaria o familiar, bajo asesoramiento, orientación o periódica supervisión.
- b) Colocarlo bajo el cuidado de otra persona, familiar o no, sólo si la medida prevista en el inciso anterior fuese manifiestamente inconveniente y perjudicial al adolescente, debiendo efectuar las derivaciones correspondientes en caso de ser necesaria la remoción de aquellos obstáculos de orden socioeconómico que impiden el digno desarrollo de la vida familiar.
- c) Establecer un régimen de libertad asistida, confiando al adolescente al cuidado de sus padres, tutor, guardador o persona de confianza.
- d) Incluirlo en programas de enseñanza u orientación profesional.
- e) Incluirlo en cursos, conferencias o sesiones informativas.
- f) Incluirlo en programas que faciliten incorporación a determinado oficio.
- g) Ordenar el tratamiento médico necesario en caso de enfermedad a cargo de profesionales o en establecimientos oficiales o privados de atención de la problemática de la

la privación de libertad⁶⁶, la prohibición de incomunicación⁶⁷ y pautas de ejecución de las sentencias⁶⁸, además de que cada uno de estos institutos podría ser regulado más detalladamente en una legislación procesal especializada, nada se desprende de la referida ley respecto de la justicia restaurativa, los criterios de oportunidad, la suspensión de juicio a prueba,

salud o de adicciones que puede presentar o bien someterse a tratamiento psicológico necesario.

h) Incluirlo en un programa de reparación del daño.

i) Incluirlo en un programa de trabajo comunitario”.

66 Artículo 73 - “Necesidad de fundamentar la imposición de penas privativas de la libertad impuestas como último recurso. La imposición de una pena privativa de libertad requiere, bajo pena de nulidad, la necesaria fundamentación de la imposibilidad de recurrir a otras medidas no privativas de la libertad, entre las que se encuentran comprendidas el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad asistida, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, asegurándose que los niños o adolescentes sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que la medida que se adopte a su respecto no guarde desproporción tanto con las circunstancias del hecho como con la gravedad del delito”.

67 Artículo 68 inciso e) reconoce el derecho a solicitar la presencia de los padres o responsables a partir de su aprehensión y en cualquier etapa del procedimiento

Artículo 68 inciso g) establece el derecho a comunicarse en caso de privación de libertad, inmediatamente, por vía telefónica o a través de cualquier otro medio, con su grupo familiar responsable o persona a la que adhiera afectivamente.

Artículo 72 - “Incomunicación. Queda absolutamente prohibida toda forma de incomunicación de la niña, niño y adolescente”.

68 Artículo 74 - “Libertad asistida u otras medidas alternativas a la privación de libertad. El régimen de libertad asistida o cualquier otra medida que se adopte en forma alternativa a la privación de la libertad, se cumple bajo la supervisión de la instancia administrativa competente y con información periódica al Juez interviniente, cuando así lo requiera y por auto fundado. Se tiene especialmente en cuenta el efectivo cumplimiento de las pautas, acciones y actividades establecidas en el programa”.

Artículo 76 - “Ejecución de la pena. El Juez que haya impuesto la ejecución de la pena, debe ejercer un permanente control y supervisión en la etapa de ejecución, interviniendo directamente para decidir toda cuestión que afecte los derechos del adolescente. El cumplimiento de las penas privativas de la libertad no afecta el derecho al desarrollo de las actividades sociales, educativas o laborales, aun fuera del establecimiento, que coadyuven a fortalecer los vínculos familiares para su integración en el ámbito familiar y comunitario”.

la aplicación o no del juicio abreviado y su procedimiento⁶⁹, la aplicación o no del juicio por jurados⁷⁰, las medidas de coerción personal y detención, el procedimiento en el juicio común y los plazos de duración del proceso, entre otras cuestiones esenciales que merecen, por mandato convencional, una clara, precisa y ordenada regulación del legislador provincial.

En segundo término porque, como se verá más adelante, en la práctica, los/as operadores/as especializados/as son los/as que han tenido que emprender en el proceso penal, caso por caso, la persistente y constante tarea de insistir para que los derechos y garantías establecidos en la legislación de niñez local sean considerados y aplicados.

III. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y NORMATIVA ORGÁNICA

La sanción del nuevo Código Procesal Penal provocó una necesaria reforma de las leyes orgánicas del Poder Judicial –ley N° 5190– y del Ministerio Público⁷¹ –ley N° 4199–, mediante la cual se crearon órganos de justicia como el Foro de Jueces Penales y el Tribunal de Impugnación, pero

⁶⁹ La aplicación del procedimiento abreviado en los procesos penales juveniles es controvertida, en tanto una parte importante de la doctrina especializada en la materia considera que contraría -entre otras cuestiones- el principio de especialidad (ver Beloff, Mary; Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano [2017], “La justicia juvenil y el juicio abreviado”, en Beloff, Mary [Dir.], *Nuevos Problemas de la Justicia Juvenil*, Buenos Aires: Ad Hoc).

⁷⁰ Sobre la aplicación del juicio por jurados en la justicia penal juvenil, coincido plenamente con lo sostenido por Mary Beloff, Mariano Kierszenbaum y Martiniano Terragni en “La justicia juvenil y el juicio por jurados” (publicado en *La Ley*, Tomo 2017-E, AÑO LXXXI N° 183, Buenos Aires, 26 de septiembre de 2017), cuando sostienen que “[e]l juicio por jurados presenta un fuerte déficit en este aspecto, pues, al tratarse de ciudadanos legos, la decisión respecto de la culpabilidad del adolescente no es tomada por profesionales con un entrenamiento especializado en la materia. Surge así un obstáculo insalvable que conduce a la necesidad, si se quiere mantener la idea de decidir los casos de adolescentes penalmente responsables mediante un juicio por jurados, de renunciar a una cuota importante de la especialidad orgánica”.

⁷¹ En Río Negro, el Ministerio Público es un órgano que integra el Poder Judicial. Se divide en Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa y tiene como máxima autoridad al Procurador General.

ninguna especialidad orgánica fue legislada respeto de la Justicia Penal Juvenil⁷².

Al respecto, es de destacar que en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa se dispuso, mediante Resolución N° 381/17 de la Procuración General⁷³, la especialidad de la defensa técnica de las personas menores de edad, al resolverse “la unificación y representación de la asistencia letrada en juicio de aquellas personas menores de edad en un solo defensor, quien asumirá la función de defensa técnica y las funciones previstas en el artículo 103 del CcyC”; estableciendo que en las ciudades de Viedma, General Roca, Villa Regina, Choele Choel, San Carlos de Bariloche y Cipolletti dicha representación y asistencia letrada estuviera a cargo de determinados/as Defensores/as con formación especializada, a quienes se los designó expresamente para llevar adelante dicha tarea.

La especialidad resuelta por la Procuración provincial coincide con lo interpretado por el Comité en la Observación General N° 24, en cuanto refiere que “[u]n sistema integral de justicia juvenil requiere el establecimiento de unidades especializadas en la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al niño asistencia letrada u otro tipo de asistencia adecuada”⁷⁴.

72 En el Proyecto de Ley de Procedimiento Penal Juvenil N° 506/18, tampoco se prevé ninguna especialidad organizacional, desprendiéndose del mismo que la especialidad se buscara alcanzar con la capacitación, al establecer que “El Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de la Defensa, la Jurisdicción, así como la Policía, contarán con capacitación específica para actuar en este ámbito y con la colaboración transversal del Órgano Técnico Proteccional que elaborará dictámenes e informes, efectuará las sugerencias adecuadas a cada caso y aplicará los programas que se refieran a las medidas adoptadas. Quienes lo integren -profesionales de la psicología, del trabajo social y la psiquiatría u otras especialidades que se consideren con incumbencias en la temática- seguirán una metodología propia de acuerdo a la especificidad de su disciplina y se encuadrarán dentro de los respectivos códigos de ética vigentes”.

73 El texto se puede consultar en <https://ministeriopublico.jurionegro.gov.ar/archivos/Res.381.17.pg.pdf>

74 Párrafo 106.

IV. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y JURISPRUDENCIA PROVINCIAL

Con la entrada en vigencia del proceso penal acusatorio provincial de adultos y la puesta en funciones del nuevo diseño orgánico funcional, se reabrieron debates jurídicos en materia procesal penal juvenil, que originaron destacables precedentes jurisprudenciales por parte del Tribunal de Impugnación provincial, los cuales mencionaré a continuación⁷⁵.

1. Intervención de querellantes particulares

El tema referido a si la querrela podía ser admitida o no en los procesos penales juveniles, por cuanto en la ley N° 5020 no se reguló la cuestión y en el artículo 68⁷⁶ del Código Procesal Penal anterior (ley N° 2107) se excluía de manera expresa dicha posibilidad, fue resuelto por el Tribunal de Impugnación en diversos pronunciamientos.

El primero a mencionar es el dictado el 11 de julio de 2018 en “S. J. F. y Otro S/ Homicidio” –sentencia N° 104/18–⁷⁷, en el que por mayoría⁷⁸ se hizo lugar a la solicitud de la defensora pública especializada⁷⁹, al sostener que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la ley N°

⁷⁵ Los precedentes referidos a la intervención de querellantes particulares, audiencias reservadas e incompetencia de la justicia penal en la privación de libertad cuando existe ausencia de riesgo procesal ya fueron mencionados y abordados por Romina Cecilia Bruno, Laura Krotter y Marianela Ugartemendía en “Presencias y ausencias de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro”, en AAVV (2022), *La reforma procesal penal en Río Negro. La mirada de sus operadores*, Buenos Aires: Editores del Sur, pp. 67-76.

⁷⁶ Artículo 68.- “Las personas mencionadas en el artículo anterior, podrán instar su participación en el proceso, salvo el incoado contra menores, como querellante particular. Cuando se tratara de un incapaz, actuará por él su representante legal”.

⁷⁷ El fallo completo jurisdiccional está disponible para consulta en https://fallos.jurionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=0f4e61f1-eee0-4c1d-92cb-7a2a-bebb0028&stj=0&usarSearch=1&texto=&option_text=0

⁷⁸ Voto del Dr. Zimmerman que conformó la mayoría junto con el juez Cardella. El juez Cardella en su voto agregó que corresponde decidir a favor de la protección especial convencional del joven menor de edad, porque de lo contrario habría una retrocesión sobre la prohibición de constitución de parte querellante que estaba prevista en el art. 68 de la ley N° 2107.

⁷⁹ Petición efectuada por la defensora pública Patricia Arias.

5020, si bien aún no se ha aprobado el Código Procesal Penal Juvenil, de ninguna forma puede entenderse que existe un vacío normativo sobre la cuestión, puesto que rige la ley N° 4109, de cuyo art. 68 inc. b se desprende el derecho y la garantía del adolescente imputado por un delito penal a “ser investigado por un fiscal, que no es igual a un querellante (en cuanto a funciones, atribuciones, etc.)”; derecho que según el artículo 10 Ley N° 4109⁸⁰, “siempre prevalece [...] frente al derecho e interés legítimo a querellar”.

Dicha postura mayoritaria fue consolidada por el Tribunal en posteriores decisiones dictadas a solicitud de la Defensa especializada⁸¹, en fechas 4 de diciembre de 2018 en “S., A. A S/Homicidio agravado por el uso

80 Interés superior - A todos los efectos emergentes de la presente, se entiende por interés superior de niñas, niños y adolescentes al principio de interpretación y aplicación de la Ley de obligatorio cumplimiento en todas las decisiones que los involucran. Ese principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Para determinar el interés superior de la niña, el niño y el adolescente en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de la niña, niño y adolescente.
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de la niña, niño y adolescente y sus deberes.
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías de la niña, niño o adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías de la niña, niño o adolescente.
- e) La condición específica de la niña, niño o adolescente como persona en desarrollo.

En aplicación del interés superior de la niña, el niño o el adolescente, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de éstos frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecen los primeros.

81 La sentencia 215/18 fue dictada a instancia de la Defensora de Menores Elida Lilian Rodríguez y la sentencia 222/18 a instancia de la Defensora de Menores Subrogante Laura Krotter, ambas en el marco de las atribuciones de especialidad previstas en la Resolución N° 381/17 de la Procuración General.

de arma de fuego” –sentencia N° 215/18–⁸² y 12 de diciembre de 2018 en “C. L. E. S/ Abuso sexual” –sentencia N° 222/18–⁸³.

En la sentencia N° 222/18 el Tribunal de Impugnación⁸⁴ fundó su decisión en lo previsto en el artículo 68 de la ley N° 4109, y consideró además que en el tema resulta de ineludible aplicación el *corpus iuris* de niñez y el principio de especialidad que ampara a las personas menores de edad en los procesos penales⁸⁵.

Recordó que “el anterior régimen procesal excluía expresamente la querrela en los casos en que los acusados fueran personas menores de edad (art. 68 ley 2107 T.O. 4270 –derog. –)”, y afirmó que “[e]l desconocimiento de tal límite al ius puniendi afectaría no solo los principios derivados de la Convención de los Derechos del Niño sino también el principio de la no regresividad en el reconocimiento de derechos humanos”.

Asimismo, expuso que, en el marco del derecho penal juvenil,

(...) el avance punitivo se relaciona estrictamente con el interés público que persigue el fiscal relacionado con “promover la reintegración del niño y que este asuma una función constructiva de la sociedad”(art. 40 CDN). (...) Dicha finalidad, reintegrativa y restaurativa, ha sido asumida como compromiso por el Estado Argentino al suscribir la Convención de los Derechos de Niño. En nuestros ordenamientos tal carga reposa en cabeza del Ministerio Público Fiscal y Jueces constitucionales (por aplicación de la doctrina del Control de

⁸² El fallo completo jurisdiccional está disponible para consulta en https://fallos.jurionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=-78f359c9-575c-4f29-a8a5-024262eafa71&stj=0&usarSearch=1&texto=&option_text=0

⁸³ El fallo completo jurisdiccional está disponible para consulta en https://fallos.jurionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=0000412b-506c-4930-8d3f-a9f5e-1afe19c&stj=0&usarSearch=1&texto=&option_text=0

⁸⁴ Voto de la jueza Custet Llambí al que adhirió el juez Mussi.

⁸⁵ En tal sentido, sostuvo que “las acciones en infracción a la ley penal cometidas antes de los 18 años -aun cuando fueran juzgados luego de que el infractor cumpliera esa edad- se encuentran sujetas a la aplicación de las reglas especiales derivadas de la Convención de los Derechos del Niño (art. 37 y 40) [...] En el régimen penal juvenil se ha sostenido que “el elemento retributivo del derecho penal ordinario es inapropiado dentro del sistema de justicia juvenil” (Informe CIDH Derecho Penal Juvenil y Derechos Humanos en las Américas, 2011)”.

Convencionalidad) y difícilmente coincidan con los intereses perseguidos por la parte querellante.

Conforme lo anterior, concluyó que en los procesos penales juveniles el derecho a ser investigado por “un fiscal” que prevé el artículo 68 inciso b) de la ley N° 4109 excluye “la posibilidad de participación de la querrela”.

2. Audiencias reservadas

La cuestión fue tratada por el Tribunal de Impugnación en el precedente “S.J.F.” antes mencionado, donde se hizo lugar a lo requerido por la Defensa especializada⁸⁶.

Al resolver, el Tribunal sostuvo por unanimidad⁸⁷ que si bien no se había aprobado todavía el “Código Procesal Penal Juvenil” previsto en el art. 2 de la ley N° 5020, “de ninguna forma puede entenderse que existe un vacío normativo sobre la cuestión puesto que rige la ley D 4109 que ‘tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes de la Provincia de Río Negro’ (art. 1)”.

Aclarando que

[s]e aplica el Código Procesal Penal ley 5020 con las restricciones/adaptaciones que surgen de los derechos y garantías específicos (que detalla el artículo

⁸⁶ En este caso, la defensora pública Arias (designada por Resolución N° 381/17 de la Procuración General) había peticionado se celebre audiencia con carácter reservado, en los términos del artículo 73 inciso 1 del Código Procesal Penal –ley N° 5020– (Artículo 73 - PUBLICIDAD. “Las audiencias serán públicas. No obstante el juez o tribunal podrá decidir fundadamente que se realice total o parcialmente en forma privada cuando: 1. Se afecte directamente el pudor, la vida privada o ello implique una amenaza para la integridad física de alguno de los intervinientes”), para solicitar el sobreseimiento de su representado. Ante el rechazo de la petición, la Defensora planteó la cuestión ante el Tribunal de Impugnación argumentando que “durante el período de tiempo que duró esa audiencia [de solicitud del sobreseimiento] el joven fue expuesto frente al público, se dieron su nombre y sus datos personales, y alegando que se debe cuidar la privacidad del proceso en todas sus etapas en las que está inmerso un joven menor de edad”, haciendo referencia al proyecto de ley enviado por el Superior Tribunal de Justicia al Poder Legislativo, en tanto, “si bien es un proyecto de ley refleja que el STJ ha adoptado el trato diferenciado respecto de los imputados menores de edad”.

⁸⁷ Voto del juez Zimmerman al que adhirieron los jueces Mussi y Cardella.

68 en sus incisos), que emanan de los lineamientos reconocidos en normas internacionales de derechos humanos, muchas de ellas con jerarquía constitucional, encaminadas a hacer efectiva una mayor protección a los niños, niñas y adolescentes que sean sometidos a procesos de responsabilidad penal juvenil.

De tal manera, concluyó que “[l]as niñas, los niños y los adolescentes imputados por un delito penal tienen el derecho y la garantía a que ‘toda actuación’ del proceso penal sea “estrictamente confidencial” (art. 68, inc. f) de la ley D 4109); y que este “derecho y garantía de los menores imputados no es más que un supuesto especial para que las audiencias se realicen totalmente en forma privada (conf. art. 73, ley 5020)”.

3. Incompetencia de la justicia penal respecto de personas menores no punibles

El tema fue abordado por el Tribunal de Impugnación el 5 de abril de 2023 en “Comisaría 8va. Choele Choel” –sentencia N° 63–⁸⁸, a instancias de la Defensa Pública especializada⁸⁹.

El Tribunal de Impugnación sostuvo por unanimidad⁹⁰ que

⁸⁸ El fallo jurisdiccional completo está disponible para consulta en https://fallos.jurisionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=4aebd980-f90d-4fd0-a5e1-1be067a97d57&stj=0&usarSearch=1&texto=&option_text=0

⁸⁹ La defensora pública Santos (designada por Resolución N° 381/17 de la Procuración General), interpuso impugnación ordinaria planteando incompetencia de la justicia penal para intervenir en la situación. El Tribunal de Impugnación resolvió hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa por falta de competencia, anulando las resoluciones de la Jueza y el Juez de Revisión. En el caso el juez de Garantías había ordenado el sobreseimiento del adolescente por no ser punible –contaba con 15 años de edad–, disponiendo la inmediata intervención de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf). La decisión fue impugnada por la acusación y la jueza de Revisión actuante dispuso “[m]antener el punto II) de la Resolución en cuanto a que se le dé intervención inmediata a la SENAF para que se haga cargo del menor. Recomendar a las partes (Fiscalía y Defensa) que en el término de 30 días deberán recabar la totalidad de la información necesaria y conducente a la que alude el párrafo de la Ley N° 22278 y celebrar una audiencia con la presencia del Juez de Garantías en la que se evaluará la necesidad de medidas proteccionales respecto del menor en cuyo caso se derivarán al Juzgado de Familia correspondiente. En la misma deberán estar presentes algún progenitor del menor, personal de Senaf y el menor”.

⁹⁰ Voto del juez Cardella al que adhieren la jueza Custet Llambí y el juez Mussi.

como lo ordenado y confirmado, se dirige sobre una persona de 15 años, a quien la ley lo define como niña/niño/adolescente y siendo inimputable [...] La jueza y juez revisores no pudieron intervenir; aclarando que en el caso [s]olo puede[n] intervenir los organismos Administrativos proteccionales reglados por la ley 4109, y cualquier decisión dictada en esa sede se revisa, en los términos del art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño, por la autoridad judicial competente que en el caso de la provincia de Río Negro, son los jueces de familia (conf. Artículos 36 al 46 Ley D 4109).

Se recordó, asimismo, que la cuestión ya había sido resuelta por el Superior Tribunal de Justicia en la sentencia N° 264/2011⁹¹.

4. Incompetencia de la justicia penal en la privación de libertad cuando existe ausencia de riesgo procesal

La cuestión fue abordada por el Tribunal de Impugnación el 12 de abril de 2019 en “Q.L.M y Otros c/ V.A., V.M.E, L.M.E y V.A” –sentencia N° 74/19–⁹², a instancia de la Defensa Pública especializada⁹³.

⁹¹ El Tribunal de Impugnación referenció que en dicho precedente el Superior Tribunal provincial había indicado que “la intervención del juez penal se encuentra restringida en la medida en que se mantenga la acusación por la comisión de hechos ilícitos de menores inimputables y cesa con el dictado del sobreseimiento, oportunidad en que, constatados prima facie los supuestos de los arts. 1 y 2 de la Ley 22278/22803 –admitimos su vaguedad y ambigüedad–, mediante resolución fundada debe remitirse copia de las actuaciones correspondientes al poder administrador atento a la Ley 4109 y ponérselo de manera inmediata a disposición del Juez del Fuero de Familia competente” (decisión en la que analizó las leyes 22278, 26061 y 4109, el fallo Gramajo de la Corte SJN, de la Resolución de la Procuración General del Poder Judicial de Río Negro n° 199/2008, Resolución 40/33 de la Asamblea General –“Reglas de Beijing”– la Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas - “Directrices de Riad” y los artículos 31 al 34 de la Constitución Provincial”).

El texto de la sentencia N° 264/2011 del Superior Tribunal de Justicia se puede consultar en https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=b7de9fa7-ae2c-4ed8-864b-f70a20e4ea26&stj=1&usarSearch=1&texto=&option_text=0

⁹² El fallo completo jurisdiccional está disponible para consulta en https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=c-2fa4057-5973-45cb-9af5-16ca271d2fc3&stj=0&usarSearch=1&texto=&option_text=0

⁹³ El Tribunal de Impugnación resolvió hacer lugar a la impugnación deducida por el defensor público Ospital (designado por Resolución N° 381/17 de la Procuración General),

El Tribunal de Impugnación⁹⁴ sostuvo que “el Juez de Garantías se ha extralimitado en sus funciones al disponer medidas de protección privativas de la libertad en contra de adolescentes [...] fundadas solo en el pretexto de “protegerlos”, sin haber respetado garantías del debido proceso que impone el sistema de protección integral de la infancia y adolescencia (Ley nacional 26.061 y Ley provincial D 4109).

En tal sentido consideró que

[l]a competencia para disponer respecto de la institucionalización de los adolescentes que sean dispuestas en orden a su estado de vulnerabilidad es exclusiva de los organismos Administrativos proteccionales reglados por la ley 4109, y tal decisión debe ser revisada (en los términos del art. 9 de la Convención de los Derechos del Niño) por la autoridad judicial competente que en el caso de la provincia de Río Negro, son los jueces de familia (conf. art. 40 Ley D 4109).

Dejando en claro que

[l]a justicia penal a los efectos de privar de libertad a un menor de edad punible (al igual que los adultos) encuentra su límite en la existencia de los riesgos procesales. Es decir, solo podrá privar de libertad a un adolescente punible, cuando este puede de algún modo entorpecer la investigación penal o no atender los llamados para comparecer ante la justicia, y la disposición de su restricción ambulatoria debe en ese caso, ajustarse a los términos de los artículos 109 a 110 del CPP⁹⁵, naturalmente en instituciones autorizadas para la privación de libertad de los menores de edad.

anulando por falta de competencia las resoluciones de los jueces de Garantías y de Revisión que, respectivamente, habían ordenado y confirmado la internación de dos adolescentes en Centros Socio-Educacionales, disponiendo que se haga saber a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, que deberán tomar urgente intervención en los términos del art. 39 de la Ley N° 4109, a efectos de la protección integral de los referidos adolescentes.

⁹⁴ Voto del juez Mussi al que adhirió la jueza Custet Llambí.

⁹⁵ PRISIÓN PREVENTIVA. Artículo 109 - “PROCEDENCIA. Procedencia. Siempre que existieren elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho investigado, el acusador podrá requerir fundadamente ante el juez interviniente la prisión preventiva cuando considerare que las demás

medidas cautelares o de coerción personal fueren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento.

A tales efectos, el juez convocará a audiencia con el requirente y la defensa, debiendo en ella el acusador demostrar los siguientes extremos:

1. Que el imputado intentará evadirse o entorpecer el accionar de la justicia.
2. Que existen antecedentes para sostener que el hecho se cometió y configura un delito reprimido penalmente con pena privativa de libertad, y que a “prima facie” no correspondiere pena de ejecución condicional.
3. Que existen elementos de convicción suficientes para considerar razonablemente que el imputado es autor o partícipe del hecho investigado.
4. Que el imputado haya incumplido medidas de restricción impuestas en razón de violencia de género.

Al solicitarla, el acusador deberá exponer con claridad los motivos en los cuales sustenta su pedido. El juez controlará la legalidad y razonabilidad del requerimiento por apreciación de las circunstancias del caso particular, y resolverá fundadamente, pudiendo establecer un plazo acorde a los peligros procesales y a las pruebas pendientes de realización.

Para decidir acerca del peligro de fuga se podrá tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas:

1. Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto y demás cuestiones que influyan en el arraigo del imputado.
2. El comportamiento del imputado durante el procedimiento, en la medida en que indique cuál es su voluntad de sujetarse al proceso penal, y en particular, si incurrió en rebeldía, o si hubiese ocultado información sobre su identidad, o domicilio, o si hubiese proporcionado una falsa.

Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se podrá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que víctimas, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.
4. Continuara el ejercicio de violencia de género contra la víctima: hostigando, intimidando, amenazando, dañando o atentando de cualquier forma contra su integridad física y/o emocional.

En este supuesto, la prisión preventiva podrá aplicarse aun en el caso donde “prima facie”, de recaer condena, esta pueda ser de ejecución condicional”.

Artículo 110 - “IMPROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. Improcedencia de la Prisión Preventiva. No procederá la prisión preventiva en los siguientes casos:

1. Cuando el hecho atribuido constituya un delito de acción privada o esté reprimido con pena no privativa de libertad.

V. CONCLUSIÓN

La reforma procesal penal que puso en funcionamiento el sistema acusatorio en la provincia de Río Negro era esperada y necesaria a efectos de adecuar las prácticas procesales a los estándares constitucionales y convencionales existentes, pero también lo era y lo sigue siendo la implementación de un sistema de justicia penal juvenil especializado, que brinde a los y las adolescentes un trato orgánico y procesal diferenciado.

Si bien la ley N° 4109 ha destinado un capítulo para regular derechos y garantías procesales y fijar pautas respecto de las medidas socioeducativas, la excepcionalidad de la privación de libertad, la prohibición de incomunicación y la ejecución de las sentencias, nada ha regulado respecto de otros tantos institutos procesales como la justicia restaurativa, los criterios de oportunidad, la suspensión de juicio a prueba, la aplicación o no del juicio abreviado y su procedimiento, la aplicación o no del juicio por jurados, las medidas de coerción personal y detención, el procedimiento en el juicio común y los plazos de duración del proceso, entre otras cuestiones esenciales que merecen, por mandato convencional, una clara, precisa y ordenada regulación del legislador provincial.

Asimismo, la práctica ha evidenciado que no obstante que las resoluciones emanadas del Tribunal de Impugnación a solicitud de la Defensa Pública especializada han resultado de suma trascendencia a la hora de

2. Si por las características del hecho y las condiciones personales del imputado, pudiere resultar de aplicación una condena condicional.

3. Cuando se trate de hechos cometidos en ejercicio de la libertad de expresión o como consecuencia de la crítica en cuestiones públicas.

4. Cuando se trate de personas mayores de setenta (70) años, de mujeres en los últimos meses de embarazo, de madres durante el primer año de lactancia de sus hijos o de las personas afectadas por una enfermedad grave y riesgosa. En estos supuestos, podrá ordenarse la prisión preventiva en el domicilio.

No obstante encuadrarse dentro de estos supuestos, se podrá ordenar la prisión preventiva cuando se decretare la rebeldía del imputado o éste se hubiere fugado y fuere posteriormente habido.

Podrá disponerse la prisión preventiva cuando se trate de delitos cometidos en ocasión de violencia de género, aun cuando en el caso donde "prima facie" de recaer condena, esta pueda ser de ejecución condicional y cuando el imputado haya incumplido medidas de protección tendientes a asegurar la integridad física y/o psíquica y/o emocional de la mujer víctima de violencias".

fijar criterios procesales respetuosos de los derechos y garantías de las personas menores de edad acusadas de la comisión de un delito, tales avances en materia jurisprudencial no suplen la necesidad de contar con normas procesales específicas y, además, demuestran la importancia de que todos los órganos que intervienen en el proceso penal juvenil cuenten con especialidad en la materia.

Infancias y género

Análisis del Observatorio de Derechos de las Infancias y Adolescencias en la Provincia de Río Negro

MARÍA LUJÁN ARIAS*

I. INTRODUCCIÓN

Estas breves líneas tienen como propósito analizar el Observatorio de Derechos de las Infancias y Adolescencias, política pública¹ que se desarrolla en la Provincia de Río Negro, Argentina.²

Esta política tiene como objetivo general producir un sistema de indicadores que permitan monitorear y evaluar el impacto de las políticas públicas provinciales y, como objetivos específicos, producir insumos acordes a las políticas públicas de protección integral, generando las condiciones de fiabilidad y viabilidad para el monitoreo, la evaluación y la democratización

* Abogada especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Magíster en Género, Sociedad y Políticas Públicas – Unidad de Defensa Penal de Niños, Niñas y Adolescentes de la Primera Circunscripción Judicial.

1 Política pública concebida como “un conjunto de acciones y omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores en la sociedad civil” (Oszlak y O’Donnell, 1982: 112, citado en Jaime, Fernando M. et. al. [2013], Introducción al análisis de políticas públicas, Florencio Varela: Universidad Nacional Arturo Jauretche).

2 Creación del Observatorio de Derechos de las Infancias y Adolescencias, Decreto 1.153/2019 Río Negro, 30 de agosto de 2019, Boletín Oficial, 19 de septiembre de 2019. Vigente, de alcance general Id SAJ: R20190001153.

de la información en torno al ejercicio de derechos de las infancias y adolescencias, a través de la recolección, procesamiento, registro, análisis, publicidad y difusión de la información periódica, sistemática, además de garantizar la participación de niñas, niños y adolescentes.

La perspectiva crítica se realiza desde la ruptura del concepto de niña, niño objeto de protección, a niña, niño sujeto de derechos libre de violencia y discriminación, agencia transformadora de la realidad social, que aporta una mirada de la infancia a la luz de la metodología de la interseccionalidad, que nos permite visibilizar qué derechos no están siendo sopesados en las políticas públicas, lo que deja al descubierto la representación social de la niñez como espacio simbólico sujeto al adultocentrismo tutelar.

Lo expresado anteriormente adquiere sentido cuando analizamos las distintas miradas y las formas que fue tomando el concepto infancia a través de la historia, y el significado que se le fue dando al recobrar visibilidad en la sociedad y la cultura, en tanto distinto el aspecto biológico como concepción de la edad, que como construcción social enraizada en relaciones de poder con intereses políticos dominantes³.

Dicho análisis se realizará desde tres ejes: las infancias como una institución inserta en relaciones sociales y estructuras institucionales; el interés superior del niño y la niña y las interseccionalidades.

II. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO “INFANCIA”

La infancia fue tomando distintos matices a lo largo de la historia, y ha sido escasa la bibliografía acerca de esta, lo que no es casualidad, puesto que la niñez ha sido invisible al mundo adulto hegemónico. No existe otro ser menos visible en la historia latinoamericana que el niño⁴.

3 Esta perspectiva problematiza el carácter “biológico” de la infancia y se “para” en la centralidad de las relaciones de poder como forma de diferenciación entre adultos/as y niños/as (Llobet, Valeria [2020]. *Infancias y género*. Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales [PRIGEPP – FLACSO]).

4 Rodríguez Jiménez, P. y Manarelli, M.E. (2007), *Historia de la infancia en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 13.

Habida cuenta de lo antedicho, en la política pública sometida al análisis –el Observatorio de Derechos de las Infancias y Adolescencias–, se omite la conceptualización de niñez y adolescencia, aun cuando resultan ser las destinatarias de su implementación; además, cabe resaltar la falta de estadísticas en relación a las mismas, tal como se detalla en el cuerpo del documento⁵, lo que no es casual, pues las políticas públicas reflejan discursos hegemónicos que estructuran la sociedad y legitiman las necesidades a través de los discursos expertos, y esto se vincula con la transformación de un problema social en un problema administrable por parte del Estado⁶.

De manera tal que, al tiempo de definir el concepto de infancia, no se trata de determinar un momento del desarrollo de la especie⁷, dado que la división en edades o etapas evolutivas responde a un fenómeno eminentemente político en el sentido que tiene que ver con la distribución de poder entre distintos grupos de la sociedad⁸.

De allí que surgen diferentes enfoques conceptuales de la infancia: desde el enfoque relacional, la infancia resulta de la interacción del orden generacional y de género, en la que esta es definida en torno a la adultez y el punto de vista de las niñas y niños es tenido en cuenta en las investigaciones, dado que la infancia es productora de conocimiento. Desde el enfoque constructivista, la infancia se define en el marco de una construcción social, como agencia activa en una sociedad y cultura determinada, en la que el método etnográfico resulta de vital importancia a los fines del estudio de la infancia como agencia social en un marco cultural dado.

5 De igual manera, gran parte de la información con la que se cuenta se encuentra sectorizada, es heterogénea en sus categorías y no confluye en un sistema concurrente que dé cuenta del avance y los retrocesos en la generación de condiciones que permitan a los niños, las niñas y los adolescentes ejercer sus derechos, dificultándose la intersectorialidad y la planificación de acciones conjuntas.

6 Llobet, Valeria (2020), *op. cit.*

7 *Ibid.*

8 Colángelo, María Adelaida (2003), “La mirada antropológica sobre la infancia. Reflexiones y perspectivas de abordaje” en Congreso Internacional “La Formación Docente entre el siglo XIX y el siglo XXI”, pp. 1-8. Disponible en <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL001424.pdf>

Así, en un punto medio, Andrea Szulc⁹ indica que reconocer su agencia social no debe implicar pasar por alto las condiciones estructurales –sociales, económicas, políticas, de género– que de diversos modos los limitan, por lo que la infancia es dinámica, definida de acuerdo a un contexto socio histórico dado, atravesada por distintas aristas, culturales, de clase, género, raza, prácticas institucionales y políticas legislativas que otorgan derechos y generan consecuencias.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA NIÑA

El Observatorio de Derechos de las Infancias y Adolescencias tiene fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño, y como tal, universaliza y homogeniza la niñez y la adolescencia, haciendo comunes las necesidades, que tienen como imperativo la pobreza. Así dice: “Sin embargo, los datos recabados en el año 2.016 en nuestro país por este organismo refieren que (...) aproximadamente 1 de cada 2 adolescentes de entre 13 y 17 años vive una situación de pobreza por ingresos monetarios (...) y se propone visibilizar las realidades, que posibilite incidir en la transmisión intergeneracional de la desigualdad y la pobreza (...)”.

De dicho fragmento, se desprenden varios puntos a destacar: por un lado, no provee una mirada abierta, en tanto no diversifica las distintas categorías sexo genéricas y corporalidades disidentes; se pone de resalto además la omisión de condiciones como la raza, la discapacidad, la ruralidad, como factores que acentúan aún más las vulnerabilidades preexistentes, dado que pueden conjugarse múltiples opresiones que generan necesidades diferentes, pues hay una gran variedad de niñeces con distintas experiencias que justamente tienen que ver con la diversidad cultural y la desigualdad social¹⁰.

Asimismo, se destaca que el Observatorio hace foco en las adolescencias para optimizar las políticas públicas de las infancias que inciden en la transmisión intergeneracional de la desigualdad y la pobreza. El Estado

9 Szulc, Andrea (2019), “Más allá de la agencia y las culturas infantiles. Reflexiones a partir de una investigación etnográfica con niños y niñas mapuches” en *Runa*, 40, 1, mayo- octubre, pp. 53-63.

10 Colángelo, María Adelaida (2003), *op. cit.*, p. 5.

parece estar ausente y libre de responsabilidades con relación a la desigualdad estructural, y las familias a través de las distintas generaciones serían las transmisoras de dicha pobreza, cuando la realidad es que la infancia y el despliegue de la crianza en contextos sociales concretos está estructuralmente articulada con la producción y reproducción de desigualdades sociales¹¹.

Por otra parte, la política pública en análisis pretende integrar la participación de niños, niñas y adolescentes para enriquecer las miradas e interpretaciones, sin embargo no cuenta entre sus metas impulsar estrategias para fortalecer la autonomía de la voluntad de las infancias, la autodeterminación de la identidad, la educación sexual integral en las escuelas, pues las dimensiones analíticas establecidas revisten gran generalidad y vaguedad que la convierten en un anhelo en abstracto. Tan es así que es el reflejo de la Convención que le dio voz a la infancia en función de su autonomía progresiva, pero no está definido el concepto, y tal vaguedad implica una utilización arbitraria de dicho concepto a la hora de ser garantizado el derecho, habida cuenta que en la propia formulación de la Convención no participaron niñas y niños, sino personas adultas y representantes de gobiernos¹².

Entonces, lo que deja traslucir la vaguedad de la premisa “interés superior del niño” oscila en función de los intereses políticos dominantes y pareciera ser que “lo mejor para el niño” es lo mejor desde el punto de vista de un Estado adultocentrista, el que se ajusta en el devenir de los intercambios políticos, en consecuencia no es producto de un movimiento social que establezca, a partir de su propia capacidad de debate, objetivos y necesidades¹³.

11 Llobet, Valeria (2015), “Infancia y Desigualdades Sociales. Reseña de *Unequal Childhoods. Class, Race, and Family Life*” en *Revista Horizontes Sociológicos*, 3 [6], pp. 141-145.

12 Llobet, Valeria (2020), *Infancias y género*, op. cit.

13 Fonseca, 2002, citado en Llobet, Valeria (2020), *Infancias y género*, op. cit.

IV. RECORRIENDO LAS INTERSECCIONALIDADES

Si bien se critica a la interseccionalidad como herramienta metodológica, en el sentido de si se debe enfocar en las identidades o en las estructuras sociales, y si permite descubrir y analizar vulnerabilidades y exclusiones o sirve para debatir posibilidades de empoderamiento¹⁴, cierto es que permite dar cuenta de los distintos factores que provocan la desigualdad, los que en algunos casos se intensifican más que en otros, pues la conjugación de opresiones múltiples acentúan el desempoderamiento que impide el goce efectivo de los derechos.

En tal sentido, la interseccionalidad promueve una comprensión de los seres humanos moldeados por la interacción de diferentes condiciones sociales (por ejemplo, “raza” /etnicidad, género, clase, sexualidad, geografía, edad, discapacidad/capacidad, estatus migratorio, religión). Estas interacciones ocurren dentro de un contexto de sistemas y estructuras de poder conectados (por ejemplo, leyes, políticas, gobiernos estatales y otras uniones políticas y económicas, instituciones religiosas, medios de comunicación). A través de tales procesos, se crean formas interdependientes de privilegios y opresión, moldeadas por el colonialismo, el imperialismo, el racismo, la homofobia, la discriminación y el patriarcado¹⁵.

Así, entre las dimensiones analíticas de la política pública en observación, se destacan la educación y la salud. En cuanto a la educación, esta solo implica el abordaje de la trayectoria escolar, la finalización de los estudios y la matrícula de educación especial. No se realiza un abordaje bajo la lente de la interseccionalidad que permita identificar los distintos factores que inciden en la desigualdad, como ser la condición social y la cultura, por ejemplo, las que difieren notablemente en los primeros pasos de la educación primaria que se obtiene en el hogar, donde se reciben pautas de comportamiento, distintas motivaciones, parámetros de comportamiento social y pautas de convivencia. Hablamos del capital cultural al que alude Pierre Bourdieu¹⁶, en tanto las clases sociales a la luz de las

¹⁴ Davis, 2008, citado en Llobet, Valeria (2020), *Infancias y género*, op. cit.

¹⁵ Hankivsky, Olena (2014), *Intersectionality 101*, Burnaby: The Institute for Intersectionality Research & Policy, Simon Fraser University.

¹⁶ Citado en Llobet, V. (2015), “Infancia y Desigualdades Sociales. Reseña de *Unequal Childhoods. Class, Race, and Family Life*”, op. cit., p. 142.

instituciones reflejan desigualdades y colocan a las personas en lugares de ventaja o desventaja sobre otras.

Además, nótese la falta de perspectiva de la diversidad, la ausencia de las infancias trans, dando por sentado la binariedad sexo genérica, lo que refleja un discurso social hegemónico. Aquí cabe recordar que, según la mirada de William Corsaro¹⁷, el género es una posición que se aprende en las prácticas discursivas de la sociedad, es una propiedad estructural de la sociedad, y qué mejor herramienta que esta política pública que pretende reflejar una realidad en valores estadísticos, que haga visible la diversidad de infancias que se esconde tras el modelo social hegemónico que contribuye a construir el orden social.

Es preciso agregar que resulta necesario mostrar en valores estadísticos, cuántas niñas, niños y adolescentes trans concurren al colegio y pueden concluir con la trayectoria escolar, habida cuenta de que, en la realidad social palpable, muchas personas adolescentes no binarias son excluidas de sus hogares cuando descubren su subjetividad; la realidad es que no pueden continuar con sus estudios porque tienen que sobrevivir al hambre en la calle. Por ello, las trayectorias escolares difieren, dado que son atravesadas por la edad, el género, la condición social, donde se ve el papel que juegan las instituciones como reproductoras de desigualdades sociales y organización de la vida social en forma jerárquica, en el caso de la escuela, la posibilidad de poseer atributos conseguidos o adscritos como la educación, habilidades y contactos¹⁸.

Según Anette Lareau, considerar las diferencias de clase a la luz de los estándares de las instituciones provee de un vocabulario para comprender la desigualdad. Resalta las maneras en las que los estándares institucionales dan a ciertas personas una ventaja por sobre otras, al tiempo que muestra las formas en que las prácticas culturales en los hogares repercuten de manera también desigual en escenarios extra hogareños¹⁹.

En consideración con lo antedicho, he de destacar que son diversos factores los que influyen en la crianza de las infancias y en la obtención del “capital cultural” en el seno de cada familia, pues inciden la cultura y

¹⁷ Citado en Llobet, Valeria (2020), *Infancias y género*, op. cit.

¹⁸ Llobet, Valeria (2020), *Infancias y género*, op. cit.

¹⁹ Lareau, 2011, citado en Llobet, V. (2015), “Infancia y Desigualdades Sociales. Reseña de *Unequal Childhoods. Class, Race, and Family Life*”, op. cit.

sus manifestaciones, la clase social y las costumbres, hasta las formas de exteriorización del lenguaje, las pautas y directrices para forjar el futuro, además de la conformación de las familias que son diversas, desde la familia nuclear típica hasta las familias monoparentales, monomarentales²⁰, homoparentales, homomarentales, etc., y que en ocasiones y a la luz de las instituciones, van generando desigualdades, en tanto estas poseen un discurso heteronormativo que excluye las diversas manifestaciones que no encajan en el molde social impuesto por el colonialismo hegemónico, y que, analizadas a través de una metodología interseccional, como en el caso de las familias racializadas y ruralizadas, se van conjugando distintos factores de opresión que convergen en una desigualdad estructural que resulta palpable, realidades y necesidades que los discursos hegemónicos reescriben y descontextualizan sus particularidades, convirtiéndolas en necesidades administrativas en contextos institucionales²¹.

En cuanto a la dimensión salud, la política pública refiere a progenitores adolescentes, sin más, habida cuenta de las distintas aristas que deben ser analizadas y volcadas en números a efectos de ser visibilizadas, como ser la salud sexual y reproductiva y la conformación de la identidad de género desde temprana edad. Se destaca la diferencia jerárquica que la política pública realiza entre infancia y adolescencia, pues el campo de la salud abarca aspectos esenciales desde el nacimiento, y los requerimientos específicos como el acceso a la salud y a los recursos de la seguridad social marcan una desigualdad estructural, dado que múltiples factores de opresión se conjugan en diversos casos, tales como la edad, el género, la discapacidad, la ruralidad, la condición social, la raza, y esta política pública carece de esa mirada diversa, lo que da cuenta de la invisibilización de las infancias, en tanto que en los espacios dedicados a la niñez, la sexualidad y la reproducción responsable son no abordables²².

20 Usar políticamente el término “monomarental” es en sí una reivindicación política para visibilizar al millón y medio de familias en las que la figura que se hace cargo de la crianza y educación de los menores es una mujer. Assiego, Violeta (2019), “‘Monomarental’ no es un invento de Pedro Sánchez”, en *elDiario.es*, 28 de marzo de 2019. Disponible en https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/monomarental-invento-pedro-sanchez_129_1625937.html

21 Llobet, Valeria (2020), *Infancias y género, op. cit.*

22 Minujin, Alberto, Capuano, Ana y Llobet, Valeria (2014). “El desafío de la pobreza infantil: Hacia una reconceptualización y medición multidimensional” en *Voces en el Fénix*, 24, pp. 86-93.

Habida cuenta de ello, pareciera ser que los discursos institucionales hegemónicos en relación a los abusos infantiles²³ aún no han podido trascender del ámbito privado, menos aún han podido superar las prácticas culturales donde el Derecho encuentra una laguna legal cuyo abordaje pone en tensión derechos individuales y colectivos²⁴, lo cual no hace más que poner al descubierto las prácticas culturales patriarcales como construcción histórica y política que de inmediato deben ser deconstruidas a través de la ley, en vez de ser analizadas a la luz de los derechos.

V. CONCLUSIONES

Indudablemente, las políticas públicas tienen un doble discurso, en tanto que apuestan a la autonomía progresiva, empero las prácticas distan de instalar en la sociedad experiencias emancipadoras, liberadoras y de desarrollo de una infancia como agencia en su comunidad, pues la discriminación y las desigualdades sociales impiden la participación, el empoderamiento, la autonomía y, en general, el acceso a derechos de niños, niñas y jóvenes²⁵.

En cuanto a la representación de la infancia en América Latina, según lo analizan Paulí Dávila y Luis Naya²⁶, persiste la idea de que los derechos civiles y de participación, que son los que fundamentarían una concepción de las niñas y los niños como sujetos de derecho, no tienen una importancia mayor por parte de los países en tanto se demandan derechos y como contrapartida se describe una infancia necesitada de protección.

²³ En Viedma, provincia de Río Negro, entre el año 2019 y lo que va del 2024 se iniciaron 259 legajos por abuso sexual en los que niños, niñas y adolescentes son víctimas, de los cuales 119 fueron archivados por distintos motivos. Datos extraídos del Sistema Choique.

²⁴ Llobet, V. (2015), "Infancia y Desigualdades Sociales. Reseña de *Unequal Childhoods. Class, Race, and Family Life*", *op. cit.*

²⁵ Llobet, Valeria (2020), *Infancias y género*, *op. cit.*

²⁶ Dávila, Paulí y Naya, Luis M. (2015), "La representación de la infancia en América Latina y el Comité de los Derechos del Niño (1990-2013)", en *Revista Tempo e Argumento*, 7 (14), pp. 48-84.

La política pública y la normativa que intentan garantizar derechos de la infancia tienen una gran contradicción en sí mismas, dado que si bien las niñas y niños pasaron de ser objetos de protección a ser sujetos de derecho con voz propia²⁷ reconfigurando las intervenciones del Estado, sin embargo, con su accionar este continúa teniendo un tratamiento posesivo de la infancia, en tanto no impulsa políticas públicas que fortalezcan a las niñas, niños y adolescentes a través de la educación, la inclusión, el emprendedurismo, y la apropiación de la salud sexual reproductiva, con la consecuente liberación de las formas más aberrantes que viven muchas infancias en distintos contextos²⁸.

De esa forma, la infancia planteada como una construcción social, inserta, entrelazada e involucrada en una trama de instituciones y discursos sociales que la condicionan²⁹, resulta menester ser estudiada como tal, en sustento de cualquier política pública o instrumento legal que pretenda emancipar y garantizar derechos de niños, niñas y adolescentes, dado que la estructura social y las instituciones colocan a la infancia en un lugar de subordinación y la condicionan de diversas formas, por ejemplo, planteando la infancia y la adolescencia desde la pobreza y no desde la perspectiva de potenciales agentes en desarrollo, como personas capaces de ejercer y exigir sus derechos, con creciente capacidad para involucrarse e influir en los procesos de decisión que inciden en su vida y de esa manera construir ciudadanía de y junto a la infancia.

Por ello, con sus particularidades y diferencias culturales, sociales, de capacidades, etc., todos los niños, niñas y adolescentes tienen un horizonte común de igualdad: la ciudadanía. En consecuencia, reviste vital importancia en el planeamiento y quehacer de una política pública del tenor del Observatorio de Derechos de Infancias y Adolescencias, la recontextualización y evaluación de las particularidades en función de las interseccionalidades.

Al respecto, Olena Hankivsky³⁰ señala principios clave en los que se basa la interseccionalidad. Entre ellos menciona que la vida de las

27 Villalta, Carla (2010), "La administración de la infancia en debate. Entre tensiones y reconfiguraciones institucionales", en *Estudios en Antropología Social*, 1 (2) 81-99.

28 Llobet, Valeria (2020), *Infancias y género*, op. cit.

29 Szulc, Andrea (2019), op. cit.

30 Hankivsky, Olena (2014), op. cit.

personas debe ser vista en forma multidimensional, en tanto las realidades vividas están determinadas por diferentes factores y dinámicas sociales que operan juntas y no deben ser vistas como compartimentos estancos; las categorías y estructuras deben ser descubiertas en el proceso de investigación y análisis de los problemas sociales sin establecer ninguna a priori; las relaciones y dinámicas de poder en los procesos sociales (por ejemplo, racismo, clasismo, heterosexismo, capacidad, discriminación por edad, sexismo) están vinculadas y pueden cambiar con el tiempo y ser diferentes según la configuración geográfica; las personas pueden experimentar privilegios y opresión simultáneamente, dependiendo en qué situación o contexto específico se encuentren; una mirada multidimensional que vinculan las experiencias individuales con estructuras y sistemas más amplios son cruciales para revelar cómo se configuran y experimentan las relaciones de poder.

En conclusión, la política pública analizada es un buen inicio a los fines de poner de relieve la necesidad de contar con datos estadísticos como punto de partida en la elaboración y monitoreo de otras políticas públicas, habida cuenta de la importancia de imprimir una perspectiva con enfoque de género dotada de todas aquellas variables necesarias que permitan visibilizar la diversidad de infancias y adolescencias, y en consecuencia, identificar las distintas necesidades y promover diferentes estrategias de abordaje, en miras a garantizar su desarrollo integral como agencias transformadoras de la realidad social, que en pleno ejercicio de la ciudadanía cuenten con todas las herramientas con la finalidad de promover un cambio estructural.

Medidas de protección excepcional de derechos y dictamen de adoptabilidad

La labor del juez¹

LAURA KROTTER*

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la labor de los jueces ante la adopción de medidas de protección excepcional de derechos (en adelante, MEPD) en favor de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA), así como ante la presentación del dictamen de adoptabilidad por parte del Organismo de Protección, con especial referencia a la legislación de la Provincia de Río Negro. Para ello, es imprescindible conocer las razones por las cuales se adoptan las MEPD, cómo es su contralor y quién lo ejerce, y cuáles garantías procesales deben ser garantizadas en ese proceso, de carácter mixto.

De este modo, las situaciones referidas a NNA que habrán de ser separados –inicialmente– provisoria y excepcionalmente de su familia de origen, requerirán de una decisión jurisdiccional centrada en la protección de su mejor interés, que contemple las normas locales, nacionales e internacionales en la materia, y las legítimas.

* Defensora de Menores e Incapaces de la Primera Circunscripción Judicial, Río Negro. Abogada, Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (UNS).

¹ Versión extractada del trabajo final presentado por la autora para obtener su título de Especialista en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia en la Universidad Nacional del Sur.

Para ello se tornará central la actuación de los jueces en la adopción de resoluciones judiciales de control del accionar administrativo, las que deberán ser lo suficiente y correctamente fundamentadas en los hechos y el derecho pertinente. Ello, no solo en el marco del proceso de MEPD, sino en el contexto del proceso de declaración de adoptabilidad, que podrá promoverse a partir del vencimiento del plazo que impone la ley.

El juez deberá recibir las disposiciones administrativas mediante las cuales se dispone la separación temporal del NNA de su grupo de cuidado de origen, a los fines de ejercer su control de legalidad. Una vez vencido el plazo legal, por el que se habilitará la separación, y agotadas las estrategias de seguimiento, acompañamiento y trabajo con la familia de origen y/o referentes afectivos del NNA, recibirá el dictamen de adoptabilidad.

Con ello se iniciará un proceso en el cual los progenitores, el Órgano de Protección, el Defensor de Menores y el Defensor del NNA (o tutor *ad litem*), podrán exponer sus argumentos y realizarán las peticiones para resolver la cuestión de manera definitiva. Este nuevo proceso revestirá enorme trascendencia en la vida de los NNA involucrados y de sus familias, en tanto su resultado podrá determinar la separación definitiva de su núcleo familiar primario y su incorporación a una familia adoptiva.

En base a lo señalado, el objetivo central del ensayo será analizar la actuación del juez en la toma de decisiones, respecto de la legalidad de las MEPD, así como ante la presentación del dictamen de adoptabilidad de un NNA.

II. DESARROLLO

1. Antecedentes y contexto normativo

El análisis de la actuación administrativa y jurisdiccional con relación a los procesos cuyo objeto son las MEPD debe partir del marco convencional que inspiró el Código Civil y Comercial vigente (en adelante, CCyC) con el cual se inserta el derecho privado argentino en el paradigma constitucional convencional (arts. 1º y 2º)².

2 Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel (2016), "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial" en Calvo Costa, Carlos (Dir.), *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires: La Ley, pp. 1215-1229.

Tal fenómeno, identificado como “constitucionalización del derecho privado” “(...) incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y adolescentes expresada en instrumentos internacionales”³, que se constituye en una noción central de la presente elaboración, en virtud del lugar que ellos ocupan en los procesos referidos.

Cabe reiterar la noción de que los NNA “(...) son titulares de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional (en adelante, CN) y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, varios de ellos con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22), a la vez que gozan de derechos específicos por su condición de personas en etapa de crecimiento”⁴.

En consecuencia, tanto la CN como las diferentes normas internacionales fijan obligaciones concretas de los Estados en favor de NNA.

Entre los instrumentos de jerarquía constitucional que estipulan derechos específicos, es posible mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) que dispone que los NNA tienen derecho a medidas de protección (artículo 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) que establece que todo NNA tiene derecho a la protección de su familia, de la sociedad y del Estado (artículo 19) y la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) que reconoce expresamente a los NNA como sujetos de derecho.

El bloque normativo se completa con la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (ley 26.061). En Río Negro, se encuentra vigente la ley 4109 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes⁵.

Estas normas fundamentales se interrelacionan entre sí y garantizan los derechos humanos de los NNA, atendiendo al conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos diversos (Tratados,

3 Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel (2016), *op. cit.*

4 Dirección General de Derechos Humanos, MPF (2018), *Los derechos de niños, niñas y adolescentes Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 – 2017)*, Buenos Aires: MPF, Procuraduría General de la Nación, p. 11. Disponible en <https://www.mpf.gob.ar/dgdh/files/2017/07/ddhh-cuadernillo-7-Derechos-de-ni%C3%B1os-ni%C3%B1as-y-adolescentes.pdf>

5 Reglamentada por decreto provincial 221 del año 2008.

Convenios, Resoluciones y Declaraciones), y a partir de las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales⁶.

Se desprende de ellos, como principio rector de actuación y como criterio interpretativo, el de “interés superior del niño”, herramienta de análisis e idea directriz, que se impone en la totalidad de las intervenciones estatales, cubriéndolas con su impronta y operatividad.

Cabe recordar que la doctrina vigente de protección, cuyo instrumento normativo central es la CDN, ha sido construida al avanzar sobre las nociones de la “doctrina de la situación irregular”, desplazándola y colocando el foco en la noción de Protección Integral.

Esta doctrina legitimó un accionar indiscriminado sobre los NNA, al centrar su mirada –principalmente– en una infancia pobre, tradicionalmente excluida de las formas convencionales de socialización, como la familia y la escuela, que privilegiaron la institucionalización y/o el control, por sobre la diagramación de políticas públicas de protección y de cuidado de la niñez y de la adolescencia.

La CDN produjo –al menos, desde su letra– un cambio profundo en los conceptos a partir de los cuales se impusieron nuevos valores y cuidados con relación a la infancia- adolescencia, dando inicio a un proceso de consolidación de los mismos, al tiempo que se presentó una progresiva cimentación internacional de los derechos humanos.

De este modo, la Convención impuso la noción de protección integral así como también la garantía de acceso a los derechos que esta contempla, a la totalidad del universo infancia-adolescencia.

Así, puede afirmarse que en la actualidad existe una tutela reforzada de derechos de la que gozan las personas menores de edad.⁷

La doctrina de protección vigente parte de la concepción de los NNA como personas titulares de los mismos derechos que los adultos, más un “plus” por su sola condición de ser personas en desarrollo. Es por ello que

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2008), “La Infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, 2da. Edición; OE/Ser. L.N/11.133, doc.34, 29/10/2008, párr. 39.

7 Fernández, Silvia (2015), “Vulnerabilidad, infancia y protección especial. Sobre la especificación de derechos humanos fundamentales como tutela reforzada de protección”, en Fernández, Silvia (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 63-84.

se establece la responsabilidad gubernamental en el control y garantía de los derechos, a través de la formulación y ejecución de las políticas públicas⁸.

2. Parámetros internacionales con relación al derecho de los NNA a vivir en familia

Las convenciones internacionales priorizan el derecho de los niños y adolescentes a permanecer y ser criados por su familia de origen. En tal sentido se encuentra el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, y sus artículos 5, 7.1, 8.1 y 18. En similar sentido, se encuentra el 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, esa premisa no es absoluta. El art. 9 de la CDN establece que

Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en aquellos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Los artículos 19 y 20 de la Convención establecen la protección de los NNA contra toda forma de “(...) abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación (...) mientras se encuentren bajo la custodia de los padres (...)”, agregando que los NNA solo podrán ser privados permanentemente de su medio familiar cuando su “(...) superior interés exija que no permanezcan en ese medio (...)”, debiendo garantizar “(...) otros tipos de cuidado para esos niños”.

En tal sentido, la Corte IDH ha establecido de manera expresa que,

⁸ Vaca Narvaja, Tania (2012), “Capítulo 4. El cambio de paradigma en el marco legal vigente”, en Danieli, María Eugenia (Comp.), *Sistemas de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes: recorridos y perspectivas desde el Estado y la sociedad civil*, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 96. Disponible en https://www.unc.edu.ar/sites/default/files/Libro_sistemasdeproteccion.pdf

(...) el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño debe permanecer en él, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de su familia. La excepcionalidad de la separación familiar encuentra su razón de ser en el hecho de que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de la misma⁹.

El estándar de excepcionalidad de las medidas de separación y la trascendencia de las prácticas de prevención se encuentra expresamente señalado en las Directrices sobre modalidades alternativas de cuidado de los niños, incorporadas como Anexo a la resolución de la Asamblea de Naciones Unidas 64/142, del 42 de febrero de 2010, adoptadas en el XX aniversario de la CDN, de inestimable valor como guía interpretativa¹⁰ en este marco de análisis.

3. El Sistema de Protección de Derechos de NNA

a. *Qué es y cómo interviene*

La Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes N°26.061 –y las leyes provinciales, como la ley 4109 de Río Negro–, contempla la noción de los NNA como sujetos de derechos a quienes deben serle brindadas respuestas estatales ante situaciones de vulneración y/o exposición a situaciones de riesgo. Ello impone a los Estados la implementación y aplicación de estrategias que permitan atender, revertir y prevenir tales situaciones. De ese modo, se organiza un sistema que se asienta sobre distintos niveles de actuación material y territorial,

⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa (2011), “Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”, en Sup. Const-2011 (noviembre), 20, LA LEY 2011-F, p. 225.

¹⁰ Murganti, Ana (2021), “Estándares internacionales sobre el derecho de las niñas y los niños a no ser arbitrariamente separados de sus padres” en Fernández, Silvia (Dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, 2° Ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 701-725.

con interacciones y responsabilidades diferenciadas para cada uno de ellos.

Esta norma es la base del sistema de protección, que sienta un piso mínimo en el nivel federal, en consonancia con el art. 75 Inc. 23 CN. Las legislaciones provinciales pueden maximizar, superar o adicionar un “plus” protectorio de las infancias y adolescencias, siempre que se respeten los lineamientos básicos fijados por esta ley¹¹.

El “Sistema de Promoción y Protección Integral de Derechos” ha sido definido como un conjunto de organismos (administrativos y judiciales), entidades y servicios que coordinan, ejecutan y controlan las políticas públicas en materia de infancia, con la finalidad de brindar una adecuada protección a los derechos de los niños y asegurar su pleno disfrute.¹²

El CCyC comentado lo define como el conjunto de garantías y procedimientos destinados al ejercicio de la mayor cantidad de derechos posibles por parte de los NNA, en todos los ámbitos en que se desarrollen, que deben ser garantizados por la familia, la comunidad y el Estado¹³.

Ello, en tanto que,

(...) la natural condición de dependencia de la infancia, hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos. De este modo las personas que transitan por esa época fundacional de la vida, son acreedoras de un resguardo intenso y diferencial por razón de

11 Confr. Fernández, Silvia E. (2008), “Sistema de protección integral de la niñez en la Provincia de Buenos Aires. La reformulación de roles de los poderes administrativo y judicial a partir de las leyes 13.298, 13.634 y decretos reglamentarios 300/05 y 44/07”, en *Jurisprudencia Argentina Buenos Aires*, Buenos Aires: Thompson Reuters – La Ley, pp. 341-354..

12 Pellegrini, María Victoria (2010), “Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el judicial”, en Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Instituto de Estudios Judiciales, *Temas clave en materia de protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires: UNICEF, p. 114, en expresa referencia al sistema de protección de la Provincia de Buenos Aires.

13 Confr. Carmelo, Gustavo; Herrera, Marisa y Picasso, Sebastián (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 1°ed., T.II, Buenos Aires: Infojus.

su edad y de las variables de indefensión que las afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución.¹⁴

b. Medidas integrales y excepcionales de protección

Este sistema –independientemente de cuál sea la provincia en la que opere– contempla dos tipos de medidas: las medidas de protección integral de derechos y las medidas de protección excepcional de derechos. Ambas son esencialmente de actuación e implementación administrativa y tienen por finalidad la preservación o restitución del disfrute y el ejercicio de los derechos de los NNA, que hubieran sido vulnerados o se encontraban en riesgo cierto de serlo.

Las medidas de protección integral deben implementarse ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varios NNA, con el objetivo de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

En tal sentido, se afirma que las medidas de protección integral

son el principal recurso jurídico del sistema para garantizar los derechos (.) de unx o varixs NA en forma individualizada, ante la denuncia de una situación particular de amenaza y/o vulneración de derechos que puede provenir de la acción u omisión de distintos tipos de sujetos. Entre ellos puede encontrarse a órganos del Estado, organizaciones de la sociedad civil, progenitores, miembros de las familias, representantes legales, otros particulares o, incluso, la propia conducta de lxs NA. Se trata de aquellas medidas que tienen la finalidad de preservar, restituir y/o reparar el ejercicio y goce de estos derechos, así como las consecuencias de vulneraciones ocasionadas, y son competencia de los organismos administrativos locales de protección, sin intervención del poder judicial en el marco del estándar de desjudicialización de la pobreza y el acceso a derechos¹⁵.

¹⁴ Dictamen de la Procuración en C.S.J.N M.D.H c/M.B.M.F. - M. 2311L. XII 29/4/08.

¹⁵ Herrera, Marisa y Villalta Carla (Dir.) (2020), *El sistema de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, Azul: Del Azul, p. 106. Disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/07/2021-El-sistema-de-proteccion-integral-de-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes-Herrera-M.-Salituri-Amezcu-M..pdf>

Por su parte, la ley 4109 define a las medidas de protección de derechos como “aquellas que adopta el Estado provincial a través de sus órganos de competencia, cuando son amenazados, suprimidos o violados los derechos de niñas, niños y adolescentes” (art. 36).

Asimismo, el decreto reglamentario 221/2008 expresa que “(...) se entiende por graves dificultades en el seno familiar, cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental del niño, niña o adolescente y/o cuando el mismo sea víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes”.

En el caso de la Provincia de Río Negro, la ley 4109 no delimita expresamente la existencia de dos tipos de medidas, aun cuando del enunciado general que realiza el art. 33 puede determinarse con claridad las que pertenecen a cada una de las clases detalladas, en consonancia con la ley nacional.

Para Marisa Herrera,

Las medidas de protección de derechos son las de mayor importancia dentro del sistema de protección integral dado el carácter preventivo que presentan, las políticas de fortalecimiento familiar son medulares. Ellas constituyen uno de los principales objetivos que imponen los derechos humanos de NA vinculados de manera directa con la protección y preservación de los vínculos familiares (conf. art. 7o, ley 26.061).¹⁶

En este sentido afirma que esas medidas son todas

(...) aquellas tendientes a satisfacer derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran violados, los cuales deben ser restituidos mediante diferentes acciones positivas y que, básicamente, involucran decisiones de política pública que tienden, en definitiva, a lograr el fortalecimiento familiar. Así, si el conflicto es de índole social, le cabe al Estado a través de su poder administrador intervenir de manera primordial.¹⁷

¹⁶ Herrera, Marisa (2019), “Políticas neoliberales, derechos sociales y derechos de infancia. Perspectiva crítica a treinta años de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2019 (91 Sep.), pp. 5-37.

¹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera Marisa y Lloveras, Nora (2019), *Tratado de Derecho de Familia*, T. III, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 22-23.

Es decir, el Estado, a través del poder ejecutivo, debe adoptar las medidas apropiadas con el fin de que los progenitores y/u otras personas encargadas del cuidado de los NNA puedan cumplir sus responsabilidades a partir de la implementación de las acciones preventivas de todo tipo y/o de asistencia directa, tendientes a mantener a los NNA en sus núcleos de referencia social primaria.

En ese sentido se ha señalado que se “(...) apuntó a volcar en el Poder Ejecutivo la responsabilidad de programar y desempeñar políticas activas que sean capaces no solo de satisfacer derechos, sino también de prevenir otras conflictividades en la infancia”.¹⁸

Esta mirada sobre el protagonismo y relevancia de las medidas de protección integral tiene un soporte internacional. La CIDH

entiende que la mejor manera de responder a los fenómenos y problemáticas que afectan a la niñez es a través de políticas públicas que tengan un carácter integral, holístico y sistémico, que tomen en consideración las diversas causas estructurales y sus interconexiones. Las intervenciones deben trabajar necesariamente en una doble dimensión, por un lado mitigar los factores de riesgo y, por el otro, reforzar los factores protectores que existen e inciden en los NNA. La mayoría de estos fenómenos tienen afectaciones sobre varios derechos, lo que implica una respuesta articulada desde diversos sectores.¹⁹

Asimismo, la Comisión IDH ha señalado que:

(...) el Estado debe crear y adaptar toda su institucionalidad y el aparato estatal para estar en condiciones de poder proteger, respetar y garantizar adecuadamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes. (...) La aproximación holística e integral que demanda la CDN hacia los derechos de los NNA, sus realidades y respecto de las condiciones necesarias para el efectivo disfrute de sus derechos, requiere articular un modelo sistémico que conecte y vincule

18 Juzgado de Paz de Las Flores (Departamento Judicial Azul), 21/01/2021 Partes: D. R. S. s/ Protección contra la violencia familiar ley 12569 y su acumulado Publicado en: La Ley Online; Cita: TR LALEY AR/JUR/168/2021.

19 Vittola, Leonardo R. (2021), “El cruce entre el sistema de protección integral y los procesos de violencia familiar. Separación de niños y niñas. Causas y contextos”, en Fernández, Silvia (Dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, 2° Ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp.727-756.

a todos los sectores involucrados en temas relativos a la niñez y a todos los niveles territoriales del Estado.²⁰

Es posible señalar como característica de estas medidas, su nota de provisoriedad. En relación con ello, Gil Domínguez, Famá y Herrera refieren que

(...) las medidas de protección constituyen un medio para restituir o satisfacer derechos, así como para contrarrestar una falencia o carencia determinada y que, una vez sorteada esta dificultad, los niños y sus familias deberían recuperar su autonomía o independencia para continuar avanzando por sí solos, intentando que sean una solución a determinado conflicto y no una muleta de por vida de los niños, adolescentes y sus familias.²¹

Por otra parte, el art. 39 de la ley marco hace referencia a las medidas excepcionales de protección, como lo son aquellas que se adoptan cuando los NNA estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen por objetivo la conservación y recuperación del ejercicio y goce de los derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas han sido diagramadas para una duración limitada en el tiempo, mientras persistan las causas que le dieron origen.

Cabe mencionar que el primer párrafo del art. 39 del decreto reglamentario 415/2006 ahonda en la estructura conceptual que se vincula con el interés superior del NNA para exigir “su separación o no permanencia en el medio familiar”, afirmando que será adecuado frente a “(...) circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente y/o cuando el mismo fuere víctima de abuso o maltrato por parte de sus padres o convivientes y no resultare posible o procedente la exclusión del hogar de aquella persona que causare el

²⁰ 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, pp. 51-52, párrs. 99 y 100.

²¹ Gil Domínguez, Andrés; Fama María Victoria y Herrera Marisa (2007), *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia, Comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires: Ediar, p. 570.

daño”²². En este sentido, cabe afirmar que, ante situaciones de desamparo, las que comprenden tanto el abandono material como el espiritual –es decir, aquellas situaciones en que el NNA no está protegido como necesita en esa etapa de su vida–,²³ es posible avanzar en la adopción de estas medidas.

Tales medidas deben contar con control judicial y pueden derivar en la incorporación permanente del NNA a un grupo familiar que no sea el de origen. En tal sentido, revisten una mayor gravedad, y es por eso que la ley impone la doble intervención administrativa-judicial que se ha mencionado, siendo este último el organismo el que controla su legalidad. Estas habilitan la posibilidad de determinar la separación del NNA de su grupo familiar de origen y su inserción temporal en algún dispositivo alternativo, familiar²⁴ o institucional.

Esta etapa puede ser la antesala de la adopción, previo a atravesar el correspondiente proceso sobre la declaración de la situación de adoptabilidad.²⁵

22 Comparto que “La aclaración conceptual es loable en tanto persigue evitar prácticas administrativas o judiciales revictimizantes (en particular, frente a la violencia familiar), mediante las cuales, sin adoptarse las medidas necesarias para garantizar el alejamiento efectivo del agresor, el NA es quien termine separado de su grupo familiar”. V. Famá, María Victoria; Gil Domínguez, Andrés y Herrera, Marisa (2007), “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, en *La Ley*, LL 29/06/2007.

23 Confr. Medina, Graciela, citando a Lloveras, Nora (1994) en *La adopción: régimen legal argentino, derecho comparado, proyectos de reforma*, tomo II, Buenos Aires: De Palma, p. 41/43.

24 En consonancia con la doctrina de la protección integral emergente de la CDN, el decreto N° 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, define al medio familiar en su art. 7 en sentido amplio, como familia o núcleo familiar, grupo familiar, grupo familiar de origen, medio familiar comunitario y familia ampliada la que, además de los progenitores, está conformada por las personas vinculadas a las niñas, niños y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada (...).

25 De la Torre, Natalia (2015), en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo IV, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 92-95.

Por otra parte, es necesario advertir que la ley 26.061 –así como la ley 4109²⁶ y el Código Procesal de Familia de Río Negro (en adelante, CPFRN)²⁷–, expresamente señalan la necesidad de una fundamentación suficiente de las causas que habilitan la implementación de una MEPD, la determinación de su objeto y finalidad, y la acreditación de su excepcionalidad.

Por otra parte, el art. 41 de la ley nacional sostiene que las medidas excepcionales deben tender a la permanencia temporal del NNA en ámbitos familiares considerados alternativos, a través de la búsqueda e individualización de miembros de la familia ampliada, referentes comunitarios y/o afectivos; en el marco de la definición amplia de familia que pregona el art. 7 inc. a) del decreto reglamentario 415/2006.

De modo subsidiario, se faculta –de forma excepcional– a recurrir a una modalidad de convivencia alternativa al grupo familiar.

En este marco, la totalidad de la información debe estar plasmada en el acto/disposición administrativa que debe ser presentada por parte del Organismo de Protección, ante el juez competente.

c. *Fundamento y contenido de la Disposición Administrativa*

En el CPFRN se señala expresamente que el acto administrativo debe estar jurídicamente fundado en la situación de alta vulnerabilidad y riesgo de los NNA. En tal sentido, se deberá detallar la situación, así como acreditar el agotamiento de otras medidas menos graves que den cuenta de las intervenciones anteriores llevadas a cabo y los resultados logrados. Asimismo, se deberá determinar la duración de la medida, explicar las

²⁶ Y de ello, es indudable la conclusión de que se encuentra sin dudas en cabeza del organismo proteccional, la función de adoptar “medidas legislativas, administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos a niñas, niños y adolescentes a través de normas jurídicas operativas. Las medidas de efectivización de derechos comprenden las de acción positiva que garantizan la igualdad real de oportunidades, de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales vigentes, la Constitución de la Provincia de Río Negro y la legislación nacional”, por lo que verificada la amenaza o violación de los derechos establecidos en la norma, se podrán estipular, medidas proteccionales y específicas, como forma activa de resguardo a los NNy/oA que así lo requieran.

²⁷ Art. 161.

estrategias de abordaje, la periodicidad y la metodología de evaluación de los resultados.

Principalmente, más allá de las citaciones, notificaciones, reuniones, y entrevistas mantenidas por parte del personal del Organismo de Protección con el grupo de cuidado de origen, se considera relevante la necesidad de determinar con precisión los recursos públicos que han sido ofrecidos al NNA y a su familia.

Asimismo, se deberán presentar los acuerdos que se intentaron alcanzar/implementar para sostener las medidas de protección integrales y deberán presentarse las articulaciones interinstitucionales realizadas por los profesionales intervinientes con las áreas de la política pública, a efectos de que se adopten acciones concretas desde los ámbitos de salud, educación, vivienda, etc., así como su resultado.

Por otra parte, deberá determinarse el grupo familiar ampliado, solidario y/o institución que será quien albergue al NNA, así como el detalle de las estrategias de intervención a futuro sobre las que se trabajará, con el fin de lograr la restitución/reparación de derechos vulnerados. Además, se deberá definir en qué aspectos se le brindará acompañamiento al NNA y al grupo familiar para lograr el objetivo propuesto por la MEPD, y mencionar qué tipo de compromisos se requieren de otras áreas estatales, y dar cuenta de su responsabilidad y participación.

Con relación a ello, cabe mencionar que

Las acciones deben estar enmarcadas en programas sujetos a evaluación y control en cada caso concreto, de manera que se evite la improvisación sobre la marcha del caso. Solo en aquellos casos en que se ha cumplido con las opciones previstas legalmente resulta legítimo que el organismo proteccional determine algunas de las medidas excepcionales de protección²⁸.

Resulta necesario señalar desde el punto de vista de buena práctica, que la Disposición deberá presentar una enumeración de los recursos públicos, a los que se recurrirá para atender las necesidades del grupo familiar, además de una descripción concreta de las conductas de las personas del

²⁸ Confr. Custet Llambí, María R. (2013), "Medidas excepcionales de protección a la luz del debido proceso", en *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013 (61 Sep.), pp. 1-12.

grupo cuidador que se pretenden modificar. En ese sentido, cabe destacar que los recursos estatales deberán ser gestionados por el Organismo de Protección y, eventualmente, exigir su cumplimiento por vías administrativas o presentaciones judiciales.

d. Ámbitos de actuación

En base a lo señalado, es posible afirmar que el Sistema de Protección de Derechos apunta inicialmente a la desjudicialización de aquellas cuestiones que –previo a la legislación vigente– se tramitaban exclusivamente ante la justicia, en la inteligencia de que algunas situaciones que afectan a NNA no tendrían que dirimirse en el ámbito más coactivo del Estado, sino en otro, que resulte preventivo y reparador, como lo es el poder administrador.

Precisamente, con ese objeto, la ley instituyó un régimen de protección integral de naturaleza administrativo-judicial, según el cual el órgano administrativo titulariza facultades tuitivas que, si bien no son definitivas, rigen mientras el órgano jurisdiccional ejerce un control de revisión amplio, suficiente y definitivo.²⁹

De ese modo, se establece que

(...) un mecanismo administrativo-judicial de protección de los derechos de los niños (...) En tal sentido la normativa local reconoce dos momentos diferentes en la intervención estatal destinada a adoptar medidas de protección que impliquen la separación del niño de su familia: un primer momento, en el que interviene el órgano administrativo -con contralor judicial- y un segundo momento, estrictamente judicial -una vez vencidos los plazos previstos para la vigencia de la medida de protección (...).³⁰

²⁹ Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria, Herrera, Marisa (2007), *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho Constitucional de Familia, Comentada, anotada y concordada, op. cit.*, pp. 585 y 594.

³⁰ SCBA, 14/02/2023, "M.B.X. Y A.M. S/abrigo", cita online TR LALEY AR/JUR/40487/2023.

e. *Control judicial*

El organismo administrativo somete a control judicial las alternativas de resguardo que decide adoptar, debiendo dicho proceso presentar carácter bilateral y contradictorio, aun cuando no sea la postura procesal de los progenitores o cuidadores, ni de los NNA involucrados. Cabe recordar que, ante tales procesos judiciales de contralor, deben someterse solamente las MEPD, quedando las medidas integrales de protección bajo la exclusiva órbita de actuación ejecutiva, conllevando ello el pleno respeto a la vida privada libre de injerencias indebidas, así como a la intimidad del grupo familiar.

Por otra parte, debe mencionarse expresamente que los jueces no se encuentran facultados para adoptar una MEPD –aún ante situaciones de extrema gravedad– siendo ello facultad exclusiva del órgano administrativo, debiendo limitarse los magistrados al control de legalidad de las medidas adoptadas. Tal premisa, cabe resaltar, se sostiene –incluso– ante situaciones en las que se advierta la pertinencia o necesidad de adopción de una MEPD y en que el organismo no cumpla con esa manda legal, extremo que ha sido extensamente analizado por el STJRN en el Fallo G., A. -S. Ley 4109 (Expte. 11912-16) S / Incidente Art. 250 Cpcc (F) S/ Casacion³¹, del 12 de octubre de 2018.

El precedente adquiere relevancia en tanto determina con claridad los límites de actuación de cada esfera estatal interviniente. En él se señala que el régimen de protección de NNA es de naturaleza mixta, administrativa-judicial, “(...) en tanto el Poder Administrador titulariza facultades para adoptar medidas tuitivas que son revisables y el Poder Judicial ejerce sobre ellas un control suficiente, definitivo y amplio. La Administración está constitucionalmente habilitada para pronunciarse prima facie (no definitiva) y los Jueces están constitucionalmente facultados a tener la última palabra, pero no la única decisión”³².

El propósito es brindar un adecuado resguardo a los adultos y NNA involucrados, ante la posible afectación de sus derechos, con el fin de

³¹ G., A. -S. Ley 4109 (Expte. 11912-16) S/Incidente Art. 250 Cpcc (F) S/Casación (Expte. N° 29609/17-STJ-), Se. 77

³² STJ, Fallo G., A. -S. Ley 4109 (Expte. 11912-16) S / Incidente Art. 250 Cpcc (F) S/ Casacion#, 12 de octubre de 2018.

que –especialmente estos últimos– no se vean expuestos a nuevas vulneraciones (distintas a las de la convivencia familiar), en el marco del mismo proceso que tiene como objetivo protegerlos.

De este modo, la finalidad de la intervención del Organismo de Protección es la efectiva protección de los derechos de los NNA que pudieran encontrarse vulnerados y/o en riesgo de ello, en tanto su familia de origen o cuidadores no logran garantizarlos o tienen dificultades para asegurarlos. El organismo, por ser un ámbito dependiente del poder ejecutivo, posee amplias facultades de intervención y acción. A los fines de equilibrar y controlar esa amplia facultad de acción, las MEPD que adopta deben ser sometidas al control de legalidad por parte del poder judicial, en el marco de procesos que se encuentran sustentados en el sistema normativo, tanto convencional, como nacional y provincial.

En ese contexto, una vez adoptada la MEPD, las propuestas, sugerencias y conclusiones técnicas vertidas por el Organismo de Protección no son vinculantes para el juez, quien puede ordenar su aclaración, modificación, y profundización, al desprenderse de ello un verdadero sistema de contrapesos.

En síntesis, el juez asume un rol activo en el efectivo contralor de la legalidad de la Disposición Administrativa, y dirige, controla y ordena al Organismo de Protección en el cumplimiento de los compromisos legales que le caben.

f. *Aspectos característicos de las Disposiciones Administrativas sujetas a control judicial*

Las disposiciones administrativas que plasman y adoptan las MEPD deben revestir formalidad, en tanto que deben cumplir con los requisitos legales que hacen a su conformación, siendo este uno de los extremos en los que se centra el mencionado contralor.

Estas constituyen decisiones de gobierno que tienen un efecto en la vida de los administrados –NNA y sus familias/cuidadores– y que gozan de presunción de legalidad, así como de la ejecutoriedad propia de ese ámbito de actuación estatal³³.

³³ Famá, María Victoria; Gil Domínguez, Andrés y Herrera, Marisa (2007), “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección integral de los derechos de niñas,

De este modo el formalismo apuntado no es vacío, en tanto dicho control tiene por finalidad garantizar la preservación o restitución a los NNA del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias, así como de su derecho a vivir en familia.³⁴

Asimismo, debe velarse por el respeto a los principios procesales de seguridad jurídica, bilateralidad, igualdad de armas, primacía de la verdad objetiva, preclusión de etapas, posibilidad de recurrir las decisiones, acceso a la defensa técnica, todo lo cual conlleva a brindar un servicio de justicia eficiente, eficaz, respetuoso de los derechos humanos, y de ese modo eliminar instancias recursivas extemporáneas y la prolongación desmesurada de la definición del caso³⁵.

Por ello corresponde al juez:

(...) ejercer un control judicial de oficio sobre los siguientes puntos: a) que se haya probado que se agotaron todas las medidas de protección posibles sin un resultado positivo; b) que la medida adoptada guarda una relación proporcional con el caso concreto, c) que la medida adoptada es la más idónea de todas las disponibles y d) que la medida adoptada conlleva más beneficios que perjuicios al sistema de derechos en general.³⁶

En otras palabras, el control de legalidad constituye una instancia de revisión posterior, en que la autoridad judicial verifica un conjunto de pautas de aplicación como, por ejemplo:

- a) la subsidiariedad, esto es, el agotamiento de las todas las medidas de protección posible sin resultado positivo;

niños y adolescentes”, *op. cit.*

³⁴ Confr. art. 158 CPF.

³⁵ Confr. Fernández, Angela G. y Caride, Esteban, “Análisis crítico del ‘control de legalidad’”, en *Derecho de Familia: Doctrina*, 109 (may. 2023), p. 8-21.

³⁶ Raffo, Pablo E. (2015), “El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos” en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (Dir.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia*, Buenos Aires: Infojus, con cita de Famá, María Victoria; Gil Domínguez, Andrés; Herrera, Marisa (2007), “Las medidas excepcionales previstas en la Ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, *op. cit.*

- b) la proporcionalidad o que la separación familiar guarda una relación equilibrada con la conculcación de derechos que observa el caso concreto; y
- c) la idoneidad, es decir, que la medida es la más apropiada de todas las posibles; todo lo cual, no puede dejar a un lado en el contexto y trama en la que tal “legalidad” se discute ³⁷

Cabe resaltar que el juez no debe limitarse a declarar formal y automáticamente la legalidad de las medidas excepcionales dispuestas por el OP, sino que está facultado y debe disponer inmediatamente de aquellas otras, que le aseguren la indagación de las causas de la problemática familiar³⁸ y/o las que entienda que efectivamente permitirán concretar el mejor interés de los NNA parte.

La posibilidad de advertir la ausencia de evaluación del grupo familiar ampliado, las malas condiciones edilicias en los espacios de alojamiento alternativo, la presencia de situaciones de riesgo y/o la vulneración de derechos en los espacios de albergue alternativo, así como la falta de o respeto a la vida de los NNA para la búsqueda de residencias alternativas (si ello fuera posible), o la ausencia de justificación de adopción de la MEPD, son causales suficientes que habilitan la declaración de ilegalidad de la Disposición presentada, por ser extremos que se alejan con claridad de la mirada protectoria que debe imperar.

g. Procedimiento previo a la resolución judicial

Resulta relevante mencionar aquí el procedimiento específico que señala el CPFRN, previo a la resolución judicial de legalidad. En este sentido el Código impone al juez la obligación de citar a audiencia a los progenitores y a los NNA involucrados³⁹.

³⁷ Sala II Cámara de Neuquén, 7/05/2019, “M. Z. S. I. S/ Medida de protección excepcional de niños y adolescentes”, disponible en <http://200.70.33.133/cmoeext.nsf/1f69a95ddf04904032579df0055f4b6/95fd012530d362fe0325842c0054aab7?OpenDocument>

³⁸ Confr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II (CCivComAzul) (Salall), Fecha: 05/09/2017, Partes: D. S., M. s/ abrigo, Publicado en: La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/103011/2017.

³⁹ Art. 40. Ley 26.031 y art. XX CPFRN

Debe resaltarse con relación con este acto, que los NNA no solo tienen el derecho a emitir su opinión, y que esta sea tenida en cuenta, sino que –además– el Comité de Derechos del Niño ha señalado que, en el caso que se vulneren los procedimientos judiciales y administrativos, se debe reconocer el derecho del niño a ser escuchado, a tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia, que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos.⁴⁰ Cabe resaltar que Río Negro aprobó recientemente, mediante Acordada 03/2023, la Guía de escucha para la niñez y adolescencia, instrumento que pretende ajustar las prácticas a las mandas convencionales.

Debe mencionarse que, ante la imposibilidad de notificar a uno o ambos progenitores sobre el inicio del trámite y la fijación de la audiencia, la ley 26.061 no prevé la designación de un defensor de ausentes que vele por sus intereses. Tampoco ha sido previsto por la ley 4109, ni por el CPF. Ante ello, se reconoce la necesidad de garantizar la defensa en juicio y el acceso material a la justicia de los progenitores/responsables del NNA. Asimismo, resulta necesario garantizar la legalidad del procedimiento y el análisis realizado por el que se concluye el agotamiento del contexto familiar, y considerando la situación de vulnerabilidad en la que –posiblemente– se encuentren. Por ello, se considera adecuada la intervención, al menos inicialmente, de un defensor oficial en su rol de defensor de ausentes, hasta tanto aquellos sean ubicados y citados a estar a derecho.⁴¹

Se destaca que el CPFRN establece el plazo de 24 horas desde la adopción de la MEPD para la presentación de la Disposición Administrativa por parte del Organismo de Protección ante el juez que corresponda, junto con una copia de un informe técnico y otros documentos que acrediten los vínculos filiatorios invocados y los antecedentes de la situación⁴².

En el caso de que no se encuentre expresamente contemplado, rige el mismo plazo en el que se debe prorrogar la MEPD para la presentación de la Disposición que lo justifique y requiera.

⁴⁰ Comité de los Derechos del Niño, OG N° 12, Apart. 47. Disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

⁴¹ Confr. Fernández, Ángela G. y Caride, Esteban, *op. cit.*, p. 13.

⁴² Art. 161.

III. FRACASO DE ACCIONES IMPLEMENTADAS EN EL MARCO DE LA MEPD

1. Presentación del dictamen de adoptabilidad

En base a lo planteado precedentemente, si bien se afirma que desde las MEPD debe brindarse la asistencia necesaria para que los descendientes se desarrollen y crezcan en su familia biológica⁴³, al mismo tiempo se establece que cuando ello no sea posible, se abre paso a la declaración del NNA en situación de adoptabilidad. De ese modo culmina una etapa a partir de la cual se define si el NNA está en condiciones de ser adoptado, esto es, si su derecho de vivir en familia se verá efectivizado en la medida que se inserte en otro grupo familiar diferente al de origen.⁴⁴

En tal sentido, de advertir el Organismo de Protección que en el contexto fáctico en el que se encuentran los NNA bajo MEPD se mantiene inalterable la situación de vulnerabilidad y la imposibilidad de los progenitores, familia de origen o referentes afectivos, de asegurar el cuidado y protección, sin verificarse un resultado positivo derivado de las medidas implementadas, tendientes a concretar el fortalecimiento del grupo familiar en el plazo legal destinado a ello, se encontrarán acreditados los requisitos para la confección y presentación del dictamen de declaración de adoptabilidad de los NNA⁴⁵ en cuestión, y solicitar al juez interviniente que resuelva en consecuencia.

El mismo debe describir con detalle la labor interdisciplinaria llevada a cabo por el Organismo de Protección a lo largo del tiempo, el despliegue de medidas de protección integral previas que se propusieron contribuir al desarrollo de las habilidades de la familia de origen, cuidadores y/o referentes afectivos, las estrategias adoptadas a efectos de promover, facilitar,

⁴³ Confr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, C.121,569, "R.M. Y otros Abrigo", 11/04/2018; C.123,266 "C.,J. A. Declaración de situación de adoptabilidad y Guarda preadoptiva", 20/08/21.

⁴⁴ Herrera, Marisa (2015) en Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, op. cit., p. 85.

⁴⁵ Es imprescindible, previo a ello, contar con la opinión del NNA parte. El CCyC indica que el NNA deberá prestar su consentimiento para ser adoptado a partir de sus 10 años de edad.

vincular, asistir y acompañar al grupo familiar, etc. Es decir, deben conocerse las acciones positivas implementadas por el Estado (en su totalidad), con el fin de garantizar un abordaje a partir de prácticas planificadas, sostenidas, informadas y pertinentes.

Entonces, de ello debe ser posible advertir que durante la intervención se han brindado todos los recursos necesarios para sostener y efectivizar el “acompañamiento” al grupo familiar que se consideró, no pudiendo –de modo alguno– concluirse que se han escatimado recursos y/o estrategias, en el marco de dicho accionar.

De este modo, la presentación del dictamen que da inicio al proceso implica que el Organismo de Protección establece un corte en su intervención; que significa que finalizó la etapa dirigida al fortalecimiento de la familia de origen o ampliada, por encontrarse agotadas todas las posibilidades para ello y se concluyó que el agotamiento de dicha instancia en tanto se han agotado todas las posibilidades para ello. Así, no ha sido posible revertir las causales que motivaron la adopción de la MEPD o, al menos, no en el nivel que requiere el NNA conforme a sus necesidades y en pos de efectivizar su cuidado y resguardo de manera definitiva.

Cabe mencionar que el dictamen debe ser comunicado al juez dentro del plazo de 24 horas, conforme lo establece el CCyC.

2. Proceso de declaración de adoptabilidad

La presentación del dictamen mencionado da inicio al proceso de declaración de adoptabilidad. Es un proceso regulado por el CCyC en su art. 607 Inc. c) que puede ser definido como

(...) un procedimiento que investiga si entre determinada persona y su familia biológica se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto de y en la vida familiar. Su fundamento es de orden constitucional, pues se apoya en la preeminencia que tiene la familia de origen para la crianza y desarrollo de los niños nacidos en su seno⁴⁶.

⁴⁶ Confr. González de Vicel Mariela, comentario al art. 607 en Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Coord.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Tomo 1, Buenos Aires: Infojus, p. 87.

El art. 608 del CCyC señala que en el proceso intervienen con carácter de parte, el NNA, en caso de que tenga edad y grado de madurez suficiente, quien puede comparecer con asistencia letrada, los padres u otros representantes legales del NNA, el organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial y el Ministerio Público. El juez también puede escuchar a los familiares y otros referentes afectivos.

El juez es quien debe controlar y dirigir el proceso con el fin de formar su convicción. Para ello dispone de los informes elaborados por los profesionales del organismo de protección, como así también puede ordenar a los equipos técnicos/cuerpos de investigación del propio ámbito jurisdiccional la confección de los informes/evaluaciones que le permitan profundizar la información sobre la situación vigente. Más allá de estas posibilidades con las que cuenta, no debe pensarse que ello reemplaza la mirada administrativa, por el contrario, permite corroborar sus apreciaciones, relativizarlas o descartarlas, en tanto los informes del efector ejecutivo no resultan vinculantes para el juez, quien puede alejarse de los ellos de manera fundada.

En esta línea de acción, la doctrina sostiene que cuando el juez evalúa la existencia de alguna estrategia que no se puso en funcionamiento durante el plazo máximo de 180 días, que involucra el mencionado sistema mixto, debe ordenar las medidas que considere pertinentes para ello. De ese modo, reafirma y fundamenta (o no) la imposibilidad o dificultad de que el NNA regrese a su familia de origen.⁴⁷

En este sentido, la facultad judicial es ordenar la producción de la prueba de variada naturaleza, en pos de clarificar las situaciones de hecho y el resultado de las estrategias traídas a valoración por el organismo de protección, sin que ello afecte las garantías procesales de las partes, quienes también pueden ofrecer prueba, en tanto con ello pretende extremar los recaudos para avanzar en decisiones de carácter definitivo con información cierta, actual y objetiva.

En conformidad con los arts. 706 y –especialmente– el art. 709 del CCyC “en los procesos de familia, el impulso procesal está a cargo del juez, que es quien puede ordenar pruebas oficiosamente”. El espíritu del legislador se dirige claramente a otorgarle mayores facultades de dirección

⁴⁷ Confr. Herrera, Marisa en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (Dir.) (2017), *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo III, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 259.

del proceso al juez de familia, quien discrecionalmente podrá ordenar y valorar las pruebas que considere relevantes para la solución del conflicto planteado.⁴⁸ Ello en tanto

(...) en materia familiar y de derechos personalísimos, una gran parte de la actividad y materia probatoria deberá abordar aspectos íntimos familiares o hechos privados e internos. Estas connotaciones distintivas acarrear numerosas particularidades en la tarea de ofrecimiento, de la admisión, de la producción y de la valoración probatoria, y a ello se suman también circunstancias subjetivas que complejizan aún más la dificultad probatoria. En la apreciación de esas subjetividades, deberán auscultarse las vulnerabilidades que les conciernen.⁴⁹

Asimismo, es necesario considerar la intervención del Estado como garante, a través del poder público (administrativo y judicial), de las acciones realizadas y la necesidad de adoptar decisiones para producir los cambios en el tiempo oportuno, y en el caso que se fracase, definir la pertinencia de avanzar en una filiación adoptiva.⁵⁰

Se ha afirmado en precedentes judiciales que

(...) la labor desarrollada por los organismos competentes destinada a poder lograr la posibilidad de retorno de los niños a la familia biológica o de origen no ha sido lo suficientemente amplia. No se han valorado de manera exhaustiva todos los elementos con que se contaban antes del dictado de la resolución que definía una situación de suma importancia como es la de abandono y estado de adoptabilidad de un niño, omitiendo abordar de manera suficiente la problemática familiar como tener por agotadas todas las estrategias que el Servicio Local de Protección a la Niñez ha debido valorar en el caso. La

⁴⁸ Mismo fallo que cita 33.

⁴⁹ Herrera, Marisa y De la Torre, Natalia (Dir.) (2022), *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales. Comentado y anotado con perspectiva de género*, Tomo V, Buenos Aires: Editores del Sur, p. 629.

⁵⁰ Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (Coord.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Tomo II, Buenos Aires: Infojus, pp. 401-402. Lorenzetti, Ricardo Luis (Dir.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, op. cit., pp.95-96. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (Dir.) (2017), *Tratado de Derecho de Familia*, op. cit., p. 249 y ss.

irresponsabilidad de los progenitores en cuanto a su conducta para con los niños no debe ser extendida al resto de la familia, si ello no resulta acreditado.⁵¹

En este marco cabe afirmar que para evaluar la pertinencia de declarar judicialmente que un NNA se encuentra en situación de adoptabilidad, debe atenderse a “su interés superior” y ello no puede decidirse ante la simple situación de vulnerabilidad, sino que previamente debe descartarse acreditadamente que la protección y los cuidados tendientes a satisfacer las necesidades afectivas y materiales del niño no puedan ser proporcionadas por su familia de origen o ampliada.⁵²

Para alcanzar esa decisión resulta necesaria la aplicación del principio de realidad, y tener en cuenta fundamentalmente que las cuestiones que son objeto del derecho de familia no son estáticas.

Por otra parte, al analizar la subsistencia de la situación de vulnerabilidad que motivó el dictado de la MEPD, no solo deben evaluarse los –reales– esfuerzos llevados a cabo por los miembros de la familia de origen o ampliada para revertir dicha situación, sino también las –reales– herramientas y estrategias implementadas desde el Organismo de Protección. Para ello, la Corte IDH señaló que

(...) un proceso, para alcanzar sus objetivos, debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia para atender el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la prohibición de discriminación” en tanto “los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos de la persona humana, así como a proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías, medios idóneos para que aquellos sean efectivos en toda circunstancia⁵³.

De esta forma, la sentencia que resuelve la declaración de la situación de adoptabilidad de un NNA, debe ponderar el contexto fáctico vigente, y a

⁵¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, La Matanza, 23/04/2019, “M., L. M. s. Abrigo”, Rubinzal Culzoni, Online 5649/1 RC J 3746/19.

⁵² Confr. Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa (2011), “Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción”, *op. cit.*, p. 225.

⁵³ Corte IDH, “Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, Sentencia de 9 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie 351, apart. 292 y OC 17/2002, párr. 92.

partir de ello demostrar que las capacidades de cuidado de los adultos responsables, no se han modificado, ni existe una familia de origen y/o referentes afectivos capaces de implicarse en la integridad psicofísica de los NNA involucrados, de una manera sostenida y definitiva.

Tal decisión debe ser dictada con un plazo máximo de 90 días desde la presentación del dictamen.

Respecto de los tiempos, resulta de máxima relevancia el respeto de los plazos indicados en la norma, excepto que se presenten situaciones constatables que exhiban la posibilidad de un reintegro próximo del NNA a su núcleo de origen y/o ampliado. Esta condición se debe a que cada día de indefinición de la situación adquiere una trascendencia significativamente intrusiva en la vida del niño, pudiendo generar daños irreparables.⁵⁴

A partir de esta idea, se concluye acerca de la prioridad/celeridad que deben revestir los procesos, cuyo objeto es resolver la legalidad de las MEPD y de declaración de adoptabilidad de un NNA, para el juez a cargo y demás funcionarios actuantes. En consonancia con ello la propia Corte IDH ha señalado que

(...) los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niñas y niños que se encuentra en su primera infancia, (...) deben ser manejados con una diligencia excepcional por parte de las autoridades⁵⁵ teniendo presente “la importancia que el factor tiempo tiene en estos asuntos”.⁵⁶

En consonancia con ello debe mencionarse que,

(...) la declaración de la situación de adoptabilidad resulta una herramienta dirigida a ordenar, estructurar y, sobre todo, limitar el tiempo. Tiempo relacionado

⁵⁴ Custet Llambí, María R. (2013), *op. cit.*, p. 3.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas), del 9.III.2018, párr. 258, citando Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. del 27.III. 2012. Serie C No. 242, párr. 51, y Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 31.VIII. 2012. Serie C No. 246, párr. 127.

⁵⁶ CSJN, Fallos: 310:2214; 312:869; 331:147.

con el estadio de decisión, entre preservar los intentos de permanencia del niño bajo la responsabilidad parental o la apertura de su inserción adoptiva. Tiempo en el cual el niño permanece en tránsito -en ámbitos familiares alternativos, hogares convivenciales, instituciones.⁵⁷

Por ello, la labor proactiva judicial colabora en el respeto irrestricto de los plazos procesales. Así

(...) atendiendo al aseguramiento oportuno del derecho a vivir en una familia, todo niño tiene un derecho básico a contar con un ambiente familiar estable desde la más temprana edad posible y al respeto de los vínculos afectivos que se desarrollen en su entorno (...); frente a las implicancias del tiempo aparece la necesidad de urgente resolución puesto que cualquier dilación importaría afectar una proporción muy significativa de la vida del niño.⁵⁸

IV. CONCLUSIÓN

A partir del presente trabajo se logró aseverar que ante la separación provisoria de los NNA de su familia de origen o de cuidado, se impone la presentación de las razones valoradas para ello en una Disposición Administrativa confeccionada por el Organismo de Protección.

Tal legalidad debe ser estimada por una resolución jurisdiccional centrada en el mejor interés de los NNA, que contemple las normas locales, nacionales e internacionales en la materia.

Una vez agotados los plazos procesales para el sostenimiento de las MEPD, ante la no modificación de las situaciones expuestas inicialmente

⁵⁷ Obligado, Carla A. (2012), “La niñez institucionalizada. El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo de proceso. La construcción semiótica del fenómeno”, en *Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012 (56 Sep.), pp. 83-92.

⁵⁸ Tribunal de Familia n° 2, Mar del Plata, “A., Y. S/materia a categorizar”, 30/08/2010, citado en Fernández, Silvia (2013), “Adopciones, personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción”, en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2013 (58), p. 83 y ss. Disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/SF.-Adopciones.-Personas-tiempos-y-procesos.pdf>

y la ausencia de la familia de origen o referentes familiares que ejerzan los cuidados de los NNA involucrados, el Organismo de Protección debe presentar el dictamen de adoptabilidad, y con ello iniciar el proceso de su declaración.

Para ello resulta central la actuación de los jueces y el dictado de las resoluciones judiciales suficiente y correctamente fundamentadas.

Se ha ratificado que el juez es quien dirige el proceso, en pos de determinar la pertinencia de la incorporación del NNA a una familia adoptiva.

En este sentido, es posible explicitar –en acuerdo con cierta casuística–, que debe fortalecerse el seguimiento y el trabajo sostenido con la familia de origen por parte del Organismo de Protección, no pudiendo sustentarse en meras formalidades, tales como derivaciones institucionales, sugerencias o acuerdos de compromiso con el grupo familiar. El trabajo del Organismo de Protección requiere, durante el plazo legal, de una presencia sostenida, accesible y conforme a las características de las personas sujetas al proceso, no pudiendo afirmarse que se han agotado la totalidad de las herramientas y/o estrategias disponibles, si las mismas han sido cumplimentadas solo desde un ámbito formal.

En segundo lugar, es posible afirmar que en el proceso en que se resuelve la declaración de situación de adoptabilidad de un NNA, el juez debe evaluar en qué medida el Organismo de Protección promovió efectiva y realmente las instancias de intervención/acompañamiento posibles y viables.

Asimismo, cabe explicitar cómo aplicó la totalidad de las herramientas disponibles para revertir las situaciones existentes en el núcleo familiar de origen, que generaban situaciones de exposición a riesgos y/o vulneración de derechos en los NNA involucrados. Para ello, deben determinar las acciones implementadas y disponer de información actualizada de la situación familiar.

Un tercer aspecto refiere a la trascendencia de la actuación administrativa y judicial en el tiempo oportuno, con el fin de asegurar los derechos esenciales de los involucrados y, especialmente, evitar prácticas que consoliden situaciones de cuidado de hecho irregulares.

Finalmente, es preciso señalar la necesidad de fortalecer la función transformadora del derecho, a partir de procesos en los que la actuación no se centre exclusivamente en la rigurosidad de la ley y en la actuación automática del juez, sino esencialmente desde el lugar del derecho

comprometido con los derechos humanos. En este sentido, debe promoverse el accionar judicial proactivo que garantice un control del Organismo de Protección, no solo en el resguardo del derecho del NNA que le permita vivir en familia, sino fundamentalmente que la familia pueda recuperar el ejercicio del cuidado, a partir del compromiso y aporte de las esferas estatales de herramientas reales, disponibles y ciertas para la superación de las situaciones de negligencia y/o vulnerabilidad.

En este marco, el escenario exige acompañar el accionar de dos esferas fundamentales del Estado –ejecutivo y judicial– para lograr el acceso cierto de los NNA a los derechos esenciales.

Para ello se requiere no solo de una mirada convencional, sino un modo de intervención que defina como norte el mejor interés de los NNA, en la situación concreta en que se encuentran, sin desconocer por otra parte las garantías y derechos de los adultos involucrados.

La persona mayor desde la perspectiva de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

El consentimiento en el ingreso
a las residencias de larga estadía

FEDERICO ARAVENA*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende exponer la situación de los adultos mayores en el ámbito de su capacidad, autonomía y libertad para decidir, principalmente ante situaciones de alojamiento en residencias de larga estadía. Desde dicha óptica, analizaré la normativa existente en la República Argentina, teniendo en cuenta las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificadas por nuestro país.

Se inicia con el análisis sobre la capacidad y sus alcances, posteriormente se avanzará sobre el consentimiento informado, donde podremos observar las diferentes opciones que se pueden presentar con respecto a las Personas Mayores y su poder de decisión, entendiendo que es requisito ineludible que se debe garantizar a las mismas antes del ingreso a una residencia de larga estadía.

* Abogado (UNComa). Especialista en Derechos y Garantías en Derecho Penal, Familia y Menores (UNL). Defensor Adjunto de Menores e Incapaces (Ministerio Público de Río Negro). Docente de Teoría General del Derecho (UNComa).

El objetivo es lograr desentrañar si las normas existentes a nivel interno garantizan los derechos humanos de las Personas Mayores, tal como lo establece la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

I. LA AUTONOMÍA, LA CAPACIDAD Y LA LIBERTAD DE DECIDIR

Comencemos por definir algunos términos que serán de utilidad. En primer lugar, definiremos a la Persona Mayor. En tal sentido la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en adelante -CIPPM- indica que la Persona Mayor es “aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”. Por lo tanto, al no tener a nivel interno una norma que indique una edad diferente, nos quedaremos con esta definición.

En segundo lugar, las residencias de larga estadía o, como lo indica la CIPPM, los servicios de cuidado a largo plazo, son aquellos lugares en los que la “[Persona Mayor] reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la Persona Mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio”.

Ahora bien, con respecto a la normativa, podemos decir que, si bien los derechos que garantizan los diversos instrumentos internacionales sobre los derechos humanos alcanzan a cualquier persona, sea este niño, adulto o Persona Mayor, se debe tener presente que, dado los factores externos o internos de este último grupo⁶⁰, se requiere una normativa a nivel nacional acorde a su realidad. Ello, pensando en el rol que se les otorga

⁶⁰ Cuando hablo de factores internos y externos de las personas mayores me refiero, tal como lo ha expuesto la Organización Mundial de la Salud, al entorno social que los rodea y su bienestar social. Como se sabe los adultos mayores viven una etapa donde sus condiciones físicas, biológicas, intelectuales y psicoemocionales se ven modificados y ello influye a nivel personal y social. Por ejemplo, el adulto mayor muchas veces debe enfrentarse a la disminución de capacidades generales y al estigma de “ser viejos”.

a los adultos mayores en nuestras sociedades actuales y la necesidad de brindar herramientas para que sus derechos se hagan efectivos.

Isolina Dabove sostiene, por ejemplo, que

“ser viejo” todavía significa vivir sujeto a una triple situación de debilidad, en el mundo jurídico. Así, la dinámica jurídica social torna vulnerable al viejo, por cuanto lo estereotipa y lo constriñe en su ámbito de actuación. El sistema normativo lo debilita por no ofrecerle completamente un marco de empoderamiento y protección jurídica, adecuado a las características particulares de su vulnerabilidad. Pero también lo debilitan los valores jurídicos imperantes, cada vez que no reconocen suficientemente a la vejez como un dato diferenciador relevante para el sistema jurídico, fuera del ámbito asistencialista de la seguridad social. En este marco, no resultará extraño entonces que la Persona Mayor vea debilitada su voluntad y padezca situaciones reales de desprotección jurídica o discriminación. Pero tampoco será infrecuente que su vida y su patrimonio se vean afectados negativamente por causa de las disfuncionalidades de un régimen de capacidad diseñado para una persona abstractamente considerada.⁶¹

Es por ello que resulta esencial, previo a adentrarnos a hablar sobre el cuidado de las personas mayores, y siendo más precisos, el derecho al cuidado, determinar que la Persona Mayor es en principio, capaz de tomar sus propias decisiones y que, en casos excepcionales, necesitará la asistencia de terceras personas para adoptarlas. Aquí es importante armonizar la normativa existente, para que no existan abusos y/u otras acciones violatorias de sus derechos.

En tal sentido, uno de los atributos más preciados del ser humano consiste en su capacidad, tanto su capacidad de derecho o, de hecho, dado que su inexistencia lo convierte en un sujeto carente de decisión en el mundo jurídico. Tan elemental resulta ser este atributo que, sin él, la persona carecería de autonomía y por defecto cercenaría su libertad.

⁶¹ Dabove, María Isolina (2012), “Voluntad, capacidad y derechos fundamentales de la vejez: El problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento”, en Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco (Coords.), *Capacidad Jurídica, discapacidad y derechos humanos*, Buenos Aires: Ediar, pág.373.

La autonomía de una persona consiste

[en] aquel espacio individual en cuyo ámbito cada persona ejerce por sí misma el poder sobre su vida y su patrimonio, establece reglas, disposiciones o planes que solo a ella se refieren y le permiten proyectarse y desarrollarse, en igualdad de condiciones –aunque sin dañar– a los demás (...) La autonomía es también la esfera de libertad y de oportunidades vitales que le dan consistencia y realidad a nuestra condición de persona.⁶²

Es por ello, que la CIPPM, que goza de jerarquía constitucional desde el año 2022 en nuestro país, establece que la autonomía constituye uno más de sus principios. En tal sentido, el artículo 3 inc. c) indica que la dignidad, independencia, protagonismo y la autonomía de la Persona Mayor, son principios generales aplicables a la Convención, es decir, la autonomía forma parte de la dignidad del ser humano y, como es obvio, la Convención parte de la idea que dicha autonomía la otorga la capacidad plena del individuo. Se es capaz, por lo tanto, se es autónomo en todas las decisiones que se adopten. Obviamente que este principio general tiene sus excepciones, y sobre ello ahondaremos en profundidad.

La autonomía también garantiza la libertad de elección o decisión, dado que la no existencia de esta no permite al sujeto ser libre en esa voluntad de elección. Ya veremos que hay casos especiales donde el sujeto a través de un sistema de apoyos puede expresar y ejercer la misma, para ello es necesario instar un proceso de restricción judicial de la capacidad o designar *motu proprio* a esos apoyos.

En concreto, se parte de la idea que la Persona Mayor, como cualquier persona humana, posee plena capacidad. Por lo cual, la CIPPM, establece en su artículo 30 que “[os Estados Parte reconocerán que la Persona Mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, estableciendo que en casos excepcionales se procederá a limitar al mínimo dicha capacidad y

62 Davobe, María Isolina (2018), “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas”, en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 34 (“enero-junio de 2018), pp. 53-85. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5260>

(...) que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la Persona Mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la Persona Mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la Persona Mayor.

Es decir, la Persona Mayor es tan capaz como cualquier adulto, y solo se podrá limitar su voluntad de decisión cuando un órgano judicial lo disponga, garantizando todos sus derechos.

Partiendo de estas ideas centrales, se debe dejar de ver a la Persona Mayor como un débil jurídico o sin capacidad para tomar decisiones, inclusive asociar esta etapa de la vida con la necesaria intervención de la salud mental. Tal como lo manifiestan Luz María Pagano y María Victoria Famá, “es frecuente que los adultos mayores padezcan alguna disminución en sus aptitudes, pero ello no implica necesariamente una situación incompatible con su capacidad jurídica. Sin embargo, durante años, las afecciones psíquicas propias de la edad han dado lugar a pedidos destinados a la declaración de insania o a la internación de estas personas en una institución psiquiátrica (...)”.⁶³

La CIPPM se hace eco de ello, estableciendo que el envejecimiento es un “proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio”, pero no implica cercenar su capacidad y autonomía.

Volvamos a la capacidad y su forma de limitarla. Como se sabe, esta se va adquiriendo en forma progresiva desde que nacemos hasta adquirir la

⁶³ Famá, María Victoria y Pagano, Luz María (2015), “Salud mental y adultos mayores”, en Grossman, Cecilia (Dir.), *Los Adultos Mayores y la efectividad de sus derechos. Nuevas realidades en el Derecho de Familia*. 1° ed., Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 241.

mayoría de edad, que en nuestro derecho se encuentra establecida en los 18 años de edad. La capacidad no se pierde por el paso del tiempo, y solo es limitada por un juez cuando se “padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” (art. 32, CCyC).

Hay que tener en cuenta que desde el año 2015 se encuentra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación, que ha recepcionado un nuevo paradigma en cuanto a la discapacidad de las personas, y en ello ha tenido especial importancia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), que ha implementado una nueva perspectiva. A partir de allí, nuestro derecho interno ha adoptado el modelo social, que implica, eliminar la restricción de la capacidad jurídica solamente bajo una mirada biomédica o que tuviera como fuente los padecimientos en salud mental, y entender que lo que se busca es que la persona pueda actuar en la vida diaria sin ningún tipo de barreras, adaptando el entorno físico y social para promover las habilidades funcionales y mejorar la calidad de vida y las oportunidades. Para ello se establecieron nuevos modelos de asistencia a las personas que así lo requieren, denominándolos actualmente, apoyos, asistencias o salvaguardas.

En cuanto a la designación de apoyos, asistencia o salvaguardas, tanto la CIPPM como la CDPD entienden que los Estados deben habilitar dicha designación respetando la opinión y deseo de la persona que lo requiera. Por ejemplo, la CDPC, indica en su artículo 12:

Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las

salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Lo mismo sucede con la CIPPM, que en su artículo 7 establece:

Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la Persona Mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos (...) En especial, asegurarán: a) El respeto a la autonomía de la Persona Mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos. B) Que la Persona Mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

Es más, el artículo 43 de nuestro Código Civil y Comercial habilita a la designación de apoyos extrajudiciales “que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”. Agregando que dichas designaciones tienen como fin “promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”

Ahora bien, ¿cuándo se debe restringir la capacidad de las personas? En este sentido, el Código Civil y Comercial indica que se puede restringir la capacidad siempre y cuando se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes, y agrega que también es posible declarar la inhibición de una persona cuando exista prodigalidad. Fuera de estos casos, no existe la posibilidad de limitar la capacidad de las personas. Además, se establece que dichas restricciones son revisables en el transcurso del tiempo y adaptadas a las circunstancias del caso, es decir, solo se limitan los actos que resulten imprescindibles. Como última opción, nuestro sistema jurídico permite la incapacidad total de una persona, solo en el caso excepcional que la misma no pueda interaccionar con su entorno, por lo tanto, procederá a designarle un curador para que actúe en su representación.

Pero en el caso de la vejez, hay que tener en cuenta que las causas de deterioros cognitivos no siempre requieren de la limitación de su capacidad ni mucho menos el solo hecho de ser viejos. Dabove ha expuesto que

(...) con asiduidad, las personas (y los jueces) suelen confundir situaciones restrictivas de la capacidad con la “gerontolescencia” o crisis bio-psico-social de identidad, cuyos síntomas desencadenan conflictos afectivos, familiares y sociales, que impactan en la esfera patrimonial y en la autoestima. En el inicio de la vejez es común que las personas mayores se vean literalmente impotentes para ejercer por sí mismas sus derechos por la situación de alta vulnerabilidad y “forzada discapacidad” a la que las someten los prejuicios culturales y las prácticas viejistas. También afectan su identidad las situaciones de abandono familiar, la reducción de los ingresos por causa de la jubilación o el cese de la relación laboral, la pérdida de afectos, rutinas y costumbres, la falta de vivienda o la desprotección en materia de salud, entre otros.⁶⁴

II. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Consentir, según la Real Academia Española,⁶⁵ consiste en “permitir algo o condescender en que se haga”. En el ámbito jurídico lo asociamos con la voluntad, es decir, es el poder del sujeto que le permite decidir por sí mismo. Si relacionamos con la capacidad, tiene que ver con la posibilidad de exteriorizar esa voluntad.

Dirá nuestro ordenamiento jurídico que para que se exteriorice la voluntad se debe actuar con discernimiento, intención y libertad, para lo cual no deben existir limitaciones o vicios sobre dichos elementos, sino el acto exteriorizado no será válido. Tal como lo establece nuestro Código Civil y Comercial, dichos vicios pueden ser el error, la falta de razón, dolo o lesión, o en última instancia la violencia o intimidación.

Por lo tanto, si una persona puede decidir libremente, sin vicios, estaría dando un consentimiento válido, y ese consentimiento lo puede otorgar cualquier persona que tenga capacidad jurídica para hacerlo, incluyendo a

⁶⁴ Dabove, María Isolina (2018), “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas”, *op. cit.*

⁶⁵ Real Academia Española, extraído de: <https://dle.rae.es/>, 14/04/23.

las personas mayores, dado que hasta tanto no se restrinja su capacidad su consentimiento es válido.

En el caso de las personas mayores, se les debe brindar un plus de garantías, en mayor medida para aquellos que se encuentren en una situación vulnerable y ante la posibilidad de tener que consentir un acto, como por ejemplo el ingreso a una residencia de larga estadía. Entiendo que se deben reforzar las garantías para que dicho consentimiento sea válido. Pienso, principalmente, en casos donde la persona tenga un problema en su salud mental o sufra violencia o discapacidad, entre otros.

Cuando la persona debe dar ese consentimiento, en primer lugar, se requiere que sea informado. Esto quiere decir, que se debe explicar a la persona, teniendo en cuenta sus condiciones personales, y todas las consecuencias y detalles del acto que se va a realizar, sin que queden dudas sobre ello.

Ahora bien, en el caso del ingreso a las residencias de larga estadía no tenemos normas que indiquen la manera de dar ese consentimiento informado dentro de dicho ámbito. Al no contar con una normativa específica que abarque la situación de las Personas Mayores, se recurre a la ley de consentimiento informado que se la regula dentro del área de la salud, tal como lo aborda el artículo 59 del CCyC y la ley 26.529, denominada ley de los derechos de los pacientes.

La CIPPM distingue claramente el consentimiento informado que debe darse en el marco de la salud y en servicios de cuidado a largo plazo. En el artículo 11 se expresa el Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. Allí se indica:

La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor. Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamientos existentes, sus riesgos y beneficios. Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se

brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor. Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico sin el consentimiento informado de la persona mayor. En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional. La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión (...).

En cambio, el artículo 12 indica que “[p]ara garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos humanos en los servicios de cuidado a largo plazo, los Estados Parte se comprometen a establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la *manifestación de la voluntad libre y expresa* de la persona mayor” (la cursiva me pertenece).

Por lo tanto, de toda esta normativa podemos colegir que pueden existir residencias de larga estadía que tengan como fin el cuidado basado en la salud y otras que se dediquen simplemente al cuidado. En el primer caso, deberá tenerse en cuenta si la salud de la persona se encuentra comprometida en su esfera psíquica, es decir, si dicha persona tiene una alteración de su salud mental o se encuentren disminuidos en su capacidad de decidir, se deberá reforzar el consentimiento ante el ingreso a una institución de dichas características. Cosa muy diferente ocurre con la persona que no tiene ninguna afección mental y decide por voluntad propia el acceso a una residencia.

Creo necesario hacer la distinción, dado que no es lo mismo un sujeto sin limitaciones de ningún tipo, quien puede prestar el consentimiento informado por su propia voluntad, que otros que pueden requerir apoyos y/o salvaguardas. Para ello, también resulta sumamente atinado armonizar la normativa existente a fin de no violentar derechos humanos en

general. En el caso de las personas mayores, no todas ellas presentan una discapacidad, o en el caso de presentarla, hay que tener en cuenta qué discapacidad presenta, dado que la misma puede ser física y no mental. Asimismo, habrá que analizar si esa persona posee un problema de salud mental y su grado. Por lo tanto, entiendo que al momento de evaluar el acto que requiere el consentimiento informado de la Persona Mayor, se tendrá que analizar, en primer lugar, si existe una discapacidad que no permita prestar un consentimiento informado en debida forma, por lo cual entrará en juego además de la normativa citada, lo establecido en la CIPPM, lo regulado por la ley de salud mental 26.657, dado que dicha ley estipula los derechos y garantías de las personas con problemas de salud mental. Y en el caso de una Persona Mayor que se encuentre restringida en su capacidad, habrá que analizar los actos que han sido restringidos en la sentencia judicial que lo disponga.

III. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LAS RESIDENCIAS DE LARGA ESTADÍA

Tal como se explicitó más arriba, la CIPPM insta a los Estados Partes a establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la manifestación de la voluntad libre y expresa de la Persona Mayor. Asimismo,

(...) c) Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, incluyendo la adopción de medidas para: i. Garantizar el acceso de la persona mayor a la información, en particular a sus expedientes personales, ya sean físicos o digitales, y promover el acceso a los distintos medios de comunicación e información, incluidas las redes sociales, así como informar a la persona mayor sobre sus derechos y sobre el marco jurídico y protocolos que rigen los servicios de cuidado a largo plazo. II. Prevenir injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier otro ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación. III. Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas. IV. Proteger la seguridad personal y el ejercicio de la

libertad y movilidad de la persona mayor. V. Proteger la integridad de la persona mayor y su privacidad e intimidad en las actividades que desarrolle, particularmente en los actos de higiene personal.

Dado que en nuestro país no existe una normativa integral o ley marco que aborde la situación de las personas mayores, y teniendo presente lo expuesto por la Convención IPPM, cuando requiere que se establezca un marco regulatorio para los casos de los cuidados en residencia de larga estadía, es importante observar si la normativa existente garantiza efectivamente los derechos de las Personas Mayores.

En tal sentido, se observa que la mayoría de las jurisdicciones de nuestro país recurre a lo establecido en los Tratados Internacionales sobre la materia, el Código Civil y Comercial en materia de capacidad, la ley 26.529 sobre consentimiento informado y lo establecido por la ley 26.657 de salud mental. Pero no se advierte una normativa específica sobre la Persona Mayor que permita homogeneizar en un solo cuerpo normativo los diversos casos que derivan del cuidado en las residencias de larga estadía. Ello podría acontecer tal vez con una ley integral o ley marco, que determine los derechos en general y en particular, evaluar las diversas opciones que se pueden presentar con respecto al ingreso de las personas mayores en dichos lugares, la existencia de diferentes centros, dependiendo de la especialidad del cuidado, por ejemplo, si la Persona Mayor resulta ser una persona con discapacidad, o si se encuentra restringida en su capacidad, o si posee un problema de salud mental o si por voluntad propia desea vivir en dichos lugares. Incluso, debería prohibirse el ingreso a dichos espacios cuando se deba solo a problemas sociales, como la falta de vivienda.⁶⁶

Sí se observa que la mayoría de las provincias argentinas regulan los establecimientos o residencias de larga estadía, pero no se garantiza lo establecido en el artículo 12 inc. c) de la Convención y que fuere resalado en líneas anteriores. Hay algunas excepciones, como es el caso de la Provincia de Río Negro, la cual mediante la ley N°5.071 ha creado la

⁶⁶ Ello ha permitido sostener a Isolina Dabove, "... que en esta materia nos encontramos frente a un caso particular de laguna o carencia normativa, producida por defecto y por exceso". María Isolina Dabove. "Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2014. Vol. 5, págs. 173 – 214. AR/DOC/3603/2014.

ley de Protección Integral de los Adultos Mayores, pero considero que la misma no contempla adecuadamente lo establecido en la CIPPM. Lo mismo puede decirse de la ley 2669 de la Provincia de Santa Cruz, la ley N° 4332 de la Provincia de Chubut y la ley 535 de la Provincia de Tierra del Fuego. Vale aclarar que algunas provincias sancionaron sus leyes en forma anterior a la CIPPM.

En síntesis, debemos tener presente que ante el ingreso de una Persona Mayor a una residencia debería garantizarse que su voluntad sea real, es decir, que se encuentre libre de cualquier factor externo que incida en ella, y para esto habrá que meritarse cada caso en particular, ponderando las situaciones de cada persona, su entorno, su familia, lo económico, etc., para evitar que se pueda inducir adoptar una decisión que vaya en contra de su querer interno y por lo tanto violatorio de sus derechos⁶⁷.

En este punto es útil recordar lo sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando define la privación de la libertad de las personas como

[c]ualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de

⁶⁷ Isolina Dabove se ha expedido de la misma manera al sostener que se debería de “Implementar el uso del consentimiento informado, directivas anticipadas y actos de auto-protección en los contratos que las personas mayores celebren tanto con los establecimientos asistenciales como con las residencias de larga estadía o geriátricos”. Dabove, María Isolina (2018). “Derechos personalísimos en la vejez”. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i21.1546>.

asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas⁶⁸.

Con esto quiero decir que, si realmente no existe un adecuado control de los ingresos en las residencias de larga estadía, se estaría en una privación ilegítima de la libertad de la Persona Mayor.

Dicha función de control podría ser ejercida tal vez por la figura de la Defensoría de las y los Adultos Mayores, tal como lo ha creado la Provincia de Chubut por ley V-117 en el año 2019, dentro de la órbita de la Honorable Legislatura de la Provincia.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Todo lo desarrollado en el presente texto lleva a pensar que resulta sumamente necesario una ley de protección integral de la Persona Mayor o ley marco que indique derechos y garantías. Dentro de dichas garantías, el consentimiento informado debe tener un espacio central para evaluar el ingreso, la permanencia y el egreso de la Persona Mayor a residencias de larga estadía. Como así también, que regule minuciosamente las tareas de cuidado, incluyendo los lugares indicados para cada tipo de situación que involucre una Persona Mayor, es decir, teniendo en cuenta la afección o no que posea, su grado de discapacidad, garantizando todos los derechos humanos fundamentales y, principalmente, que sean respetuosos de su dignidad.

Teniendo en cuenta nuestro sistema federal, resultaría necesario que las provincias adhirieran posteriormente a esta ley marco o ley de presupuestos mínimos, a fin de hacer operativa la CIPPM en todo el territorio nacional de manera uniforme e integral.

⁶⁸ CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Documento aprobado por la Comisión en su 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. Disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/principiosppl.asp>.

Los riesgos del desarrollo

Un desafío para el derecho de los negocios¹

MARIANA BELÉN REPPUCCI*

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

El presente trabajo tiene por objeto abordar la temática de los riesgos del desarrollo y su incidencia en el derecho de los negocios y empresarial. Para ello abordaremos primero conceptualmente el tópico, para determinar exactamente de qué estamos hablando al referirnos a “riesgos del desarrollo”.

Luego avanzaremos sobre los diferentes encuadres que la doctrina argentina ha pretendido darle a la cuestión, al tratarla como eximente o bien como fuente de responsabilidad civil. Analizaremos también la temática desde el enfoque que nos brinda el principio precautorio, recogido no solo en convenciones internacionales, sino también en nuestro derecho interno

* Abogada (UNS, 2011), Especialista en Derecho Empresario (UNS, 2017), Diplomada en Derecho del Consumidor y del Usuario (UNS, 2020) y en Seguros (UNS, 2023). Relatora General de la Secretaría Civil, Comercial, de Minería, Familia y en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Superior Tribunal de Río Negro.

¹ Versión extractada del trabajo final integrador presentado por la autora para obtener el título de Especialista en Derecho Empresario de la Universidad Nacional del Sur. Contó con la tutoría de la Dra. Pamela Tolosa y la actuación como jurado examinador del Dr. Matías Irigoyen Testa (a quienes la autora agradece infinitamente por su guía y orientación).

vigente. Sugeriremos cómo la empresa puede prevenir estos riesgos y afrontarlos ante su efectivo acaecimiento.

Abordaremos la posible inserción del tópico dentro de las actividades riesgosas –hoy previstas en nuestro Código Civil y Comercial–, y finalmente, esgrimiremos nuestra postura en relación al tema, que apunta a que en el marco de los negocios y la actividad empresarial, se debe intentar –en la medida de lo posible– prevenir estos riesgos y responder por ellos en el ámbito de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, en tanto así lo exigen el principio de reparación integral del daño y la función social de la empresa, debiéndose a tal efecto formular una previsión legal expresa y crear seguros obligatorios, así como un fondo de garantía, para la reparación de los daños causados.

II. RIESGOS DEL DESARROLLO: CONCEPTO. REQUISITOS PARA SU CONFIGURACIÓN

Citaremos al respecto varias definiciones, dado que existen algunas ligeras diferencias entre los distintos conceptos que al respecto ha elaborado la doctrina. Garrido Cordobera² enseña que puede conceptualizarse el riesgo del desarrollo como “aquellas consecuencias dañosas de un producto elaborado que son desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, pero que luego, con el avance de las técnicas se descubre que ciertos daños son la consecuencia directa de la utilización de dicho producto”.

Por su parte, Diego Fissore³, citando a varios autores⁴, afirma que “se denominan daños emergentes del riesgo del desarrollo a aquellos daños que surgen de la utilización de productos elaborados, cuya virtualidad nociva o dañosa era desconocida al momento de su elaboración o

2 Garrido Cordobera, Lidia M.R. (2006), “La responsabilidad por riesgo de desarrollo”, en *La Ley*, Sup. Act. 23/05/2006, 1, AR/DOC/1314/2006, pp. 2-3.

3 Fissore, Diego (2006), “Los daños producto del riesgo del desarrollo” en *Revista de Derecho de Daños*, 3 (2006), p. 237-262.

4 Fissore (2006) cita a Matilde Zavala de González, Lidia Garrido Cordobera, Isidoro Goldenberg y Roberto López Cabana, Atilio Alterini y Roberto López Cabana.

colocación en el mercado y que es descubierta con posterioridad –muchas veces, mucho tiempo después de la utilización del producto– y por nuevos descubrimientos tecnológicos”.

Pizarro⁵ asevera que “se entiende por riesgo del desarrollo al que deriva del defecto de un producto que al tiempo de su introducción era considerado inocuo, a la luz del estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes a ese momento, resultando su peligrosidad indetectable, pero cuya nocividad es puesta de manifiesto por comprobaciones posteriores”. Nos parece interesante y acertada la reflexión que hace el autor respecto a la expresión misma “riesgo de desarrollo” o “del desarrollo”, en tanto apunta que aquella “puede ser objetable pues el desarrollo de la ciencia, lejos de constituir un riesgo permite reducirlos y si es posible eliminarlos”, razón por la cual estima más adecuada la referencia a “riesgos que el desarrollo técnico y científico permite descubrir”, en la terminología de Parra Lucan⁶.

Ya en el ámbito de la doctrina extranjera, Luis González Vaqué⁷ manifiesta que “los riesgos del desarrollo han sido definidos por la doctrina como aquellos defectos de los productos que son conocidos como consecuencia de los avances científicos y técnicos posteriores a su puesta en circulación, por lo que en el momento de ésta el fabricante no podía de ninguna forma detectarlos”.

En cuanto a los *requisitos para su configuración*, seguiremos al respecto la exposición de Marquez y Moisset de Espanés⁸, para quienes es necesario para hablar de riesgos del desarrollo que: a) el producto o servicio sea defectuoso y haya causado un daño; b) que el defecto no fuera cognoscible de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos y

5 Pizarro, Ramón Daniel (2006), *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa: contractual y extracontractual*. Parte especial, tomo 2, 1º Ed., Buenos Aires: La Ley, p. 391.

6 Íbid., nota 213.

7 González Vaqué, Luis (2001), “La responsabilidad civil por productos defectuosos: perspectivas para la aplicación y el desarrollo de la directiva 85/374/CEE”, en *Estudios sobre consumo*, 57 (2001), págs. 59-73.

8 Márquez, José Fernando y Moisset De Espanés, Luis (2009), “Riesgos de desarrollo. Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente” en Anaya, Jaime L., (Dir.), *Doctrinas esenciales: derecho comercial*. Tomo 5, 1º Ed., Buenos Aires: La Ley, pp. 760-761.

técnicos; c) que el defecto no fuera cognoscible al tiempo de la puesta en circulación del producto o de la prestación del servicio.

El producto puede ser defectuoso por deficiencias de fabricación, de diseño o de información. Al estudiar la ley española que regula la cuestión en el marco de las eximentes de responsabilidad, como veremos más adelante, aseveran Pablo Coderch y otros autores⁹ que

(...) en el caso de defectos de fabricación resulta exonerado el fabricante si demuestra que el estado de los conocimientos no le permitían descubrirlo en el momento relevante; en el de defectos de diseño, si igualmente demuestra que no le era entonces posible escoger una alternativa más segura; y en el de la falta de las advertencias o instrucciones suficientes, si prueba que tampoco le resultaba posible realizarlas pues el estado de los conocimientos no permitía identificar el riesgo en cuestión.

Márquez y Moisset de Espanés¹⁰ citan otra obra del prenombrado autor español, conforme a la cual cierta doctrina entiende que solo pueden ser considerados riesgos de desarrollo los defectos de fabricación y diseño, pero no los defectos en las instrucciones y advertencias.

Tres ideas es necesario puntualizar en esta instancia: *la cognoscibilidad del defecto, el estado de los conocimientos científicos y técnicos y el momento o tiempo de la puesta en circulación del producto o prestación del servicio*. Respecto a la primera de ellas, enseña Pizarro¹¹ que el defecto debe ser no cognoscible y que ello constituye un criterio que se formula y define en base a parámetros marcadamente objetivos que deben ser ponderados con estrictez. En tal sentido, afirma que “es irrelevante que uno o varios fabricantes no hayan reconocido el defecto si el estado de la ciencia y de la técnica muestra que eran detectables”. Sobre este aspecto

⁹ Coderch, Pablo Salvador et al (2001), “Los riesgos de desarrollo. Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 26-28 de Febrero de 2001”, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1(2001), disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/047_es.pdf

¹⁰ Márquez, José Fernando y Moisset De Espanés, Luis (2009), *ob.cit.*, pp. 759-760, quienes citan a Coderch, Pablo Salvador y Solé Feliu, Josep, (1999), *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Madrid: Marcial Pons, p. 36.

¹¹ Pizarro, Ramón Daniel (2006), *op. cit.*, p. 391.

también ahonda Coderch, quien insiste en el criterio objetivo para determinar la incognoscibilidad del defecto, aclarando que ello no dependerá de la dimensión cuantitativa (cifra de negocios o de beneficios) ni cualitativa (posición relativa en el mercado, tipo de industria a la que pertenece: de alta o media tecnología, grado de especialización) del fabricante¹².

Aclara Pizarro, con relación a la segunda idea, que dentro de la noción de estado de los *conocimientos científicos y técnicos* se incluyen “no sólo aquéllos que son aceptados de manera unánime o mayoritaria, sino también las opiniones minoritarias, aun cuando puedan aparecer como revolucionarias. Más aun, también deberían incluirse las conjeturas suficientemente fundadas, que circulan como presupuestos o elementos de un programa sustentable de investigación, en el seno de la comunidad científica”¹³. El autor también repara en la diferencia de las nociones de ciencia y técnica: el conocimiento científico es esencialmente teórico, mientras que el segundo se refiere a las técnicas que emplean conocimiento científico. Por ello es que el fabricante debe atender a ambos, a la ciencia pura y a la aplicada. Especifica este doctrinario que “el fabricante deberá tener en cuenta el estado de la ciencia y de la tecnología, a fin de dejar de emplear cualquiera de estas si el conocimiento científico más reciente ya permite identificar la inseguridad del producto. No es preciso certeza absoluta de su carácter perjudicial, ni menos aún identificar tales consecuencias”¹⁴.

Coderch¹⁵ advierte que ha de mediar accesibilidad general a los conocimientos y técnicas por parte de la comunidad científica en términos objetivos, por lo que para que opere la eximente –recordemos que el análisis que realiza este doctrinario lo es siempre en el marco de la previsión legislativa del derecho español, que detallaremos en el acápite correspondiente al derecho comparado–, se exige que el fabricante tenga en cuenta el estado de los conocimientos científicos que permitan apreciar el defecto, pero no que llegue más lejos del lugar que ha alcanzado la propia comunidad científica en cada momento. En otras palabras, “se exige (...) la aseQUIBILIDAD o (...) verificabilidad del estado de los conocimientos

12 Coderch, Pablo Salvador et al (2001), *op. cit.*, pto. 5.1.

13 En sentido muy similar se expide Coderch, Pablo Salvador et al (2001), *op. cit.*, pto 5.2.

14 Pizarro, Ramón Daniel (2006), *op. cit.*, pp. 392-393.

15 Coderch, Pablo Salvador et al (2001), *op. cit.*, , pto. 5.1.

por un empresario 'idealtípico': el estado de los conocimientos accesibles 'debe comprender todos los datos integrados en el circuito de información de la comunidad científica en su conjunto, teniendo en cuenta, según un criterio de racionalidad, las concretas posibilidades de circulación de las informaciones'".

Finalmente, en cuando al último tema, el *momento de la puesta en circulación* –oportunidad temporal relevante para evaluar el estado de los conocimientos científicos y técnicos–, enseña Pizarro que el producto "es puesto en circulación cuando el proveedor abandona el poder de hecho que tiene sobre el mismo, pierde el control que ejercía sobre él y lo introduce en el mercado". No se tiene en cuenta ningún momento anterior (por ejemplo, ideación, diseño, elaboración de prototipos, pruebas) o posterior al ya referido; ello no obstante y tal como lo prevé la reglamentación de la ley 24.240 que analizaremos en el acápite siguiente, sí reviste relevancia el accionar del productor una vez detectado el defecto para la cesación de la acción dañosa y para la prevención de nuevos perjuicios¹⁶.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala primera, en sentencia del 09/02/2006, ha afirmado que "debe entenderse que un producto se pone en circulación (...) cuando sale del proceso de fabricación establecido por el productor y entra en el proceso de comercialización quedando a disposición del público con el fin de ser utilizado o consumido"¹⁷.

Finalmente, como curiosidad respecto a este último elemento en el derecho comparado, cabe destacar que en Estados Unidos predomina el criterio de la puesta en circulación (*time of distribution*), pero en algunas jurisdicciones el conocimiento del defecto se computa en el momento del juicio (*time of trial*), lo que, como bien apunta Pizarro, conduce en los hechos a quitar toda virtualidad como eximente a los riesgos del desarrollo¹⁸.

¹⁶ Pizarro, Ramón Daniel (2006), *op. cit.*, íbidem.

¹⁷ Ureña Carazo, Belén (2015), "Consideraciones sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos en el marco europeo: Treinta años de la directiva 85/374/CEE", en *Panóptica*, 10 (2), 2015 (jul./dez.), pp. 1-25.

¹⁸ Pizarro, Ramón Daniel (2006), *op. cit.*, p. 393, nota 216; en igual sentido Coderch, Pablo Salvador et al (2001), *op. cit.*, pto 5.4.

III. LOS RIESGOS DEL DESARROLLO EN EL DERECHO ARGENTINO: EL VACÍO LEGISLATIVO AL RESPECTO

En la legislación argentina no hay una previsión expresa que se refiera a los riesgos del desarrollo. Sin perjuicio de ello, hay quienes entienden que la ley de defensa del consumidor 24.240 se aplica a los daños emergentes de los riesgos del desarrollo. Puntualmente, Fissore¹⁹ apunta que el art. 40 de dicha normativa “no incluye calificación alguna de cuál es el tiempo en el cual debe existir el vicio o riesgo en la cosa o si dichos daños podían o no conocerse al tiempo de la fabricación del producto”. Para llegar a tal conclusión, cita los arts. 3 y 5 de la ley, en cuanto disponen que en caso de duda la interpretación de la norma debe ser la más favorable al consumidor y que los productos introducidos al mercado deben ser inocuos²⁰. La objeción que puede realizarse a esta interpretación –cuestión que el mismo autor destaca– es que para que esta normativa resulte aplicable se deberá estar frente a una relación de consumo²¹. Ello no implicaría un inconveniente si nos situamos ante daños producidos, por ejemplo, por la actividad farmacéutica, porque allí fácilmente podremos encuadrar la situación en el marco de las relaciones de consumo. Distinto sería el caso en que nos encontremos frente a daños ambientales, en tanto y en cuanto, dependiendo de las circunstancias, tal encuadre no resulte posible, sin perjuicio de lo cual, y como más adelante desarrollaremos, podríamos recurrir al principio precautorio –recogido en nuestra legislación nacional y en convenciones internacionales– para fundar en ello la responsabilidad del dañador.

¹⁹ Fissore, Diego (2006), *op. cit.*, pto 3.2.1.

²⁰ También Sozzo, Gonzalo (2006), en su artículo “Riesgos del desarrollo y sistema de derecho de daños (hacia un derecho de daños pluralista)”, en *Revista de Derecho de Daños*. 2006 (2), Eximentes responsabilidad II., p. 85, participa de esta tesitura. Analiza el precepto que mencionamos del dec. reg. 1798/94, lo compara con un precepto similar del derecho brasileño y concluye que en Argentina los riesgos del desarrollo quedan regulados, como un caso especial de defecto de información, por las disposiciones de la ley 24.240.

²¹ En la materia podría tener incidencia negativa la eliminación de la figura del tercero expuesto a una relación de consumo –similar quizás al *bystander* del derecho anglosajón–, que efectuara la ley 26.994 de sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

Sí parece existir una especie de abordaje tangencial al tópico en análisis en la reglamentación de la ley 24.240, en tanto el art. 4 del decreto reglamentario 1798/94 prevé que “los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”. Es decir, no se establece una responsabilidad expresa por daños causados, pero sí la obligación de advertir inmediatamente sobre la peligrosidad sobreviniente a la introducción del producto al mercado.

Sin perjuicio de que tal como sostendremos al esgrimir nuestra postura, somos partidarios de que exista una previsión legal expresa que contemple los daños derivados de los riesgos del desarrollo, cabe destacar que a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se encuentran expresamente previstas las actividades riesgosas o peligrosas como fuente de la responsabilidad civil, superando aquella discusión generada en torno a si dichas actividades estaban comprendidas en el antiguo art. 1113 del Código de Vélez Sarsfield, que en su literalidad se refería a los daños causados con cosas o por el vicio o riesgo de las mismas. Los artículos 1757 y 1758 del Código vigente se refieren a ellas: el primero establece que toda persona responde por las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Establece, con relación a dichas actividades, responsabilidad objetiva, y aclara que no son eximentes la autorización administrativa para la realización de la actividad ni el cumplimiento de las técnicas de prevención. El otro artículo especifica que el responsable es quien realiza la actividad riesgosa, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial. Se trata claramente de una responsabilidad basada en un factor de atribución de responsabilidad objetivo, por lo que parecería ser que la defensa del fabricante, de no haber podido conocer la peligrosidad del producto porque no se lo permitían el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de su introducción al mercado, resultaría una alegación irrelevante y que únicamente cobraría sentido si la atribución de responsabilidad se basara en la culpabilidad.

Sin perjuicio de que en la temática que analizamos la responsabilidad objetiva podría existir con prescindencia del carácter riesgoso de la

actividad que se desarrolle –por ejemplo, por el solo defecto que un producto posea, con prescindencia justamente de su cognoscibilidad al momento de la puesta en circulación–, la experiencia parece demostrar que los daños que tienen como fuente los riesgos del desarrollo generalmente emergen de la realización de actividades riesgosas, y de ahí que dados todos los recaudos para que se verifique la responsabilidad civil²² –y solo temporalmente, en tanto no haya una previsión legal expresa para estos daños, lo que recomendaremos *de lege ferenda*–, podríamos enmarcar el deber de reparar en estas disposiciones legales, particularmente para aquellos supuestos en que no exista un producto o servicio defectuoso que torne aplicable –como teorizan algunos autores ya mencionados, tal el caso de Fissore²³– la ley de defensa del consumidor. Galdós²⁴, al analizar la norma entonces proyectada y ahora en vigencia respecto a las actividades riesgosas, da múltiples ejemplos de aquellas que podrían quedar comprendidas en los llamados riesgos del desarrollo: la responsabilidad del que lanza al mercado productos de consumo, del contaminador del ambiente, la actividad farmacéutica, y en el marco del derecho ambiental, resalta que son particularmente riesgosas las actividades de los complejos industriales, la maquinaria en su conjunto y las partículas que emiten, emanar o vierten dichos complejos.

Sin intenciones de excedernos del marco del presente trabajo, para caracterizar las actividades riesgosas o peligrosas, diremos que estas constituyen

la conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que generalmente (aunque no de modo excluyente) puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjunto de cosas (máquinas, sustancias, herramientas, aparatos, establecimientos, explotación, etc) en las que el riesgo (el peligro de daño) o el

22 Vale la aclaración de que deben darse todos los recaudos para configurar la responsabilidad civil, en tanto la cuestión de si en estos casos se verifica o no el nexo causal, está discutida en la doctrina, como veremos más adelante.

23 Fissore, Diego (2006), *op. cit.*, pto 3.2.1.

24 Galdós, Jorge Mario (2012), “Riesgo creado y actividad riesgosa en el proyecto 2012 de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho de Daños: proyecto de Código Civil y Comercial*, 2012 (3), pp. 345-376.

peligro (la situación que puede generar daño), para sus propios dependientes o terceros, deriva de tareas, servicios, productos o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico. Esta actividad lucrativa asociada con el riesgo conduce a imputar objetivamente el deber resarcitorio (...).²⁵

Las actividades riesgosas por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas (por ej., la explotación de energía nuclear). La actividad será peligrosa por las circunstancias de su realización cuando, no obstante, no revestir un peligro regular o constante, las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa (por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra). Finalmente, por los medios empleados es riesgosa la actividad que adquiere esa entidad, aunque normalmente es inocua, como por ejemplo, cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan.

La actividad farmacéutica, fuente de muchos de los daños que se estudian bajo la denominación de riesgos del desarrollo, ha sido considerada riesgosa por nuestra doctrina²⁶. No hace falta insistir –como ya lo hemos dicho al ejemplificar– que es intrínsecamente peligrosa la explotación de la energía nuclear, que ha causado catástrofes de la dimensión de la ocurrida en Chernobyl.

IV. TRATAMIENTO DOCTRINARIO DE LA MATERIA

Con relación a las distintas posturas doctrinarias, básicamente podríamos agruparlas en dos grupos: aquel que admite la eximente basada en el riesgo del desarrollo y otro que rechaza la vigencia de esta eximente. Pizarro²⁷, por ejemplo, se enrola en este segundo grupo, afirmando que la eximente no tiene respaldo normativo en nuestro derecho y debe ser rechazada, no

²⁵ Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.) (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo VIII, 1º ed., Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 587.

²⁶ Ver tratamiento del tópico en el acápite siguiente.

²⁷ Pizarro, Ramón Daniel (2006), *op. cit.*, p. 398.

solo de *lege lata*, sino también en toda pretensión de futura incorporación al derecho vigente.

El interesante trabajo de Márquez y Moisset de Espanés²⁸ termina encomendando la resolución legislativa del tema de los riesgos del desarrollo, a fin de dar fin con las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales. Citan a la recientemente fallecida Matilde Zavala de González²⁹, quien, si bien estima que estos daños serían consecuencias casuales del obrar del productor o fabricante, entiende que el principio de riesgo provecho justifica que se responsabilice a las empresas en la medida de su participación en el mercado. Los autores presentan propuestas diferenciadas: Márquez sugiere que los riesgos del desarrollo sean puestos en cabeza del productor o prestador del servicio, para cumplir de esa forma con el imperativo constitucional de la protección plena de la salud y de los bienes de los consumidores. Por su parte, Moisset de Espanés estima que “en los casos de desgracias absolutamente imprevisibles el Estado debería articular un sistema de seguridad social que permitiese asistir a las víctimas cuando no pudiese atribuirse el deber de resarcir a un individuo determinado, como sucede en Canadá o Nueva Zelanda”.

Barocelli y Garrido Cordobera³⁰ sostienen que “el riesgo de desarrollo no debe constituirse en eximente de responsabilidad, sino que los proveedores de bienes y servicios deben aceptar los riesgos de introducir un producto o servicio en el mercado y por lo tanto, indemnizar las consecuencias dañosas que han ocasionado (...) las víctimas no pueden ser sacrificadas en aras del avance de la ciencia”, fundando esto último en que ello no sería compatible con las nociones de desarrollo sustentable, calidad de vida y con los derechos humanos, teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de reparación integral.

²⁸ Márquez, José Fernando y Moisset De Espanés, Luis (2009), *ob.cit.*, p. 773-774.

²⁹ Zavala De González, Matilde (1999), *Resarcimiento de daños*, T. 4, Buenos Aires: Hammurabi, p. 618 y ss.

³⁰ Barocelli, Sergio Sebastián y Garrido Cordobera, Lidia M. R. (2008) “Responsabilidad por riesgo de desarrollo. Aproximaciones de la jurisprudencia argentina” en: *La Ley*, 21/10/2008, 1 - LA LEY2008-F, 843, p.1

Nos abocaremos ahora a detallar los argumentos que sostienen las posturas de cada uno de los grupos doctrinarios indicados, siguiendo al respecto las obras de los autores que venimos citando:

1. Argumentos de la doctrina que admite la eximente basada en el riesgo del desarrollo

- La nocividad del producto es objetivamente imprevisible al tiempo de su elaboración, puesta en circulación o comercialización, lo cual conllevaría a que se configure un supuesto de caso fortuito. Respecto a esta imprevisibilidad, advierten hábilmente Márquez y Mosset de Espanés³¹ que en realidad el riesgo es previsible, aunque no lo sean sus consecuencias.
- La imputación de responsabilidad al productor se ve obstaculizada por el régimen de consecuencias atribuibles en nuestro sistema de responsabilidad. El sindicado como responsable solo responde por las consecuencias objetivamente previsibles: la nocividad de un producto que no pudo ser prevista al momento de su puesta en el mercado es, en forma notoria, imprevisible y, por ello, una consecuencia no imputable al autor, que se convierte en casual (art. 1727, última parte, del Código Civil y Comercial), tal como referimos *supra* con cita de Zavala de González. Distingue esta jurista diciendo que “hay causalidad según las ciencias naturales (se descubre una efectiva relación etiológica entre las características del producto y el perjuicio que ocasiona) pero no jurídicamente, porque ello no era dilucidable coetáneamente con la actividad”.³² Sozzo³³, por su parte, afirma que “mientras el sistema del derecho de daños mantenga vigente como un presupuesto para la reparación la exigencia de relación causal adecuada y el background de teorías que la sostienen, los riesgos del desarrollo serán un verdadero caso fortuito y,

³¹ Márquez, José Fernando y Moisset De Espanés, Luis (2009), *ob.cit.*, p. 769, citando a Cavanillas Múgica, Santiago (1985), *Responsabilidad y protección del consumidor*, Palma de Mallorca: Universitat de Illeas Balears, p. 190.

³² Zavala De González, Matilde (1999), *op. cit.*

³³ Sozzo, Gonzalo (2006), *op. cit.*, pp. 96-97. Refiere al respecto, la falta de “plasticidad” que tienen el derecho de daños y el del consumidor para el abordaje de la temática.

por tanto, eximirán de responsabilidad al fabricante”. La objeción respecto a la falta de causalidad también es abordada por Verónica Mas³⁴, quien apunta que “la exigencia de la causalidad adecuada puede ser un obstáculo para la reparación del daño, en tanto resulta imposible predicar la previsibilidad del resultado dañoso producido por la utilización de determinados productos cuya nocividad se determina en un momento posterior a la introducción de los mismos al mercado”. Por ello, la autora postula la necesidad de revisar el requisito de la causalidad como presupuesto del deber de reparar, tal como se lo concibe actualmente, destacando que existe una teoría “ultraobjetiva” de la causalidad, cuyo autor es Julian Nida-Rümelin y que en nuestro país ha sido receptada por Alfredo Orgaz, Jorge Llambías, Pedro Cazeaux, Félix A. Trigo Represas, Atilio Alterini y Roberto López Cabana, entre otros; teoría que “como variante de la teoría de la causa adecuada, propicia que el Juzgador debe apreciar la adecuación de la acción al resultado obtenido teniendo en consideración todas las circunstancias existentes al momento de la acción, fuesen ya conocidas en ese momento o solamente después”. Entendemos que esta teoría no luce congruente con el precepto del art. 1726 del Código Civil y Comercial, por lo que consideramos más ajustada a derecho y a nuestra postura la opinión de Zavala de González antes referida, es decir, reconocer que si bien pueda no existir relación jurídica de causalidad pero sí una relación de causalidad natural, conviene fundar la responsabilidad por riesgos del desarrollo en el marco de las actividades riesgosas o peligrosas, teniendo en cuenta el provecho que ellas traen para quien las realiza, sin necesidad de forzar la teoría de la causalidad adecuada de una manera que no estuvo en las miras del codificador.

- No existe un defecto en sentido estricto, lo cual impediría adoptar políticas de prevención financiera eficientes.
- Si el fabricante debiere soportar el riesgo de desarrollo se le impondría un rigor intolerable en la atribución de responsabilidad, que conllevaría a paralizar la innovación e investigación científicas,

34 MAS, Verónica. “Derecho a la Salud y Responsabilidad Civil: daños derivados de los riesgos del desarrollo”, en *ANALES*, 2005 (36 Dic.), pp. 4-5.

especialmente en productos de alta tecnología, en detrimento del desarrollo y la evolución técnica y científica.

- La internalización de los costos implicaría un incremento en el precio del producto, lo que a su vez afectaría los niveles de producción y consumo.
- No es posible asegurar un riesgo que, por hipótesis, resulta absolutamente desconocido.

2. Argumentos de la doctrina que rechaza la vigencia en nuestro derecho de la referida eximente

- La eximente parece en gran medida incompatible con el carácter objetivo que tiene la responsabilidad del productor. Dado este carácter, no pareciese importar que el productor, dado el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento en que el producto fue puesto en circulación, no pudiera conocer el carácter defectuoso del producto. Nótese que el defecto existe al momento de la introducción del producto en el mercado. Por ello deben diferenciarse dos realidades que no deben confundirse: una cosa es la existencia del defecto y otra, muy distinta, la posibilidad de conocerla. Esta última posibilidad, en un contexto de responsabilidad objetiva, nada agrega o quita a la defectuosa genética del producto. Respecto a este punto sostiene Pizarro que “un sistema de responsabilidad objetiva –coherentemente sustentado– lleva a incluir en seno a los denominados riesgos del desarrollo. Su pretendida exclusión importaría una seria claudicación ideológica, y al mismo tiempo, una fuerte contradicción entre los fundamentos de la responsabilidad que en el plano de la teoría se declaman y las eximentes”³⁵.
- No pueden los riesgos del desarrollo considerarse como un caso fortuito, ya que este, por definición, debe ser externo a la cosa que causa el daño y no estar dentro de ella, como sucede en el tópico en análisis. Coderch refiere al respecto que

(...) los riesgos de desarrollo se refieren a un producto originariamente defectuoso, es decir, a uno que ya lo era en el momento de

³⁵ Pizarro, Ramón Daniel (2006), *op. cit.*, p. 400.

su comercialización. Aquí, el acontecimiento es histórico e interno, tiene lugar dentro de la esfera de influencia del fabricante. La investigación y desarrollo que precede a la comercialización de un producto es una actividad típicamente llevada a cabo por el fabricante y, en este sentido, no parece razonable, al menos en la normalidad de los casos, considerar que los riesgos del desarrollo sean externos a su actividad.³⁶

- La admisión de la eximente implicaría una fuerte regresión en los grados alcanzados en la protección al consumidor. El desarrollo debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes de consumo masivo que se lanzan al mercado, tal como lo establece el art. 5 de la ley 24.240. Pizarro se pregunta quién debe asumir el costo económico de las contingencias derivadas de los riesgos del desarrollo:

(...) ¿el accionista titular de la empresa que lucra con el producto en el mercado, en el marco de su riesgo empresarial, o el damnificado? No dudamos que debe serlo el primero, que es por otra parte, quien lucra con su actividad y está en mejores condiciones de asegurarse y de internalizar tales costes integrándolos al precio de los productos, distribuyéndolo finalmente entre los propios consumidores.³⁷

- La responsabilidad por riesgos el desarrollo resultaría un estímulo o incentivo en términos económicos para la permanente puesta al día y superación de los conocimientos de la ciencia y la técnica, lo que a su vez serviría para enriquecer la función preventiva del derecho de daños, expresamente reconocida hoy en nuestro derecho vigente (art. 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial).
- La imposibilidad de calibrar con precisión la configuración efectiva, entidad y proyección de estos daños productos del riesgo del desarrollo no obsta a la contratación de seguros. Márquez y Moisset de Espanés³⁸ vuelven en este punto a citar a Cavanillas Múgica, quien

³⁶ Coderch, Pablo Salvador et al (2001), *op. cit.*, pto. 4, p. 8.

³⁷ Pizarro, Ramón Daniel (2006), *op. cit.*, pp. 400-401.

³⁸ Márquez, José Fernando y Moisset De Espanés, Luis (2009), *op. cit.*, p. 770.

asevera que los riesgos del desarrollo son asegurables, citando en su apoyo un informe de la Comisión Europea de Aseguradores. La cuestión de la asegurabilidad en el marco de la Unión Europea es abordada por González Vaqué³⁹, quien afirma que “los datos disponibles sobre las repercusiones prácticas que tendría en la industria y las compañías aseguradoras la introducción de la responsabilidad por riesgos del desarrollo son muy escasos. No se ha realizado ninguna investigación detallada sobre las sentencias de los tribunales nacionales en cuanto a la aplicación de la cláusula de exoneración relacionada con estos riesgos”. Agrega el autor que en el ámbito de la Comisión Europea también se planteó la cuestión de si los daños causados por estos riesgos deberían correr a cargo del conjunto de la sociedad a través de un fondo de indemnización alimentado por ingresos públicos, y/o del sector público en cuestión, mediante un fondo en que participasen sus miembros. Afirma al respecto que

(...) las respuestas a este punto fueron muy diversas; algunas contribuciones eran partidarias de la introducción de un fondo de indemnización en los sectores más sensibles. La experiencia ha demostrado que, en caso de daños a gran escala, la intervención pública es inevitable, por lo que, en algunos casos, se destinaron fondos públicos a ayudar a los perjudicados. No está claro que esta intervención no deba constituir una excepción. Por lo tanto, se estima que debería considerarse la posibilidad de que las empresas del sector productivo afectado establecieran un fondo. Otros comentarios sugieren que la cuestión de los fondos de indemnización debería dejarse en manos de los estados miembros”.

Cierto es que la contratación de seguros sería más sencilla en los países que han establecido techos o topes indemnizatorios en la materia⁴⁰. Como veremos al desarrollar nuestra postura respecto al tópico, sin perjuicio de no compartir los topes indemnizatorios en este ámbito ni en muchos otros de la responsabilidad civil –por el simple hecho de que estos límites

³⁹ González Vaqué, Luis (2001), *op. cit.* pp. 88-89.

⁴⁰ Como es el caso de la Unión Europea, tal como resulta de la directiva 85/374/CEE del 25 de julio de 1985.

conspiran contra la reparación integral del daño (art. 1740 del Código Civil y Comercial)–, estimamos que los daños en análisis pueden ser objeto del contrato de seguro en nuestro derecho.

V. EL PRINCIPIO PRECAUTORIO⁴¹: SU APLICABILIDAD A LOS RIESGOS DEL DESARROLLO

El principio en cuestión es el número 15 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. El mismo dice que “con el fin de proteger el medioambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del ambiente”.

Nuestra legislación también recoge este principio, en términos muy similares, en el art. 4 de la ley general del ambiente 25.675, consignando en el mismo que “cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

Dos son los elementos básicos que caracterizan a este principio: la incertidumbre científica y la gravedad e irreversibilidad del daño.

Muchos de los que se caracterizan como riesgos del desarrollo suelen tener incidencia en el medioambiente y en la salud humana, como puede suceder con el uso de pesticidas sobre cuya dañosidad no hay aún certeza⁴² y los organismos genéticamente modificados que consumimos

⁴¹ La UNESCO ha elaborado en el año 2005, mediante una comisión de expertos, un profundo y detallado informe sobre el principio precautorio. V. Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología – COMEST (2005), *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio*, París: UNESCO, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>

⁴² Es de público conocimiento la polémica que en los últimos años se ha desatado en torno a varios productos elaborados por la multinacional Monsanto, particularmente a la potencialidad cancerígena que podría tener el glifosato, un herbicida que es comercializado bajo el nombre de Round Up; la empresa es así mismo líder mundial en ingeniería

como alimento. Sin perjuicio de ello, nuestra idea es que el principio de precaución podría extrapolarse de los límites del derecho ambiental para aplicarlo a los riesgos del desarrollo y a toda aquella circunstancia en que se encuentre en riesgo derechos básicos de la población, como lo son la inocuidad de los productos elaborados para su consumo y el derecho a la salud que, como vimos, se ha visto seriamente comprometido en muchos de los casos abordados en la jurisprudencia. Es decir, ante la incertidumbre científica respecto a la posibilidad de que un daño se produzca, se deben tomar las medidas necesarias para evitar su concreta producción, sin perjuicio de los costos que ello implique. No puede admitirse la incertidumbre científica como un *bill* de indemnidad para no invertir en investigación, en prevención y finalmente, para evitar reparar los perjuicios que se concreten, aun cuando se haya cumplido con la investigación necesaria para averiguar la eventualidad peligrosa o riesgosa del producto o actividad de la que se trate y las medidas preventivas hayan fallado.

Es interesante al respecto el análisis que realiza Sozzo en la segunda parte de su trabajo⁴³. Buscando nuevas ideas regulatorias para los riesgos del desarrollo, se pregunta justamente si el principio de precaución podría trasladarse al derecho de daños y del consumidor. Para ello busca los puntos de contacto entre el derecho ambiental y el del consumidor, resaltando, entre otros, que ambos tienen por objetivo preservar la calidad de vida de los ciudadanos y su salud y emplean mecanismos colectivos para la defensa de sus intereses.

El autor también destaca la profunda diferencia entre precaución y prevención, aseverando que “la prevención parte de la base de que el riesgo es conocido y que existe una posibilidad cierta de que ocurra; en cambio, el principio de precaución parte de la base de que el riesgo no puede ser conocido científicamente, es decir, no se sabe si existe o no”⁴⁴. Coinci-

genética de semillas. Abordar la cuestión excedería el marco del presente trabajo, más aún cuando no podríamos asegurar si estamos ante un riesgo del desarrollo o si realmente esta compañía conoce ya al momento de la puesta en circulación de sus productos la potencialidad dañosa de los mismos. Sin perjuicio de ello, a simple título informativo diremos que, conforme a la Organización Mundial de la Salud, el glifosato es un producto ligeramente peligroso (*slightly hazardous*), conforme a lo que resulta de la p.36 del documento oficial que clasifica la peligrosidad de los herbicidas.

⁴³ Sozzo, Gonzalo (2006), *op. cit.*, p. 100 y ss.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 108.

dimos con Sozzo en que la aplicación del principio de precaución en el derecho de daños se da en la esfera de su función preventiva: no se trata de una nueva función del derecho de daños, sino de una “variante de la prevención que se da frente a la incerteza científica de un daño”⁴⁵. Este principio postula que se tomen acciones, que se actúe aunque no se tenga certeza científica del daño, de la posibilidad de su concreción y en su caso, de su extensión. El autor propone como eje de la regulación respecto a los riesgos del desarrollo la salud del hombre, no confinando la temática al derecho de daños y al derecho del consumidor, ello en el entendimiento que dicho derecho humano esencial puede verse en riesgo tanto como cuando el individuo es consumidor directo de productos que portan un defecto que constituye un riesgo del desarrollo, como cuando se “jaquea” al medio ambiente. Concordamos totalmente con sus conclusiones⁴⁶: se deben “repensar” las instituciones jurídicas para dar una respuesta al problema de los riesgos del desarrollo. Ello requiere flexibilizar el principio de causalidad y la incorporación de nuevas herramientas regulatorias, como pueden ser reglas jurídicas que impulsen e incentiven la investigación por parte del sector privado que se beneficia con las actividades de las que emergen estos riesgos, a fin de reducir esas incertidumbres científicas que tornan aplicable, a nuestro criterio, el principio precautorio a la temática de los riesgos del desarrollo.

VI. NUESTRA POSICIÓN Y PROPUESTA

Previo a exponer nuestro posicionamiento respecto al tópico en estudio, y sin perjuicio de todo el análisis jurídico que a través del presente hemos intentado darle a la cuestión, no podemos más que adherir a la innegable aserción que formula Luis Díez Picazo⁴⁷, en el sentido de que “el tema de los riesgos del desarrollo no puede resolverse con criterios de técnica jurídica y exige decisiones políticas”. En igual sentido se expide Sozzo⁴⁸.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 111.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 125.

⁴⁷ En *Derecho de daños* (1999), p. 154, citado por PIZARRO, ob. cit., Pizarro, Ramón Daniel (2006), *op. cit.*, p. 393, nota al pie n° 217.

⁴⁸ Sozzo, Gonzalo (2006), *op. cit.*, p.118.

Entendemos que debe existir una previsión legal expresa que rechace la utilización de los riesgos del desarrollo como eximente de responsabilidad, que integre el articulado del Código Civil y Comercial, excediendo el marco del derecho del consumidor. La misma podría ubicarse en la Sección Tercera del Capítulo Primero del Título V, entre los arts. 1729 a 1733, que abordan las eximentes de responsabilidad, y su texto podría ser el siguiente: “El que causare un daño no podrá eximirse del deber de reparación del mismo mediante la alegación de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos al momento de su accionar, de la puesta en circulación de un producto o de la prestación de un servicio, le impedian conocer la peligrosidad, riesgo o potencialidad dañosa de su conducta, del producto o servicio. El presente precepto es aplicable especialmente a todo aquel daño que se produzca al medio ambiente y/o a la salud de la población, ya sea mediante la realización de las actividades reguladas por los arts. 1757 y 1758 o mediante la elaboración de productos o prestación de servicios que no se enmarquen en el desarrollo de esas actividades, pero que puedan entrañar un riesgo de lesión para los bienes jurídicos ya mencionados. Para los casos previstos en los arts. 1757 y 1758, será obligatoria la contratación de un seguro de responsabilidad civil y la creación de un fondo de garantía, quedando este último sujeto a la reglamentación pertinente”.

Nuestra propuesta se basa en el principio de reparación integral del daño, en el riesgo-provecho como factor de atribución de la responsabilidad y en el reconocimiento del rol social de la empresa moderna, que no puede desentenderse de las consecuencias de su accionar, so pretexto de generar más ganancias⁴⁹. Creemos que nuestra propuesta *de lege ferenda* incentivará a los sujetos pasivos de la misma a invertir más en *precaución, prevención e investigación*, en tanto de existir la previsión legal expresa que se sugiere, se aventará de antemano cualquier posibilidad de argumentar el riesgo del desarrollo como eximente de responsabilidad.

La asegurabilidad de estos riesgos del desarrollo es defendida por numerosos autores, tal como lo detallamos al abordar el tratamiento de doctrina respecto a tópico y los argumentos de cada una de las posturas a su respecto (eximente o no de responsabilidad). En nuestro caso,

⁴⁹ Ello, claro está, en el entendimiento de que los riesgos del desarrollo se generan en el ámbito empresarial, no en la actividad de individuos aislados.

consideramos particularmente que el seguro debe ser obligatorio⁵⁰, teniendo presente, por un lado, que la empresa tiende a ser adversa a asegurarse voluntariamente, y por el otro, que en muchos de estos casos nos encontramos con daños graves e irreversibles y de alcance masivo, cuya magnitud puede exceder la posibilidad económica de la empresa de responder. No consideramos como obstativo a la contratación del seguro la imposibilidad de la empresa de estimar el valor del riesgo adecuadamente, en tanto entendemos que dicha estimación es posible. En cuanto a las empresas y la contratación de seguros, insiste Jorge Mosset de Iturraspe⁵¹ en que “no puede pensarse en un seguro de responsabilidad civil, atribuible este a un factor objetivo, sin los necesarios cálculos actuariales, que, a su vez, requieren determinación cierta, anticipada, de la cuantía de la indemnización”. Acto seguido, este autor sostiene que las variaciones en la fijación de los resarcimientos por vía judicial afectan las previsiones de las empresas y sus proyecciones de costos, elevan el costo de los seguros, para terminar bregando por los topes indemnizatorios que ya dijimos no compartir como criterio legal, en tanto afectan la reparación integral defendida por nuestro Código Civil y Comercial y por la jurisprudencia de la CSJN.⁵² Entendemos que hoy en día es posible la determinación anticipada de la indemnización para que el seguro realice el mentado cálculo actuarial, en tanto la jurisprudencia tiende a la utilización de fórmulas

50 Muchas objeciones podrían realizarse al aseguramiento obligatorio. Si bien tales consideraciones exceden el ámbito del presente trabajo, véase Acciarri, Hugo A. (2015), *Elementos de análisis económico del derecho de daños*, 1º ed., Buenos Aires: La Ley, quien dedica el capítulo V al estudio de los seguros obligatorios y voluntarios de responsabilidad civil, afirmando en página 109 que “la vigencia de un sistema que prohíba llevar a cabo ciertas actividades sin previa contratación de un seguro no implica que las mismas vayan a eliminarse en los hechos, del mundo. Al contrario, la prohibición será sólo una parte del mecanismo generador de incentivos respecto de los potenciales transgresores”. Justamente, teniendo en miras generar incentivos para la aplicación del principio precautorio y para generar una mayor prevención de los daños, es que diseñamos nuestra propuesta *de lege ferenda*.

51 Mosset Iturraspe, Jorge (2007), *Responsabilidad de la Empresa*, T. IX, 1º ed., Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 381-382.

52 Como muestra solo vale recordar el fracaso y posterior declaración de inconstitucionalidad del sistema de indemnización tarifada de la ley de riesgos del trabajo, en el precedente “Aquino”, del 21/09/2004.

matemáticas para determinar tales indemnizaciones⁵³, lo que redundaría en seguridad jurídica y en aventar el riesgo de arbitrariedad al momento de fijar las reparaciones pecuniarias.

En cuanto al fondo de garantía, su creación es defendida por múltiples autores⁵⁴, y entendemos que el mismo deberá funcionar con carácter subsidiario al seguro. Este fondo revestirá particular importancia para el caso en que la empresa que produjo el daño ya no exista –debemos tener en cuenta que los daños producidos por los riesgos del desarrollo suelen manifestarse a veces mucho tiempo después de realizada la acción dañosa–, o incluso cuando tampoco lo haga la compañía aseguradora, o cuando el valor del daño exceda los límites del aseguramiento.

Respecto al financiamiento del fondo, frente a alguna propuesta de que este se cree a partir de fondos públicos, entendemos que debe formarse con fondos privados, provenientes de las empresas que realizan estas actividades riesgosas o cuya producción genere el marco para la concreción de estos riesgos del desarrollo⁵⁵. A nuestra propuesta podría objetarse que el costo de este fondo –al igual que el del seguro, probablemente– será trasladado al consumidor o a la víctima del daño, impactando en el precio del producto, servicio o actividad que se realice. Pues bien, nada podremos decir en cuanto a la obvia traslación del precio del seguro, más que un sujeto neutral o con cierta adversidad frente al riesgo y con información suficiente, preferirá pagar más por ese producto, servicio o actividad sabiendo que de sufrir un daño, será reparado adecuadamente.

Acercas de la formación del fondo de garantía, nuestra propuesta es que, en tanto los daños que analizamos son por lo general causados por personas jurídicas, el Estado debería revisar su política tributaria, en tanto estos sujetos sufren una carga impositiva del treinta y cinco por ciento de sus ganancias por el impuesto respectivo, por lo que una parte de lo que

53 V. Acciarri, Hugo A. (2015), *op. cit.*, capítulos VII y VIII.

54 Goldenberg, Pablo (1996), “Los riesgos del desarrollo (Un supuesto especial de responsabilidad por productos elaborados)” en *La Ley* 1996-E, 927 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales VI, 01/01/2007, 347, p. 5.; Garrido Cordobera, Lidia M.R. (2006), *op. cit.*, p. 5; Márquez, José Fernando y Moisset De Espanés, Luis (2009), *op. cit.*, p. 774, donde Moisset de Espanés opta por la reparación mediante la articulación de un sistema de seguridad social por parte del Estado.

55 Sería como una aplicación del principio contaminador-pagador proveniente del derecho ambiental.

se recauda por dicho concepto –solo respecto de las personas jurídicas involucradas en la materia de los riesgos del desarrollo–, mediante la sanción de las leyes correspondientes, podría ser asignado a la formación de dicho fondo, o bien podría bajarse la alícuota para las personas jurídicas en cuestión y destinar la diferencia entre la nueva alícuota y la anterior al fin ya descripto.

Finalmente, entendemos que en caso en que no se pueda identificar al autor del daño, deberán responder todas las empresas que producen el producto, prestan el servicio o realizan la actividad dañosa, en proporción a su participación en el mercado, por lo que resultarían de aplicación las normas referidas a la responsabilidad colectiva y anónima (arts. 1761 y 1762 del Código Civil), cuestión que no nos pareció necesario aclarar en nuestra propuesta *de lege ferenda*, justamente en virtud de que ya fueron previstas por el codificador.

No nos resta más que decir que los riesgos del desarrollo representan un verdadero desafío para el derecho de los negocios y empresario. Desafío que es posible enfrentar legislativamente, a nuestro entender, en el marco de los factores objetivos de atribución y del derecho del consumidor, de la actual regulación que el Código Civil y Comercial hace de las actividades riesgosas o peligrosas y con la propuesta que realizamos *de lege ferenda*. La solución propuesta innegablemente brinda incentivos económicos para la aplicación del principio precautorio y para la inversión en prevención e investigación. Una empresa responsable, consciente del rol que ocupa en la sociedad actual, del riesgo de la fabricación en masa, comprometida con los derechos del consumidor y del usuario y, asimismo, que tenga una clara noción del efecto que en su estructura económica pueden tener los daños derivados del riesgo del desarrollo con su alcance masivo, debe estar preparada para afrontarlo de manera eficiente.

En esta obra se compendian artículos de interés re-
dactados por miembros del CMYFRN, en búsqueda
de compartir sus miradas y análisis, con el fin de
que las mismas enriquezcan al lector, a través de te-
mas variados y propios de la actualidad del país y
de la provincia.

