Anuario. Principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este Año 2020

Anuario

Principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este

Año 2020

UNIVERSIDAD DEL ESTE
LA PLATA

FDCS

Director:
Prof. Mauro Fernando Leturia

Edición al cuidado de
Enrique Horacio Bonatto

© Librería Editora Platense S.R.L.
Calle 15 nº 644 - 1900 - La Plata - Buenos Aires - Argentina
Telefax: (0221) 482-8070
info@editoraplatense.com.ar // www.editoraplatense.com.ar

Diseño de tapa, armado y paginación electrónica
Juan Bonatto Seoane
bottproducciones@hotmail.com

Leturia, Mauro
Anuario: principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este / Mauro Leturia. -
1a ed. - La Plata: Librería Editora Platense, 2021.
596 p.; 23 x 16 cm.
1. Derecho. I. Título.
CDD 340.0711

ISBN 978-950-536-558-6

LIBRERIA
EDITORA
PLATENSE

Índice

Palabras de señor Decano.....15

Resumen de actividades de Investigación.
Dr. Mauro Leturia.....19
Proyecto: "La valoración del testimonio en el marco del proceso penal".
Director: Santiago M. Irisarri.
Codirectora: Israel Turano.....19
Proyecto: "Alcances de la probatio digital en el fuero civil y comercial y de familia del Departamento Judicial de La Plata, para la demostración del thema probandum"
Director: Profesor Mauro Fernando Leturia.
Codirector: Pablo Puente.....89

Trabajos del Segundo Concurso de Artículos de Divulgación Científica - UDE 2020…….....115
1° Lugar: "Acceso a la Justicia con perspectiva de género: cuestiones jurídicas y sociales relevantes en torno a las violencias, dependencias y autonomías"
Por Sergio Oscar Libera Medina.....117
2° Lugar: "Acerca de la Justicia distributiva y su aplicación en el ámbito del contrato de trabajo y el contrato de locación"
Por Adrián Emir Gochicoa - Victoria Antonella Mongelos - Jeremías García.....138
3° Lugar: "La privación de la responsabilidad parental y su relación con el Derecho Penal"
Por Camila Denisse Pereyra - Santiago Martín Irisarri.....157
Mención especial: "Acciones colectivas, alcance de la sentencia y defensa del consumidor"
Por Francisco López Simpson - Fernando Sebastián Pérez.....177

Mención especial: "Los derechos individuales y colectivos en contexto de pandemia ¿se excluyen o coexisten?"
Por María Lis Amaya y Ana Clara D'Ovidio.....199
"El fenómeno de la violencia en el fútbol, el caso argentino de los 'barras bravas' y una observación al caso de 'Bebote' Álvarez y del velatorio de Diego Armando Maradona"
Por Ignacio Rincón - Ricardo Germán Rincón.....217
"A propósito del caso 'NuSkin' y las estafas piramidales: ¿Emprendimiento exitoso o delito con implicancias de género?"
Por Julián Farina Balbi.....236
"El rol de los abogados y abogadas con perspectiva terapéutica"
Por María Victoria Gisvert.....259
"La determinación de los intereses locales"
Por Darío Paglietta Giorgis.....281
"Autonomía municipal económica. Un recorrido por las limitaciones a su verdadera autonomía integral"
Por Ricardo Sebastián Piana - Martín Arévalo.....310
"La necesidad de la acción pública ante los delitos de violencia de género"
Por Agustín Salazar Lea Plaza.....329
"Expulsión del país, Soberanía del Estado vs. Derechos de los Inmigrantes"
Por Cristian Martín Aguilera.....341
"Preparativos para el cruce de los Andes"
Por Juan Herminio García Ceballos.....360
"Mandato preventivo y Derecho del Consumidor"
Por Fernando Eloy Veiga.....374
Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación
Coordinado por la Abog. Analía Verónica Reyes.....393
El juicio oral en la modalidad de audiencia virtual en el proceso penal peruano
Aníbal Alberto León Zambrano.....398

Juicios virtuales ya-ayer
Ernesto Miguel Murillo Godínez.....409
Juicios orales. Versión 2.0
Facundo Rodrigo González Busquen.....420
Juicios orales en el marco de la pandemia por el Covid-19
Federico Daniel Martinengo.....431
Juicio virtual vs. Debido proceso
Nicolás de la Cruz y Gabriel Giuliani.....444
La videoconferencia o audiencia virtual en el proceso penal peruano. (Breves reflexiones sobre su uso y aplicación de los procesos telemáticos)
Galileo Galilei Mendoza Calderón.....454
Pandemia y Justicia
Graciela Elizabeth Gómez (Corrientes. Argentina).....487
Justicia en tiempos de pandemia
Marcelo Musarra.....499
El juicio oral en tiempos de pandemia: la videoconferencia en tensión con el debido proceso
Autores: María Laura Maidana y Leandro Valentín Álvarez.....508
El juzgamiento en época de pandemia. El caso peruano
Miguel Toyohama Arakaki.....519
La gestión y realización de los juicios orales en tiempos del Covid 19, en la República del Perú
Nayko Techy Coronado Salazar.....531
El juicio oral por videoconferencia en el Perú y el protocolo temporal para audiencias judiciales virtuales
Renato Martín Escobedo Marquina.....540
Celebración de Juicio Oral y Público a partir de la utilización de medios telemáticos. Servicio de Justicia como horizonte superador. Análisis integral en la Provincia de Buenos Aires
Rodrigo Aitra.....550
El juicio oral virtual como práctica emergente. Reflexiones y prospectivas para un Poder Judicial post pandemia
Sara N. Castiglioni.....561

Justicia en tiempos de pandemia: sobre la viabilidad
del juicio oral virtual en Idaho
Víctor Beltrán Román.....573
Resumen de las actividades de Extensión.
Dr. Martín Gagliardi.....585
Resumen de las actividades de gestión y coordinación.
Pablo Federico Puente.....589
Graduados del año 2020 informados por Coordinadora
del programa de apoyo y seguimiento de los estudiantes.
María Isabel Trybalski Eichholz.....595

AUTORIDADES:

Presidente de la Fundación
Ing. Carlos Enrique Orazi

Rectora
Dra. María de las Mercedes Reitano

Vicerrector
Lic. Bruno Alejandro Díaz

Secretaria Académica:
Mg. Blanca Silvia Lena von Kluges

Secretario de Extensión e Investigación
Dr. Luis Sujatovich

Decano
Dr. Ricardo Germán Rincón

Secretario de Extensión y de Investigación
Dr. Mauro Fernando Leturia

Coordinador de Carrera
Dr. Pablo Federico Puente

Coordinador de Extensión
Dr. Martín Gagliardi

Presentación de la primera edición del anuario

- Palabras de señor decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este, saludando a sus profesores, investigadores, graduados, alumnos y a toda la comunidad académica en general.

- Resumen de actividades de Investigación a cargo del Secretario de Investigación y Extensión Dr. Mauro Fernando Leturia. Publicación de los Proyectos de investigación finalizados en 2020 y presentación del llamado a presentación de proyectos 2021.

- Publicación de los trabajos del Segundo Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2020.

- Resumen de la actividad de extensión coordinada por la Profesora Analía Reyes.

- Resumen de las actividades de Extensión a cargo del Dr. Martín Gagliardi.

- Resumen de las actividades de gestión y coordinación a cargo de Dr. Pablo Federico Puente.

- Graduados del año 2020.

Responsable de edición Mauro Fernando Leturia[1].

1 Procurador, Abogado y Escribano. Especialista en Docencia Universitaria. Doctorando de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Realizó estudios de postgrado sobre Derechos de Autor en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Civil III, de Introducción al Pensamiento Científico y de Derecho Marítimo y Aeronáutico, y Profesor de Posgrado de la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria en la Facultad de Ciencias

Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor Titular de Cátedra de la materia Prácticas Profesionales II y de Derecho de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata. Profesor de Derecho Penal I Parte General y Derecho Marítimo y Aeronáutico de la Facultad de Derecho de la Universidad del Este. Profesor de Metodología de la Investigación en la Facultad de Diseño y Comunicación de la Universidad del Este. Docente invitado en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de posgrado de la Universidad Austral. Oficial de la Justicia Federal Argentina. Ex becario de IDLO, ex becario de la Presidencia de la Nación Argentina. Ex Becario de AISGE. Becario Doctoral del Ministerio de Educación de la Nación. Secretario de Extensión y de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Este. Corresponsal argentino para ASEDA. Jurado para cargos jerárquicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Coautor de los libros Derechos de Propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos (2014). Autor del Manual del Martillero y del Corredor (2015) y segunda edición actualizada (2021). Coautor de la obra Consumidores y derecho en Iberoamérica (2018) publicado por Editorial Reus en España y Editorial UBIJUS en México. Coautor del libro Investigaciones Socio-jurídicas Contemporáneas (2019) Editorial MALISIA. Director del Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este, Librería Editora Platense, 2020. Autor de numerosos artículos de doctrina jurídica tanto en Argentina como en España. Editorial Reus en España y Editorial UBIJUS en México. Además publicó numerosos artículos de doctrina en el ámbito universitario tanto en Argentina como en España.

Palabras del Sr. Decano

Estimados lectores,

Siento una gran satisfacción por escribir estas palabras de salutación y bienvenida a esta segunda edición del Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este.

La publicación que hoy llega a sus manos es el fruto del trabajo sostenido desarrollado por el Equipo de Gestión de nuestra facultad que, a pesar del contexto adverso planteado por la pandemia de COVID-19 que azota al mundo, no cesó en sus esfuerzos por desarrollar las actividades de docencia, extensión e investigación propias de una institución universitaria.

Esta publicación se articula con el Anuario 2019, consolidando de esta manera el espacio científico creado en dicha oportunidad. Decíamos en la presentación de aquella obra que pretendíamos alumbrar un espacio que viniera a "ampliar las fuentes de circulación de la información relevante y actual producida por los cultivadores de la ciencia del Derecho en el marco de la comunidad académica platense, bonaerense y nacional". La cantidad y calidad de los trabajos seleccionados da cuenta de la buena acogida que la misma ha tenido en los ámbitos académicos y profesionales de la región, nacionales y asimismo en el ámbito internacional. No podemos menos que estar orgullosos de contar con colaboraciones de Perú, México y República Dominicana entre otros, así como de prestigiosos magistrados de todo el país.

En esta oportunidad tampoco podemos dejar de agradecer el apoyo recibido de parte de las autoridades de la Universidad del Este en la persona de su Rectora Dra. María de las Mercedes Reitano, del Presidente de la Fundación Ing. Carlos Orazi, del Consejo de Administración, del Consejo Superior Académico y del Secretario de Extensión e Investigación

de la Universidad Dr. Luis Sujatovich sin cuyo compromiso y acompañamiento sostenido no hubiera sido posible ofrecer este producto.

Estas palabras iniciales, tampoco pueden dejar de destacar la tenacidad y el profesionalismo del Secretario de Extensión e Investigación de nuestra facultad, Dr. Mauro Fernando Leturia quien es el demiurgo que logra armonizar las partes que componen esta publicación.

Esperamos que nuestra comunidad reciba nuevamente con beneplácito esta publicación y que nuestra/os docentes, estudiantes y graduados se sigan sintiendo estimulados por ella a involucrarse en los espacios de investigación y extensión que ofrece nuestra Facultad y a generar proyectos propios que puedan ser presentados a publicaciones futuras.

Formulando votos para que esta iniciativa siga prosperando y ofreciendo cada vez mayores y más excelsos resultados, me despido de ustedes y les saludo con la más distinguida consideración.

Ricardo Germán Rincón
La Plata, junio de 2021

Trabajos de investigación

• Resumen de actividades de Investigación a cargo del Secretario de Investigación y Extensión Dr. Mauro Fernando Leturia

En el marco de las tareas propias de la Secretaria de Investigación de la Universidad del Este, a cargo del Profesor Luis Sujatovich, en coordinación con la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales a cargo del Dr. Mauro Fernando Leturia, durante el año 2020 se realizaron y aprobaron dos trabajos de investigación y se encuentran en trámite otros tres proyectos. En el Anuario se publica el informe final de cada investigación.

También para el año 2021 se aprobó el llamado a la presentación a nuevos proyectos de investigación, estableciéndose expresamente la posibilidad de formación de equipos categoría A y categoría B para jóvenes investigadores, tanto para las carreras presenciales y como a distancia.

Proyecto: "La valoración del testimonio en el marco del proceso penal"

Director: Santiago M. Irisarri-Codirectora: Israel Turano

Investigadores: María Isabel Trybalski Eichholz, Matías Nahuel Maugeri, Abraham Carrasco Fuensalida, María Fernanda Galván, Lucía Yamila Caracotche.

Resumen: La presente investigación se ocupa de la prueba testimonial y su valoración desde una perspectiva *racionalista*. El tema principal sobre el cual desarrollamos las labores está dado por la distinción conceptual entre "mentira", "sinceridad", "veracidad" y "falsedad", ello en tanto advertimos que ni la doctrina ni la jurisprudencia lo han tratado con profundidad, poniendo en evidencia errores conceptuales que, llevados a la práctica, podrían originar resoluciones incorrectas de casos. A su vez, y asumiendo que todo testimo-

nio se encuentra precedido por la captación del suceso, por su interpretación, por su memorización y por la recuperación del recuerdo, estudiamos los factores que podrían generar falta de concordancia entre lo que un sujeto manifiesta haber percibido y lo que realmente habría ocurrido en el mundo exterior. También analizamos los diversos criterios de pensamiento desarrollados por los juristas y los comparamos con los resultados obtenidos de investigaciones científicas (realizadas en su gran mayoría por psicólogos), a fin de corroborar si los pensamientos esgrimidos en el ámbito jurídico son coherentes con lo que la ciencia ha puesto en evidencia (sobre todo en estos últimos años). A partir de allí, llegamos a la conclusión de que muchas prácticas judiciales, muchos fallos, gran parte de la normativa procesal vigente y muchos criterios de pensamiento esgrimidos por grandes autores del Derecho Procesal, colisionan con los conocimientos científicos existentes en la actualidad, lo cual podría generar errores en la resolución de los casos concretos.

Introducción

El testimonio es considerado un medio de prueba "tan viejo como la Humanidad", en tanto, a diferencia de otros medios probatorios, los cuales han requerido de cierto desarrollo de las sociedades para originarse (prueba pericial, prueba documental, etc.), la prueba testimonial sólo requirió del uso del lenguaje como medio de comunicación entre las personas.

En la actualidad, es una prueba notoriamente gravitante a los efectos de impartir justicia, siendo prácticamente impensada la existencia de un veredicto (condenatorio/absolutorio) que no haya sido precedido por la producción de prueba testimonial. En muchos casos, el testimonio se corresponde con el único medio de prueba producido a lo largo del proceso; a veces, incluso, existe un único testimonio que, a su vez, se corresponde con el de la propia víctima. De allí que una debida valoración de estos medios de prueba se torna una labor notoriamente gravitante a los efectos de impartir justicia.

Ahora bien, pese a la importancia de este particular medio de prueba, lo cierto es que ni la doctrina ni la jurisprudencia ni los juristas en general le han dedicado el tiempo ni la profundidad de estudio merecida. Por lo general, los libros sobre prueba testimonial se limitan a estudiar y desarrollar cuestiones netamente procesales, como -por ejemplo- las facultades de abstención de las personas para declarar, las prohibiciones para declarar, el momento de ofrecimiento de esta prueba, los tipos de preguntas que pueden realizarse, pero nada se dice con relación a la valoración del testimonio. Y si bien la doctrina ha estudiado con cierto detenimiento los diversos sistemas de valoración probatoria (prueba legal, íntimas convicciones y sana crítica), dicho abordaje siempre ha sido realizado de forma abstracta y sin circunscribirse al testimonio; es decir, tanto los Manuales, Tratados y libros en general suelen abordar el problema de la valoración aludiendo a la clasificación entre los diversos sistemas, pero sin adentrarse en las cuestiones escabrosas que hacen al cómo debe valorarse en concreto un testimonio.

Ante la falta de un tratamiento pormenorizado de todo aquello que hace al juicio valorativo en concreto, se advierte la existencia de un sistema de juzgamiento que, en la práctica, se encuentra notoriamente influenciado por las creencias (infundadas y, en muchos casos, contrarias a los conocimientos científicos) del juzgador. Es decir, las decisiones jurisdiccionales dependerán del grado de convicción al cual haya arribado el organismo decisor, independientemente de las consideraciones que racional y objetivamente puedan surgir de la prueba producida.

De allí la necesidad de abordar con profundidad el estudio del testimonio para determinar qué debe tenerse en cuenta (y qué no) a la hora de valorar la prueba testimonial.

Objetivos Generales

-Estudiar de forma particularizada la prueba testimonial a fin de dotar a los operadores del sistema judicial de conocimientos específicos para su correcta valoración.

Específicos

-Analizar la finalidad del proceso penal y abordar el concepto de "verdad".

-Distinguir la prueba directa de la prueba directa.

-Analizar los diferentes sistemas de valoración de la prueba.

-Comprender qué es un testimonio.

-Analizar las particularidades de la prueba testimonial como medio probatorio.

-Analizar los aportes que otras disciplinas/ciencias han realizado en los últimos tiempos y determinar sus implicancias en la valoración de la prueba testimonial.

-Analizar los métodos de detección del engaño desarrollados a lo largo de la historia.

-Estudiar el principio de inmediación y su eventual relación con la valoración de la prueba testimonial.

-Distinguir postulados presuntivistas de los no presuntivistas en lo que hace a la prueba testimonial.

-Explicar la relevancia de la asunción de un postulado racionalista de la valoración de la prueba testimonial.

Tipo de investigación

La investigación es exploratoria, teórica-documental; se pretende examinar el tema con el intento de ganar conocimientos sobre el mismo a fin de lograr perfeccionar el sistema de Justicia; se comienza con la asunción de una idea general, utilizando el propio avance de la investigación como detector de problemas existentes en la actualidad, los cuales podrían ser estudiados con mayor detenimiento en investigaciones futuras. La investigación se sustentó en el estudio, análisis y comprensión del material bibliográfico jurídico, pero también no jurídico, correspondiente este último con diversas disciplinas, entre las cuales se destaca la psicología del testimonio. Así, la intención no ha sido generar respuestas o soluciones definitivas, sino explorar, detectar problemas y, en algunos puntos, sugerir cambios.

Metodología

En virtud al tipo de investigación, la metodología ha sido la siguiente:

Primeramente se realizó una búsqueda de los libros que hemos encasillado bajo el rótulo de "clásicos" de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Probatorio [2] a fin de conocer cómo se ha abordado, desde qué óptica y cuánto se ha profundizado el estudio de la prueba testimonial y su valoración. A partir de allí, y tras realizar un diagnóstico inicial, pretendimos ahondar en la temática, acudiendo a las citas al pie de página de las obras utilizadas; todo ello a efecto de profundizar el estudio del tema, pero también a fin de poder determinar si las enseñanzas esgrimidas por estos autores se sustentan en argumentos valederos y debidamente justificados. En segundo término, nos centramos en analizar y estudiar detenidamente los aportes que distintas disciplinas no jurídicas han realizado sobre el tema; en este sentido, advertimos que los psicólogos del testimonio vienen realizando desde hace décadas investigaciones relacionadas con la percepción de los hechos por parte de las personas, la interpretación de los datos captados, la memorización y los procesos de recuperación de la información, centrando sus estudios en los diversos factores que pueden afectar, de alguna u otra forma, estos diversos procesos. Las investigaciones encontradas han sido de las más variadas, por lo que decidimos centrarnos principalmente en todas aquellas que han sido publicadas en revistas reconocidas por los pares, tomando como punto de partida las obras de Antonio Manzanero, Margarita Diges y Giuliana Mazzoni

2 Nos referimos a: Bentham, Mittermaier, Carnelutti, Chiovenda, Florián, Framarino dei Malatesta, Vélez Mariconde, Manzini, Clariá Olmedo y Cafferata Nores. Su clasificación bajo el rótulo de "autores clásicos" obedece a que, al día de hoy, se corresponden con la bibliografía obligatoria de prácticamente todos los programas de estudios universitarios, siendo imprescindible su mención en cualquier texto relacionado con la temática que aquí se aborda.

(todos ellos, reconocidos psicólogos que se han abocado al estudio de la psicología del testimonio). Para finalizar se realizó un entrecruzamiento de datos tendiente a constatar si los criterios de pensamientos esgrimidos por los juristas, los cuales tienen notoria incidencia en la forma en que se desarrollan los juzgamientos y, principalmente, en los modos en que se valora la prueba testimonial, es coherente con los conocimientos científicos actuales.

A partir de los resultados obtenidos, elaboramos un "esquema" para desarrollar todos aquellos temas que consideramos relevantes para la realización de un juicio valorativo del testimonio, el cual se detalla a continuación y cuyo desarrollo pormenorizado puede verse del informe final completo entregado a las autoridades de la Universidad:

Esquema

1. Las premisas que sustentan esta investigación
2. La prueba testimonial
2.1. Problemas del testimonio
2.2. La mentira y los errores sinceros
2.2.1. Los motivos que pueden generar los errores sinceros
2.2.2.1. Momento de percepción
2.2.2.1.1. Factores del suceso
a) El color y el cambio de luz
b) La distancia y el movimiento
c) Información especial
d) La familiaridad
2.2.2.1.2. Factores del sujeto
a) La edad
b) Expectativa y estereotipos
c) Ansiedad y emoción
d) Drogas y alcohol
2.2.2.2. El momento de interpretación
2.2.2.3. Los momentos de memorización y recuperación
a) La demora
b) La recuperación múltiple

c) Las sugerencias externas

d) El contexto de recuperación y la entrevista cognitiva

2.3. El interrogatorio y su influencia en la creación de falsos recuerdos

2.4. La confianza y la exactitud en la declaración ¿Un vínculo aparente?

3. Valoración del testimonio.

3.1. Detección de la mentira a lo largo de la historia

3.1.1. Las ordalías

3.1.2. La tortura

3.1.3. El suero de la verdad

3.1.4. La hipnosis

3.1.5. El polígrafo

3.1.6. El juramento

3.2. La inmediación ¿Un principio con función epistemológica?

3.2.1. El principio de inmediación y sus funciones

3.2.2. Validez de la función epistemológica del principio de inmediación

3.3. Los juicios de credibilidad

3.3.1. Presuntivismo vs. no presuntivismo

3.3.2. Criterios de credibilidad

a) Bentham y su "medida nominal de comparación"

b) Mittermaier y su postulado basado en el "conocimiento del corazón humano y la práctica del mundo"

c) El criterio de Framarino dei Malatesta

d) Gorphe y la importancia de la psicología

e) Undeutsch y la "evaluación de validez de las declaraciones"

f) Wells y Lindsay, la credibilidad basada en la intuición

g) Manzanero y González: el modelo holístico de evaluación de la prueba testimonial (HELP) [3]

3 Manzanero, Antonio-González, José L., "Modelo Holístico de evaluación de la prueba testifical (HELP)", Papeles del Psicólogo, 2015. Vol. 36 2, pp. 125-138.

h) Nuestro criterio de pensamiento: la necesidad de realizar un doble juicio valorativo

3.3.3. Algunas consideraciones con relación al testigo único

4. Análisis del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.

Breve reseña de algunos puntos abordados [4]

1) Las premisas sobre las cuales trabajos

El presente trabajo de investigación, cuya pretensión fundamental se centra en analizar los problemas que derivan de la valoración del testimonio, no puede ser realizado debidamente sin establecer previamente premisas que pongan en evidencia nuestro lugar de partida y cuáles son las concepciones que asumimos sobre el proceso y la prueba; en este sentido, elaboramos la investigación a partir de las siguientes premisas:

a) El proceso tiene por finalidad lograr el mayor acercamiento a la verdad [5].

b) Entre prueba y verdad existe una relación teleológica [6].

c) El concepto de verdad que utilizamos es el de verdad como correspondencia [7].

4 Por cuestiones de extensión, no trataremos aquí la totalidad de los puntos antedichos -los cuales se encuentran debidamente desarrollados en el informe final presentado a las autoridades de la Facultad-, sino sólo alguno de ellos

5 La misma se sustenta en la discusión filosófico-jurídica con relación a cuál es el fin del proceso. Por un lado, están quienes asumen que el proceso tiende a la resolución del conflicto; por otro, aquellos que consideran que el proceso pretende lograr el mayor acercamiento posible a la verdad a fin de concretar una correcta aplicación de la ley sustantiva. Una clara y detallada explicación sobre este punto puede encontrarse en Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2011.

6 Un desarrollo pormenorizado de este tema puede verse en Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

7 Una clara y breve explicación de la teoría de la verdad como correspondencia y su diferencia con las distintas teorías de la verdad puede

d) Se asume una concepción y modelo de funcionamiento de la prueba *racionalista* [8].

e) Las conclusiones probatorias siempre serán *probabilísticas*; no es posible alcanzar certezas racionales [9].

2)Los problemas del testimonio

¿Por qué hablar de los problemas del testimonio?

La respuesta es sencilla: la prueba testimonial es una prueba relativamente simple y fácil de recibir, pero muy delicada a la hora de apreciar [10]:

Una investigación desarrollada en 1991 por Mira y Diges puso en evidencia que la mayoría de las personas consideran que la falta de concordancia entre lo que el testigo expresa y lo realmente acaecido se debe a la falta de honestidad del declarante, desconociendo o no teniendo en cuenta que el funcionamiento de la memoria es un factor determinante en este punto. Este pensamiento no sería preocupante si proviniera del "hombre común" (el ciudadano que no tiene trato frecuente con testigos), pero, por más que nos pese, tales consideraciones son propias de aquellos sujetos que tienen directa relación con los testigos [11].

En líneas generales, la mayoría de las personas consideran que: a) los testigos son exactos en sus identificaciones, incluso pese al paso del tiempo y habiendo visto a la persona sólo

---

verse en Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

8 Véase Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

9 Véase González Lagier, Daniel, *Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción,* Temis, Lima-Bogotá, 2005.

10 Gorphe, François, *La apreciación judicial de las pruebas,* La Ley, Buenos Aires, 1967.

11 Mira, J.J. y Diges, M. (1991), "Teorías intuitivas sobre memorias de testigos: Un examen de metamemoria", Revista de Psicología Social, 6, 1, 47-60.

por unos instantes; b) la hipnosis es una técnica que puede garantizar la sinceridad del testigo; c) los policías son testigos más confiables; d) la amenaza de una agresión no tiene efecto sobre la calidad de las declaraciones e identificaciones; e) tampoco tienen en claro qué aspecto, tratándose de accidentes de tránsito, se recordará mejor; f) ni saben si la edad, el sexo u otras diferencias individuales pueden afectar a la calidad del testimonio, considerando que las mujeres son peores testigos; g) son conscientes del poder del lenguaje para distorsionar el recuerdo y las respuestas de los testigos [12].

A primera vista, sin mayores conocimientos en la materia, podríamos sostener que un buen testigo es aquel que tiene buena memoria, que recuerda al pie de la letra el suceso percibido, pero que además es sincero. Tal simple y sencillo pensamiento, sin aparentarlo, oculta numerosos temas indispensable para comprender debidamente los problemas de la prueba testimonial que, vale anticiparnos, son de los más variados. En tal sentido, consideramos que la temática debe ser abordada desde dos ópticas disímiles aunque complementarias: por un lado, será necesario conocer los distintos momentos temporales que preceden a todo testimonio (el momento de percepción de los sucesos, el de interpretación, el de memorización y el de recuperación; todos ellos, elementos indispensables para un buen testimonio); por otro lado, será menester estudiar el tema desde la óptica del receptor de dicho testimonio, quien se encargará de *valorarlo*. Ambas perspectivas se encuentran relacionadas, pues hablar del testimonio nos obliga a hablar de la mentira, de la sinceridad, de la falsedad y de la veracidad (la lista podría seguir), los cuales son elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de realizar el juicio valorativo.

12 Manzanero-Diges, "Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad", Anuario de Psicología Jurídica, Departamento de psicología básica, Universidad Autónoma de Madrid, 3, 7-27. 1993.

Supongamos que un desconocido en plena vía pública nos manifiesta estar teniendo un problema de salud y, por tal motivo, nos pide ayuda económica para poder comprar un medicamento. Ante este panorama es muy difícil no preguntarse si esta persona "nos miente o nos dice la verdad". Pues bien, esta inquietud (saber si nos miente o nos dice la verdad), aplicada en la vida diaria pero también en el ámbito judicial, evidencia un grosero error de entendimiento o, desde un plano más técnico, un juicio valorativo del testimonio absolutamente restringido y que poco servirá para determinar la veracidad de los dichos del sujeto. ¿Por qué decimos esto? Pues porque se establece una falsa dicotomía conceptual al consagrar como términos opuestos aquellos que no necesariamente lo son: mentira y verdad.

Estos puntos, que serán tratados detenidamente en los siguientes capítulos, son fundamentales y necesarios para realizar debidamente el juicio valorativo del testimonio (por lo menos, desde un plano racional).

3) La mentira y los errores sinceros

Referirse a la mentira es referirse a la historia del hombre: ha existido, existe y seguirá existiendo, perteneciendo a la naturaleza del ser humano [13]. La mentira es y ha sido un medio de subsistencia, siendo habitual y, hasta cierto punto, necesaria para el desarrollo de las sociedades. Cuando dos personas se encuentran, por ejemplo, en la vía pública suelen preguntarse ¿cómo está usted? o, sin

13 González Fernández se refiere a la mentira del hombre como "un arte prehistórico" relacionándola, por ejemplo, en el contexto de las técnicas de caza que utilizaban los primeros hombres; una completa explicación de la mentira humana a lo largo de la histórica -abordando la temática desde los más diversos aspectos- (véase González Fernández, "La mentira. Un arte con historia", Aposta -Revista de ciencias sociales, nro. 26, 2006); por su parte, Bentham esgrime que la mentira va en contra de la naturaleza del hombre, que la verdad es la regla y la mentira la excepción, y que sólo mediante un gran esfuerzo podemos suplantar la verdad por la mentira (Bentham, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales,* t.1, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 61).

tantos formalismos, ¿cómo estás? ¿cómo te trata la vida? ¿qué tal te va?, obteniendo generalmente una respuesta amable: "me encuentro bien" o "no tengo problemas". Pero claro, esta contestación en muchos casos no se corresponde con la realidad, pues tal fórmula es utilizada para evitar efectivamente hablar de los problemas personales. Piénsese, por ejemplo, el caso de aquella señorita que le pregunta a su pareja cómo le queda el vestido que acaba de comprar, por más que el vestido (a criterio de su pareja) sea horrible o le quede espantoso, la contestación difícilmente sea ésta, siendo más probable encontrarse con una respuesta como: "no es de tu estilo", "mucho no me gusta", "quizás te quedaría mejor otro" o "no me gusta" (pero no "te queda horrible", salvo que la pareja se encuentre demasiado consolidada y la sinceridad no los afecte). Si ante cada pregunta o en cada situación uno se expresare con sinceridad, la vida diaria de las personas sería muy difícil de afrontar, incluso el trato cotidiano se vería notoriamente afectado [14].

Sin embargo, explica Mazzoni [15] que la mentira no es un comportamiento que se limite al ser humano. Los animales *mienten* para capturar presas o para no ser capturados, en fin, para subsistir. Algunos, por ejemplo determinados peces, tienen la capacidad de modificar su aspecto (sus colores) para aparentar ser parte del ambiente que los rodea (una roca, un

14 Explica Mendiola que "no hay relación sin mentira: éste habría de ser el punto de partida, el fundamento que apuntala inequívocamente la importancia antropológica y sociológica de la mentira y que, exige, por ello, su toma en consideración. No se trata, repetimos, de juzgar moralmente sino de ubicarnos en una postura extra-moral que inquiera en lo que nos da la mentira. Y la mentira, decíamos, nos da la posibilidad del sentido y del vínculo…la mentira es un refugio que posibilita la vivencia misma de lo social" (Mendiola, "Elogio y crítica de la mentira" en *La mentira y el autoengaño en la sociedad actual*, p. 46*)*

15 Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, Trotta, Madrid, 2019, p. 35; en igual sentido, González Fernández, Ruben, "La mentira. Un arte con historia", Aposta -Revista de ciencias sociales, nro. 26, 2006.

cúmulo de algas, etc.); otros, inflan su pecho para parecer más grandes. Yendo incluso más allá, las plantas también *mienten*. Véase, por ejemplo, el caso de las "plantas carnívoras" que para capturar a sus presas segregan una especie de líquido viscoso que al tomar contacto con algún insecto lo retiene de tal forma que no pueda huir. En algunos casos, incluso, el engaño es aun mayor o evidencia una trama más compleja: algunas plantas tienen la posibilidad de generar un aroma muy particular que suele atraer distintos tipos de insectos. Cuando éstos se acercan y se posan en las extremidades de las plantas se caen, producto de un líquido resbaladizo, dentro de una especie de bolsa que, a su vez, contiene más líquido que impide definitivamente el escape.

Pero la mentira que aquí nos ocupa es la mentira de los hombres y, más concretamente, aquella que se desarrolla en el ámbito del proceso (la mentira del testigo). Si bien la habitualidad con la que se utiliza el término denota una aparente sencillez en su definición, lo cierto es que existen dos postulados con relación a qué es una mentira: uno objetivo y otro subjetivo. Conforme el primero, la mentira sería la falta de correlato entre la afirmación y la realidad [16]; el segundo, en cambio, no analiza la cuestión desde un punto de vista objetivo (o, si se quiere, no analiza la realidad de aquello que se afirma), sino la intención del sujeto. Para la tesis subjetivista, mentir es la afirmación de aquello que se *cree* o *sabe* que es falso [17]. Se aprecia que, según el primer postulado, la realidad de las cosas es gravitante para la consideración de una afirmación como "mentira"; en cambio, la tesis subjetivista se aparta de la realidad de los he-

16 Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, cit.

17 De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical,* Marcial Pons, Madrid, 2019; en igual sentido Manzanero al sostener que "una persona miente cuando deliberadamente aporta una información de la que sabe conscientemente que no se ajusta con la realidad de los hechos" (Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* Pirámide, 2018, p. 83).

chos, poniendo énfasis en la *creencia* de quien realiza la afirmación [18].

Como consecuencia de lo antedicho, el postulado objetivista presupone que la mentira siempre se corresponde con afirmaciones falsas (es decir, la mentira nunca tendría correspondencia con los hechos), denotando que pueden existir "mentiras voluntarias" y "mentiras involuntarias": las primeras serían aquellas en que existe animosidad o intención en realizar una afirmación *falsa*, mientras que en las segundas la afirmación *falsa* se realizaría sin intención (en este último caso el sujeto cree estar diciendo *la verdad* cuando, en realidad, no lo hace) [19].

Utilicemos algunos ejemplos para clarificar:

Supongamos el caso de un sujeto que, transitando por la ruta, le comenta a su acompañante que a lo lejos hay un lago. Tal afirmación no es más que una falsa creencia, pues lo que aparenta ser un lago, en realidad, es un espejismo (efecto visual producido por el impacto de la luz solar sobre el asfalto). Debe advertirse que el sujeto *cree* efectivamente que a lo lejos hay un lago, pero tal creencia no se corresponde con la realidad (pues no hay ningún lago). La mentira, en este caso, sería involuntaria.

En cambio, si este mismo sujeto sabe que lo que aparenta ser un lago, en realidad no lo es, pero igualmente manifiesta que a lo lejos hay un lago (por ejemplo, para hacérselo creer a su hijo), entonces la mentira será voluntaria o intencional.

---

18 Por afirmación no nos referimos a "afirmación propiamente dicha", sino a manifestación de un sujeto con relación a un hecho (puede consistir en una afirmación o en una negación).

19 Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, cit. En igual sentido, Mendiola, *Elogio y crítica de la mentira*, p. 49: "la reducción de la mentira a la intencionalidad tiende a llevar la impronta de una condena moral que hace recaer en el hablante la decisión última del deseo de mentir, obviando así cuáles son las condiciones de posibilidad del discurso mismo, de la propia mentira".

Como se observa fácilmente, la tesis objetivista no hace más que equiparar *mentira* con *falsedad,* lo cual, por nuestra parte, no consideramos correcto, pues estaríamos identificando con distintos términos un mismo concepto cuando la distinción terminológica y conceptual podría ser de mucha utilidad.

La mentira, a nuestro modo de ver, no debe ser analizada objetivamente (a partir de la verdad/falsedad del enunciado), sino subjetivamente (a partir de las consideraciones del propio sujeto, independientemente de la correspondencia con la realidad de los hechos). En tal sentido, la mentira sería conceptualizada desde un plano pura y exclusivamente interno: no importa si la afirmación es verdadera o falsa, lo que importa es la *creencia* del sujeto con relación a la afirmación (la mentira siempre será *voluntaria*) [20]. Por ello, según esta tesitura, la mentira es definida como la afirmación de aquellos que se *cree* o *sabe* que es falso.

Volviendo al ejemplo anterior, solamente el segundo caso (el del conductor que intencionalmente manifiesta al acompañante que hay un lago a sabiendas de que, en realidad, es un espejismo) podrá ser calificado como "mentira" [21].

---

20 Para evidenciar que la mentira no necesariamente tiene correlato con la falsedad de los hechos, Sócrates le pregunta a Hipias: "¿No es más cierto que el ignorante, aun queriendo decir la mentira, muchas veces diría, por azar, la verdad involuntariamente, a causa de no saber, y que tú, en cambio, que eres sabio, si quisieras mentir, mentirías siempre del mismo modo?" (Platon, *Hipias menor*).

21 Si bien toda persona puede mentir (hombres, mujeres, niños, adultos, etc.), no todos pueden lograr que el receptor del mensaje crea la mentira, en tanto, como explica Mazzoni: "Desde hace muchos años la investigación ha puesto de manifiesto que para mentir (y en particular para mentir bien), es necesario contar con buenas capacidades cognitivas y un desarrollo avanzado del sistema representativo. Puede comenzar a mentir la persona que tiene una teoría de la mente, es decir, la posibilidad de representarse el posible contenido de la mente de los otros. Todos los adultos tenemos una teoría de la mente muy desarrollada, aunque en algunos casos, como, por ejemplo, en el autismo, parece que la ausencia de esta capacidad de representación mental es exactamente la que crea la patología.

Pero la mentira también puede ser *verdadera*. Por ejemplo, supongamos que un ladrón le exige al empleado de un comercio que le diga dónde se guarda el dinero. La víctima, para evitar que los ladrones se apoderen de las ganancias, le miente diciendo que el dinero se guarda en un libro que se encuentra en la habitación del frente del local (el empleado, en realidad, cree que el dinero no se guarda allí, sino en la caja registradora). Si ese mismo día, pero antes del robo, el dueño del local, por temor a que su empleado se apoderase de la recaudación, hubiese sacado el dinero de la caja registradora, poniéndolo en el libro de la habitación del frente del local, tendremos por parte del empleado una "mentira verdadera". Para que se comprenda, el empleado afirmó algo que *creía* que era falso, pero, en realidad, su afirmación era verdadera.

Ahora bien, ¿cómo deben ser llamadas aquellas afirmaciones que *involuntariamente* afirman una falsedad? Pues bien, éste

---

En la vida cotidiana la teoría de la mente se utiliza sin que tengamos una clara conciencia de ello. Siempre que hablamos con alguien, por ejemplo, lo hacemos teniendo en mente los conocimientos que posee el interlocutor, y luego nos basamos de modo casi automático en ellos para decir cosas que no sabe partiendo, sin embargo, de cosas que consideramos que ya sabe. O bien repetimos cosas que pensamos que ya sabe para subrayar un aspecto que nos resulta importante… mentir supone saber tanto aquello que conoce el otro como, y quizás sea esto lo más importante, saber aquello que no conoce. De hecho, solo así se pueden proporcionar informaciones falsas que pueden resultar creíbles para el interlocutor. Los niños pequeños, hasta aproximadamente los cuatro años, mienten, pero sin tener éxito. Realmente en ellos la capacidad para representarse mentalmente el conocimiento de los demás es todavía incompleta; de ahí que nieguen haber roto un objeto sin asegurarse previamente de saber si los hemos visto mientras lo rompían; o afirmen haber llevado a cabo una acción sin saber si tenemos pruebas de lo contrario" (Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, cit., p. 37); en forma concordante, aunque con otra terminología y desde otra disciplina, refiere González Fernández que "la mentira como acto social, no puede prescindir de la nesciencia del que creyéndose poseedor de la verdad la ignora. La mentira tiene las patas cortas ante la verdad dominada por el otro, pero camina ligera en los bastos campos de la credulidad del engañado" (González Fernández, "La mentira. Un arte con historia", Apostа -Revista de ciencias sociales, nro. 26, 2006).

sería el caso de los "errores sinceros" [22] o "involuntarios" [23]. En estos supuestos el sujeto *cree* que su afirmación se corresponde con la realidad, pero esto no es así. Por ejemplo, supongamos el caso de un niño que le manifiesta a su padre que durante la noche un fantasma había pretendido entrar por la ventana de su cuarto. Si bien en realidad el fantasma es inexistente, en tanto lo que el niño observó no era otra cosa que la sombra de los árboles que generaban una silueta macabra, lo que el niño manifiesta no puede ser calificado como mentira, pues él efectivamente *cree* que un fantasma pretendía ingresar a su cuarto (es decir, estamos ante un relato sincero pero falso).

La cuestión se torna absolutamente gravitante si la trasladamos al ámbito procesal, pues pone de manifiesto que no todo relato honesto es veraz. Un testigo puede estar totalmente convencido de que ha visto cómo un hombre ha matado a una mujer cuando esto, en realidad, pudo no ser así (por ejemplo, suponiendo que aquello que parecía un homicidio, no era más que una actuación de personas que ensayaban una obra de teatro). Más allá de esta aparente claridad, en el ámbito jurídico como también en la vida diaria existe una notoria confusión al considerar que mentir es no decir la verdad (muchas personas, por ejemplo, al no creer las afirmaciones de otro sujeto, en vez de preguntarse "¿me está mintiendo o está siendo sincero?", se preguntan "¿me está mintiendo o está diciendo la verdad?").

Debemos dejar bien en claro que una cosa es la *sinceridad* y otra, muy distinta, la *veracidad*. Ser sincero implica expresar lo que uno *cree* que es verdad; en cambio, ser *veraz* implica expresar *verdades*. De igual forma, *mentir* no es lo mismo que decir *falsedades*. Mentir implica decir lo que uno *cree o sabe* que es falso; y decir *falsedades* implica expresarse sin tener correspondencia con la realidad. La mentira, al igual que el

22 De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical,* cit.

23 Gorphe, François, *La apreciación judicial de las pruebas,* cit., p. 378.

relato sincero, se analiza subjetivamente, en cambio, la verdad o la falsedad de una afirmación se analiza *objetivamente.* Por ello, podemos concluir que hay relatos sinceros verdaderos y relatos sinceros falsos, al igual que mentiras verdaderas y mentiras falsas.

En este punto, De Paula Ramos expresa que: "Desde el punto de vista del testimonio, por tanto, se podrían simplificar las categorías en tres opciones, que se suelen ignorar, máxime en los juzgados y tribunales: a) el relato verdadero (sincero o mentiroso); b) el testimonio falso, fruto de una distorsión intencionada de los hechos (diferencia entre lo que se dice y lo que se recuerda), y c) el testimonio falso, basado en recuerdos distorsionados a través de procesos cognitivos normales, sea de forma endógena o exógena. Al dejar de lado esta distinción, se considera que el testigo o está mintiendo, o está diciendo la verdad, con lo que se ignora la existencia de la categoría 'c'. Así, el derecho trabaja, en general, con elementos confusos y poco eficientes para garantizar, en todo lo posible, la veracidad del testimonio, que es lo que importa en el procedimiento probatorio. De esta forma, en general, se ignora la posibilidad de que haya errores sinceros -es decir, situaciones en las que el testigo es sincero, pero su declaración no es verdadera-, con lo que se sobrevalora el papel de la sinceridad o la mentira, que no garantizan para nada la veracidad".

La confusión entre sinceridad/veracidad o entre mendacidad/falsedad, trasladada al ámbito del proceso, sería un obstáculo para la correcta valoración de los dichos de los testigos, pues si el magistrado, en base a esta confusión, considerase que el testigo es sincero y en consecuencia veraz, estará tomando un camino errático para la averiguación de la realidad de los hechos.

4) Los motivos que pueden generar errores sinceros

Llegado a este punto, cabe preguntarse ¿cómo es posible que una persona sincera no sea veraz? ¿cómo es posible que un testigo honesto que pretenda transmitir sus conocimientos con relación a un hecho afirme cosas falsas?, en el fondo, ¿cuáles son los factores que pueden originar los "errores sinceros"?

Creemos que la mejor forma de tratar este tema es a partir de la siguiente división: momento de percepción, momento de interpretación, momento de memorización y momento de recuperación [24].

El primero correspondiente con la captación del hecho, el segundo correspondiente con la valoración que el sujeto realiza de lo percibido, el tercero correspondiente con la fijación en la memoria de aquello que ha sido percibido e interpretado, y, finalmente, el cuarto momento correspondiente con la búsqueda y obtención de aquel suceso guardado en la memoria [25].

---

24 Manzanero clasifica las fuentes básicas de error en el recuerdo en: 1) las condiciones de codificación, 2) las de retención y 3) las de recuperación. A su vez, entre los primeros agrupa los procesos perceptivos y los de atención, los cuales, a su vez, pueden dividirse en factores del suceso y factores del testigo. Los factores del suceso podrían sub clasificarse en: a) las condiciones perceptivas (percepción del color; cambio de luz; percepción de objetos; distancia, perspectiva y frecuencia; percepción del movimiento; y percepción auditiva); b) información de características especiales (duración; dolor; velocidad; datación; detalles frecuentemente omitidos); c) familiaridad y frecuencia; y d) tipo de suceso (violencia). Por su parte, los factores de retención y recuperación se corresponderían con la demora, la recuperación múltiple, el formato de recuperación y la información post-suceso (Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.). En cambio, Ferrer Arroyo y Dieuzeide realizan una clasificación más sencilla al hablar de los "siete pecados de la memoria" (así se refieren los autores a los factores que pueden influenciar la memoria de los testigos). Estos "siete pecados" se corresponderían con: 1) la transitoriedad; 2) la distracción; 3) el bloqueo; 4) la atribución errónea; 5) la sugestión; 6) los prejuicios; 7) la persistencia (Ferrer Arroyo, Francisco J. y Dieuzeide, María C., "Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas", en Revista Pensamiento Penal, 25/9/2018).

25 En este punto es necesario aclarar que la doctrina clásica del Derecho Probatorio, por ejemplo, Bentham (1823), Mittermaier (1834) o Framarino dei Malatesta (1912) hacía referencia a la existencia de estos errores (haciendo referencia a la percepción, al juicio, a la imaginación, a la memoria, a la expresión) aunque, claro está, sin investigaciones científicas de por medio que pudieran dar crédito a sus consideraciones (véase, Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, T. 1, Cap. IX; Mittermaier, C.J.A., *Tratado de la prueba en materia criminal,* Imprenta a cargo de la

4.a) Momento de percepción

Todas las personas se encuentran rodeadas por innumerables estímulos que provienen del entorno en el cual se desarrolla la vida misma. Y si bien nuestro sistema de captación es bastante bueno, su capacidad es limitada, en tanto no logra abarcar todo aquello que ocurre a nuestro alrededor [26]. Por ello, no todos los hechos o, si se quiere, no todos los elementos que conforman los hechos que ocurren a nuestro alcance logran ser percibidos. En este mismo momento, el lector, concentrado en la lectura de este texto, no advierte que a su alrededor están ocurriendo innumerables sucesos: el cantar de un ave, el sonido del viento que entra por la ventana, los movimientos que realiza la gente que transita en las cercanías, el sonido del reloj, etc. Pero claro, esto no significa que estos sucesos no existan o que el lector no pueda advertir su existencia, sino que los mismos no han acaparado su atención y, por esto mismo, no han sido percibidos y para él son inexistentes. Si, en cambio, el lector dejase de leer este trabajo y se concentrare en todo aquello que trasciende cerca de él, seguramente comenzará a advertir una variadísima cantidad de hechos que hasta el momento no habían acaparado su atención [27].

La atención, entonces, es la base sobre la cual se estructura la percepción o captación de los hechos; sin atención, los hechos pasan desapercibidos. Pero la atención no sólo deviene de la voluntad de las personas (es decir, no sólo se presta atención cuando uno decide hacerlo), sino que en muchísimas

---

Revista de Legislación a cargo de Sardá, Madrid, 1973, p. 258; Framarino dei Malatesta, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, T.2, Temis, Bogotá, 1978, p. 47); justamente, las investigaciones experimentales llevadas a cabo principalmente durante las últimas décadas del siglo XIX hasta nuestros días, han modificado rotundamente el panorama planteado dos siglos antes, sea confirmando o dejando de lado estos pensamientos.

26 Ferrer Arroyo, Francisco J. y Dieuzeide, María C., "Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas", cit.

27 Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*.

oportunidades (podríamos decir que en la amplia mayoría de los casos) la atención surge a partir de un estímulo externo. Por ejemplo, piénsese en aquel sujeto que caminando por el parque oye un sonido de colisión de automóviles, haciéndole voltear su cabeza en dirección hacia donde vino el sonido. Previo a la existencia del estímulo exterior (sonido) el sujeto no había advertido la existencia de automóviles que se dirigían en una misma dirección y que estaban próximos a colisionar, como tampoco se había percatado de todo aquello que ocurría en dicha dirección; más aun, la observación de la colisión (o de los instantes posteriores inmediatos a la colisión) se origina a partir del sonido emitido por los automóviles al estrellarse [28].

La atención es un fenómeno sumamente particular, pues incluso desde una teoría ingenua la atención es un factor gravitante a los efectos de garantizar una buena codificación de los sucesos (cuántas veces las madres le han pedido a sus hijos que "presten atención" o las maestras que al ver a sus alumnos dispersos les solicitan "prestar más atención"). Lo que no se sabe es que la atención constituye una función cognitiva apartada de la vista y del oído; por ejemplo, se puede fijar la mirada en un objeto que se encuentra en el centro de nuestro campo visual, sin mover los ojos, pero desplazar la atención a un objeto que se encuentra en la periferia del campo visual ("viendo" incluso mejor este último objeto, pues allí tenemos depositada nuestra atención) [29].

Para una clara demostración de cómo la atención influye sobre la percepción podríamos mencionar el "experimento del gorila" que, básicamente, consiste en la proyección de un video en el cual aparecen varias personas, algunas con camiseta negra y otras con camiseta blanca, solicitándole al espectador que cuente cuántos pases realizan con una pelota los individuos que llevan la camiseta blanca. Lo llamativo, y para mu-

28 Idem nota anterior, p. 50.

29 Idem nota anterior, p. 51.

chos sorprendente, es que durante el video aparece caminando entre las personas un individuo disfrazado de gorila, que, en la mayoría de los casos, pasa desapercibido por los espectadores [30]. A este fenómeno (no percibir aquello que transcurre frente a nuestros ojos) se lo denomina "ceguera intencional" [31]. De igual forma, no solemos darnos cuenta de modificaciones importantes que se producen en nuestro campo visual, incluso cuando las mismas sucedan justo delante de nuestras narices (este fenómeno se corresponde con la "ceguera de cambio" [32]) [33].

Pero la percepción no sólo se encuentra condicionada por la atención, sino también por innumerables factores que, en determinados casos, pueden llegar a afectar la correcta captación de aquellos hechos que ocurren a nuestro alrededor. Por ejemplo, no es lo mismo ver un acontecimiento a plena luz del día que hacerlo durante la noche; de igual manera, no es lo mismo apreciar un suceso que ocurre a pocos metros de distancia que otro que ocurre a cientos de metros. Demás está decir que todos estos factores serán la clave para que la

30 El video puede verse en: https://www.youtube.com/watch?v=IGQmdoK_ZfY.

31 Mazzoni, Giuliana, ob. cit., p. 15.

32 Algunos ejemplos pueden verse en los siguientes videos: https://youtu.be/ubNF9QNEQLA y https://www.youtube.com/watch?v=nYQlASnCX3Y&t=28s.

33 Mazzoni, Giuliana. *Psicología del testimonio*, cit., p. 50: "La atención visual selectiva se refiere al campo de atención que dirigimos a un área específica del espacio, cuando, por ejemplo, miramos la página en la que estamos leyendo o escribiendo, o seguimos el vuelo de un pájaro en el cielo. Ahora se sabe que este tipo de atención cubre un área espacial relativamente limitada, y que lo que sucede fuera de esa área se codifica de una forma pobre. De ahí que resulte bastante probable que no nos fijemos en muchos elementos presentes en una escena, y que no se recuerden o se recuerden mal, en el momento en el que el testigo se encuentra con que debe identificar estre varios rostros que se le presentan a la persona que ha cometido el hecho".

declaración sincera tenga mayor o menor correspondencia con la realidad de los hechos [34].

Los factores que influirían y hasta podrían afectar concretamente la percepción pueden ser clasificados en "factores del suceso" y "factores del sujeto": los primeros se corresponderían con condicionantes ajenos al sujeto que percibe y propios del suceso en sí mismo, mientras que los segundos pertenecerían a las características propias de cada sujeto [35].

La clasificación sería:

1) Factores del suceso

a) El color y el cambio de luz [36]

b) La distancia y el movimiento [37]

c) Información especial: la duración, el dolor, la velocidad y la datación [38]

---

34 Ferrer Arroyo y Dieuzeide lo explican diciendo que "percibimos el mundo en función de una suerte de anteojeras cognitivas, por lo que no vemos todo, sino lo que nuestras capacidades bio-psico-sociales nos permiten, ya que no hay percepción, de ninguno de los cincos sentidos que sea absoluta y neutral, y recordamos en función de lo que hemos codificado, ignorando todo aquello que no ha captado nuestra atención por cualquiera de las razones expuestas" (Ferrer Arroyo, Francisco J. y Dieuzeide, María C., "Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas", cit., p. 3).

35 Conforme Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.

36 Bueno García- López Tapia- Martínez Palomares- Moreno Álvarez, *Neuropsicología del color. Psicología teórica*, Granada, 2006; Acuña, Carlos. "Fisiología de la luz" en revista Ciencia de la Academia Mexicana de Ciencias, octubre/diciembre, 2003; Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit., pp. 24-25.

37 Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.,, p. 26; Manzanero, Antonio L.-Diges, Margarita, "Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad", cit., p. 15

38 Loftus, Elizabeth F.-Palmer, John C., "Reconstruction of Automobile Destruction. An example of the interaction between lenguage and memery", en Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior, 13, 1974; Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit., p. 31.

d) La familiaridad [39]

2) Factores del sujeto

a) La edad [40]

b) Expectativa y estereotipos [41]

c) Ansiedad y emoción [42]

c) Drogas y alcohol [43]

4. b). El momento de interpretación

Por interpretación nos referimos a la comprensión que el observador realiza de lo observado, lo cual se corresponde con la segunda fase del proceso de codificación: primero percibimos y, luego, dotamos de sentido (le asignamos un significado) a aquello que hemos percibido [44]; incluso cuando no lo advertimos, en tanto este proceso de interpretación es activado automáticamente por el sujeto (uno interpreta sin tener plena conciencia de ello). Todo suceso percibido es interpretado [45].

El error de interpretación no obedece a factores perceptivos propiamente dichos, sino a la valoración y significado que el

39 Diges, Margarita-Manzanero, Antonio, "El recuero de los accidentes de tráfico: memoria de los testigos", en L. Montoro, E. Carbonell, J. Sanmartin y F. Tortosa (Eds.) *Seguridad vial: Del factor humano a las nuevas tecnologías*, Ed. Síntesis, 1995; Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.*,* p. 32.

40 Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.*;* Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, cit. y, de la misma autora *¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria,* Trotta, Madrid, 2010.

41 Ferrer Arroyo, Francisco J. y Dieuzeide, María C., *Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas"*, cit.; Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, cit. pp. 55-56.

42 Yerkes-Dobson (1908), Easterbrook (1959), Deffenbacher (1983); Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit., p. 34

43 Manzanero, Antonio, ob. recién cit.*,* p. 42.

44 Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria,* Trotta, Madrid, 2010, p. 38.

45 Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, cit., p. 71.

observador realiza sobre el hecho percibido (la percepción es correcta, pero no la interpretación); por ejemplo, quien observa a una mujer llorar en la vía pública y considera (interpreta) que algo malo le ha ocurrido, cuando bien pudo estar llorando de alegría por haber recibido una bella noticia. La percepción pudo haber sido correcta, pero no la interpretación.

Tales cuestiones son absolutamente relevantes a la hora de valorar un testimonio pues, independientemente de la creencia del sujeto (incluso por más convencido que se encuentre) sus manifestaciones pueden no corresponderse con la realidad.

4. c) Los momentos de memorización y recuperación

Hablar de "memoria" es hablar de hechos pasados. Memorizar es retener aquello percibido, pero claro, no conforme ha sucedido, sino conforme ha sido percibido e, incluso, interpretado. Por más que un hecho haya ocurrido de una forma determinada, si nuestra captación no es fiel, nuestro recuerdo no se corresponderá con el hecho original (con el hecho externo cuya existencia es independiente al sujeto que lo percibe), sino con el hecho que nuestros sentidos nos han permitido conocer. Memorizar un hecho, entonces, no significará "memorizar el hecho externo", sino "memorizar el hecho percibido e interpretado"; llevando el tema al ámbito judicial, si con la prueba testimonial pretendemos que la persona declare lo *acontecido* (lo ocurrido) estaremos en un problema, pues para que efectivamente el testigo manifieste *lo ocurrido* será necesario una correcta percepción del suceso complementada con una correcta interpretación, pues de lo contrario (por ejemplo, si la percepción es errónea) sólo obtendremos del testigo un "hecho" no sucedido, es decir, la narración de un hecho inexistente. Por ello, es dable aclarar que la declaración sólo podrá hacer mención al "hecho percibido" que dependiendo el caso estará más cerca o más lejos del hecho real [46].

46 Sobre la memoria y su funcionamiento puede verse MIRA J.J., "Psicólogos del testimonio: ¿un peritaje de lujo?" en *Estudios de Psicología,* 1990, *42,* 101-113.

Pero el inconveniente no sólo está dado en los errores de percepción o interpretación, sino en los errores de memoria propiamente dichos. Un suceso puede haber sido captado debidamente, pero por el paso del tiempo es alterado en la memoria pudiendo incluso llegar hasta perderse. Basta pensar cuántas veces uno cree recordar algo (incluso poseyendo una imagen nítida del recuerdo) que luego, a partir de alguna conversación con amigos o familiares, advierte que tal suceso no ocurrió o, por lo menos, no como uno lo recordaba. Esto es algo muy usual que les ocurre a todas las personas en reiteradas oportunidades a lo largo de su vida; en la mayoría de los casos, uno no logra advertirlo y vive con estos "falsos recuerdos". Por ejemplo, la mayoría de las personas suelen jactarse de tener recuerdos de cuando tenían 2 o 3 años; pues bien, lamentamos decir que tales recuerdos no son tales, pues a esa altura de la vida nadie tiene desarrollada su memoria episódica (o autobiográfica). Pero esto no significa que la persona no "recuerde" el suceso; seguramente quien se refiere a estos "recuerdos" defienda a capa y espada que el suceso existió y que, incluso, recuerda hasta los detalles del mismo. En el fondo, la imagen que la persona se refleja no es correspondiente con un suceso real, sino que ha sido creada a lo largo del tiempo, adquiriendo en algún momento la calidad de "recuerdo" o de "suceso real". Una frase muy característica entre todos aquellos que se dedican a estudiar esta temática es que "*la memoria no graba, sino que interpreta y reconstruye la realidad*" [47], lo cual lamentablemente es así.

Comprender la memoria conlleva a comprender las distintas fases o etapas para la adquisición de recuerdos:

El *modelo modal* o *multialmacén* (el cual utilizaremos en esta investigación) se origina con las labores de Richard Atkinson y Richard Shiffrin quienes en 1968 plantearon que la memoria humana se encuentra conformada por tres estructuras básicas: el registro o depósito sensorial, la memoria a corto plazo y la

47 Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit., p. 23.

memoria a largo plazo. Como quedó expuesto anteriormente, la percepción se encuentra condicionada a la atención; sin atención no hay percepción, en tanto en todo momento el mundo que nos rodea va variando, pero sin que tales variaciones sean advertidas por el sujeto. Sólo aquellas que acaparen nuestra atención (voluntaria o involuntariamente) serán captadas. Los impulsos sensoriales que se desarrollan en torno al sujeto son incorporados inicialmente al registro sensorial, permaneciendo allí por un lapso de tiempo ínfimo para luego desaparecer (salvo que acaparen la atención del sujeto pasando a la memoria a corto plazo). Se considera que la información será almacenada sólo durante un tiempo muy limitado, aproximadamente treinta segundos, para luego perderse, salvo que el individuo se aferre a esta información almacenándola en la memoria a largo plazo. A diferencia de la memoria a corto plazo, cuya capacidad es limitada, la memoria a largo plazo es ilimitada. Pero claro, esta información quedará dormida hasta tanto el sujeto la necesite, para lo cual deberá transferirla nuevamente a la memoria a corto plazo [48]. Ahora bien, el traspaso de un "almacén" a otro, el transcurso del tiempo y tantos otros factores, generarán que la información original (el hecho percibido) vaya variando a tal punto que posiblemente lo que "recordemos" no se corresponda con lo inicialmente almacenado.

Este proceso denota que toda narración sobre eventos pasados no es más que una *reconstrucción* que, seguramente, no sea 100% fiel a la información originalmente obtenida o almacenada; entonces, retomando el tema de la prueba testimonial, podemos decir que aquello que el sujeto declara haber presenciado, en realidad, no es aquello que presenció sino aquello que ha logado *reconstruir* [49].

48 Una sencilla y clara explicación de estos procesos puede verse en Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio,* Marcial Pons, Madrid, 2015.

49 Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria,* cit., p. 56: "Dado que el proceso de recuperación

Parece claro que, sin perjuicio del registro sensorial y de la memoria a corto plazo (etapas indispensables para la creación de todo recuerdo), la prueba testimonial se relacionará íntimamente con la memoria a largo plazo, la cual puede ser distinguida en: a) memoria semántica; b) memoria procedimental y c) memoria episódica. Manzanero lo explica fácilmente al decir que "la información *episódica* es la responsable de nuestros recuerdos, siendo conscientes de dónde y cuándo ocurrieron y con la experiencia subjetiva de haberlos vivido. La información *semántica* es la responsable de nuestros conocimientos, qué sabemos que tenemos, pero no cuándo ni cómo los adquirimos. Por último, la información *procedimental* hace a nuestras habilidades, a las cosas que sabemos hacer relativamente complejas y que hemos adquirido a través de la experiencia" [50].

representa un estrechamiento de la memoria, entonces resulta que, con cualquier tipo de material, se pueden recordar sólo algunos de los diversos elementos que llegaron a la mente, y que su recuerdo se hace a expensas del recuerdo de cualquier otra cosa activada en la memoria en ese momento. Y puesto que el recuerdo de cualquier cosa implica el contemporáneo olvido de cualquier otra, este fenómeno puede producir importantes modificaciones sobre el contenido de una declaración. Desde el punto de vista del testimonio, significa que en el momento en que uno recuerda dos coches implicados en un accidente, probablemente inhibe el recuerdo de otros elementos de la escena que ha presenciado; elementos que podrían ser de igual o mayor importancia respecto al tipo o color de los coches. Puede haberse inhibido, por ejemplo, el recuerdo de que había un tercer automóvil que con su comportamiento podría haber causado el accidente, o que el coche que venía en dirección contraria llevaba un número de pasajeros superior al permitido por la ley, o que otro coche, en fin, iba a una velocidad excesiva. Por suerte, no siempre es evidente que lo que se inhibe sea de igual o mayor importancia que lo que se recuerda. No obstante, la gravedad del asunto estriba en que, de antemano, no se sabe cuál es el aspecto importante y, en consecuencia, qué elemento será importante solicitar en el recuerdo, y cuáles podrán ser inhibidos sin especial daño para el testimonio. Siendo éste uno de los principios de funcionamiento de la memoria humana, poco se puede hacer para bloquear su influencia. El hecho de recordar una parte de un episodio implica al mismo tiempo el olvido de otras".

50 Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.*,* p. 30; en este punto el autor adopta el *modelo modal o multialmacén,* desarrollado principal-

Nos centraremos en la memoria *episódica* (o información episódica), debiendo poner nuevamente énfasis en que memorizar un hecho (es decir, retener un hecho percibido) no implica adquirirlo por siempre ni adquirirlo con exactitud, sino, más bien, todo lo contrario. El recuerdo de un suceso no sólo que no será retenido por siempre, sino que irá variando a lo largo del tiempo, siendo muy factible que, luego de un determinado lapso temporal (dependiendo del suceso), el mismo se termine perdiendo. ¿Acaso existe alguien que recuerde absolutamente todo lo percibido? La respuesta es "no", salvo que pensemos en el personaje ficticio de Jorge Luis Borges "Funes el memorioso" [51].

Pero el recuerdo, para ser tal, debe ser susceptible de ser recordado. Un recuerdo que no es recordado no es un recuerdo. Aquí toma relevancia el momento de recuperación, por el cual el sujeto logra acceder al contenido almacenado en su memoria; es decir, logra acceder a sus recuerdos. Para ello existen dos maneras, una directa y otra indirecta. En el primer caso el sujeto logra adquirir la sensación de mirar su propia mente, como si volviera a percibir el suceso almacenado (por ejemplo, es habitual no encontrar la llave de casa y, de repente, ver la imagen de la llave encima de la mesa); en el segundo caso, en cambio, no se logra rápidamente acceder al recuerdo, sino que es necesario realizar cierto esfuerzo o labor. ¿Cómo es esto?

---

mente por Atkinson y Shiffrin (1968), teniendo como predecesor el trabajo de James, quien, en su obra *The Principles of Psychology* proponía la existencia de dos tipos de memoria: la primera o transitoria y la secundaria o permanente. El *modelo modal*, básicamente, plantea la memoria a partir de tres estructuras: el registro o depósito sensorial, el almacén o memoria a corto plazo y el almacén o memoria a largo plazo (Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio,* cit., p.156).

51 Funes, protagonista de una ficción escrita por Borges, tenía el poder de recordar con exactitud todo hecho percibido. Nunca olvidaba; de allí su frase "más recuerdos tengo yo solo que los que habrán tenido todos los hombres desde que el mundo es mundo…mi memoria es como vaciamiento de basuras" (Borges, Jorge L., *Ficciones*, Alianza Editorial, España, 1998).

Supongamos que pretendemos saber cómo hemos festejado nuestro cumpleaños hace 10 años; difícilmente logremos obtener ese dato de forma rápida. Para el recupero del recuerdo, que estará en algún lugar de nuestra memoria, debemos acceder a datos paralelos que se irán entrelazando hasta llegar al suceso. Por ejemplo, no recuerdo dónde festejé mi cumpleaños hace diez años, pero tengo presente que durante dicho año falleció mi abuela, que el fallecimiento ocurrió antes de mi cumpleaños, que ese año estuve muy triste y, claro, recuerdo no haber festejado el cumpleaños sino sólo haber hecho una cena familiar junto a mis padres [52].

El gran problema de la memoria y, sobre todo, del proceso de recuperación es que al recordar algo lo hacemos parcialmente, sea porque modificamos el recuerdo o porque dejamos de lado datos importantes que hacen al suceso [53]. Uno puede recordar haber visto un atraco, pero no el color del auto que usaron los delincuentes para escapar (incluso cuando tal información fue percibida en su momento). La Universidad de

52 Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria,* cit., p. 55.

53 Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit., p. 68: "El recuerdo que tenemos de cualquier suceso suele consistir en un esquema tipo que se actualiza con detalles del episodio concreto. De esta forma nuestros recuerdos son generalmente como caricaturas de la realidad en las que ciertos rasgos sobresalen más que otros, que quedan borrados o muy desdibujados. Cuando se nos pide que recordemos lo sucedido, de forma implícita se pide una historia coherente y completa del suceso. Es decir, que demos una fotografía a partir de la caricatura. Para llevar a cabo esta tarea, debemos rellenar los detalles desdibujados o inexistentes del suceso que no almacenamos en nuestra memoria. Este relleno de las lagunas de nuestros recuerdos lo realizamos a través de inferencias que recogen información procedente de nuestros conocimientos y experiencias previas y de información proporcionada posteriormente al suceso. Algunas de estas inferencias serán correctas lo que dará como resultado que proporcionemos más información; sin embargo, otras serán incorrectas de lo que resultarán distorsiones de la realidad. Así, las falsas memorias de los testigos presenciales son mucho más frecuentes de lo que pensamos".

California durante los años 90 realizó una serie de investigaciones destinadas a analizar, justamente, las eventuales modificaciones producidas durante el momento de recuperación; efectivamente, Anderson, Bjork y Bjork lograron determinar que el acto de recordar podía modificar el recuerdo. Más aun, se determinó que el recuerdo de cualquier cosa implica contemporáneamente el olvido de otra, siendo éste uno de los principios que hacen al funcionamiento de la memoria humana [54]. Explica Mazzoni que no existe una zona cerebral completamente dedicada a la memoria como si se tratara de un cajón donde logremos encontrar en forma completa nuestro recuerdo, más bien se trata de una serie de cajones intercomunicados en donde se guardan fragmentos abstractos derivados de la experiencia. La recuperación implica acceder al mayor número de cajones y conectarlos debidamente; de allí que "recordar es un proceso fundamentalmente reconstructivo, y no reproductivo" [55].

Entre los factores que en mayor medida pueden afectar nuestra memoria y nuestro proceso de recuperación se encuentran:

a) La demora [56]

54 Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria,* cit., p.56.

55 Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, cit., p. 72.

56 Diges, Margarita, "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos", Jueces para la Democracia. Información y Debate, Nro. 68, 2010; Ferrer Arroyo, Francisco J. y Dieuzeide, María C., "Psicología del testimonio: los siete pecados de la memoria en testigos y víctimas", cit.*;* Schiavo, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal,* Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 55; Mira J.J., "Psicologos del testimonio: ¿un peritaje de lujo?" en *Estudios de Psicología,* 1990, *42,* 101-113; Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio,* cit., p. 168 y Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.*,* p. 66; Tulving- Pearlstone, "Availability versus accessibility of information in memory for words", Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior, 5.

b) La recuperación múltiple [57]
c) Las *sugerencias* externas [58]
d) La dependencia contextual y la entrevista cognitiva [59]

1) El interrogatorio y su influencia en la creación de falsos recuerdos

En continuación de lo antedicho, debemos decir que en el ámbito del proceso el interrogatorio puede materializarse de tres formas: a) el interrogatorio libre (se le permite al testigo

57 Scrivner y Safer (1988); Bekerian, Dennett, Hill, Hitchcock (1992); Valverde Soto, M. José-Ruiz Hernández, José-Llor Esteban, Bartolomé, "Valoración de la credibilidad del testimonio: aplicación del Modelo Reality Monitoring", en Revista Internacional de Psicología, Vol. 12 Nro. 02, 2013, p. 8.

58 Diges, Margarita, "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos", Jueces para la Democracia. Información y Debate, Nro. 68, 2010; Loftus, "Leading questions and the eyewitness report" en Cognitive Psychology, 7, 560-572, 1975. Manzanero-Diges, *Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad,* p. 12; Mazzoni, Giuliana, *Psicología del testimonio*, cit., p. 77; Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo?. El testimonio y las trampas de la memoria,* cit., p. 90; Loftus, Elizabeth F.-Palmer, John C., "Reconstruction of Automobile Destruction. An example of the interaction between lenguage and memery", en Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior, 13, 1974. Una reseña de las diferentes investigaciones sobre la sugestionabilidad puede encontrarse en Angelucci, Luisa, "Escala de Sugestionabilidad Interrogativa de Gudjonsson: Confiabilidad, Análisis de Ítems y Estructura Factorial" en Revista Interamericana de Psicología/Interamerican Journal of Psychology-2005, Vol. 39, Num. 1 pp. 127-138.

59 Una mención de las distintas investigaciones que han abordado esta temática puede verse en Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit., p. 54 y en Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio,* cit., p, 179. Además, véase Memon, A.-Meissner C.-Fraser, J., "The Cognitive Interview: A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years" en Psychology Public Policy and Law, Noviembre, 2010; Mazzoni, Giuliana, *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria,* cit., p. 147

manifestar cuanto sepa del hecho sin interrupciones por parte del interrogador; por ejemplo "*le solicitamos que describa lo que sucedió el 19 de agosto de 2020*"); b) el interrogatorio mediante la realización de preguntas (el interrogador formulará preguntas directas con relación al suceso; por ejemplo *"¿encontró un cuchillo en la puerta de acceso a la vivienda de su vecino?"*); c) el interrogatorio mixto (se le permite al testigo comenzar narrando libremente lo que sabe del hecho, dando luego paso a las preguntas) [60].

La doctrina procesal, como bien señala De Paula Ramos no se pronuncia sobre cuál es la mejor forma para interrogar o, por lo menos, no se lo hace poniendo el ojo en las cuestiones relativas a la memoria y su funcionamiento [61]. Incluso, en este último tiempo han ido ganando terreno las conocidas "técnicas de litigación oral" que, bajo presupuestos erróneos, resaltan la importancia del interrogatorio y del contrainterrogatorio, en muchos casos haciendo uso de preguntas indicativas o sugestivas [62]; todo ello en flagrante contraposición con las investiga-

60 De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical,* cit., p. 53*;* por su parte, Schiavo establece cuatro modos diversos de preguntar: 1) preguntas narrativas: permiten que quien responde se explaye abiertamente sobre el contenido de su relato, sin ninguna limitación -¿qué sucedió?-; 2) preguntas abiertas también permiten al declarante que lo haga con libertad, pero el relato tiene ciertas limitaciones establecidas en la propia pregunta -¿qué hizo en la casa de sus padres?-; 3) preguntas cerradas: habitualmente confundida con las preguntas sugestivas, en tanto los límites de la respuesta se reducen a las opciones presentadas en la estructura del interrogatorio, pero aún el declarante mantiene una posibilidad de respuesta que la hace relevante -¿de qué color era el auto?-; 4) preguntas sugestivas: a diferencia de las cerradas, no sólo limitan en su estructura la respuesta, sino que remiten directamente a una contestación por "sí" o por "no" -¿vio el homicidio?- (*Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 405).

61 De Paula Ramos, Vitor, ob. cit., p. 54

62 Con elocuencia, Nieva Fenoll se manifiesta contrario a la "técnica interrogativa" incluso llegando a compararla con la tortura al sostener que: "Los letrados suelen llevar, más o menos preparado, un listado de

ciones experimentales realizadas en el ámbito de la psicología del testimonio [63].

Ha quedado demostrado que las preguntas realizadas por el interrogador, aunque sin intención, pueden condicionar la respuesta y generar la modificación del recuerdo del declarante. Por ello y para evitar tal riesgo, es conveniente comenzar con un interrogatorio abierto mediante el cual el testigo pueda

---

cuestiones que quieren formular al declarante. Dichas cuestiones a veces son efectuadas en forma de pregunta, y en otras ocasiones, las más, a modo de reflexión sobre la que se desea que el declarante prácticamente emita una opinión, o bien incluso reproduciendo supuestos trozos de la realidad, preguntándole al declarante si los recuerda. En todo caso, esta técnica es considerada peligrosa por la doctrina psicológica, que aunque la utiliza, advierte de sus riesgos en cuanto que a través de la pregunta se puede estar introduciendo información para el declarante, lo que propicia que cometa los llamados 'errores de comisión', es decir, que el declarante introduzca en sus respuestas falsos recuerdos propiciados por la información que le aportó la pregunta. Y es que, según vimos anteriormente, dicho declarante puede asumir inconscientemente esa información como propia, mezclándola en su memoria, de manera que distorsione sus recuerdos de la manera querida por el interrogador. Ello es especialmente sencillo en el estilo de preguntas más frecuentes en los tribunales españoles, es decir, aquellas que, como acabo de decir, expresan una reflexión o reproducen un pedazo de la supuesta realidad. De hecho, aunque con diferentes métodos, un interrogatorio practicado en esos términos acaba teniendo el mismo efecto que la tortura. El interrogado no declara la verdad de lo que sabe, sino simplemente aquello que quiere oír el interrogador. A través de la tortura la mecánica es salvaje, y a través de un interrogatorio que aporta información al declarante, la mecánica es sutil, pero puede tener el peligrosísimo efecto de que el declarante acabe creyendo cierto aquello sobre lo que ha declarado, cosa que, por cierto, no ocurre jamás con la tortura, lo cual hace que este método de interrogación sea no violento, pero desde luego sibilino" (Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 231).

63 Adip, Amado, *Prueba de testigos y falso testimonio*, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 130: "hemos llegado a comprobar que testigos absolutamente compenetrados de los hechos, por haberlos presenciado, interrogados de manera agresiva por los encargados de tomar sus declaraciones, terminan por tergiversar los hechos, olvidar nombres, calles, fechas y otras circunstancias cuyo conocimiento les constaba fehacientemente".

narrar a su tiempo, forma y sin ningún tipo de limitaciones u obstáculos lo que recuerda del hecho percibido. De tal forma se evitaría la inclusión de información no correspondiente con lo percibido, aunque nos encontraríamos con una declaración con un mayor grado de omisiones, pues quien estaría estimando qué es lo relevante del relato es el propio testigo [64]. En cambio, con el interrogatorio directo obtendremos posiblemente un testimonio más completo (con mayor cantidad de datos e información), aunque no necesariamente más exacto ni más concordante con la realidad del suceso percibido. Si clasificamos los errores de la memoria en *omisivos* y *comisivos*, como hacen Ferrer Arroyo y Dieuzeide, debemos decir que un interrogatorio abierto generará mayores errores omisivos, pero disminuirá considerablemente los errores comisivos; en cambio un interrogatorio directo generará más errores comisivos, aunque disminuirá los omisivos.

Por nuestra parte consideramos que el interrogatorio debería ser inicialmente libre y una vez que el testigo haya finalizado su exposición, habilitar la realización de preguntas directas, pero, y aquí lo importante, tomando mucha precaución a la hora de su formulación (debiendo siempre dejar bien asentado cómo ha sido realizada la pregunta para poder con posterioridad analizar si pudo haber influido en la contestación).

La importancia de la declaración libre inicial es aun más evidente si tenemos en cuenta que en la mayoría de los procesos la primera declaración de los testigos se desarrolla ante la policía y con ausencia del juez y de los abogados. Lo que parecería ser algo importante termina volviéndose absolutamente gravitante, por lo menos si queremos llegar a la realidad de los hechos. Establecer protocolos de actuación para los policías o funcionarios intervinientes, es decir, consagrar directrices o normativas aplicables que regulen cómo deben ser

64 Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio,* cit., p. 193.

tomadas las declaraciones testimoniales independientemente del ámbito dónde se lleven a cabo, es algo fundamental para no modificar el testimonio ni afectar la declaración.

Pero lo cierto es que, luego de que el testigo esgrima cuanto sepa del hecho, será necesario realizar preguntas concretas para rellenar en la medida de lo posible los vacíos o para aclarar las dudas o incongruencias.

Aquí la otra cuestión sustancial: el cómo deben realizarse las preguntas.

Más allá de que la mayoría de los códigos procesales establecen cómo deben ser realizadas las preguntas, determinando incluso cuáles estarían prohibidas, es necesario hacer algunas aclaraciones de índole general:

En relación a las denominadas preguntas prohibidas, las cuales habitualmente se corresponden con aquellas que son indicativas o sugestivas [65], es necesario manifestar que en cierto modo todas las preguntas contendrán información no referida por el testigo, por lo que todas las preguntas en cierto punto serán indicativas o sugerentes. La idea, entonces, será que la pregunta se formule de la forma menos sugestiva o indicativa posible.

En los acápites precedentes expusimos que incluso la terminología utilizada para la formulación de la pregunta puede condicionar la respuesta; por ejemplo, en el caso que el interrogador en vez de preguntar *"¿cuál era la altura del sujeto?"* preguntase *"¿qué tan alto era?"*. Por ello, es gravitante tener presente estas cuestiones: si este tipo de preguntas no han podido ser evitadas (pues la declaración tuvo lugar sin la presencia del magistrado) es importante su conocimiento para luego valorar las respuestas dadas por el declarante o para cuando el testigo deba volver a declarar sobre estos puntos (pues la sola pregunta pudo haber alterado el recuerdo).

65 Esto no ocurre en el Código de la Provincia de Buenos Aires según su actual redacción (puede verse, sobre el final de esta obra, el comentario al art. 101 CPP).

Como regla general se debería prohibir la realización de preguntas capciosas (aquellas que tienden a inducir a error al testigo) y sugestivas o indicativas (aquellas que contienen información no aportada previamente por el testigo, pudiendo condicionar la contestación; suele relacionárselas con las que únicamente pueden ser respondidas por sí o por no [66]); además, desde un plano ideal lo recomendable sería que el testigo declare lo antes posible, mediante la utilización de técnicas adecuadas, video-grabando todo lo sucedido y siempre bajo la supervisión de personas competentes o conocedoras de la psicología del testimonio, todo ello a fin de evitar la contaminación de la memoria [67]. Claro que esto no será fácil ni económi-

66 Schiavo, Nicolás, *Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., p. 404.

67 En plena concordancia, aunque yendo incluso mucho más allá, De Paula Ramos en su brillante obra *La prueba testifical* y desde una perspectiva netamente epistémica, desarrolla las siguientes trece propuestas para el legislador: "1. El derecho que regula la institución probatoria debería separar bien las fases de admisibilidad y valoración de la prueba testifical para evitar criterios de exclusión prejuiciosos relacionados con el sujeto y permitir que se rechacen pruebas sólo cuando no se den los criterios generales de admisibilidad (p. ej., la relevancia); 2) Puesto que está demostrado que el paso del tiempo perjudica la memoria, el legislador debe desarrollar formas para tomar testimonio de inmediato, mediante la utilización de técnicas adecuadas y siempre desarrolladas por profesionales competentes…3); Deben crearse otras formas de evitar que se contamine la memoria del testigo. Así, debe establecerse un deber para las partes y sus abogados de no tener ningún contacto con los testigos sin la presencia de la parte contraria o sin grabación audiovisual; 4) Durante la práctica de la prueba, lo ideal es que las preguntas las formule un profesional formado para ello, preferiblemente con las partes, los abogados y el juez en otra sala…; 5) Cuando esta medida sea imposible, la declaración deberá tomarla el juez, que deberá recibir formación sobre las formas científicamente válidas de proceder en interrogatorios , y no por los abogados; 6) la narración deberá empezar permitiendo al testigo narrar libremente los hechos, sin interrupciones, y sólo después, hacerle preguntas; 7) Las preguntas deberán formularse de forma abierta y prohibirse terminantemente las preguntas directas, los gestos o los *feedbacks* directos o indirectos, que de producirse invalidarían la posible respuesta del testigo; 8) Respecto de las preguntas de los abogados,

co, pero si lo que pretendemos es la obtención de resolutorios *justos* no podemos desentendernos de los conocimientos aportados por los científicos que, tras numeras investigaciones, han puesto en evidencia la fragilidad de la memoria.

2) La confianza y la exactitud en la declaración: ¿un vínculo aparente?

La confianza para los ojos inexpertos es sinónimo de exactitud [68].

Es muy usual, generalmente cuando se habla del principio de inmediación (tema que abordaremos detenidamente más adelante), sostener que un testigo ha declarado con plena seguridad de sus dichos, considerándolo por ello más exacto que los restantes declarantes. Mientras mayor sea la seguridad que transmite quien expone, mayor será la exactitud que se le adjudique a sus dichos; por el contrario, mientras menos confiado esté el testigo, menos exacta se considerará su declaración. Sin pretender adelantarnos, debemos advertirle al lector que esto no es así o, por lo menos, no necesariamen-

el testigo debe oír sólo la pregunta admitida, tras valorar su relevancia y la forma en que debe formularse; 9) Las declaraciones deben grabarse en todo caso con medios audiovisuales…10) No sólo deberá eliminarse el deber del juez de formarse impresiones personales sobre los testigos, sino que deberá prohibirse terminantemente que funde sus decisiones en ellas; 11) La valoración de la prueba, de forma individual, tendrá que incluir sólo criterios negativos, como la capacidad de discernimiento sobre los hechos, la ausencia de factores que dificulten la percepción y de factores que potencialmente puedan distorsionar la memoria; 12) Si no se dan estos criterios, la prueba testifical, para tener valor probatorio, deberá ser corroborada por otras pruebas; 13) La prueba testimonial no podrá considerarse suficiente por sí sola para probar hechos sujetos a estándares como el de más allá de toda duda razonable o el de existencia de pruebas claras y convincentes" (De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical,* cit.*,* p. 174).

68 Diges, Margarita y Pérez-Mata, Nieves, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", en *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 73.

te es así. Un testimonio dubitativo o inseguro puede ser más concordante con la realidad que un testimonio completamente seguro o confiado de su relato [69].

Las investigaciones sobre este punto son numerosas: Wells, Lindsay y Ferguson (1979) realizaron uno de los primeros experimentos tendientes a determinar la importancia de la confianza en la exactitud del relato, pero además la importancia que la misma tiene sobre la *credibilidad* que se le atribuye al declarante; los resultados han evidenciado que la confianza de los testigos explica un 50% de las decisiones que toman los sujetos, lo cual es un número bastante alto teniendo en cuenta la falta de correlación entre seguridad y exactitud. En otra investigación, Wells, Lindsay y Tousignant (1980) pusieron en evidencia que, al solicitar a los sujetos que ignorasen la confianza evidenciada por los testigos (es decir, se les pedía a los participantes que no se dejaran influenciar por la confianza del declarante para valorar su declaración) la credibilidad adjudicada disminuía de un 61.5% a un 40.5%, denotando que las personas le creen con mayor frecuencia a los testigos seguros y confiados. Brigham y Bothwell (1983), en concordancia con lo antedicho, advierten que el 56% de las personas creen que la confianza está íntimamente ligada con la exactitud del relato [70].

Esto también puede verse en lo que hace a los reconocimientos de personas [71]: un reconocimiento positivo con un tes-

69 Aamodt, Michael-Custer, Heather, "Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception", en *The Forensic Examiner*, Spring, 2006.

70 Todas estas investigaciones pueden conocerse con mayores detalles en Manzanero-Diges, "Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad", en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993.

71 Un desarrollo pormenorizado puede verse en Alcaíno Arellano, Eduardo (2014), "La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados", Política criminal, *9*(18), 564-613. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200009.

tigo 100% seguro, es considerado 100% exacto; lo cual es un grave error. Sin perjuicio de que todo testimonio puede ser inexacto pese a la confianza del declarante, en el caso del reconocimiento la cuestión es más delicada, en tanto la mayoría de las sentencias erróneas se sustentan en este tipo de pruebas. La seguridad del sujeto no debe ser equiparada a su exactitud, pues un reconocimiento dubitativo puede ser más exacto que uno esgrimido con plena confianza (destinaremos un capítulo especial al tratamiento de este tema) [72].

Pero ¿cuál sería la explicación de esta baja correlación entre confianza y exactitud?

Existen varias hipótesis [73]:

1) La *hipótesis de la optimalida* (Deffenbacher) establece que las condiciones de codificación son condicionantes para determinar la capacidad del sujeto al analizar la exactitud de su relato; en cambio, si las condiciones de procesamiento no son buenas, la calibración de precisión y confianza será menos fiel;

2) La *hipótesis de la experiencia* (Wells, Lindsay y Ferguson) conforme la cual la baja relación entre confianza y exactitud obedece a la falta de un *feedback* en nuestras experiencias cotidianas, lo que evidencia que los reconocimientos de personas que se producen en la vida cotidiana se ven recompensa-

72 Diges, Margarita y Pérez-Mata, Nieves, "La prueba de identificación desde la psicología del testimonio", en *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento*, cit., p. 73; en un trabajo de Ibabe Erostarbe se advierte que existen variables que modulan la relación entre confianza y exactitud (ausencia o presencia del autor en la rueda, tipo de identificación, y características del autor -distintividad o grado de atractivo) (Ibabe Erostarbe, I. "Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos", en Psicothema, Vol. 12, supl. Nro. 2, 2000).

73 Un claro resumen de las mismas puede encontrarse en Contreras Rojas, Cristian. *La valoración de la prueba de interrogatorio,* cit.*,* p. 190 y en Manzanero, Antonio L.-Diges, Margarita, "Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad", en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993, p. 10.

dos (por ejemplo, al saludar a quien creemos conocer en la calle y éste nos devuelve el saludo), pero careciendo de indicios reales que permitan acreditar el acierto;

3) La *hipótesis de la auto-atribución* (Leippe) esgrime que la confianza del testigo deviene de las inferencias que realiza basado en sus acciones y en el contexto en que se desarrollan, es decir, el sujeto cree que el buen resultado que obtiene en tareas mnemónicas similares es parámetro para solidificar su confianza;

4) La *hipótesis de búsqueda selectiva de la información* (Koriat) establece que la relación se produce como consecuencias de *sesgos de confirmación.*

Independientemente de la postura que se adopte, lo que está bien claro es que la confianza no necesariamente se corresponde con la exactitud.

El gran problema se advierte al comenzar a indagar en el pensamiento, no ya de la ciudadanía (es decir, del "hombre de a pie"), sino de quienes conforman el sistema de Justicia, en tanto también para los jueces la confianza es considerada como evidencia de exactitud y, en consecuencia, de credibilidad. Los organismos jurisdiccionales a la hora de valorar la prueba testimonial dotan de mayor valor o entienden que es más creíble aquel sujeto que declara con confianza que aquel que carece de la misma o, peor aun, que aun teniéndola no sabe ponerla en evidencia [74].

74 "Navarro, Claudia Patricia c. Yedro, Milton Ramón s/ind." • 21/06/2018, Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Corrientes; "Tévez, Arminda Aurora c. Carrefour Argentina S.A. y otro" • 21/07/2006, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F; "Reynolds, Jessica Norma c. La Justina Aberturas Antiguas s/daños y perjuicios" • 12/04/2012, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J; "Knopoff, Marcelo Adrian y otro c. Turk Mariano Elian y otro s/daños y perjuicios" • 04/09/2017, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B; "G., M.C. en nombre y representación de sus hijos menores c. Juan José Ahmar y/u otro s/daños y perjuicios laboral" • 14/03/2016, Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Corrientes; "Ariston S.A. s/apelación-ganancias-I.V.A." • 12/07/2013, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B; "Coppes Martínez, Geraldine Nohemí c.

Por ello, es necesario aclarar:

a) En primer lugar, que la confianza no hace a la exactitud: una persona puede ser sincera y estar segura de su relato, sin que éste se corresponda con los hechos. Los errores de percepción, de interpretación, de memoria o de recuperación son prueba de ello.

b) Si asumiéramos que esto no es así (es decir, si consideráramos que la confianza evidencia exactitud) adoptaríamos una creencia peligrosa, pues los testigos que no sepan transmitir confianza (por temor al Tribunal, por no estar acostumbrados a participar en juicios, por no saber darse a entender, por tener nervios propios de quien está recordando hechos no agradables, por carecer del léxico adecuado, etc.) harían que su testimonio, por más que sea exacto, sea dejado de lado o sea infravalorado. Lo que, además, nos llevaría a la *teatralización* del proceso, pues mientras mejor *actúen* los testigos, mejor "puntaje" tendrán en la valoración del juzgador (todo ello concordante con postulados que entienden a la prueba meramente como *retórica*).

Por ello, debemos descartar rotundamente estos pensamientos, los cuales sólo conforman óbices en la búsqueda de la verdad.

3) Valoración del testimonio: la detección de la mentira y el principio de inmediación

A lo largo de la historia el hombre ha buscado de distintas formas adquirir el "método infalible" para averiguar quién

Transprote Av. Bernardo Ader S.A. s/daños y perjuicios (acc. trán. c/les. o muerte)" • 04/04/2013, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L; "Pedrozo, Sergio Rubén y otro c. La Cabaña SA y otros s/daños y perjuicios" • 06/12/2011, Cámara Nacional de Apelaciones, Sala J; también en la jurisprudencia de la Corte de EEUU: *Neil v. Biggers (1972),* reafirmado en *Manson v. Brathwaite* (1976).

miente y quién no: torturas [75], ordalías [76], suero de la verdad [77], polígrafo [78], hipnosis [79], juramento [80] y varios más han sido los métodos utilizados para alcanzar tan preciado objetivo, todos ellos sin obtener resultados favorables.

Sin perjuicio de los métodos antedichos, es habitual referirse a la "inmediación" como una forma de realización del proceso cuya característica principal -por lo menos, en lo que se relaciona con esta investigación- sería su función epistémica, conforme la cual ayudaría al magistrado a valorar debidamente la declaración de los testigos al advertir la expresión de su mirada, los movimientos faciales, el cambio de color de su rostro, el

75 Véase DE RIVACOBA Y RIVACOBA, M., prólogo en VERRI, P., *Observaciones sobre la tortura,* Traducción, prólogo y notas por Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. XXXVII; y p. 84; BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, EJEA, Buenos Aires, 1974, p. 121.

76 Véase TROVILLO, Paul V., "History of lie detectión", American Institute of Criminal Law and Criminology, nro. 29 (1929); NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 44.

77 MANZANERO, Antonio, *Memoria de testigo,* cit., p. 62; CUELLO CALÓN, Eugenio, "Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE, 1949;

78 VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 31; GORPHE, *Apreciación judicial de las pruebas,* p. 129; MANZANERO, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.

79 DIAMOND, B,, "Inherent problems in the use of pretrial hipnosis on a prospective witness", en California Law Review, marzo-1980; MANZANERO, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.*,* p. 62.

80 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial,* T.2, Zavalía, Buenos Aires, 1988, p. 7; ADIP, Amado, *Prueba de testigos y falso testimonio*, cit., p. 173; SENTÍS MELENDO, *Teoría y práctica del proceso,* Buenos Aires, 1959, p. 303; IRISARRI, Carlos A., *Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado,* T.1, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 231; FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales,* Temis, Bogotá, 1976*,* p. 266

timbre de su voz, el ritmo de la respiración, etc. Todo ello permitiría la determinación de la sinceridad de los relatos. En otras palabras, serviría para la averiguación de la verdad.

Para abordar este punto, partiremos de la siguiente pregunta:

¿Cómo hace el juez para determinar quién miente y quién es honesto en base a la inmediación? [81].

Consideramos que existen dos posibles respuestas:

La primera, básica y carente de mucho contenido, es aquella que se sustenta en la *"intuición"* [82], el *"tacto"* [83] o la *"divina chispa"* [84] del juzgador [85].

81 En este caso, la "inmediación" formaría parte de los métodos, técnicas o estrategias que se sustentarían en el comportamiento no verbal del sujeto o señales conductuales para la detección del engaño. La mentira, a lo largo de la historia ha pretendido ser descubierta en base a tres puntos de vista: a) estudios fisiológicos (suero de la verdad, polígrafo, etc.); b) comportamientos no verbales (análisis de la conducta desplegada por el sujeto al emitir un testimonio -movimiento de brazos, intercambio de miradas, etc.-); y c) contenido de la declaración (*Reality Monitoring*, CBCA, etc.); para una reseña sobre estos métodos, véase Manzanero, Antonio L.-Diges, Margarita, "Evaluación de la exactitud de las declaraciones de los testigos: la credibilidad", en Anuario de Psicología Jurídica, 3, 1993.; Manzanero, Antonio, *Memoria de testigo,* cit.

82 Clariá Olmedo, *Derecho procesal penal*, p. 401.

83 Florián, Eugenio, *De las pruebas penales,* cit., p. 347.

84 Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T. 3, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 368: "para valorar la deposición de un testigo ayuda mucho la observación del continente adoptado por él durante el examen, pues difícilmente logra el hombre dominar cuando miente las modificaciones físicas que se reflejan especialmente en la expresión de su mirada, en los movimiento de los músculos faciales, en el cambio de color en el rostro, en el timbre de voz, en el ritmo de la respiración, y que están determinadas por estímulos emotivos", por ello "para una valoración de la prueba testifical sirve ante todo la intuición del hombre inteligente: si falta la divina chispa, ningún arte podrá guiar al juez en esta apreciación".

85 Quizás uno de los textos más antiguos donde se establezcan estas prácticas de detección de la mentira a partir del comportamiento del de-

A primera vista, tal criterio parecería más bien una alegación relacionada con poderes mágicos o paranormales del magistrado, más propios de un Dios que de un hombre. Nos llama poderosamente la atención cómo es posible que en la actualidad se considere seriamente la validez de tal argumento, en tanto, desde el plano racional, ni la intuición ni el tacto explican satisfactoriamente cómo se logra determinar la sinceridad de las personas, pues justamente son métodos (si es que podemos utilizar tal término, pues de "método" no tienen nada) absolutamente irracionales. En otras palabras, no hay objetividad, no hay racionalidad y no hay control intersubjetivo; más bien, hay pura subjetividad. Nada los diferencia de tirar una moneda al aire o esperar que la divinidad se expida enviando alguna señal, lo que nos lleva a concluir que tales postulados nos alejan de la tradición racionalista de la prueba [86] y, en consecuencia, nos alejan de la verdad. La inmediación, en tal sentido, no es más que *mística* [87].

Pasaremos a la segunda posible respuesta, para lo cual apelaremos a un argumento hipotético [88]:

Así, podríamos sostener que el sector doctrinal que avala la inmediación como instrumento que permitiría determinar la honestidad del declarante, lo haría en base a reglas de "máxi-

---

clarante, pueda corresponderse con los textos hindúes -papiros Vedas, 900 a.C.- donde se explicitan las técnicas para detectar a los envenenadores: "A person who gives poison may be recognized. He does not answer questions, or they are evasive answers; he speaks nonsense, rubs the great toe along the ground, and shivers; his face is discolored; he rubs the roots of the hair with his fingers; and he tries by every means to leave the house ..." -, véase Trovillo, Paul V., "History of lie deteción", American Institute of Criminal Law and Criminology, 1929, nro. 29.

86 Véase, por todos, Ferrer Beltrán, Jordi, *Valoración racional de la prueba*, cit., y *Prueba y verdad en el derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2005.

87 Así la llama Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal,* Hammurabi, Buenos Aires, 2009. p. 58.

88 Es decir, un argumento que no se ha dado pero que podría darse.

mas de experiencia" [89] (*Erfahrungsstaz*) o "reglas de vida" (*Lebensregel)* [90].

En palabras de Stein (*Das private Wissen des Richters,* 1893), estas máximas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos" [91]. De más está decir que estas reglas que devienen de la experiencia van modificándose a lo largo del tiempo y conforme el desarrollo de la Humanidad; por ejemplo, un juez romano pudo haberse amparado en máximas de experiencia para determinar que una misma persona no pudo haber estado presente el mismo día en Atenas y en Roma, pero tal regla no sería aplicable en la actualidad (pues existen aviones y demás vehículos que permitirían el traslado del sujeto en un mismo día) [92].

Estas reglas, llevadas al ámbito procesal, podrían traducirse de la siguiente forma:

Premisa mayor: máxima de experiencia.

Premisa menor: particularidades del caso advertidas por el juzgador.

Conclusión: aplicación de la regla de máxima de experiencia al caso en concreto.

---

89 El término es habitualmente adjudicado a Friedrich Stein (Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, Deplama, Buenos Aires, 1982, p. 65; Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, cit., p. 28; Ubertis, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial,* Trotta, Madrid, 2017, p. 75).

90 Carnelutti, Francesco, *La prueba civil*, cit., p. 65.

91 Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos,* Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999*,* p. 27; en igual sentido, Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1976*,* p. 229.

92 Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 230.

Pongamos un ejemplo:

Premisa mayor: Los testigos suelen ser sinceros cuando no tartamudean.

Premisa menor: El testigo no ha tartamudeado.

Conclusión: El testigo probablemente es sincero.

Se advierte que en este caso se utiliza una regla no expresada como "probable" ni "habitual" ni "usual" (dando a entender que *todos* los testigos que miran a los ojos son sinceros). En este caso, la utilidad del último silogismo se sustenta en que, si corroboramos que las premisas son verdaderas, también lo será la conclusión [93]. Pero lo cierto es que, por su propia naturaleza, las "máximas de experiencia" siempre serán probabilísticas, por lo que la que se obtenga de ellas también lo será [94].

Sin perjuicio de que estas "máximas" no han sido consagradas taxativamente, sino que devienen de las creencias de cada sujeto (o de cada juzgador) [95], podemos utilizar la sentencia 119/19 del Tribunal Supremo Español para evidenciar la exis-

93 Véase González Lagier, *Questio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, p. 65; Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro y Guarinoni, Ricardo, *Introducción al conocimiento científico,* EUDEBA, Buenos Aires, 1988, p. 159.

94 Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez. Investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos,* cit., p. 37: "Las máximas de experiencia carecen, también, como todas las proposiciones obtenidas mediante el audaz saldo de la inducción, de aquella certeza lógica. No son valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, sólo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa"; en igual sentido, Ubertis, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial,* cit., p. 78.

95 En el año 2006 se llevó a cabo un estudio en 75 países realizado por *The Global Deception Reserch Team* que puso en evidencia cuáles son los parámetros que suelen asociarse a la mentira. El mayor número de participantes (63,66%) sostuvo que el evitar la mirada, aunque también tuvo gran aceptación el nerviosismo, las incoherencias y los movimientos corporales (Journal of Cross-cultural Psychology, vol 37, nro. 1, enero 2006).

tencia de algunas de éstas. En dicho resolutorio, el Máximo Tribunal español (sala penal) desarrolla algunas reglas que sugiere considerar a la hora de valorar la "veracidad" (sí, en lugar de "sinceridad" dice "veracidad") de los testimonios; éstas son: seguridad en la declaración, claridad expositiva, lenguaje gestual, seriedad expositiva, expresividad, declaración no fragmentada, temor evidente al acusado o a su familia, entre otras. Si bien el decisorio no establece expresamente cómo estarían conformadas estas máximas de experiencia, las mismas pueden ser advertidas fácilmente; por ejemplo, considerar que se debe analizar la seguridad en la declaración, supone como máxima de experiencia que "los relatos expuestos con seguridad probablemente son sinceros"; de igual forma, asumir que se debe analizar el temor que la víctima evidencia al momento de declarar, supone como máxima de experiencia que "las víctimas que evidencian temor al declarar, probablemente no mientan" [96].

96 También puede encontrarse una enumeración (o tipificación, si se nos permite el término) en el *Manual policial* de Imbau *et al* donde se utiliza la "Técnica Reif". Este Manual se centra en tres ejes centrales: la *Behavior Analysis Interview (*BAI) -es una modalidad de entrevista diseñada para generar reacciones distintas en inocentes y culpables-, los indicios del engaño y el interrogatorio al sospechoso -duro y orientado a obtener una confesión-. La BAI consta de una serie de preguntas propias de la investigación (específicas del caso) y de un conjunto de 15 preguntas generadoras de conductas específicas (las cuales causarán reacciones verbales y no verbales dependiendo de la culpabilidad o mendacidad y de la inocencia o sinceridad). Entre los indicios conductuales a observar se menciona la postura, los movimientos de manos y pies, el contacto ocular, el tono de voz, la duración de las respuestas, las pausas en el habla, entre otros. Es importante advertir que pese a su utilización en varios países (EEUU, Canadá, México, Bélgica, Japón, Corea del Sur, Singapoor, Arabia Saudita y Emiratos Árabes Unidos) los parámetros utilizados para determinar la mendacidad de las personas no han sido corroborados científicamente (más aun, los resultados científicos reflejan que ante la utilización de estos métodos, el número de aciertos disminuye -sin perjuicio de que aumente la confianza de quien lo utiliza, es decir, se produce se produce un efecto contraproducente-); para profundizar, véase Alonso, Hernan-Masip, Jaume-Garrido, Eugenio-Herrero, Carmen, "El entrenamiento de los policías

Podríamos sostener que estas máximas se sustentarían en tres tipos de señales: a) no verbales (movimientos de cabeza, manos, piernas y pies); b) paraverbales (señales vocales que acompañan el habla, como el tono de voz, tartamudeos, pausas); y c) verbales (el uso de ciertas palabras) [97].

Pero claro, la pregunta entonces sería ¿cómo determinamos que tales máximas de experiencia son correctas?

Concretamente la pregunta nos adentra en la justificación externa del razonamiento:

Debemos manifestar que no existe hasta el momento ningún estudio ni investigación científica que acredite categóricamente que en base al color de la piel, a la fuerza del relato, a la tartamudez, a la mirada directa a los ojos, al temor evidente, a la gesticulación o a la fisonomía del sujeto, se pueda determinar la sinceridad del declarante; más bien, las investigaciones existentes han llegado a conclusiones contrarias, alegando que las señales conductuales son imprecisas, difíciles de detectar y que, por lo general, lo único que hacen es generar una falsa confianza en el investigador que, posiblemente, lo aparte de la realidad de los hechos [98]. Incluso, las investigaciones han

---

para detectar mentiras" en Estudios penales y Criminológicos, vol. XXIX (2009). También Masip, Jaume-Herrero, Carmen, "Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico", en Papeles del Psicólogo, Vol. 36 (2), 2015; en el ámbito doctrinal, podemos mencionar a Döhring, quien expresamente se refiere a las "señales en la traza del declarante que permiten estimar su confiabilidad" (Döhring, Erich, *La prueba, su práctica y apreciación,* EJEA, Buenos Aires, 1972, p. 67).

97 Sporer, Siegfried-Schwandt, Barbara, "Paraverbal Indicators of Deception: A Meta-analytic Synthesis", Appl. Cognit. Psychol., 20, 2006*;* en igual sentido, Masip, Jaume-Garrido, Eugenio, "La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales" en Anuario de Psicología jurídica, 2000.

98 Masip, Jaume, "Se pilla antes a un mentiroso que a un cojo? Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no-verbal del engaño*"*, en Papeles del Psicólogo, Vol. 26, 2005; Masip, Jaume-Herrero, Carmen, "Nuevas aproximaciones…", cit.; Alonso, Hernan-Masip, Jaume-

determinado que la precisión del hombre para detectar el engaño es sumamente baja, encontrándose apenas por encima del puro azar [99].

Las alegaciones en favor de la función epistémica de la inmediación no son más que meras alegaciones. Vale observar las obras de Bentham [100], Mittermaier [101] o Chiovenda [102] para advertir que, pese a la importancia que se le ha dado a la inmediación para la determinación de la sinceridad del testigo, no se han expuesto fundamentos valederos que puedan justificar tales creencias; lo cual, en cierto punto, es entendible, pues en dicho entonces (mediados del siglo XVIII hasta principios del siglo XX) no existían tantas investigaciones que estudiasen con rigorismo científico tales creencias (recién a

---

Garrido, Eugenio-Herrero, Carmen, "El entrenamiento de los policías para detectar mentiras" cit.

99 Villamarín López, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, cit., p. 29.

100 Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales,* T. 1, p. 192: "El testimonio presentado en esa forma inferior [testimonio por escrito] se ve privado de la parte más instructiva, de esa prueba circunstancial que suma tanta fuerza al testimonio oral, aquella que resulta de la conducta de los testigos y de las partes. El juez no puede conocer por observaciones propias los caracteres de verdad tan vivos y tan naturales, relacionados con la fisonomía, con el tono de voz, con la firmeza, con la prontitud, con las emociones del temor, con la sencillez de la inocencia, con la turbación de la mala fe".

101 Mittermaier, C.J.A., *Tratado de la prueba en materia criminal,* cit., p. 331: "Apreciará como digna de fe la declaración de un hombre conocido por su rígida probidad, su tranquilidad y prudente experiencia y su modo de expresarse con claridad y lucidez, mucho más que los dichos de un testigo que titubea o que está ya conocido por su ligereza".

102 Chiovenda, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil,* Reus, Madrid, 1922, p. 132 (con cita de Pagano): "En la viva voz, la manera de decir, y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras, y suministran tantos indicios en favor o contra las afirmaciones de las palabras".

fines del siglo XIX comenzaron a desarrollarse las primeras investigaciones) [103]. El problema está en que, como estos criterios de pensamiento han sido expuestos por los más grandes procesalistas o exponentes del Derecho probatorio, sus alegaciones han sido repetidas por sus seguidores en los distintos manuales, tratados y demás obras doctrinales (pasando por alto la realización de un análisis exhaustivo de estas creencias). Así, hemos llegado a la actualidad, considerando a la

103 Sin perjuicio de que Nieva Fenoll sostiene que la primera impronta de la psicología del testimonio ocurre con Las Partidas -siglo XIII- (Nieva Fenoll, Jordi "El interrogatorio: técnicas pasadas, presentes y futuras", Conferencia en la Universidad de Girona, 2018*)*, lo cierto es que las investigaciones científicas no se desarrollaron sino hasta finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Explica Manzanero que "podemos hablar de tres épocas en la historia de la Psicología del Testimonio: a) una primera época de inicio hasta los años 30-40 del siglo XX, donde se perfilan los principales tópicos de la disciplina; b) una época de crisis hasta los años 60, donde perdura casi en exclusiva el interés por los factores conductuales asociados a la credibilidad de los testimonios; y c) una época de renacimiento y pleno apogeo con los paradigmas del Procesamiento de la Información, desde los años 60 hasta nuestros días, donde el interés por la psicología del testimonio crece exponencialmente, situándose de nuevo en un lugar destacado en los estudios aplicados de la psicología de la atención, la percepción y la memoria" (Manzanero, Antonio L., *Psicología del testimonio* e *Hitos de la historia de la psicología del testimonio en la escena* internacional, en Boletín de Psicología nro. 100, Noviembre 2010*;* en igual sentido, Diges, Margarita, "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos", Jueces para la Democracia. Información y Debate, Nro. 68, 2010.); por su parte, Contreras Rojas esgrime que los trabajos pioneros de la psicología del testimonio se llevaron a cabo en las postrimerías del siglo XIX, principalmente con las investigaciones de Cattell, en Estado Unidos, y Stern, en Alemania. Sin perjuicio de ello, los primeros experimentos tendientes a estudiar el funcionamiento de la memoria se corresponden con el alemán Ebbinghaus que en 1855 hizo hallazgos sobre procesos de aprendizaje y olvido *(*Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio,* cit., p. 149). Un claro repaso de las primeras labores de la psicología del testimonio desde la óptica procesal puede verse en Florián, Eugenio, *De las pruebas penales,* cit., p. 322. Sobre la importancia de la psicología del testimonio en los ámbitos judiciales y, más concretamente, en la valoración del testimonio, véase Diges, Margarita, "La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos", cit.

inmediación un factor determinante para la correcta valoración del testimonio [104], pero sin que tal conclusión se encuentre justificada [105].

Ya en el año 1968, Maier y Thurner determinaron que el acrecentamiento de datos (verbales y no verbales) a la hora de valorar un testimonio no evidencia mayor precisión en la detección del engaño. Su investigación pretendía determinar si aumentar los datos suministrados al receptor permitiría obtener mayor precisión a la hora de determinar la honestidad del relato. Para ello, se le suministró a sujetos separados en tres grupos diversa información (toda ella referida a la explicación de un alumno que alegaba no haberse copiado en una evaluación): a unos solamente se les permitió conocer la transcripción del relato, a otros se les añadió la condición auditiva (se les permitió escuchar la declaración) y a otros la condición audiovisual (se les permitió escuchar y ver). Para el asombro

104 Algunas de estas creencias son asumidas, incluso, universalmente; es decir, no estaríamos ante creencias propias de un país determinado, sino que son compartida en todo el mundo (el típico caso sería "no mirar a los ojos"); véase Masip, Jaume, "¿Se pilla antes a un mentiroso que a un cojo? Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no-verbal del engaño", en Papeles del Psicólogo, Vol. 26, 2005*).*

105 Sobre la falta de influencia que tendrían distintas variables como la profesión, la confianza, la experiencia o la educación, sobre la precisión en la detección del engaño, véase Aamodt, Michael-Custer, Heather, "Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception", en The Forensic Examiner, Spring, 2006. Allí, los autores realizan un meta-análisis sobre investigaciones (método estadístico que combina distintas investigaciones) concluyendo que: "The results of this meta-analysis suggest that such individual differences as age, education, law enforcement experience, confidence, and sex are not related to the ability to detect deception"; específicamente sobre las capacidades propias de los policías para detectar las mentiras y, también, sobre la relación entre la confianza y la precisión en la detección, véase Alonso, Hernan-Masip, Jaume-Garrido, Eugenio-Herrero, Carmen, "El entrenamiento de los policías para detectar mentiras" en Estudios penales y Criminológicos, vol. XXIX (2009), y Mira, J.J.-Diges, M., "Teorías intuitivas sobre memorias de testigos: Un examen de metamemoria", Revista de Psicología Social, 1991.

de los investigadores, se determinó que la precisión en la detección del engaño era mayor en aquellos sujetos que tuvieron acceso al contenido auditivo (77.3%), seguidos por quienes sólo tuvieron acceso a la transcripción (77%), quedando en último lugar aquellos que lograron acceder al contenido audiovisual (58.3%) [106]. En realidad, esta investigación se corresponde con otras tantas que, efectivamente, concluyen en que los factores conductuales no verbales o paraverbales no constituyen buenas señales para determinar la mentira [107].

106 Una clara explicación de esta y otras investigaciones relevantes desarrolladas a partir de la década del 70 del siglo XX puede encontrarse en Masip, Jaume-Garrido, Eugenio, "La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales" en Anuario de Psicología jurídica, 2000. Allí también pueden verse las distintas hipótesis explicativas de estos resultados (hipótesis de la distracción e hipótesis de sobrecarga de información). Masip, Jaume, "¿Se pilla antes a un mentiroso que a un cojo? Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no-verbal del engaño", cit.; Alonso-Masip-Garrido-Herrero, , "El entrenamiento de los policías para detectar mentiras" cit.); Feijoo Fernández, María Carmen-Halty, Lucía, "La intención es lo que cuenta. Una revisión sobre la detección del engaño en intenciones", en Papeles del psicólogo, Vol. 39; Sporer, Siegfried-Schwandt, Barbara, "Paraverbal Indicators of Deception: A Meta-analytic Synthesis", Appl. Cognit. Psychol., 20, 2006*;* Masip, Jaume-Garrido, Eugenio, "La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales" en Anuario de Psicología jurídica, 2000.

107 Masip, Jaume, "¿Se pilla antes a un mentiroso que a un cojo? Sabiduría popular frente a conocimiento científico sobre la detección no-verbal del engaño", cit.; Alonso-Masip-Garrido-Herrero, ob. cit.; Feijoo Fernández-Halty, Lucía, ob. cit.; Sporer-Schwandt, ob. cit.; Masip-Garrido, "La evaluación de la credibilidad del testimonio en contextos judiciales a partir de indicadores conductuales", cit. Sin perjuicio de ello, podría encontrarse una excepción en la "hipótesis del filtraje" de Ekman, conforme la cual existen determinados indicadores conductuales no controlables que podrían filtrarse y, consecuentemente, evidenciar la mentira (los experimentos de Ekman concluyen en que los movimientos faciales son más controlables que los movimientos realizados con otras partes del cuerpo, por lo que no sería adecuado intentar detectar la mentira sólo viendo la cara de un sujeto); vale aclarar que, más allá que las investigaciones de Ekman han sido confirmadas ulteriormente, nada cambia que la mayor precisión en la detec-

El razonamiento del juez que se vale de estos indicadores para atribuir sinceridad a las personas, evidencia una presunción, creencia o máxima de experiencia carente de justificativo valedero. Estas "máximas de experiencia" que pueden sustentar el razonamiento del juzgador, además de no ser tales (es decir, no ser verdaderas máximas de experiencia, sino pensamientos injustificados), no hacen más que trasladar al ámbito judicial las falsas creencias utilizadas en la vida diaria por las personas (las "creencias populares") [108]. Posiblemente creer que un amigo nos miente al sonrojarse o que nos está hablando sinceramente si se expresa de forma pausada, no traerá graves consecuencias, sino, a lo sumo, la ruptura de la amistad o una pelea. Pero trasladar estas consideraciones al ámbito judicial es peligroso, pues las posibles consecuencias ya no sean las mismas [109].

---

ción del engaño surge de indicadores no visuales (mediante transcripción o audio); para un repaso de las teorías de Ekman véase Masip-Garrido, "La evaluación …", cit-.

108 Sobre el posible origen y motivación del porqué la ciudadanía considera que la mentira puede ser advertida fácilmente, véase Masip, Jaume-Herrero, Carmen, "Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico", en Papeles del Psicólogo, Vol. 36 (2), 2015; véase también Alonso-Masip-Garrido-Herrero, cit., quienes, en una investigación que analiza la precisión de la "Técnica Reif" -utilizada por la policías de varios países para la detección de la mentira en base señales conductuales-, consideran que tales creencias "proceden de nociones de sentido común".

109 Si bien han existido y existen investigaciones que pretendan validar los factores conductuales como señales determinantes de la mentira (Ekman "hipótesis de filtraje" 1969-; Zuckerman, De Paulo y Rosenthal -1981-, Buller y Burgon -1994- (una clara reseña puede verse en Masip-Herrero, "Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico"*),* lo cierto es que la gran mayoría de estas teorías han sido descartadas, quedando un pequeño remanente que, en caso de ser validados, se corresponderían con pequeños indicadores (se suele hablar de un tono de voz agudo y de la mayor duración en la contestación de preguntas -casi imperceptibles-) que requerirían un avanzado entrenamiento en el juzgador para ser detectados o de una maquinaria específica (por ejemplo,

4) Los juicios de credibilidad: presuntivismo vs. no presuntivismo

El juicio de credibilidad se corresponde con las labores que los jueces realizan de forma cotidiana al momento de valorar la prueba testimonial producida a lo largo del debate. Todo juzgador desarrolla constantemente juicios de credibilidad, pues los mismos son realizados por todo aquel sujeto que recibe un testimonio. Por ejemplo, cuando nuestros hijos nos dicen que están estudiando arduamente para aprobar sus exámenes, les creeremos o no en base al juicio de credibilidad que realicemos; si en reiteradas oportunidades hemos logrado comprobar que nuestros hijos nos han mentido, posiblemente dudaremos sobre si han estudiado lo suficiente; pero si nuestros hijos son alumnos ejemplares y siempre han aprobado todas sus materias, probablemente creamos lo que nos dicen. En este caso, el juicio de credibilidad es casi involuntario, incluso pudiendo nacer de nuestras propias intuiciones. En cambio, en el ámbito judicial, el juicio de credibilidad no puede ser desarrollado tan superficial o vagamente, sino que debe realizarse bajo normas de racionalidad a partir del estudio de la situación en concreto.

Ahora bien, ¿creer es la regla o la excepción?

Intentaremos abordar estas cuestiones:

La idea de no dudar de lo que dice un testimonio cuando no existan razones para hacerlo (*no reduccionismo* o *presun-*

---

que analice el tono de voz); vale aclarar que, hasta el momento, los resultados no son certeros y su aplicación no necesariamente permite encontrar la mentira; según investigaciones desarrolladas por DEFFENBACHER el tiempo de contestación no evidencia mayor precisión o exactitud del declarante, sino mayor confianza ("Eyewitness accuracy and confidence: can we infer anything about their relationship?" en Law and human bejavior, vol. 4, n. 4, 1980; véase MASIP, "*¿Se pilla antes a un mentiroso que a un cojo?…*" cit.; MASIP-HERRERO, "Nuevas aproximaciones en detección de mentiras I. Antecedentes y marco teórico"; MASIP-HERRERO, "Nuevas aproximaciones en detección de mentiras II. Estrategias activas de entrevista e información contextual"; SPORER-SCHWANDT, "Paraverbal Indicators of Deception: A Meta-analytic Synthesis".

tivismo), se le adjudica a Reid, quien en 1764 esgrimía que "el sabio y benefactor Autor de la Naturaleza… ha implantado en nuestra naturaleza dos principios que se complementan entre sí… El primero es la propensión a decir la verdad y a usar los signos del lenguaje para transmitir nuestros verdaderos sentimientos…El principio original que el Ser Supremo ha implantado en nosotros es la disposición a confiar en la veracidad de los demás y en creer en lo que nos dicen. Este último es la otra cara del primero y, puesto que el primero puede denominarse principio de la veracidad, podemos, si queremos darle un nombre adecuado, llamar al segundo principio de credulidad" [110].

Se advierte que el autor, amparado por una fuerte impronta religiosa, asume que nuestra propia naturaleza se encuentra regulada por dos principios: el de decir *la verdad* y el de creer en lo que se nos dice [111].

En forma concordante, aunque unos años más tarde, Bentham (1823) se pronunciaba en favor de la "disposición de creer" que se nos dice *la verdad,* alegando que es el estado habitual; en cambio, el "no creer" constituye la excepción. Para negarse a creer hace siempre falta una causa especial, una objeción particular, pues de lo contrario las cuestiones sociales no marcharían, todo el movimiento de la sociedad se paralizaría y nadie se atrevería a actuar porque los hechos que caen bajo la percepción de uno no son más que una gota de agua en el vaso, en comparación a aquellos que no pueden ser conocidos sino a partir de las manifestaciones de otros. La propia experiencia de cada individuo es lo que debe llevarnos a *creer,* pues si uno actúa asumiendo que los dichos del otro son *verdaderos*, podremos seguir desarrollando nuestras vidas de forma normal, pero -en cambio- si descon-

110 Reid, T., "An inquirí into the human mind", 1974, citado por De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical,* cit., p. 88.

111 Un análisis más profúndo puede verse en De Paula Ramos, Vitor, ob. cit., p. 88.

fiamos y consideramos que los dichos del otro son falsos, no podremos avanzar [112].

Entre las causales mencionadas por BENTHAM para no creer, podemos mencionar: 1) la sospecha relativa al testigo (implica la existencia de diferentes causas psíquicas, morales o intelectuales); 2) el contratestimonio especial (existe un testigo que depone de forma opuesta o incompatible con el primero); 3) la improbabilidad de los hechos alegados (hechos contrarios al curso natural de las cosas; juicio que deberá formar el juez conforme su propia experiencia personal en base al curso de su vida). Más aun, a diferencia de expresarse con "la verdad", la mentira requiere un esfuerzo por parte del sujeto; la verdad se ofrece por sí misma, llega por su propia cuenta a los labios del testigo y para apartarla se debe ejercer violencia, se debe luchar internamente para sustituirla con manifestaciones fal-

112 BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales,* T.1, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 38; en forma concordante FRAMARINO DEI MALATESTA, quien relata que "la mayor parte de las acciones humanas, desde la infancia hasta la vejez, no tienen como guía nada distinto de la fe en las afirmaciones de los demás. En cuanto al primer período de la vida, puede decirse que la existencia del hombre se reduce a un continuo creer en los demás, desde los bienes que no conocemos y que aprendemos a obtener, hasta los males que ignoramos y que aprendemos a evitar, todo ello con fundamento en la creencia en otros. Y esta fe, que guía y regula las acciones, no nos abandona con el paso del tiempo, sino que sólo se torna previsora y racional. De esta suerte, son pocas las cosas y las personas que podemos conocer por nuestra observación personal y directa; y la vida se nos haría imposible por completo si no diésemos fe a las observaciones ajenas, a fin de regular nuestras acciones, con relación a las cosas y a las personas que no conocemos directamente…Así, pues, la presunción consiste en que los hombres en general perciben y relatan la verdad, sirve de base a toda la vida social, y es el fundamento lógico de la credibilidad genérica de toda prueba personal y del testimonio en particular. Esa credibilidad genérica que se funda en la presunción de la veracidad humana, en concreto se ve aumentada, disminuida o destruida por las condiciones particulares que son inherentes al sujeto individual del testimonio, o a su contenido personal, o también a su forma individual" (FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Temis, Bogotá, 1978, p. 18).

sas. El propio amor a la comodidad es lo que nos lleva a expresarnos con la verdad [113].

Dellepiane, pese a manifestar su oposición a los postulados antedichos (aunque sólo mencione a "Framarino, Canale y otros"), no hace más que dejar en evidencia un pensamiento bastante similar. Sin referirse a las presunciones nacientes de la "veracidad humana" o de "la experiencia", alega que la *presunción de veracidad* descansa en la racionalidad de haber analizado (mediante un estudio crítico, más o menos rápido) las condiciones del testigo y las circunstancias del relato, debiendo poner énfasis en dos hipótesis a eliminar: 1) la inanidad del declarante (locura, alucinación, etc.); y 2) falsedad de la declaración por interés, afección o desafección. En el fondo, la regla es la *veracidad* y la excepción la falsedad [114].

Las posiciones reduccionistas suelen atribuirse a Hume, quien, en unos de los pasajes de su obra, alude que los testimonios nunca han logrado demostrar la existencia de milagros, "un hombre sabio… hace que sus creencias dependan de las pruebas" [115]. Estas posiciones *no presuntivistas* no sólo requieren la no existencia de razones negativas (que puedan desacreditar al testimonio), sino de razones positivas que lo justifiquen epistémicamente [116].

Manzini, también desde un plano no presuntivista, sostiene que "no es en modo alguno verdad, como se suele enseñar, que el fundamento del valor probatorio atribuido al testimonio sea la presunción de veracidad de los hombres. Una tal presunción sería contraria a la realidad, ya que el hombre es instintivamente mendaz, no sólo cuando tiene directo interés en serlo, sino también cuando supone que el decir la verdad pue-

113 Bentham, Jeremías, ob. cit., p. 42

114 Dellepiane, Antonio, *Nueva teoría de la prueba,* Temis, Bogotá, 1981, p. 132.

115 Citado por De Paula Ramos, Vitor, *La prueba testifical,* cit., p. 94.

116 Idem nota anterior.

da favorecer o perjudicar a otros. Si así no fuese, no hubieran tenido motivo la religión y la moral para establecer el deber de la veracidad y de considerarlo como uno de sus cánones fundamentales. Y esta innata falsía humana persiste tanto más cuanto más bajo es el grado de desarrollo intelectual de un sujeto y mayor es, en consecuencia, su desconfianza. El hombre primitivo, como el niño, es embustero por excelencia, porque la mentira, dado su grado de inteligencia y de capacidad defensiva, es para él un medio de defensa. Si fuera exacta la enseñanza común, se excluirían los testimonios de los ya condenados por falsedad en juicio, de los criminales en general, de los locos, de los ebrios, etc. y no es así. Dicha presunción o mejor, ficción, sólo sería concebible en un sistema de pruebas legales, absolutas" [117].

Pero el gran cambio de rumbo en la discusión parece originarse en el pensamiento de GORPHE cuando se pregunta "¿por qué presumir ficticiamente que se dice la verdad sin antes realizar un examen del testigo?". Amparado en las labores de los psicólogos, sostiene que se ha demostrado que la autoridad atribuida a este medio de prueba es sólo una "superstición"; la confianza espontánea en la palabra humana es una cándida ilusión, pues incluso se ha podido demostrar que los testigos más serios cometen múltiples errores e incluso se ha determinado que la regla en las deposiciones es el error y no la verdad. Adjudicar una fe ciega a este medio de prueba, iría en contra de la lógica y de la psicología. Por ello se pregunta: ¿no podrá presumirse la sinceridad en vez de la veracidad? [118].

Tal pensamiento sería adoptado modernamente por DE PAULA RAMOS al esgrimir que "el derecho tendría mucho que

117 MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, cit, T. 3, p. 247.

118 En realidad la pregunta exacta del autor fue "¿no podrá presumirse la sinceridad, ya que parece ser el caso más común? (GORPHE, François, *La apreciación judicial de las pruebas,* La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 73).

ganar, en términos de calidad epistémica, con la no presunción de que aquello que un testigo dice que es verdadero lo es, salvo prueba en contrario. Si se adoptara una versión reduccionista, se podría verificar, de hecho, que, epistémicamente, hasta que se confirme la información prestada por un testigo, ésta tiene un valor epistémico casi inexistente".

En el fondo, y ya a nuestro modo de ver, creemos que la pregunta inicial ("*¿creer es la regla o la excepción?*") no puede ser contestada si no se aclara qué es aquello que pretendemos o no creer, es decir, nos estamos refiriendo a creer en la *sinceridad* o a creer en la *veracidad* de quien se expresa. Esta aclaración es gravitante, pues el gran error doctrinal efectivamente ha sido confundir el juicio de sinceridad con el juicio de veracidad. El primero versa sobre la honestidad/mendacidad del testigo, mientras que el segundo se refiere a la correspondencia entre los dichos del testigo y la realidad de los hechos; la confusión terminológica o la falta de claridad con relación a qué es aquello que se cree, nos apartará notoriamente de la verdad y nos adentrará en un camino que, difícilmente, logré concluir satisfactoriamente.

Adoptar un criterio presuntivista (no con relación a la *sinceridad,* sino a la *veracidad)* es algo que, quizás, no traería graves consecuencias en la vida cotidiana de las personas (siendo incluso algo necesario), pues en caso contrario difícilmente se logre poner en funcionamiento una sociedad. Pero trasladar estas consideraciones e ideas al ámbito judicial podría generar nefastas consecuencias. Como ya hemos explicado no es lo mismo la *sinceridad* que la *veracidad*: la primera se corresponde con las *creencias* del sujeto, mientras que la segunda hace a la concordancia entre lo que se dice y lo que es. Los errores de percepción, de interpretación, de memorización y de recuperación, pueden generar que personas *honestas*, *sinceras* y *convencidas* de la exactitud de sus dichos no sean *veraces.* Entonces, en virtud a ello, el magistrado podrá -a todo evento- presumir la *sinceridad* del declarante, pero nunca, y bajo ningún punto de vista, presumir la *veracidad*.

Objetivos alcanzados:

Se abordó el objeto de estudio de forma particularizada, profundizando en todos sus aspectos trascendentes.

- Se estableció un marco conceptual e ideológico que nos permitió desarrollar la investigación de forma coherente.

- Estudiamos con debido detenimiento los postulados con que los juristas han abordado la prueba testimonial y su valoración.

- Se correlacionaron las concepciones de pensamiento jurídicas con las enseñanzas propiciadas por las diversas disciplinas, entre las cuales se destaca la psicología del testimonio.

- Se constató que los juristas carecen de una debida comprensión terminológica en lo que hace a la "sinceridad", "veracidad" y "mendacidad".

- Se analizaron críticamente los diversos métodos que históricamente han sido utilizados para determinar la mendacidad de las personas.

- Se profundizó notoriamente en el estudio de la inmediación y se establecieron sus funciones, determinando que la inmediación nada tiene que ver con la valoración de la prueba testimonial.

- Se determinó que gran parte de los postulados defendidos por los juristas carecen de fundamentos valederos, colisionando en algunos casos con las investigaciones empíricas existentes.

- Se constató que el articulado del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires no guarda concordancia con las investigaciones científicas, denotando que en gran parte de su articulado propicia de forma ostensible la consagración de disposiciones normativas contra epistémicas.

- Se analizó críticamente el rol de las Universidades en el estudio de la temática aquí abordada.

- Se realizaron sugerencias finales tendientes a modificar el actual proceso de juzgamiento penal.

- Se realizaron recomendaciones para la realización de una valoración racional de la prueba testimonial.

Resultado

Las labores desarrolladas han puesto en evidencia que los pensamientos esgrimidos por los distintos pensadores del Derecho, la legislación vigente y la práctica sobre la cual se estructura el sistema de Justicia, van a trasmano de los conocimientos científicos existentes en la actualidad, dejando en evidencia la necesidad imperiosa de cambios en los sistemas de juzgamiento, en la normativa vigente y en la enseñanza universitaria.

Los conocimientos adquiridos y las conclusiones de la presente investigación han permitido la producción de una serie de trabajos y participaciones en eventos académicos que a continuación se detallan.

Santiago M. Irisarri:

- Autor de "Prueba, verdad y principio de legalidad", publicado en La Ley (Revista de Derecho Penal y Criminología), Año X, Número 2, marzo 2020).

- Expositor en Conversatorio titulado "Valoración de la prueba testimonial", organizado por la Universidad del Este (16/7/20).

- Expositor en "IV Encuentro del Foro Uruguayo de Derecho Probatorio"-"Inmediación judicial: concepto, mitos y ajustes en materia probatoria" (15/10/20).

-Expositor en "Congreso Internacional de Derecho Penal", organizado por el Instituto de Capacitación Virtual de México, (4/12/20).

- Expositor en "Congreso Internacional de Razonamiento Probatorio", organizado por el Instituto de Capacitación Virtual de México (17/2/21)

- Expositor en evento titulado "Principio de inmediación: análisis teórico-práctico" organizado por ABOCASIL, México (25/2/21).

- Expositor en evento titulado "Actualización en Derecho Penal y Procesal Penal" organizado por el Centro de Estudios Universitarios e Investigación, México (21/4/21)

- Expositor en evento titulado "Congreso Internacional de

Razonamiento Probatorio", organizado por el Instituto de Capacitación Virtual de México (27/4/21)

- Próximo a publicar libro *Valoración racional de la prueba testimonial*, Editorial Cathedra (fecha estimada de publicación: mediados de 2021).

Conclusiones finales

La prueba testimonial ha sido y será una prueba gravitante para los procesos de juzgamiento; pese a ello, las enseñanzas universitarias, los postulados de los pensadores del Derecho, la normativa procesal vigente en la Provincia de Buenos Aires, la jurisprudencia y la práctica procesal, han ido a contramano de los conocimientos científicos surgidos en estas últimas décadas a partir de las valiosas investigaciones experimentales desarrolladas en su gran mayoría por los psicólogos del testimonio.

En la actualidad se confía sobradamente en los dichos de los testigos, sin advertir que no necesariamente un testimonio sincero, por el solo hecho de serlo, será verdadero; la existencia de innumerables factores que pueden originar errores de percepción, de interpretación, de memorización y de recuperación hace que todo testimonio deba ser valorado con sumo cuidado. Sin perjuicio de ello, el estudio de la normativa vigente pone en evidencia la existencia de cuantiosas disposiciones normativas contra-epistémicas, las cuales no sólo que no colaborarán con la búsqueda de la verdad, sino que son un claro óbice para el pacífico desarrollo de dicha búsqueda. Por ello, hemos concluido en que se hace imperiosa la necesidad de un cambio de modelo de juzgamiento, acompañado por una debida capacitación de los operadores jurídicos, quienes, al día de hoy, desconocen la fragilidad de los testimonios.

A modo de conclusión final, realizamos las siguientes sugerencias [119]:

119 Muchas de las cuales ya han sido esgrimidas por De Paula Ramos en su obra *La prueba testifical,* cit.

1) Las declaraciones testimoniales deben realizarse lo antes posible.

2) Toda declaración testimonial debe ser grabada en video.

3) No debe permitirse que el testigo declare -ni siquiera en debate- luego de haber transcurrido un período de tiempo demasiado prolongado con relación al suceso que pretende recordar.

4) No debe confrontarse al testigo con la información esgrimida por terceras personas.

5) El interrogatorio debe ser llevado a cabo inicialmente de forma libre.

6) Las preguntas que deban realizarse al testigo deben evitar cualquier tipo de inclusión de información no suministrada por el declarante.

7) El juzgador a la hora de valorar el testimonio no podrá basarse ni en la apariencia ni en la impronta ni en la confianza ni en la conducta desplegada por el testigo.

8) El juzgador no solamente debe evaluar la sinceridad o mendacidad del declarante, sino la veracidad o falsedad de sus dichos.

9) No se debe condenar a personas cuando la única prueba en su contra sea un solo testimonio.

Bibliografía

Aamodt, Michael-Custer, Heather, "Who can best catch a liar? A meta-analysis of individual differences in detecting deception", en The Forensic Examiner, Spring, 2006.

Accatino, Daniela, "Apuntes sobre el concepto de prueba en el Derecho".

Acuña, Carlos, "Fisiología de la luz" en revista Ciencia de la Academia Mexicana de Ciencias, octubre/diciembre, 2003.

Adip, Amado, *Prueba de testigos y falso testimonio,* Depalma, Buenos Aires, 1983.

Aftalión -Vilanova, *Introducción al derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

Alcaíno Arellano, Eduardo (2014), "La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados", Política criminal, 9 (18).

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

-*Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, título original *Limits of logic and legal reasoning,* A. A. Martino (ed), Preproceedings of the III International Conference on Logica Informática Diritto, Vol II, Firenze, 1989.

ALONSO, Hernan-MASIP, Jaume-GARRIDO, Eugenio-HERRERO, Carmen, "El entrenamiento de los policías para detectar mentiras" en Estudios penales y Criminológicos, vol. XXIX (2009).

ALONSO-QUECUTY, "Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual", en Papeles de psicólogo, nro. 73, 1999.

ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* T. III, 1961, Buenos Aires, Ediar.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal,* Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

-*Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 171.

AYARRAGARAY, Carlos A., *Crítica del testimonio. Exposición y apostillas a la obra de Gorphe*, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1942.

BALCARCE F., *La prueba en el proceso penal. Principios generales*, Marcos Lerner editora Córdoba, Córdoba, 1996.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Ejea, Buenos Aires, 1974.

BELLI, R.-WINDSCHITL, P.-MCCARTHY, T.-WINFREY, S, "Detecting memory impairment with a modified test procedure: manipulating retention interval with centrally presented event ítems" en Journal of Experimental Psychology, 18.

BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales,* Ejea, Buenos Aires, 1971.

Bertolino, Pedro J., *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y anotado con jurisprudencia provincial,* Abeledo-Perrot, 2009, Buenos Aires.

Bosselli, Gabriel O., *El ADN en el proceso judicial,* Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2019.

Bueno García-López Tapia-Martínez Palomares-Moreno Álvarez, *Neuropsicología del color. Psicología teórica*, Granada, 2006.

Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal. Parte especial*, T. 1, MAVE, Corrientes, 2000.

Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal,* Depalma, 1986.

Carnelutti, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal,* Vol. I, Librería El Foro, Buenos Aires, 2002.

Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal,* Parte general, Vol II, Temis, Bogotá, 1972.

Chaia, Rubén A., *Técnicas de litigación penal*, t. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

Chance, J., Goldstein, A. G., & Mcbride, L. (1975), "Differential experience and recognition memory for faces", The Journal of Social Psychology, 97(2).

Chaumet, Mario E., *Argumentación*, Astrea, Buenos Aires, 2017.

Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil,* Reus, Madrid, 1922.

Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal,* Marcos Lerner, Córdoba, 1984.

-*Derecho procesal,* Depalma, Buenos Aires, 1982.

-*Tratado de derecho procesal penal,* Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

Contreras Rojas, Cristian, *La valoración de la prueba de interrogatorio,* Marcial Pons, Madrid, 2015.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1976.

Cuello Calón, Eugenio, "Los nuevos métodos científicos de investigación criminal y los derechos de la persona", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, BOE, 1949.

DE LA RÚA, Fernando, *Teoría general del proceso,* Depalma, Buenos Aires, 1991.

DE RIVACOBA Y RIVACOBA, M., prólogo en VERRI, P., *Observaciones sobre la tortura,* Traducción, prólogo y notas por Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. XXXVII.

DE PAULA RAMOS, Vitor, *La prueba testifical,* Marcial Pons, Madrid, 2019.

DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba,* Temis, Bogotá, 1981.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Motivación y racionalidad de la prueba*, Editorial jurídica Grijley, Lima, 2016.

-La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión", *Estudios Sobre la Prueba*, Universidad Nacional Autónoma de México. 2006.

-"El control de la valoración de la prueba en segunda instancia", REVUS -Online-, 33/2017.

FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales,* Temis, Bogotá, 1976.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Temis, Bogotá, 1978.

GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GODOY-CERVERA E HIGERAS, "El análisis de contenido basado en criterios (CBCA) en la evaluación de la credibilidad del testimonio" en Papeles de Psicología, Vol. 26, 2005.

HESSEN, Johannes, *Teoría del conocimiento*, Losada, Buenos Aires, 1982.

IBABE EROSTARBE, I. "Consideraciones metodológicas en el estudio de la relación confianza-exactitud en el ámbito de la memoria de testigos", en Psicothema, Vol. 12, supl. Nro. 2, 2000

IRISARRI, Carlos A., *Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado, anotado y concordado,* Astrea, Buenos Aires, 2005.

- *El defensor en el sumario penal,* T. I, Universidad, Buenos Aires, 1987, p. 27.

IRISARRI, Santiago, "Prueba, verdad y principio de legalidad", publicado en La Ley (Revista de Derecho Penal y Criminología), Año X, Número 2, marzo 2020).

-"La convicción razonada, el veredicto del Jurado y algunas consideraciones sobre estándares probatorios" en Anuario: Principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este Año 2019.

ITURRALDE, Victoria, "Sobre el silogismo judicial", en Anuario de Filosofía del Derecho VIII, 1991.

LEONE, Giovanni, *Tratado de derecho procesal penal,* Ejea, Buenos Aires, 1989.

LEVENE, Ricardo, *Hacia la reforma procesal penal. El juicio oral en todo el país*, LEA, Buenos Aires, 1986.

LO, J. C., CHONG, P. L., GANESAN, S., LEONG, R. L., & CHEE, M. W. (2016), "Sleep deprivation increases formation of false memory" en Journal of sleep research, 25(6), 673-682.

LOFTUS, Elizabeth F., "Leading questions and the eyewitness report" en Cognitive Psychology, 7, 560-572, 1975.

-"Eyewitness testimony", Cognitive Psychology, 1975, 7, 550-572.

-LOFTUS, Elizabeth F.-PALMER, John C., "Reconstruction of Automobile Destruction. An example of the interaction between lenguage and memery", en Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior, 13, 1974.

LOFTUS, E. -PICKRELL, J., "The formation of false memories", en Psychiatric Annals, 25 (12), 1995-

MAIER, Julio, *Derecho procesal penal argentino,* Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

-"¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición vs. Composición" en Jueces para la democracia, Nro. 49, 2004.

MAZZONI G.-MEMON, A., "Imagination can créate false memories" en Psychological Science, 14(2), 2003.

MEMON, A.-MEISSNER C.-FRASER, J., "The Cognitive Interview: A meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years" en Psychology Public Policy and Law, Noviembre, 2010.

MIGUELES, Malen-GARCÍA- BAJOS, Elvira, "Dependencia del contexto ambiental en la memoria_ Una revisión crítica", Revista de Psicología General y Aplicada, 1997, 50.

MIRA J. J., "Psicologos del testimonio: ¿un peritaje de lujo?" en Estudios de Psicología, 1990, 42, 101-113.

MIRA, J. J. y DIGES, M., "Teorías intuitivas sobre memorias de testigos: un examen de metamemoria" en Revista de Psicología Social, 1991, 6, 1, 47-60.

NIEVA FENOLL, Jordi, "El interrogatorio: técnicas pasadas, presentes y futuras", Conferencia en la Universidad de Girona, 2018 -https://www.youtube.com/watch?v=tIn4SiSJvpM-.

ODERIGO, Mario, *Derecho procesal penal,* Depalma, Buenos Aires, 1978.

OTIN DEL CASTILLO, José M., *Psicología criminal. Técnicas aplicadas de intervención o investigación policial,* Lex Nova, España, 2009.

PALACIO, Lino E., *La prueba en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

SANCINETTI, Marcelo, "Testimonio único y principio de la duda", INDRET Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, julio de 2013.

SHAPIRO, Peter-PENROD Steven, "Meta-Analysis of Facial Identification Studies" en Psychological Bulletin, 1986, Vol. 100, No. 2

SCHIAVO, Nicolás, *Valoración racional de la prueba en materia penal,* Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

SUCAR, Germán, *Concepciones del Derecho y de la verdad jurídica,* Marcial Pons, Madrid, 2008.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2011.

-"Consideraciones sobre prueba y motivación" en TARUFFO, ANDRÉS IBÁÑEZ, CANDAU PÉREZ, *Consideraciones sobre la prueba judicial,* Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Curso de Derecho Procesal Penal,* Rubinzal, Santa Fe, 1985.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal,* Marcos Lerner, Córdoba, 1986.

VERRI, P., *Observaciones sobre la tortura,* Traducción, prólogo y notas por Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Depalma, Buenos Aires, 1977.

VILLAMARÍN LÓPEZ, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, España, 2014.

WELLS, G. l., "Applied eyewitness testimony research: system variables and estimator variables" en Journal of Personality and Social Psychology*,* nro. 36*,* 1978

Proyecto: "Alcances de la *probatio* digital en el fuero Civil y Comercial y de Familia del Departamento Judicial de La Plata, para la demostración del *thema probandum*"

Director: Profesor Mauro Fernando Leturia
Co-director: Pablo Puente
Investigadoras: Abog. Amaya María Lis-Abog. Pereyra Camila Denisse-Srta. Carolina Herrera-Srta. Noelia Bardón

Agradecimientos

La realización de este proyecto de investigación comenzó en la alborada del mes de febrero del año 2019. Los integrantes del equipo estábamos convencidos de que la prueba digital era un devenir inevitable en la demostración de los vínculos entre las personas.

No obstante, nadie se esperaba que en el año 2020 el aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el Poder Ejecutivo de la Nación en el marco de las acciones contra el COVID-19, fuera un paradigma revolucionario en la manera de administrar justicia, ejercer el derecho y establecer el vínculo de las relaciones sociales diarias, fuertemente arraigados en dispositivos digitales.

En consecuencia, la importancia de la prueba digital como elemento probatorio y el trabajo de campo realizado en el año 2020, nos demostró que éste era el camino a seguir, observando en lo inmediato que la prueba digital es un canal probatorio más en los procesos judiciales, con la seguridad correspondiente, tanto en el fuero Civil y Comercial, como de Familia en la ciudad de La Plata.

En ese sentido, este trabajo de investigación no hubiese sido posible sin la colaboración de la Dra. Daniela Ferenc, Dr. Fabio I. Arriagada, Dr. Mauro Cerdá, Dra. Karina Bigliardi, entre otros magistrados, a los más de 100 abogados en ejercicio entrevistados, sin la paciencia de nuestro Director Dr. Mauro Leturia y Co-Director Dr. Pablo Puente, la ayuda cons-

tante del Señor Decano de La Facultad Dr. Germán Rincón; familiares y amigos que nos acompañaron en este proceso.

Esperamos como equipo de investigación, que este documento sea el aporte doctrinario que acompañe a los estudiantes, profesionales del Derecho, magistrados y público en general a una nueva visión en la manera de demostrar los vínculos sociales en un proceso judicial.

Sumario: I. Introducción. II. Valoración de la prueba digital en el fuero Civil y Comercial y de Familia en el Departamento Judicial de La Plata. III. Marco metodológico. IV. Normativa aplicable. V. Consideraciones finales. VI. Bibliografía

Resumen

A diario asistimos a la incorporación de la comunicación electrónica a nuestras vidas, en virtud de lo cual se originan nuevas formas de expresión del consentimiento, mediante la digitalización de la voluntad de los sujetos intervinientes -el correlato de la manifestación ha sido transformado en bits [120].

Estos desafíos, exigen un análisis normativo, doctrinario y judicial de la valoración de la prueba digital en el fuero Civil y Comercial y de Familia en la ciudad de La Plata.

Si partimos de la raíz normativa de Argentina, el art. 376 del Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Provincia de Buenos Aires instituye que "*La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán, aplicando por analogía, las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la*

120 QUADRI, G. H., "Prueba informática: medios en particular", en CAMPS, Carlos E. (dir.), Tratado de derecho procesal electrónico, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 277.

forma que establezca el juez". Asimismo, el art. 710 del código de fondo establece que "*Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar".* La sociedad, hoy, manifiesta su voluntad a través de diferentes redes sociales y es necesario determinar los alcances probatorios de estos medios de comunicación en nuestra jurisdicción judicial.

Palabras claves: Prueba-Digital-Juzgados Civil y Comercial de La Plata-Juzgado de Familia de La Plata-Alcances.

Abstract

On a daily basis, we witness the incorporation of electronic communication into our lives, by virtue of which new forms of expression of consent origínate, through the digitization of the will of the intervening subjects -the correlate of the manifestation has been transformed into bits-. [121]

These challenges require a normative, doctrinal and judicial analysis of the assessment of evidence in the Civil, Commercial and Family jurisdiction in the city of La Plata.

If we start from the normative roots of Argentina, the art. 376 of the Code. Proc. Civ. And Com. of the Province of Buenos Aires establishes that " The evidence must be produced by the means expressly provided by law and by those that the judge orders, at the request of a party or ex officio, provided that they do not affect morality, the parson freedom of the litigants or third parties, or they are not expressly prohibited for the case. The unforeseen means of proof will be filled out, applying by analogy, the provisions of those that are or, failing that, in the manner established by the judge". Likewise, art. 710 of the substantive code establishes that "Family proceedings are

121 Quadri, G. H, "Computer evidence: means in particular" in Camps, Carlos E. (dir). *Treaty of electronic procedural law*, Thomson Reuters. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 277.

governed by the principles of freedom, breadth and flexibility of proof. The burden of proof rests, finally, on whoever is in the best conditions to prove".

Today, society expresses its will through different social networks and it is necessary to determine the evidentiary scope of these in our jurisdiction.

Keywords: Digital- Evidence- Civil and Commercial Courts of La Plata- Family Court of La Plata- Scope.

I. Introducción

La prueba, etimológicamente proviene del latín "*probatio*" que significa bueno, ajustado a la realidad.

Cuando Paulo, 69 ad Ed., D. 22.3.2, señaló "(*e) i incumbit probatio qui dicit, non qui negat* " *("incumbe la prueba al que dice, no al que niega")* no lo hizo a la manera abstracta de una máxima -como fue entendido posteriormente-, sino que dentro de un contexto preciso y, por lo demás, con el término "*probatio*" tampoco denotaba la sola prueba de los hechos, sino que con esta expresión de la retórica envolvía ampliamente toda la argumentación desplegada por cada parte en el juicio.

A través del presente proyecto de investigación, iniciado en el seno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Este, se pretende desasnar la importancia que tiene la prueba digital, para demostrar las alegaciones realizadas en el marco de un proceso, limitándonos por cuestiones temporales y materiales, al Departamento Judicial de La Plata, precisamente en el fuero Civil y Comercial y de Familia.

En ese contexto, el avance de la tecnología y las nuevas formas de relacionarnos, hizo necesario adaptarnos a las transformaciones de estos tiempos, incorporándonos casi de manera "inconsciente" a WhatsApp y diferentes redes sociales: Facebook, Instagram y Twiter; por lo que dicho entrelazado no es ajeno para demostrar el vínculo -actos, hechos y negocios jurídicos- acordado entre las partes.

No obstante, en el ámbito Civil y Comercial y de Familia, del Departamento Judicial de La Plata, constituye una asig-

natura pendiente, no sólo para los funcionarios que deben impartir justicia, sino para el abogado litigante, que muchas veces por mantener indemne las pruebas tradicionales, deja de lado estos mecanismos probatorios que ponen en contacto a la judicatura con la realidad extraprocesal existente.

La prueba es el eje fundamental de todo juicio, "Sin prueba no hay proceso", y en ese orden de ideas, estamos en condiciones de afirmar que sin el aporte de las redes sociales en el ámbito jurídico-procesal resulta casi imposible identificar el devenir de las relaciones humanas en lo que atañe a su responsabilidad.

Ante esto, la doctrina define a la prueba electrónica como aquella cimentada en la información o datos, con valor probatorio, que se encuentran insertos dentro de un dispositivo electrónico o que hubiera sido transmitida por un medio afín, a través de la cual se adquiere el conocimiento sobre la ocurrencia o no de hechos que las partes hayan afirmado como fundamento de sus derechos, o cuestionados, y que deban ser invocados dentro de un proceso judicial [122]. Asimismo, otro sector doctrinario la considera como "Aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico, bien al fijar ese hecho como cierto atendiendo a una normativa legal" [123].

En las redes sociales, los usuarios manifiestan libremente sus ideologías y creencias, en otras palabras, su *habitus.* No tenerla en cuenta como material probatorio, sin una directriz clara, nos hace responsables como operadores judiciales de no acompañar los procesos, con los cambios sociales actuales.

Los sistemas de mensajería instantánea entre personas,

122 Bielli, G. E.-Ordóñez, C. J., *La prueba electrónica. Teoría y práctica*, Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 6.

123 Sanchís Crespo, Carolina, *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 713.

como WhatsApp, se han configurado como un método probatorio por excelencia para acreditar hechos que las partes hayan afirmado como fundamento de sus derechos. Por esta razón, los diálogos, audios, imágenes o videos que se comparten en tales conversaciones se han convertido en una importante fuente de prueba que puede ser introducida al juicio a través de los diversos medios de prueba consagrados en la normativa ritual [124].

Antecedentes históricos y alcances de responsabilidad de las aplicaciones objeto de investigación

Facebook [125]

Es un servicio de redes y medios sociales en línea estadounidense. Su creador, Mark Zuckerberg, lanzó el sitio el 4 de febrero de 2004 junto a otros compañeros de la Universidad de Harvard.

Se encuentra disponible en español desde el año 2008 y es una plataforma que permite que las personas se conecten, creen comunidades y hagan crecer su negocio.

Se puede acceder, utilizando cualquier dispositivo con acceso a Internet. El usuario no tiene más que registrarse -aceptando los términos y condiciones-, crear su perfil y empezar a interactuar con otros usuarios "amigos".

En ese sentido, se puede compartir fotos, vídeos, crear historias y recibir notificaciones de la actividad de otros usuarios.

Entre las condiciones de servicio, no cobran por el uso que se hace en Facebook. Por el contrario, los negocios y las organizaciones le pagan para la muestra de anuncios de sus productos y servicios. Usan tus datos personales como ayuda para determinar qué anuncios mostrarte.

En Facebook te puedes expresar compartiendo tus opiniones

124 Bielli, G. E., "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil", La Ley, 2018-E, 1210. Cita online: AR/DOC/1962/2018.

125 Bases y condiciones de Facebook consultado el 28/07/2020.

e ideas. Utilizan tecnologías avanzadas, como inteligencia artificial, sistemas de aprendizaje automático y realidad aumentada para que los usuarios puedan utilizarlo de manera segura.

A su vez, el sitio se encuentra prohibido para menores de 13 años, delincuentes condenados por delitos sexuales, inhabilitados por incumplir sus condiciones y/o políticas, leyes aplicables que prohíban que reciban nuestros productos, servicios o *software*, tales como Irán, Vietnam, Corea del Norte, Siria, Arabia Saudita, entre otros.

En otras palabras, trabajan constantemente para optimizar los servicios y productos que brindan por lo que las condiciones de la plataforma se actualizan constantemente.

Punto aparte merece determinar los alcances de la responsabilidad del sitio. Expresamente manifiesta que no controlan ni dirigen lo que las personas u otros hacen o dicen, ni son responsables por sus acciones o conducta (dentro o fuera de Internet) ni por el contenido que comparten, incluido contenido ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o cuestionable. Su responsabilidad, se limita al máximo alcance que la ley aplicable permita, y bajo ninguna circunstancia son responsables ante el usuario por la pérdida de ganancias, ingresos o información, ni por daños consecuentes, especiales, indirectos, ejemplares, punitivos o incidentales que surjan a raíz de estas Condiciones o los productos de Facebook, o en relación con ellos, incluso si se nos advirtió sobre la posibilidad de que ocurran dichos daños.

Asimismo, se establecen las leyes de jurisdicción en caso de un conflicto con el sitio, determinando que si el usuario es consumidor, las leyes del país donde reside se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que se presente contra Facebook, o en relación con ellos. Asimismo, se puede resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En todos los demás casos, se acepta que la reclamación se resuelva en forma exclusiva en el Tribunal Federal del Distrito Norte de California de los Estados Unidos o en un Tribunal Estatal ubicado en el condado de San Mateo.

Instagram [126]

Es una aplicación y red social estadounidense perteneciente a Facebook. Consiste básicamente en poder compartir fotos y videos e inclusive chatear con otros usuarios.

Fue creada por Kevin Systrom y Mike Krieger, y dada a conocer en octubre de 2010.

La misión de Instagram consiste en acercarte a las personas y cosas que te encantan.

Entre las políticas de servicio, es muy similar a la proporcionada por Facebook.

No garantizan que el servicio será seguro o funcionará correctamente en todo momento. En la medida en que la ley lo permita, renuncian a toda garantía, expresa o implícita de comerciabilidad, idoneidad para un fin particular, titulo y no infracción. No controlan lo que las personas u otros hacen o dicen, ni son responsables por sus acciones, conductas (dentro o fuera de Internet) o contenidos (ni por los suyos) incluido contenido ilegal o cuestionable. Tampoco son responsables por los servicios y las funciones que otras personas o empresas ofrecen, incluso si acceden mediante Instagram.

Su responsabilidad es limitada en la medida que la ley lo permita. Entre las condiciones, el usuario acepta que la red social no es responsable por la pérdida de ganancias, ingresos, información o datos, ni por daños consecuentes, especiales, indirectos, ejemplares, punitivos o incidentales que surjan a raíz de estas Condiciones, o en relación con ellas, incluso si saben que hay posibilidades de que ocurran.

En cuanto a la competencia en caso de litigio, se aplican las mismas reglas que para Facebook.

Twiter [127]

Es un servicio de microblogueo, permite enviar mensajes de textos cortos -hasta 280 caracteres- denominados *tuits* o

126 Bases y condiciones de Instagram consultado el 28/07/2020.

127 Bases y condiciones de Twiter consultado el 18/06/2020.

tweets que se muestran en la página del usuario.

Fue creado por Jack Dorsey en marzo de 2006 y la aplicación se lanzó en julio del mismo año.

Pueden hacer uso de la aplicación los mayores de 13 años y 16 años en el caso de Periscope.

Si se reside fuera de la Unión Europea, de los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), o del Reino Unido, incluyendo si se reside en los Estados Unidos, usted acepta que su acceso y uso de los Servicios o de cualquier Contenido será por su propia cuenta y riesgo. Se entiende y acepta que los Servicios se le proporcionan "TAL CUAL" y "SEGÚN DISPONIBILIDAD". Las "Entidades de Twitter" significa Twitter, sus empresas matriz, filiales, sociedades relacionadas, responsables, directivos, empleados, agentes, representantes, socios y licenciatarios. Sin limitación del carácter general de lo anteriormente indicado, en la medida máxima de lo permitido por la legislación aplicable, LAS ENTIDADES DE TWITTER EXCLUYEN TODAS LAS GARANTÍAS Y CONDICIONES, YA SEAN EXPRESAS O IMPLÍCITAS, DE COMERCIABILIDAD, ADECUACIÓN A UN FIN CONCRETO Y NO INFRACCIÓN. Las Entidades de Twitter no otorgan ninguna garantía ni realizan ninguna manifestación y excluyen todas las responsabilidades en lo que respecta a: (i) la integridad, exactitud, disponibilidad, puntualidad, seguridad o fiabilidad de los Servicios o de cualquier Contenido; (ii) cualquier daño que pueda sufrir su sistema informático, pérdida de datos u otros daños que resulten de su acceso o uso de los Servicios o de cualquier Contenido; (iii) la eliminación de cualesquiera Contenidos u otras comunicaciones mantenidas por los Servicios o la imposibilidad de almacenar o transmitir tales Contenidos o comunicaciones; y (iv) si los Servicios cumplirán sus requisitos o estarán disponibles de forma ininterrumpida, segura o sin errores. Las sugerencias o informaciones, ya sean de carácter verbal o escrito, que se obtengan de las Entidades de Twitter o a través de los Servicios, no crearán ninguna garantía o manifestación que no haya sido expresamente contemplada en este documento.

WhatsApp [128]

Es una aplicación de mensajería instantánea para teléfonos inteligentes, se envían y reciben mensajes, fotos, vídeos, *stickers*, grabaciones de audio, contactos, *gifs*, inclusive archivos de pdf, Word, Excel, entre otros. Asimismo, se ha destacado por la posibilidad de realizar videollamadas grupales.

WhatsApp Inc. Fue fundada en 2009 por Jan Koum y en el año 2014 la aplicación fue adquirida por Facebook.

Dato curioso, entre las condiciones del servicio, es que si el usuario es de los Estados Unidos o Canadá, debe someterse a un arbitraje obligatorio en caso de conflicto con la aplicación, por lo que se renuncia a presentar cualquier requerimiento ante un juez o jurado, asimismo se renuncia al derecho de participar en demandas colectivas, arbitrajes colectivos o demandas representativas.

Las leyes del Estado de California rigen sus condiciones, así como cualquier conflicto, ya sea en un tribunal o arbitraje, independientemente de las disposiciones sobre conflicto de leyes.

En cuanto a las condiciones de limitación de responsabilidad, las partes de WhatsApp no serán responsables de ninguna pérdida de ganancias ni de otros daños resultantes, especiales, punitivos, indirectos o incidentales relacionados, derivados o conectados con las condiciones, incluso en el caso de que se haya avisado a las partes de WhatsApp de la posibilidad de que se produzca dicho daño. Su responsabilidad no sobrepasará el valor de cien dólares (100 USD) o la cantidad que el usuario haya pagado en los últimos doce meses, lo que sea más alto.

En ciertos países no se permite la exclusión y limitación de daños, y en tales casos la responsabilidad de las partes de WhatsApp estará limitada al alcance máximo permitido por la normativa aplicable.

128 Bases y Condiciones de WhatsApp consultado el 28/01/2020.

II. Valoración de la prueba digital en el fuero Civil y Comercial y de Familia del Departamento Judicial de La Plata

Definición del Problema

¿Cuál es la valoración que se le da a la prueba digital en un proceso Civil y Comercial y de Familia en el Departamento Judicial de La Plata?

Luego de un relevamiento exhaustivo, fue posible identificar rápidamente, que no es una materia tratada con detenimiento en el ámbito Civil y Comercial y de Familia, es más bien una cuestión desarrollada en el fuero federal por tratarse de afectaciones de garantías constitucionales protegidas en nuestra Carta Magna, en la mayoría de los casos.

En esta incertidumbre, o zonas grises de tratamiento, la mayoría de los profesionales prefieren prescindir de su valoración por los costos, y la judicatura no hacer lugar a su incorporación como manifestación de la realidad, atendiendo a la posible vulneración de otras garantías constitucionales.

Ello, fundamentalmente por el temor a una reacción adversa respecto al bien jurídico que debería prevalecer sobre el otro.

A veces, en el acceso a la Justicia se hace difícil preservar este tipo de pruebas, que por su carácter volátil, hace necesario su protección y el costo muchas veces es superior, al beneficio que se puede esperar.

No debemos olvidar, que estamos ante una nueva forma de vincularnos "digitalmente", y en esta nueva estructura, debemos darle la importancia a las relaciones jurídicas que de ella se desprenden.

Un dato curioso, y a tener en cuenta, es que actualmente para obtener la visa estadounidense en nuestro país, ahora solicitan que se declaren cuáles son las cuentas personales en las redes sociales, detallando los correos electrónicos y números telefónicos que usó en los últimos cinco años. Denotando la importancia del uso personal de las redes sociales.

Otros ejemplos de mayor difusión y público conocimiento se dan en el ámbito televisivo a partir del cual la utilización de redes sociales como medio probatorio es primordial. Tal es el renombrado caso de "Morena Rial c/Martin Cirio s/daños y perjuicios" a partir del cual el uso libre de la red social "Instagram" fue la causal del litigio. Es más, la única prueba aportada fue la de un video subido a la historia de la cuenta de Instagram de Martin Cirio, prueba suficiente para dar inicio al presente, el cual se dio por concluido en el ámbito de la Mediación Previa Obligatoria.

Entre los objetivos a tener en cuenta del presente proyecto de investigación se estableció:

OBJETIVO GENERAL:

➢Explorar los alcances probatorios de FACEBOOK, INSTAGRAM y TWITTER, como así también de WHATSAPP en el fuero Civil y Comercial y de Familia de la ciudad de La Plata.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

➢Identificar los hábitos y costumbres probatorios del ejercicio profesional de la abogacía en los fueros de La Plata mencionados en esta investigación.

➢Cuantificar aproximadamente la utilización de FACEBOOK, INSTAGRAM y TWITTER Y WHATSAPP como prueba en el fuero Civil y Comercial y de Familia en la ciudad de La Plata.

➢Estudiar las resoluciones adoptadas por la Judicatura de La Plata, en la que haya tenido lugar la *probatio* de prueba digital.

III. Marco metodológico

Como es sabido, la tecnología crece a pasos agigantados con respecto a la bibliografía que podíamos consultar al respecto; en tal sentido se ha preferido el análisis cuantitativo, es decir la fuente directa del trabajo de campo, cuya pretensión fue conocer el discernimiento y aplicación que los operadores jurídicos tienen con relación a la valoración de la prueba digital.

Conforme ello, se realizó la consulta a los Magistrados de los Juzgados Civiles y Comerciales y de Familia de la Ciudad de La Plata, a 100 profesionales de la matrícula a fin de verificar los medios probatorios que son presentados, receptados y valorados en sus respectivas causas, claro que, con especial preponderancia a las digitales, bajo dos modalidades diferentes: entrevistas y encuestas.

Entre las personas encuestadas, ya sea mediante el formulario QUAESTIONARIO USU PROFESSIONAL (en papel y/o a través de la encuesta virtual) se dividió a los profesionales en ejercicio liberal de La Plata en tres grandes grupos: a) Jóvenes Abogados: Quienes cuenten con un ejercicio profesional igual o inferior a 10 años [129] b) Abogados medios: De 10 a 25 años de ejercicio profesional [130] c) Abogados longevos: De más de 25 años de ejercicio profesional [131].

En el año 2019, se realizaron encuestas en soporte papel conformada por 7 (siete) preguntas a saber: 1) Años de ejercicio en la profesión liberal 2) ¿Ejerce la profesión en el fuero Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata? 3) ¿Ejerce la profesión en el fuero de Familia del Departamento Judicial de La Plata? 4) En el supuesto afirmativo… ¿Alguna vez le tocó intervenir en alguna causa en la que el elemento probatorio partiera de la utilización de redes sociales? (FACEBOOK/INSTAGRAM/TWITTER), 5) En el supuesto afirmativo… ¿que red utilizó? 6) ¿Se resolvió la litis al día de la fecha? 7) En el supuesto afirmativo ¿fue sustancial el aporte de dicho

129 Se entrevistó a 42 profesionales de la ciudad de La Plata, a través de una encuesta en papel denominado QUAESTIONARIO USU PROFESSIONAL.

130 Se entrevistó a 38 profesionales de la ciudad de La Plata, a través de una encuesta en papel denominado QUAESTIONARIO USU PROFESSIONAL.

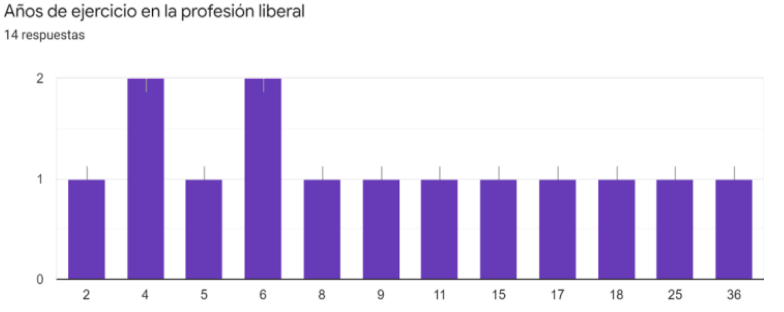
131 Se entrevistó a 20 profesionales de la ciudad de La Plata, a través de una encuesta en papel denominado QUAESTIONARIO USU PROFESSIONAL.

elemento probatorio para la resolución judicial? Las cuales en su mayoría pretenden evidenciar la comprensión y aplicación de lo digital como materia probatoria, que por razones de privacidad quedan a disposición como material anexo.

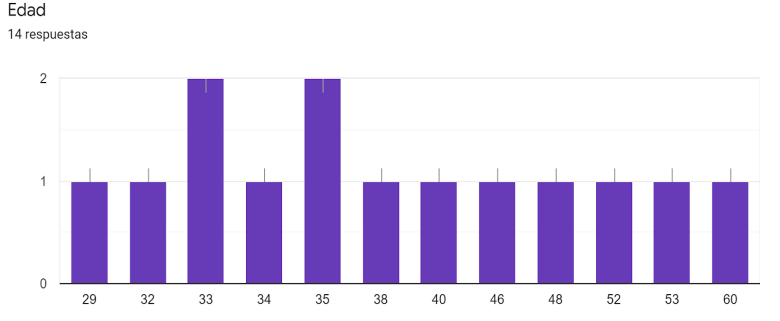
En el año 2020, producto del aislamiento social, preventivo y obligatorio por COVID-19, debimos efectuar las encuestas en forma digital; ante ello, 14 operadores jurídicos manifestaron su parecer a través de una encuesta virtual [132]. La misma estuvo conformada por 7 (siete) preguntas -idénticas a las efectuadas en soporte papel-.

A continuación, las preguntas con sus contestaciones:

Pregunta 1:



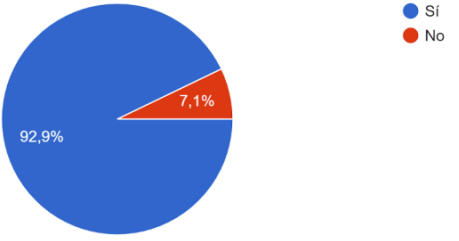
Pregunta 2:



132 https://forms.gle/DBdxbaw78ZMPA4oJ7.

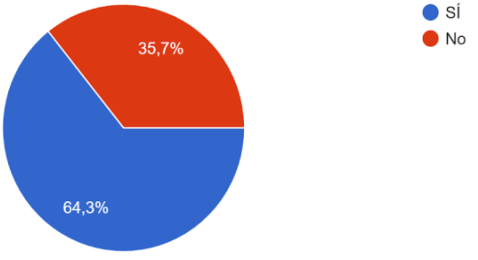
Pregunta 3:

.) ¿Ejerce la profesión en el fuero Civil y Comercial del Departamento judicial de La Plata?
14 respuestas



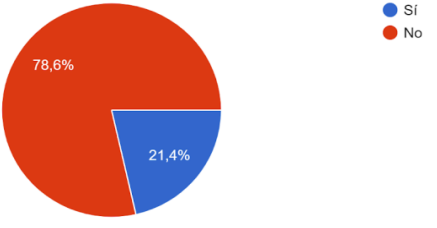
Pregunta 4:

.) ¿Ejerce la profesión en el fuero de Familia del Departamento judicial de La Plata?
14 respuestas



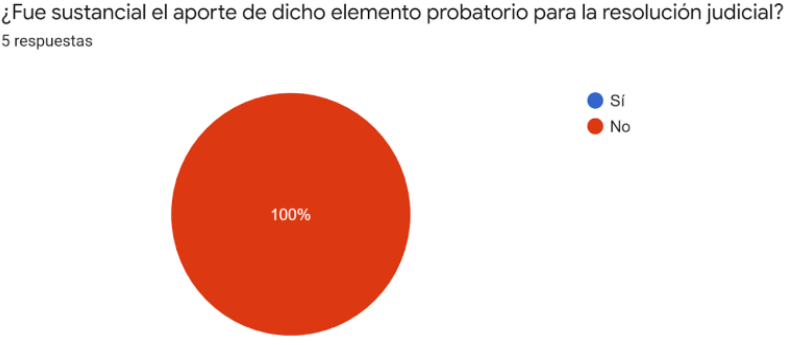
Pregunta 5:

.) ¿Algunas vez le toco intervenir en alguna causa en la que el elemento probatorio fuera digital (WHATSAPP/FACEBOOK/INSTAGRAM/TWITTER) ?
14 respuestas



Pregunta 6:

Pregunta 7:



En vistas a los resultados obtenidos de las encuestas digitales y en soporte papel a los profesionales en ejercicio liberal, los resultados son contundentes. No se advierte una clara intervención en materia digital, ya sea por el desconocimiento o por los altos costos que generan aportarlos en un procedimiento. Sólo un 30 % de ellos han aportado como prueba capturas de pantalla de WhatsApp y/o capturas de Facebook, los cuales han manifestado que no ha sido contundente para la resolución de la litis.

Por otra parte, y en relación a los Magistrados se los dividió en dos grupos, a quienes se le realizaron encuestas a través del formulario QUAESTIONARIO PRO ATRIIS en el año 2019, y durante el año 2020 entrevistas virtuales a través de ZOOM, en ese sentido se los dividió en: a) Jueces y/o Secretarios del fuero de Familia de La Plata b) Jueces y/o Secretarios del Fuero Civil y Comercial de La Plata, entre los que cabe destacar la participación del Dr. Mauro Javier Cerdá, Juez del Juzgado de Familia Nro. 8 de la ciudad de La Plata, Dr. Fabio I. Arriagada, Juez del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 27 de la ciudad de La Plata, Dra. Daniela Ferenc, Jueza del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 12 de la ciudad de La Plata, entre otros.

Análisis de datos: Acerca de los Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata y la intervención de operadores jurídicos auxiliares

Se ha realizado una breve encuesta a Jueces y/o a Secretarios de los Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata.

De los datos arrojados, se desprende que los ocho (8) Juzgados coinciden en que muchas veces les tocó intervenir en causas en las que el elemento probatorio partiera de la utilización de prueba digital (WhatsApp, Facebook, Instagram, Twiter). Todos coinciden, asimismo que en la mayoría de las causas de violencia familiar, de género y digital, la principal prueba aportada son fotografías de mensajes de texto, de capturas de pantalla, de conversaciones de WhatsApp, publicaciones de Facebook, etc. Estas pruebas principalmente rigen en este tipo de causas, dada la imposibilidad de tener otras en momentos en que ocurren los episodios de violencia en el ámbito familiar y vida privada. Sin perjuicio de ello, de la encuesta se desprende que existe actualmente una cierta tendencia en las materias de “derecho de comunicación” y “alimentos” en aportar esta clase de prueba con la finalidad de “abundar” a la prueba principal.

Sin embargo, dos de los Jueces de los Juzgados de Familia de la Ciudad de La Plata [133], manifestaron que los elementos probatorios digitales que intentan acreditar violencia NO SIEMPRE FUERON SUSTANCIALES para las resoluciones judiciales, sino más bien, se valoró en varios casos lo aportado por el Equipo Técnico de su propio Juzgado. Es decir que, en principio, el dictamen desplazó a la prueba digital aportada. Con esto, el Juez entendió que carecía de validez; puesto que podía haber sido sometida a manipulaciones de una de las partes para su entera conveniencia, motivo por el cual la desestimó.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, un novedoso fallo con fecha 11 de septiembre del año 2019 dictado por la Cámara II de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata [134], establece que las copias de pantallas de los mensajes que se realizan vía WhatsApp serán admitidas como pruebas en los procesos de Familia. Todo ello, en suma concordancia con los principios que rigen en los procesos de familia que son el principio de libertad y amplitud probatoria, con lo cual resulta necesario dar cabida a medios probatorios no tradicionales.

Con esta decisión, claramente se tuvo en cuenta que los hechos invocados pueden resultar de difícil acreditación. Y todo, como consecuencia previsible de las relaciones que se despliegan en el ámbito familiar, dentro de un espacio íntimo. Asimismo, se destaca que en caso de duda acerca de prueba digital aportada, el Juez debe inclinarse por admitirla.

133 El Dr. Cerdá Mauro; titular del Juzgado de Familia N° 8 y la Dra. Barcos Inés Graciela; titular del Juzgado de Familia N° 3, ambos del Departamento Judicial de La Plata.

134 En los autos "M. E. B. c/S. W. M. B. s/plan de parentalidad (queja)", la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata revocó un fallo en un caso en el que las copias de pantalla de mensajes habían sido aportadas por una mujer para probar el incumplimiento del régimen de contacto paterno filial, pero que habían sido rechazadas como prueba.

Por otra parte, desde una mirada del ejercicio profesional, los medios probatorios digitales revisten la calidad de novedosos, "extraños", sumado a ello, el arraigo a las pruebas "convencionales" que en principio los jueces no habían logrado corromper o superar. Los profesionales del Derecho, que en pleno ejercicio intentan acreditar determinados hechos, les resulta difícil atento a que éstas pruebas no son de fácil admisibilidad en los Juzgados de Familia.

Análisis de datos: Acerca de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de La Plata y los operadores jurídicos como auxiliares de justicia

Durante las entrevistas realizadas, la mayoría de los Magistrados puso el acento en lo dispuesto en el art. 376 y 384 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Con el objeto de adecuar las normas del código de forma *ut-supra* citado, cuyo texto ha quedado un paso atrás respecto a la normativa establecida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente existe un proyecto de reforma con la finalidad de incorporar los avances tecnológicos al proceso judicial de la Provincia de Buenos Aires [135].

Algunos Magistrados, hicieron hincapié en que se ha aportado como prueba capturas de pantalla de WhatsApp y Facebook, sobre todo en causas de violación de derecho a la imagen y daños y perjuicios, ingresando el pedido como medida cautelar, resolviéndose favorablemente en el día y librando oficio a las empresas intervinientes.

Por otra parte, y en relación al ejercicio profesional liberal la mayoría de los profesionales ha puesto de resalto que los altos costos en su implementación vulneran el acceso a la Justicia de los clientes, por lo que prefieren continuar utilizando las pruebas tradicionales de menor costo.

135 https://www.ajb.org.ar/wp-content/uploads/Proyecto-reforma-Codigo-Procesal-Civil-y-Comercial-Ejecutivo-marzo-2019. pdf. Consultado el 7-8-2020.

IV. Normativa aplicable

Si bien el marco legal por excelencia es el Código Civil y Comercial de la Nación, también existen otras leyes a saber.

Tal es así, que los arts. 706 y 709 del CCyCN establecen principios básicos como ser la tutela judicial efectiva, oficiosidad, inmediación, acceso a la Justicia, intervención especializada y multidisciplinar y, en el fuero de Familia, el interés superior del niño.

A su vez, los arts. 1726 y 1727 del mencionado Código, se refieren al principio de normalidad que es de origen sustancial, mientras que el art. 386 del Código Procesal Civil y Comercial dispone que, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica.

Por otra parte, el art. 286 del CCYCN introduce el concepto de soporte y por consiguiente el de la grafía; incluyéndose de esta forma la categoría de instrumentos denominados "documentos electrónicos".

Asimismo, el art. 378 del Código Procesal Civil y Comercial establece el sistema de libertad probatoria, en forma amplia, en consonancia con el art. 710 del CCyCN el cual establece el principio de amplitud, libertad y flexibilidad probatoria en el fuero de Familia. Este principio es de suma importancia para el fuero mencionado precedentemente, ya que, en la mayoría de los casos por tratarse de relaciones muy cercanas, es posible que los hechos sean difíciles de demostrar.

Sin perjuicio de los artículos mencionados, también existe como normativa aplicable la ley 25.506 de firma digital, complementaria del Código Civil. En esta ley la jurisprudencia reconoce que los documentos electrónicos constituyen un medio de prueba que tiene sustento normativo y se resalta que se trata de prueba documental.

Sin embargo, es necesario destacar que para otorgar certeza al juez acerca de la existencia de un hecho con este tipo de prueba, es necesario cumplir con condiciones formales -relacionada con su obtención y registro- es decir, dando estric-

to cumplimiento con el principio de legalidad de las formas. Todo ello a fin de que toda la prueba digital acompañada, sea en principio aceptada y posteriormente valorada por el juzgador sin que éste sospeche que los elementos aportados fueron amañados o distorsionados.

Finalmente, para que el marco normativo y los principios abordados sean armónicos en su conjunto, como así también la incorporación, admisión y valoración de la eficacia probatoria por parte del Juez tenga razón de ser, se debe implementar y materializar el principio de la realidad en toda circunstancia.

V. Consideración finales

Vivimos en una realidad en la que ya no se entiende la forma en la que nos relacionamos sin la intervención tecnológica. Los medios digitales evolucionan cada día más y existe una utilización masiva de estos instrumentos que, además de permitir la comunicación, representan "el cotidiano". En especial en este contexto de pandemia que nos aqueja desde marzo del año 2020 y que fomentó el uso masivo de las mencionadas tecnologías.

Esta circunstancia, de manera inevitable se traslada al ámbito jurídico, en donde los Jueces y Juezas se enfrentan a conflictos desconocidos por el incremento de nuevas pruebas como la digital.

Consideramos que la aceptación de estos medios de prueba no tradicionales, son el resultado de una intervención cuidadosa, a conciencia, sobre todo las capturas de pantalla de la aplicación de WhatsApp. En muchos juzgados, aún reticentes, estas pruebas suelen generar ruido, miedo y hasta desconfianza.

Sin embargo, los medios probatorios digitales han comenzado a aceptarse en los Juzgados y hasta en algunos a ser valorados en momentos de resolver. Pero, entendemos que hace falta trabajar mucho para lograr marcos normativos o nuevas herramientas que tiendan a lograr conseguir el aporte probatorio de este tipo, que va en crecimiento y que en las épocas

que estamos viviendo, con el avance de la tecnología, la globalización y el contexto de pandemia, tienden a perpetuarse.

No podemos negar que las personas utilizamos la tecnología cotidianamente, creando a veces hasta un mundo virtual paralelo y esto se da en todos los sectores sociales y es una realidad a la que el Derecho debe ajustarse e inmiscuirse, sin temor, con contundencia.

Asimismo, los/as Magistrados/as deberán trabajar más, a fin de obtener el mayor conocimiento y entendimiento de estas nuevas relaciones y fenómenos en crecimiento. En principio porque pasan a ser un fusible necesario del sistema jurídico, una pieza clave para que el mismo funcione en debida forma y sin el cual se dejarían desamparadas a una multiplicidad de situaciones que no tienen cabida en los procedimientos y normas vigentes, y que cíclicamente se irán repitiendo a medida que se continúe en este inevitable sendero de transformación. Y además, porque muchas veces lo "más" rico" y "jugoso" se encuentra en los *chats* de una conversación de WhatsApp, en unas fotos publicadas en Instagram, un *twit* realizado en Twiter, es decir, permite ver inclusive más allá del meollo de la cuestión llevada a tribunales.

Es base a lo anteriormente dicho y de acuerdo a las realidades sociales que estamos viviendo con el avance de la tecnología, las relaciones que entablamos, los conflictos que se suscitan dentro del mismo ámbito y sumado a ello los datos arrojados de las encuestas a los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial y de Familia concluimos que la prueba digital está actualmente siendo poco a poco admitida en los Juzgados de La Plata.

Es un buen paso, en principio, por ser estas pruebas incorporadas al trámite judicial las cuales se constituyen primariamente como prueba indiciaria, que bien alberga la posibilidad de tener el carácter de univocidad según la cantidad y -primordialmente- la calidad del material probatorio que se acompañe en el juicio.

Sin embargo, consideramos que aunque actualmente no sean las pruebas digitales las sustanciales al momento de va-

lorar, tampoco pueden ser el único elemento aislado valorativo-probatorio que genere la convicción a los/as Magistrados/as para resolver. Pero sí, consideramos que hay una tendencia a ser más valorada al momento de resolver y que deberá ser apreciada conjuntamente con otras pruebas que acrediten los hechos vertidos.

Para cerrar, consideramos que la prueba digital actualmente está siendo aceptada en los Juzgados de la ciudad de La Plata, representando ello una prueba más; con poca trascendencia. Sin embargo, en algunos Juzgados además de la aceptación de la prueba, se demuestra apertura a ser considerada para la valoración, y en algunos (muy pocos), aceptar y tener en cuenta esta prueba para su valoración en conjunto para obtener convicción al elaborar una sentencia definitiva. Siendo esta última, para nosotros/as lo más acertado y acorde a las realidades que se viven, atento a que los Magistrados/as deben empaparse y agiornarse de las situaciones que las personas vivenciamos en el ámbito electrónico. Aún queda mucho camino por recorrer en el ámbito profesional y judicial, que por tradición y costos, mantienen las pruebas habituales e intentan mantener invisibilizadas las que demuestran otro mundo, desconocido sí, pero no menos importante en momentos de acreditar.

VI. Bibliografía

González Girodo, Matías, "El derecho de autor en las redes sociales", La Ley 19/01/2015, 1. La LEY 2015-A, 680. La Ley 20/01/2015, 1. ADLA 2015-4, 1. DCCyE 2015 (febrero) 187.

Leturia, Mauro Fernando (2015), "Protección Penal de los Derechos Intelectuales", Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Plata, N° 80 año 2015.

Leturia, Mauro Fernando, "Los derechos de autor y su vinculación con los derechos a la imagen y a la intimidad" publicado en el Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. Publicado en Madrid- España Editorial Reus, año 2017. ISSN: 1889-724X.

Leturia, Mauro Fernando, "Protección Penal de los Derechos Intelectuales en Argentina" Publicado en Madrid- España Editorial Reus, en el Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA año 2016. ISSN: 1889-724X

Molina Quiroga, Eduardo, "Redes sociales, derechos personalísimos y la libertad de expresión", La Ley 16/08/2017, 5. La Ley 2017-D, 590 RCyS 2017-XI, 59.

Pagliuca, Fernando, "El futuro de las calumnias e injurias en el sistema jurídico actual", SJA 09/05/2018, 45 .JA 2018-II, 317.

Tabieres, Susana-Leturia, Mauro Fernando, *Derechos de propiedad intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos*, Librería Editora Platense, La Plata, Argentina, 2014.

www.violenciadigital.blogspot.com

Ley 26.485

Ley 12.569

Hooks Bell, *El feminismo es para todo el mundo*, Ed. Traficantes de Sueños, Buenos Aires, 2017, p. 87.

https://dixitp.com.ar/fallo-sin-precedentes-en-la-plata-las-capturas-de-pantalla-de-whatsapp-seran-validas-en-los-juicios-de-familia/

Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2018-V, Octubre 2018, p. 151, 152, 153, 154, 155, 157, 161, 162, 163.

Cedaw, Recomendación general N° 19: "La violencia contra la mujer".

https://es.scribd.com/doc/43944822/medios-probatorios

Jurisprudencia anotada

"P.M.B S/incidente denuncia por violencia de género (ley 26.485)" Juzgado de Familia N° 5 de Cipolletti, con fecha 07/05/2018.

Fallo de la Cámara II de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata con fecha 11/09/2019.

Trabajos del Segundo Concurso de Artículos de Divulgación Científica UDE - 2020

Trabajos del Segundo Concurso de Artículos de Divulgación Científica - UDE 2020

Durante el año 2020, gracias al fuerte apoyo institucional de la Universidad del Este se realizó la convocatoria al Segundo Concurso de Artículos de Divulgación Científica UDE 2020, a la cual acudieron números profesores y miembros de la comunidad académica en general presentando trabajos inéditos que fueron evaluados por el Jurado mediante un sistema de "doble ciego" por el cual los autores presentaron sus trabajos bajo seudónimo y una vez concluida la evaluación y realizado el orden de mérito, recién pudieron abrirse los sobres cerrados en los cuales los autores reconocían su trabajo y el seudónimo utilizado para su realización.

Los trabajos premiados fueron:

1° Lugar: "Acceso a la Justicia con perspectiva de género: cuestiones jurídicas y sociales relevantes en torno a las violencias, dependencias y autonomías"

Por Sergio Oscar Libera Medina.

2° Lugar: "Acerca de la Justicia distributiva y su aplicación en el ámbito del contrato de trabajo y el contrato de locación."

Por Adrián Emir Gochicoa - Victoria Antonella Mongelos - Jeremías García.

3° Lugar: "La privación de la responsabilidad parental y su relación con el Derecho Penal."

Por Camila Denisse Pereyra - Santiago Martín Irisarri.

También se presentaron los siguientes trabajos que fueron reconocidos con menciones especiales en función de su calidad académica y originalidad.

Mención especial: "Acciones colectivas, alcance de la sentencia y defensa del consumidor"
Por Francisco López Simpson - Fernando Sebastián Pérez

Mención especial: "Los derechos individuales y colectivos en contexto de pandemia ¿se excluyen o coexisten?"
Por María Lis Amaya y Ana Clara D´Ovidio

"El fenómeno de la violencia en el fútbol, el caso argentino de los 'barras bravas' y una observación al caso de 'Bebote' Álvarez y del velatorio de Diego Armando Maradona"
Por Ignacio Rincón - Ricardo Germán Rincón

"A Propósito del caso 'NuSkin' y las Estafas piramidales: ¿emprendimiento exitoso o delito con implicancias de genero?"
Por Julián Farina Balbi

"El rol de los abogados y abogadas con perspectiva terapéutica"
Por María Victoria Gisvert

"La determinación de los intereses locales"
Por Darío Paglietta Giorgis

"Autonomía municipal económica. Un recorrido por las limitaciones a su verdadera autonomía integral"
Por Ricardo Sebastián Piana - Martín Arévalo

"La necesidad de la acción pública ante los delitos de violencia de género"
Por Agustín Salazar Lea Plaza

"Expulsión del país, soberanía del Estado vs. derechos de los inmigrantes"
Por Cristian Martin Aguilera
"Preparativos para el cruce de los andes"
Por Juan Herminio García Ceballos

"Mandato preventivo y derecho del consumidor"
Por Fernando Eloy VEIGA

Acceso a la Justicia con perspectiva de género: cuestiones jurídicas y sociales relevantes en torno a las violencias, dependencias y autonomías

Sergio Oscar LIBERA MEDINA

Resumen

En su trayecto literario, el ensayo que se presenta propone un entrelazamiento en relación a las rupturas y convergencias respecto de la teoría jurídica de los derechos humanos, el discurso político en torno a la reproducción de las violencias de género y profundización del debate social en referencia al desarrollo humano.

En anuencia, promover la profundización respecto a tres ejes transversales, es decir, las dependencias, las autonomías y la resiliencia de las víctimas.

Summary

In its literary journey, the essay presented proposes an intertwining in relation to the ruptures and convergences with respect to the legal theory of human rights, the political discourse around the reproduction of gender violence and deepening of the social debate in reference to the human development.

In agreement, promote the deepening of three transversal axes, that is, dependencies, autonomies and the resilience of the victims.

Keywords: gender - prevalence of violence - dependencies - autonomies - human rights.

Introducción

Una de las temáticas de mayor interés en las sociedades contemporáneas que guían el pensar y hacer de las ciencias

jurídicas y sociales son las cuestiones de género y, con preponderancia, el estudio sobre la reproducción de las violencias.

Históricamente, la violencia de género ha sido considerada un asunto privado o coloquialmente denominado "de puertas adentro" y, por lo tanto, ajeno a la Intervención Social del Estado como tema de gobierno e inocuo hacia la Sociedad Civil.

El advenimiento del siglo XXI favoreció el fortalecimiento de organizaciones de derechos humanos postulando las violencias contra las mujeres como una problemática social en relación a la vulneración de derechos y, por consiguiente, una cuestión de acción deliberativa y políticas públicas.

La reproducción de las violencias de género representa un paradigma de delitos cometidos contra los derechos de las mujeres, personas LGBT+ y niños, niñas y adolescentes.

No obstante, resulta insoslayable reconocer que la igualdad de género constituye un valor trascendental para el fortalecimiento de la democracia, profundización de los derechos humanos e institucionalización de los procesos para el desarrollo humano.

El desarrollo humano es el desarrollo de las personas mediante la creación de capacidades humanas, para las personas mediante la mejora de sus vidas y por las personas mediante su participación activa en los procesos que determinan sus vidas (PNUD, 2015:2).

En anuencia, el vínculo entre violencia y discriminación presenta la necesidad irrestricta de profundizar sinergias interinstitucionales transversales hacia diferentes áreas del Estado.

Proximidad conceptual a la reproducción de las violencias por razones de género

Las violencias obedecen a un modo sistemático de reproducción de conductas antijurídicas y antisociales que responde a formas de coacción interrelacionadas, progresivas en intensidad y frecuencia con el fin de generar poder y sostener el control.

A los hombres, desde muy pequeños, se les dice de diferentes formas que deben ser fuertes, valientes y agresivos, y que

deben tener el poder y el control en todos los ámbitos de la vida (Naciones Unidas, 2015:31).

Estos rígidos sociales y estereotipos culturales refuerzan el predominio del sistema ando centrista y determinan las asimetrías y vulnerabilidad social respecto a lo femenino y masculino como forma de educación y socialización.

Teoría jurídica, acción política y discurso socia

El umbral de derechos frente a la reproducción de las violencias de género contiene un acervo de instrumentos internacionales; entre estos podemos mencionar la Convención de los Derechos Humanos; Convención de los Derechos del Niño; Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer CEDAW; y Convención Interamericana para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la mujer Belem do Pará.

En efecto, plantea desafíos en cuanto a la erradicación de toda conducta de discriminación que actúe en menoscabo de la dignidad humana cimentado en un enfoque holístico de igualdad de géneros.

Consecuentemente, instala la reproducción de las violencias como problemática social en el centro de la agenda de gobierno.

La construcción de problemas públicos y la elaboración de las agendas son el resultado de procesos sociopolíticos complejos cuya comprensión remite a otros temas: la constitución de sujetos sociales, la elaboración de nuevos marcos de interpretación de la realidad social, las relaciones de poder entre distintos sujetos y actores sociales y el establecimiento de alianzas y estrategias políticas (CEPAL, 2001:11).

No obstante, supone la profundización de la sinergia entre el Estado y la Sociedad Civil, por cuanto, avanzar hacia debates legislativos y promoción de políticas públicas en términos jurídicos, políticos y sociales.

Comportamientos sociales que representan la reproducción de las violencias de género

Las modalidades de la violencia contra las mujeres están determinadas por normas y prácticas sociales y culturales, adquiriendo matices diferenciados de acuerdo a cada contexto social, económico y político (OEA, 2013:78).

a) La violencia física constituye la construcción de una relación basada en la agresión corporal sistemática y progresiva incluso hasta llegar al riesgo de vida.

b) La violencia sexual refiere a prácticas sexuales sin consentimiento, inducción a participar en rituales sexuales incluyendo animales y/u objetos, relaciones sexuales de grupo de personas, embarazo no deseado o prácticas abortivas.

c) La violencia económica y patrimonial se cimenta en generar una desventaja socioeconómica y restricción en cuanto al manejo de activos, principalmente, coartar la posibilidad de trabajar o disponer de bienes y dinero.

d) La violencia psicológica representa el menoscabo de la dignidad; puede conducir a consecuencias como depresión, adicciones, intento de suicidio.

e) La violencia social se caracteriza por el aislamiento de la red de contención, es decir, amigos, familia y miembros de la comunidad. Se erige como concepción de la violencia entendiéndola como una manifestación normalizada en cuanto a las relaciones interpersonales en las distintas etapas de la vida.

Espacios sociales, relaciones interpersonales y reproducción de violencias

Las violencias implican la vulneración de derechos en diversas instituciones, espacios de socialización o convivencia.

Esos derechos comprenden, entre otros, el derecho a la vida; la igualdad; la libertad y seguridad de la persona; la protección igual ante la ley; la ausencia de discriminación; el mayor nivel posible de salud física y mental; condiciones de trabajo justas y favorables; y a no ser torturado o sometido a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (OHCHR, 2003:64).

a) La violencia doméstica contiene una significación simbólica y emocional hacia las víctimas dado que constituye un lugar donde desarrolla su convivencia y cotidianidad. Por lo general, es infligida por la pareja.

b) La violencia laboral está compuesta, por un lado, el *mobbing*, es decir, conductas discriminatorias con el objeto de humillar o aislar; puede incluir otorgar tareas que no correspondan con su calificación laboral o trabajar en un espacio impropio. Asimismo, puede estar caracterizada por el acoso sexual. Frente a ello, la repuesta institucional parece ser inicua hacia los derechos de las víctimas.

La principal respuesta del sistema es el traslado de la persona hostigada a otra dependencia (31% de los casos), en mucha menor medida cesó el hostigamiento (9%), se trasladó a la persona que hostigaba a otra dependencia (6%) o se la destituyó (2%), mientras que el 20% indicó que no hubo respuesta o cambio alguno (ARGENTINA. CSJN. OM).

c) La violencia obstetricia se inscribe en relación al personal de salud y la vulneración de los derechos reproductivos, es decir, planificación familiar, educación sexual, acceso a la información y tratamientos anticonceptivos, prevención enfermedades de transmisión sexual, aborto y cuestiones clínicas relacionadas con la concepción, controles de embarazo y nacimiento.

d) La violencia comunitaria se reproduce a través de una constitución social de rasgos culturales, trato vejatorio o prácticas discriminatorias en detrimento de la figura femenina. La expresión prevalente la constituye el acoso sexual en espacios públicos.

e) La violencia en el ámbito educativo está compuesta por un lado, por el *bullyng*. Esta definición evocada del idioma inglés puede desagregarse en dos palabras, en primer término, la traducción literal de la palabra *bully* significa matón o brabucón; también puede relacionase con la palabra *bull* que significa toro en tanto que el prefijo "*ing*" refiere la realización de una acción, por lo cual, infiere el acto de torear, es decir, provocar o molestar; esto remite una focalización de violencia progresiva hacia una persona que conforme a la trayectoria

temporal se vuelve sistemática. Por otro lado, en la adolescencia se originan las primeras relaciones afectivas, por lo general, entre compañeros de escuela, por cuanto es relevante educar valores y socializar contextos que fomenten relaciones positivas alejadas de la violencia o maltrato en el noviazgo. Es relevante tener presente que por la edad tanto la víctima como el agresor son sujetos de protección.

f) La violencia virtual refiere al acoso entre personas adultas a través de la utilización de las tecnologías de la comunicación, es decir, redes sociales. Si ésta contiene una connotación sexual de adultos hacia niños, niñas y adolescentes se constituye bajo la figura penal de *grooming*.

El mecanismo del *grooming* suele incluir un pedido de foto o video de índole sexual o erótica (pedido por el adulto, utilizando el perfil falso). Cuando consigue la foto o el video, comienza un período de chantaje en el que se amenaza a la víctima con hacer público ese material si no entrega nuevos videos o fotos o si no accede a un encuentro personal (UNICEF, 2014).

g) La violencia institucional se erige como manifestación negativa del trato de funcionarios u operarios pertenecientes a dependencias del Estado hacia los usuarios.

h) La violencia mediática responde a los enfoques con los que se producen y/o reproducen las noticias que puedan transmitir estereotipos o representaciones que interactúen en menoscabo de la identidad y dignidad humana a través de soportes digitales, tecnologías de la comunicación, dispositivos audiovisuales u otros medios afines.

Las representaciones de los medios de comunicación influyen notablemente en las percepciones sociales de lo que se consideran comportamiento y actitudes aceptables (ONU MUJERES, 2012:30).

Expansión social de la feminización por violencias de género

Las investigaciones científicas dan cuenta de dos metodologías prevalentes en relación a la recolección de datos relevantes respecto a la reproducción de las violencias por razones de género.

Por un lado, el registro administrativo de casos tendientes al análisis cuantitativo, es decir, casos atendidos en destacamentos de seguridad pública o comisarías de la mujer, efectores judiciales, servicios sociales y centros de salud.

En anuencia, los informes institucionales reflejan el registro de denuncias policiales, requerimiento de asesoramiento legal, consultas clínicas, entre otros.

Ahora bien, es pertinente reconocer el alto grado de la cifra negra del delito, es decir, aquellos casos que no trascienden al conocimiento de las instituciones del Estado.

La explicación a la cifra negra del delito puede ser diversa aunque la principal razón a la reticencia de exponer ante las instituciones o denunciar los hechos violentos quizás lo constituya el temor prevalente de la víctima hacia el agresor.

La respuesta a la segunda razón para no denunciar es más heterogénea, pero se centra bien en los/as hijos/as (33%), bien en sentimientos de vergüenza que llevan a ocultar al entorno inmediato el maltrato (28%) o bien por la dependencia económica del agresor (20%) (ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD, p. 158).

Asimismo, las victimas pueden considerar que si denuncian, las instituciones no se ocuparán de su caso por lo cual prevalece la sensación de impunidad.

Por este motivo, es recomendable que los informes estadísticos sean considerados tendencias pero que no reflejan la magnitud real de la victimización.

Por otro, las encuestas de violencia son instrumentos de consulta hacia la ciudadanía, por ello, permiten identificar la confianza en el sistema judicial y percepción social frente al desafío de mejorar las políticas públicas y promover modificaciones legislativas como respuesta institucional frente al fenómeno social.

Naturalización y transmisión intergeneracional de las violencias por razones de género

La forma más común de violencia es ejercida hacia el interior del hogar. El sometimiento y exposición a la violencia

de género constituye un fenómeno transversal hacia toda la familia, principalmente, los niños, niñas y adolescentes.

La exposición a la violencia de género origina efectos negativos en la infancia, independientemente de la edad de los niños y niñas que la sufren, que van desde problemas físicos (retraso en el crecimiento, alteraciones en el sueño y alimentación, retraso en habilidades motoras...) alteraciones emocionales (ansiedad, ira, depresión, baja autoestima, trastorno de estrés postraumático...), alteraciones cognitivas (retraso en el lenguaje, afectación en el rendimiento escolar...), alteraciones de conducta (déficits en habilidades sociales, agresividad, déficit de atención-hiperactividad, episodios delictivos, hábitos tóxico dependientes, déficits en el desarrollo de la empatía) (ESPAÑA. INSTITUTO CANARIO DE IGUALDAD, 2012:21).

En tal sentido, la exposición de los niños, niñas y adolescentes constituye un alto riesgo a la salud física, psicológica y social dado que las primeras experiencias se internalizan de forma tal que pueden influir a lo largo de la vida, condicionando el desarrollo de las relaciones sociales en la etapa adulta.

Presenciar la violencia hacia una figura de apego tan importante como es la madre; o en el caso de no ser su madre, la mujer que realiza el rol de madre, conlleva daños psicológicos en la o el menor, por el sufrimiento (dolor, miedo, ansiedad, tristeza, impotencia, rabia...) que les provoca y el riesgo de normalización ante los mismos que puede generarse al interiorizarlos. Ambos factores -sufrimiento y normalización- afectan de modo directo al desarrollo de la personalidad del menor o la menor (ESPAÑA. JUNTA DE ANDALUCIA, 2009:31).

Estos factores asociados al aislamiento, encierro e incomunicación representan un nudo crítico en cuanto a la exteriorización de los hechos y detección temprana de la violencia dentro del hogar.

Ello, representa un alto riesgo social en dos sentidos: por un lado, la naturalización y, por otro, la transferencia intergeneracional de la violencia como forma de relacionamiento entre las personas.

Una vez que se incorpora la naturalización de los derechos de superioridad en el imaginario masculino, surge una especie de "lealtad" a los patrones de pensamiento que posteriormente detonan las conductas violentas hacia las mujeres. Estas conductas son con frecuencia de carácter psicológico, y de ahí surge el concepto de violencia psicológica, para caracterizar una forma muy común, pero sutil de violencia que suele ser transversal a todos los tipos de violencia antes mencionados, de ahí la dificultad y la importancia de ser detectada (UNFPA, 2014:29).

La frecuencia y el tiempo de maltrato infieren de manera significativa en la naturalización de las violencias de género.

Proceso de victimización respecto a la reproducción de las violencias por razones de género

El proceso que conduce a la violencia de género no se inicia mediante conductas claramente violentas, se inicia de forma muy sutil, a través de comportamientos que favorecen la desigualdad, el dominio, el control y el abuso, pues el objetivo, en un principio, no es hacer daño a su pareja, sino dominarla, "hacerla suya"... pues es así como él entiende que debe ser una relación de pareja. Él es quien debe tener el poder y el control y hará lo que sea para conseguirlo (ESPAÑA. JUNTA DE ANDALUCÍA).

El primer estadio conducente a la acumulación de tensión y gestación del conflicto puede manifestarse como incapacidad de manejo de las propias frustraciones volcadas sobre la víctima con el fin de que haga lo que el agresor pretende y, de esa manera, sentir superioridad.

Éste puede comenzar a través de la canalización de celos hacia la victima aduciendo determinada forma de vestir como provocativa, vínculo con amigas que no tienen una relación estable haciendo alusión a conductas promiscuas o figura de una tercera persona en la pareja. Asimismo, referir la negativa de la familia de la víctima a aceptarlo como estrategia con el fin próximo de establecer una ruptura con la red de contención y afecto, es decir, la familia y amigos.

Habiendo generado el escenario de vulnerabilidad por la sujeción emocional y el aislamiento de la víctima, ya sea de los vecinos, la familia o amigos, se produce la descarga de la tensión acumulada a través de la exacerbación de la violencia de forma explícita. Esta caracterización constituye el segundo eslabón de la cadena del ciclo de la violencia.

En la tercera fase el agresor intenta sostener la situación haciendo hincapié en el proyecto de vida común y de familia o idea de que sin él no podrá seguir. Posteriormente, las situaciones de violencia y agresión vuelven a hacerse presente en la cotidianidad de la pareja. Conforme a ello, se reduce el intersticio de la secuencia entre las fases dándose de forma progresiva y con mayor periodicidad, lo cual puede generar una naturalización de las violencias como forma de interrelación en la cotidianidad.

Los acontecimientos violentos entremezclados con episodios de ternura y arrepentimiento actúan como estímulo aversivo administrado al azar que, a largo plazo, provocan en ella una falta de relación entre su comportamiento y las consecuencias del mismo, por lo que queda paralizada y, posteriormente, ya en intervención, la lleva a verbalizar que no sabía qué hacer, ni a qué se debía lo que ocurría (ESPAÑA. INSTITUTO ASTURIANO DE LA MUJER).

Las dependencias como nudo critico en los procesos de judicialización

El principal desafío en el tema de la violencia contra las mujeres que se presenta hoy en la mayoría de los países se relaciona con el acceso a la Justicia para el logro de una efectiva aplicación de las leyes y normas. A ello se agrega, en muchos casos, una falta de adecuación de los mecanismos de protección de las mujeres, tomando en cuenta la realidad particular en que se encuentran, por ejemplo en relación a la subsistencia económica y al cuidado de los hijos (CEPAL, 2016:17).

Las violencias generan dependencias respecto a los factores psicosociales fundamentales para la reproducción de la vida.

La dependencia habitacional conlleva incertidumbre en la medida que configura un espacio de encierro e incomunicación a las posibilidades de pedir y recibir ayuda. Esta violencia subrepticia puede generar una imagen positiva del agresor hacia el exterior del hogar (familiares no convivientes, amigos, vecinos) mostrándose como buena persona.

La dependencia emocional y psicológica se manifiesta a partir del binomio amor/violencia como imposibilidad de alejamiento del agresor, principalmente, cuando tienen hijas o hijos en común.

La violencia tiene profundos efectos psicológicos que deterioran la autoestima, provocan sentimientos de impotencia e inhiben la capacidad de las mujeres, las niñas y los niños para crecer, optar por oportunidades sociales, tomar decisiones respecto a la situación en la que viven (MÉXICO. SECRETARÍA DE SALUD, 2009:24).

Asimismo, es frecuente que el agresor sea quien sostenga monetariamente al grupo familiar. Esto genera dependencia material y económica en cuanto a la satisfacción de las necesidades básicas para la reproducción de la vida.

En consecuencia, la interrelación de dependencias actúa en detrimento de los procesos de judicialización tanto en fuero civil como penal limitando las posibilidades de las víctimas para ejercer plenamente el derecho humano de acceso a la Justicia.

Las autonomías como enfoque resiliente de las dependencias y violencias

La igualdad de género constituye un valor fundamental para el fortalecimiento de la democracia, profundización de los derechos humanos e institucionalización de los procesos para el desarrollo humano.

En anuencia, promover el empoderamiento, la autonomía y la igualdad son componentes trascendentales en favor de atemperar la reproducción de las violencias.

De esta forma, el empoderamiento o habilitación de las mujeres -al igual que otros grupos sociales- es la antítesis del

paternalismo, la esencia de la autogestión y que requiere ciertas condiciones necesarias para que se efectúe en plenitud: a) creación de espacios institucionales adecuados, para que sectores excluidos participen en el quehacer político público; b) formalización de derechos legales y resguardo de su conocimiento y respeto; c) fomento de organización en que las personas que integran el sector social excluido puedan, efectivamente, participar e influir en las estrategias adoptadas por la sociedad (CEPAL).

En consecuencia, entendemos la autonomía hacia tres ejes transversales e interdependientes.

La autonomía física vitaliza el desarrollo de una vida libre de todo tipo de violencia. Esto se entiende como cualquier sujeción que produzca un declive en la integridad personal corporal, mental o social.

La autonomía en la toma de decisiones puede representarse como la autodeterminación en relación a los asuntos que afectan la vida personal y en sociedad. Así, puede analizase, por un lado, desde un nivel comunitario, el cual refrenda la instrumentalización de los mecanismos democráticos tendientes a la libertad de elección partidaria, asociación sindical y participación ciudadana, en tanto que por otro, desde un nivel familiar hacer referencia al grado de injerencia en los asuntos inherentes a la cotidianidad dentro del hogar.

La autonomía económica supone establecer una ruptura de los circuitos de restricción económica. Para ello, es fundamental promover el acceso y control de recursos que posibiliten a las victimas alejarse de los entornos violentos.

Merece la pena aclarar que la dependencia económica no sólo se configura a partir de una figura masculina, es decir, la pareja, un familiar o amigo, sino también, puede remitir a implicancias institucionales respecto a la intervención social del Estado.

Las políticas públicas deben contemplar la resiliencia de las victimas sin que ello signifique la dependencia del Estado.

Promover la resiliencia es reconocer la fortaleza más allá de la vulnerabilidad. Apunta a mejorar la calidad de vida de las personas a partir de sus propios significados, según ellos perciben y se enfrentan al mundo (OPS, 1998:12).

No obstante, entre los modos institucionales podemos mencionar programas de asistencia directa (coyuntural), programas de transferencias condicionadas y programas de capacitación laboral (intermedio) y acceso al trabajo (estructural) como herramienta para la ruptura de la dependencia económica tanto de la figura masculina como del Estado hacia una autonomía real.

Una particularidad de los programas de capacitación destinados a mujeres es que se orientan principalmente a promover su inserción inicial o a disminuir su desempleo pero en el marco de las desigualdades de género, siendo clave poder contar con análisis y evaluaciones que permitan determinar sus resultados en dichos ámbitos, considerando además el doble rol de los programas: laboral y social (CEPAL, 2017:15).

En efecto, la asignación de recursos para la imbricación de los derechos humanos esconde o visibiliza el interés político en la reproducción de las violencias de género como problemática social. Para ello es fundamental la interdependencia entre los derechos civiles, políticos en correlación a los derechos económicos, sociales y culturales.

El respeto por la autonomía implica respetar la capacidad de las personas para pensar, decidir y actuar por sí mismas, respetar las decisiones que toman las personas respecto a sus propias vidas, poner los medios necesarios para que puedan hacerlo y proteger a aquellas que no pueden tomar esas decisiones por sí mismas (OEA-CIM, 2011:23).

Valoración de la situación de riesgo social por la reproducción de las violencias de género

La evaluación social de daño es un proceso de alta complejidad, especialmente si ésta es de carácter intrafamiliar, debido

al nivel de dependencia afectiva, económica y material existente al interior del sistema familiar (CHILE. MINISTERIO PÚBLICO, 2010:73).

Permite estimar una aproximación diagnóstica del riesgo en cuanto a las desiguales relaciones de poder permitiendo identificar y ponderar los derechos vulnerados con un fundamento científico ólido a los fines de solicitar e interponer medidas de protección en razón de garantizar la seguridad personal.

El máximo peligro lo constituyen las conductas intencionales que tienen por fin provocar acciones lesivas sobre la integridad corporal, principalmente, vinculado al riesgo de vida.

En efecto, la trayectoria temporal y frecuencia de la situación abusiva agrava de manera significativa la aflicción respecto del hecho traumático, es así que el tiempo de transcurrido y curso reiterado en que fuere sujeto pasivo del delito puede generar una naturalización de las violencias y aislamiento con el entorno social y familiar.

En cuanto a la trayectoria temporal nos referimos al tiempo de maltrato en el cual transcurrió el proceso de victimización.

La frecuencia de la violencia se refiere al número de veces que una mujer sufre acciones o actos violentos (1, 2, 3, 4) durante un período determinado de tiempo, como los últimos 12 meses o durante toda su vida (NACIONES UNIDAS, 2011:21).

Concomitantemente, la coacción psicológica a través de la inducción al descreimiento, trasladar la culpa hacia la víctima o proliferación de amenazas hacia terceros, principalmente, los hijos o hijas. Esto se agrava si intermedia la exposición de armas u otros elementos que puedan causar daño, jurídicamente llamados armas impropias, por ejemplo, tijeras.

Por otra parte, la aflicción que detenta la significación afectiva respecto al agresor, habitualmente, la pareja y el lugar del hecho, es decir, el hogar el cual representa el entorno más cercano en el que desenvuelve su vida diaria y con el que está en contacto permanente, además, remite un lugar de contención y socialización primaria.

En consecuencia, resulta de importancia considerar las características edilicias de la unidad habitacional, entre éstas, condiciones de hacinamiento, pasillos oscuros, iluminación externa o falta de cerco perimetral. Asimismo, particularidades de la zona de residencia, o sea, alumbrado público, obras en construcción o vegetación tupida y presencia de instituciones estatales de salud o seguridad pública dentro del radio de diez cuadras como comisarías o instituciones de salud.

Por otra parte, resulta insoslayable tener en cuenta la dependencia del agresor como fuente de ingreso monetario y administrador de la economía doméstica en relación a las estrategias de subsistencia del grupo familiar. Asociado a ello, problemáticas que pueden complejizar la dinámica del entramado de las relaciones familiares como el consumo de drogas o alcohol.

Así, la complejidad de la conducta violenta surge de la interdependencia de distintos factores de riesgo/protección provenientes de la esfera biológica, psicológica, social y cultural del agresor: como las características del ambiente inmediato, actitudes, valores, creencias y racionalizaciones sobre la conducta pro-social y antisocial, antecedentes delictivos, habilidades de solución de problemas, autocontrol y otras características de la personalidad; entre otros posibles factores (ESPAÑA. MINISTERIO DEL INTERIOR, 2018:12).

Asimismo, valorar las características de personalidad de la víctima en relación a sus habilidades cognitivas para comprender la situación abusiva, sus capacidades sociales para expresarlo y recursos para solicitar ayuda.

Conclusión

La libertad y dignidad constituyen valores fundamentales e irreductibles en todo proceso democrático, por cuanto, la reproducción de las violencias de género requiere una mirada transversal en relación al paradigma de la intervención social del Estado.

En consecuencia, la sensibilización y concientización de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales promueve

avances significativos hacia la aplicabilidad de las normas legales, estimular la planificación de políticas públicas a través de la implementación de planes o programas y generar contextos institucionales que permitan mejorar las condiciones de reproducción de la vida y la respuesta por parte de las instituciones del Estado frente a la reproducción de las violencias por razones de género.

El binomio géneros y violencias supone referimos a un sistema de relaciones sociales que involucra a mujeres y hombres con aflicción, prevalentemente, hacia los niños, niñas y adolescentes.

No obstante, el desequilibrio de poder signado a partir de la vulnerabilidad social y la dependencia material y emocional genera determinados nudos críticos en cuanto a la naturalización de las violencias y aislamiento social.

En consecuencia, la naturalización y dependencias generan problemáticas prevalentes en los procesos de judicialización, tanto el tratamiento civil como penal. Por cuanto, las autonomías constituyen un factor fundamental para la ruptura del círculo de las violencias.

La capacidad de generar ingresos propios y controlar los activos y recursos (autonomía económica), el control sobre el propio cuerpo (autonomía física) y la plena participación en las decisiones que afectan su vida y a su colectividad (autonomía en la toma de decisiones) son los tres pilares de la igualdad de género y de una ciudadanía paritaria (CEPAL, 2012:35).

En anuencia, promover estrategias para la autonomía física hacia el desarrollo libre de conductas violentas y respeto por la dignidad; la autonomía económica en razón de estimular la capacidad de generar recursos propios vinculados a la inclusión social y laboral a través del capital humano, es decir, salud y educación; y la autonomía en la toma de decisiones para la plena participación en los asuntos que afectan la vida personal, familiar y comunitaria.

Fortalecer los procesos de interrelación de las autonomías contribuirá de manera significativa a consolidar los mecanismos legislativos, culturales y judiciales e imbricación de po-

líticas sociales que permitan promover la igualdad, derribar las barreras para el acceso a la Justicia y desnaturalizar la reproducción de las violencias por razones de género.

Recomendaciones

El tratamiento jurídico y contención de las víctimas respecto a la reproducción de las violencias por razones de género supone profundizar hacia dos dimensiones transversales:

a. Asistencia psicosocial

Habida cuenta del proceso de victimización padecido e implicancias del proceso judicial, es prioritario promover un espacio terapéutico individual y/o grupal en razón de trabajar la situación de maltrato emocional y psicológico sufrido de forma progresiva y sistemática.

De esa manera, atemperar los cuadros de angustia y estrés postraumático frente a la necesidad de premura en relación a la situación procesal del agresor considerando que los tiempos del proceso penal suelen ser laxos donde la víctima suele sentir la falta de inmediatez como sensación de impunidad frente a su pretensión de imposición de pena.

En vista de la vulnerabilidad psicológica de las víctimas -cuya reacción ante la situación que las afecta es de culpabilidad, baja autoestima, vergüenza y miedo- distintos organismos estatales y organizaciones no gubernamentales promueven "grupos de autoayuda", con el objetivo básico de que las participantes se den apoyo afectivo mutuo y puedan escapar del silencio y del aislamiento con que generalmente sufren las agresiones (CEPAL, 1996:23).

De forma concomitante, profundizar políticas públicas que contengan estructuras de oportunidades para la satisfacción de las necesidades básicas para la reproducción de la vida en razón de promover el empoderamiento y la autonomía como enfoques resilientes de la dependencia, la vulnerabilidad social y la victimización.

La apropiación de poder por parte de las mujeres -mediante el conocimiento, la autonomía económica, el protagonismo social, el reconocimiento social y la capacidad de decidir libremente- es requisito clave para lograrlo (OPS, 2013:23).

b. Acceso a la Justicia

El derecho de acceso a la Justicia supone no solamente el reconocimiento de derechos sino también la profundización respecto a las vías institucionales para ejercerlo plenamente.

En tal sentido, se ve reflejado en el asesoramiento jurídico y/o representación letrada conforme a dos vías consuetudinarias.

Por un lado, la acción civil que tiene por propósito dictar medidas de protección a favor de la víctima, es decir, asegurar la seguridad personal. Ahora bien, es relevante reconocer que este tipo de medidas corren con un alto riesgo de incumplimiento de mandato judicial por parte del agresor.

Por otro, la acción penal no sólo intenta hacer cesar la reproducción de las violencias, sino también busca determinar la responsabilidad frente al delito y pretensión punitiva contra el agresor. En este caso, el nudo crítico se encuentra determinado por las disfunciones en los vínculos interpersonales que traería aparejado hacia el interior del grupo familiar.

En consecuencia, el proceso judicial constituye una herramienta para hacer valer los derechos humanos frente a la reproducción de las violencias por razones de género; ahora bien, la responsabilidad de instar e impulsar el proceso recae sobre la víctima.

No obstante, es imprescindible el empoderamiento jurídico respecto a las particularidades de las diferentes instancias y consecuencias del proceso judicial.

Por ello, es fundamental considerar, por un lado, la ambivalencia como sujeto de derechos y objeto de prueba dado el doble rol que ejerce en el proceso como víctima y testigo; por

otro, las dependencias (condicionantes materiales) y necesidades (factores afectivos) respecto al agresor como nudos críticos para el ejercicio de derechos.

En anuencia, promover instancias de capacitación y formación de contenido académico en investigación forense para la jerarquización de los recursos humanos hacia los agentes de los organismos de seguridad pública a través de jornadas, cursos, seminarios teórico-metodológicos y/o talleres de intercambio de experiencias por intermedio de convenios con Universidades y Colegios Profesionales.

No obstante, incorporar la perspectiva de género conforme a identificar los nudos críticos que atraviesan los procesos de judicialización respecto al tratamiento judicial de las violencias por razones de género.

La incorporación de la perspectiva de género en las políticas públicas tiene como objetivo visibilizar y corregir las desigualdades e inequidades de género, a través del compromiso del Estado de revertir las desigualdades presentes en la sociedad y transformar las relaciones de género (CEPAL, 2016:20).

Máxime, considerando la responsabilidad de administrar y gestionar justicia a partir de un dolor y padecimiento ajeno, de profuso sufrimiento, singular e intransferible como resultante de un hecho típicamente antijurídico y antisocial que lesiona un bien jurídico protegido siendo el perpetrador, mayormente, la actual o ex pareja, conviviente, con quien mantuvo una relación de afecto e inclusive pudiendo ser padre de los hijos o hijas de la víctima.

Bibliografía

ARGENTINA. CSJN. OM. 2016. Datos estadísticos del Poder Judicial sobre: Femicidios 2016. Consultado al 1 de febrero de 2019. Disponible en: https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2016.pdf

ARGENTINA. CSJN. OM. Violencia laboral y mecanismos de respuesta en el Poder Judicial argentino. Consultado

al 20 de junio de 2020. Disponible en. http://www.juschubut.gov.ar/images/OM/Acoso-laboral-en-el-PJA-Informe-Final.pdf

ARGENTINA. MINISTERIO PÚBLICO PROVINCIA DE BUENOS AIRES. 2017. Informes de Femicidios. Procesos Penales de Violencia Familiar y de Género 2017. Consultado al 14 de julio de 2018. Disponible en: https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe-de-Femicidios2017.pdf

CEPAL. 1996. Violencia de género: un problema de derechos humanos. Consultado al 10 de diciembre de 2019. Disponible en: http://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegenero.pdf

CEPAL. 2012. Construyendo autonomía. Compromisos e indicadores de género. Coordinadoras Karina Batthyán y Dighiero Sonia Montaño Virreira. Consultado al 31 de agosto de 2019. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/27866/1/S2012044_es.pdf

CEPAL. 2016. Manual de formación regional para la implementación de la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas relativa a las mujeres, la paz y la seguridad. Consultado al 16 de noviembre de 2020. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40337/4/S1600802_es.pdf

CHILE. MINISTERIO PÚBLICO. 2010. Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales. Consultado al 16 de julio de 2020. Disponible en: http://bscw.rediris.es/pub/bscw.cgi/d4812464/GUIA%20SOBRE%20ABUSOS%20SEXUALES%20(Santiago%20de%20Chile).pdf

ESPAÑA. INSTITUTO ASTURIANO DE LA MUJER. Guía Didáctica de Diagnóstico e Intervención Sanitaria en Violencia de Género en Atención Primaria. Consultado al 12 de junio de 2020. Disponible en: http://institutoasturianodelamujer.com/iam/wp-content/uploads/2011/05/Gu%C3%ADa_diagn%C3%B3sitco_intervenci%C3%B3n_violencia_atenci%C3%B3n_primar%C3%ADa.pdf

INDEC. 2019. Registro único de casos de violencia contra las mujeres-RUCVM: resultados 2013-2018. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Consultado al 18 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/rucvm_03_19.pdf

NACIONES UNIDAS. 2011. Directrices para la producción de estadísticas sobre la violencia contra la mujer: Encuestas estadísticas. Consultado al 26 de junio de 2020. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/directrices_para_la_produccion_de_estadisticas_sobre_la_violencia_contra_la_mujer1.pdf

NACIONES UNIDAS. 2015. Comprometidos con la igualdad. Guía de acción para delegados y delegadas sindicales. Consultado al 21 de febrero de 2019. Disponible en: file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/PNUDArgentG%25C3%25A9neroSindicatos.pdf

MÉXICO. SECRETARÍA DE SALUD. 2009. Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual. Consultado al 12 de diciembre de 2019. Disponible en: http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/689/1/images/MODELOE.PDF

OEA. 2013. La ciudadanía de las mujeres en las democracias de las Américas. Consultado al 15 de abril de 2019. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/docs/CiudadaniaMujeresDemocracia-Web.pdf

OEA - CIM. 2011. Consideraciones éticas para una respuesta integrada a los derechos humanos, el VIH y la violencia contra las mujeres en Centroamérica. Consultado al 15 de septiembre de 2020. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/docs/VIH-VAW-ConsideracionesEticas-SP.pdf

UNFPA. 2014. Violencia contra la mujer perpetrada por la pareja o expareja en la República Dominicana: situación actual y estado de la información. Consultado al 14 de noviembre de 2019. Disponible en: file:///D:/Mis%20documentos/Downloads/Violencia%20contra%20la%20mujer%20perpetrada%20por%20la%20pareja%20o%20ex%20pareja%20en%20Rep%C3%BAblica%20Dominicana.pdf

UNICEF. 2014. GROOMING. Guía práctica para adultos Información y consejos para entender y prevenir el acoso a través de Internet. Consultado al 23 de julio de 2020. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/guiagrooming_2014.pdf

URUGUAY. INMUJERES. Género y discapacidad: una vida sin violencia para todas las mujeres. Consultado al 10 de noviembre de 2020. Disponible en: http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/34786/1/genero-y-discapacidad.pdf

Acerca de la Justicia distributiva y su aplicación en el ámbito del contrato de trabajo y el contrato de locación

Adrián Emir Gochicoa-Victoria Antonella Mongelos-Jeremías García

1.- Introducción. 2.- Sobre la justicia distributiva. 3.- Acerca de la prohibición de suspensiones y despido. 4.- El decreto 320/20 y su vinculación con la justicia distributiva, comprendido desde el fin social. 5.- Conclusión. 6.- Bibliografía

1.- Introducción

El marco del presente artículo está determinado y motivado por el contexto que en general implica la pandemia por COVID-19 y ciertas restricciones normativas respecto a las relaciones laborales y contractuales locativas.

Más allá del origen histórico normativo en común, hoy presentan regulaciones diferentes pero en ambos esquemas contractuales la voluntad de los particulares se encuentran limitadas: el contrato de trabajo se ve impregnado del principio protectorio del trabajador que se traduce en un régimen normativo de orden público y el contrato de locación si bien se asienta sobre el principio de autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente limitado por normas imperativas inspiradas también en el orden público.

Claro que responden a finalidades diversas esas limitaciones: así mientras el contrato de trabajo se asienta en la situación de hiposuficiencia del trabajador y ahí la necesidad de protegerlo, el contrato de locación en nuestra regulación se estructura como un contrato paritario donde se supone a ambas partes iguales.

El análisis que se intentará hacer es desde la noción de justicia distributiva como fundamento e instrumento para comprender las recientes medidas tomadas en el marco de la emergencia sanitaria.

Debe resaltarse que no sólo comparten una regulación histórica en común, sino que en muchos casos encuentran conexión en ciertos sectores de la población, que están constituidos por trabajadores que resultan ser locatarios de inmuebles con fines habitacionales. De tal manera que adelantándonos en el tema, la pérdida del trabajo puede implicar en esta situación, la pérdida de otro derecho fundamental como es el de habitación.

El contexto general está enmarcado por la ley 27.541 que dispuso hasta el 31 de diciembre de 2020 la emergencia en materia sanitaria, plazo ampliado (por un año) por el Decreto N 260/2020 el día 12/03/2020, ante la declaración de la categoría de pandemia del COVID - 19 por la OMS el día 11/03/2020. Frente a esto, se han tomado diferentes medidas con la finalidad de preservar la salud de la población en general, que inciden en las relaciones laborales del sector privado, y en las relaciones locativas principalmente cuando se trata de inmuebles con fines habitacionales.

Dentro de esas medidas, actualmente coexisten medidas de aislamiento social obligatorio con medidas de distanciamiento social (DNU 260/2020, DNU 297/2020, DNU 325/2020, DNU 355/2020, DNU 549/2020, DNU 520/2020, entre otros que prorrogan las medidas).

Frente a esto se dispuso la prohibición de despidos y de suspensiones por causas económicas por un lado, y por el otro la suspensión de desalojos, prórrogas de contratos que vencen en este contexto y la suspensión de aumentos en el

canon locativo postergándose el pago de la diferencia en este último caso.

2.- Sobre la justicia distributiva

La cuestión de la justicia puede llegar a ser uno de los puntos más conflictivos dentro y fuera del ámbito del Derecho. Pocas cuestiones han suscitado tal cantidad de debates de carácter ético, filosófico, político y social, como aquella que alude a la justicia y a sus ramificaciones dentro del amplio espectro que hace al mundo del Derecho, en especial cuando se plantea con las vicisitudes que su función social implica.

Desde los orígenes del pensamiento griego han sido planteadas nociones de justicia personificadas en divinidades tales como Themis (de conocida representación sosteniendo una balanza con los ojos vendados) y Dike, figura en la que los griegos encontraban la fuente de todos los eventos de la vida humana [136]. El propio Hesíodo ya en sus poemas asumía a Dike como "*el ojo de Zeus que todo lo ve y todo lo entiende"* siendo consciente de que esta forma de Justicia deberá enfrentarse incluso a las posiciones formalistas del Derecho, cuando la ley establecida por el hombre no se condice que el valor de los justo [137].

Por otra parte en la *Teogonía,* Hesíodo presenta a Némesis hija de la noche (Nox) como representante de la *"justicia retributiva y el castigo justificado" o* del *"castigo merecido"* encontrando aquí los planteos previos incluso a Platón y Aristóteles respecto al posicionamiento del orden sobre el caos, derivado del triunfo del bien sobre el mal y de lo justo sobre lo

136 Oliveri, Francisco, *La noción de justicia en los orígenes del pensamiento griego*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

137 "Ni yo mismo deseo ser justo entre los hombres, ni tampoco que lo sean mis hijos, porque es malo ser un hombre justo, si mayor justicia tendrá uno más injusto", Hesíodo, *Trabajos y días* (v.270-2).

injusto, viéndose configurados en Zeus tanto las nociones de orden, como de justicia.

Cabe señalar que a los conceptos de justicia mencionados deberíamos agregarles el de *Dikaiosyne* (noción que no tenía personificación alguna, como si la tenían Themis, Dike o Nemesis), es decir la justicia en tanto realización de lo justo. La justicia, no en su sentido técnico-legal sino en su sentido moral [138]. Esta acepción (desconocida por HESIODO) es a la que hará referencia PLATÓN a lo largo de su obra pero especialmente, en sus *Leyes*, en *Político* y en *La República* cuyo -segundo título es *Sobre la Justicia*- sabiendo que cuando nos encontremos con esta última obra, nos encontraremos con un libro que toca aspectos fundamentales de la filosofía jurídica y que a su vez nos es útil para pensarnos a nosotros mismos y a nuestra relación con la justicia en la actualidad, siempre haciendo la salvedad de que es un libro con un conjunto de disparadores metafóricos que no pueden ser ignorados a la hora de realizar un análisis respecto de sus lecturas y resignificaciones.

La justicia como virtud fundamental tal como la plantea PLATÓN en *La República*, va a recibir entonces -en manos de su discípulo ARISTÓTELES- un agregado de vital importancia para la noción de justicia que corresponde analizar; esto es el bienestar de los otros.

ARISTÓTELES nos ofrece en *Ética a Nicómaco* sus diferentes visiones basadas en las nociones de justicia, distinguiendo entre justicia particular, general y política. A esta última le corresponde una subdivisión entre justicia natural y justicia legal, mientras que la primera de las tres se subdividirá en justicia distributiva y justicia correctiva. Es entonces cuando el concepto de equidad toma relevancia en el aporte de la obra de ARISTÓTELES respecto a la noción de justicia; esto ocurre al asumir la existencia de diversas circunstancias particulares

138 SANTA CRUZ, María Isabel, *La idea de Justicia en Platón*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

que a su vez están nutridas de una complejidad a la que las leyes en general no podrán hacer frente sino hasta entender que lo justo tiene prioridad por sobre lo legal.

Según la definición clásica de Aristóteles, la justicia distributiva es un mecanismo tendiente a distribuir los beneficios y las cargas entre los integrantes de un grupo dado en proporción a un determinado concepto de distribución, como son el mérito, el estatus, las necesidades, la igualdad, etc. [139].

La justicia distributiva comprende entonces un conjunto de acciones que tienen una vital importancia en el estado, tanto en el actual como en la Atenas de aquel entonces, donde se partía de la distribución de bienes y cargas que el Estado hacia entre sus ciudadanos.

"En definitiva, lo justo es algo proporcional. La proporción no se limita especialmente al número tomado en su unidad y de forma abstracta; se aplica al número en general; porque la proporción es una igualdad de relaciones, y se compone de cuatro términos por lo menos. Por lo pronto, es de toda evidencia, que la proporción discreta está formada de cuatro términos; lo cual no es menos evidente respecto de la proporción continua" [140].

En pos de elaborar un criterio conveniente para consignar una distribución de bienes justa, Aristóteles propone una asignación geométrica que no requiere de complicaciones en su representación. Es así que suele señalarse a la justicia distributiva como una justicia geométrica. La justicia distributiva divide un beneficio o carga de acuerdo con algún criterio. Dicha gimnasia requiere de tres elementos: el beneficio o carga que se distribuye, las personas entre las que se distribuye y el criterio con el cual se distribuye. "El criterio determina los méritos comparativos de las partes para una distribución concreta, por tanto, a mayor mérito de una parte según el criterio

139 Keren Paz, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2016.

140 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, capítulo III.

de distribución, mayor será la porción para la parte de la cosa que se distribuye"[141].

Ahora bien, no necesariamente esta proporción que determina lo justo será continua, ya que no hay numéricamente un solo y mismo término para la persona y para la cosa. Por ende, así como lo justo es la proporción geométrica, lo injusto es lo contrario, en mayor o en menor medida a esta proporción. Esto nos permite entender entonces a la justicia distributiva como una virtud eminentemente social, al tener en cuenta dicha proporcionalidad, siendo que resulta de un criterio lisa y llanamente matemático formulado en términos de una proporción sobre la base de las "aportaciones particulares" a la producción de cosas o riquezas comunes [142].

Aquí nos encontramos ante una de las cuestiones generadora de los más amplios y vigentes debates, nos referimos a aquélla respecto al criterio correspondiente a la correcta distribución, tal como se percibe en el siguiente texto aristotélico: "Y de aquí las disputas y las reclamaciones, cuando aspirantes iguales no tienen partes iguales; o cuando no siendo iguales, reciben sin embargo porciones iguales. Esto mismo es de toda evidencia, si, en lugar de mirar a las cosas, se mira al mérito de las personas que las reciben. Todos están de acuerdo en reconocer, que en las particiones lo justo debe acomodarse al mérito relativo de los contendientes. Sólo que no todos hacen consistir el mérito en unas mismas cosas"[143].

Por un lado ha surgido una teoría de los derechos de corte libertario, afirma la imposibilidad del Estado de redistribuir aquello adquirido en virtud a los procedimientos correspondientes, más allá de lo beneficioso que resulte tal finalidad.

---

141 Weinrib, Ernest J., *La idea de derecho privado*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2017.

142 Condomi, Alfredo Mario, "Justicia social en tiempos de pandemia" www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200165, 2020.

143 Aristóteles *Ética a Nicómaco,* Libro V, capítulo III.

Mientras que, en contraposición a éstos se encuentran los programas igualitarios, quienes comparten la idea de que quienes participan de la distribución deberían obtener el objeto en cuestión con base en el concepto de igualdad [144].

En virtud de lo señalado, debemos mencionar la obra de John Rawls y su teoría de la justicia que, a saber, consta de dos principios: el primero de ellos es el que señala que cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales compatible con un esquema similar de libertades para otros, mientras que el segundo reconoce las desigualdades económicas y sociales postulando primero la justa igualdad de oportunidades, según la cual los cargos y puestos deben de estar abiertos para todas las personas bajo condiciones de igualdad [145] y segundo promulgando acciones que resulten en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (conocido como el principio de diferencia) [146].

Como una posición alternativa a las mencionadas, se posicionan las teorías "pluralistas y contextuales" para determinar el criterio de distribución, en función de las cuales el criterio de distribución es plural y contingente, donde se señala que la distribución no es controlada por un único criterio, sino que puede surgir de una síntesis de éstos [147].

Comprendiendo entonces que la cuestión de la justicia distributiva tiene que ver con la manera en que se distribuyen los bienes a las personas, resulta necesario asimilar estas nociones con las problemáticas actuales en nuestro orden social,

144 Keren Paz, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, cit.

145 Rawls, John, "Justicia como equidad", Revista Filosófica, Princeton, 1958.

146 Ibidem.

147 Adhieren a esta postura autores como John Lucas, Charles Taylor y Michael Waltzer.

tal es el caso de la salud al plantearnos la persecución de un modelo ideal para que todas las personas reciban los mismos recursos en esta materia, con especial atención en aquellas que sufren de algún padecimiento de gravedad.

De la misma forma opera cuando hablamos de necesidades básicas, donde además ocurre que un amplio número de personas no pueden acceder a servicios públicos imprescindibles, tales como agua potable, luz y gas [148]. Sólo en función de estos resultados y de los fines en su persecución podremos entender al Derecho en consideración de los propósitos a los que deben conducirse las instituciones jurídicas, es la justicia social la que debe llegar antes que la justicia judicial [149].

3.- Acerca de la prohibición de suspensiones y despido

En este contexto descripto por el DNU 329/2020 se dispuso la prohibición de suspensiones por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor y los despidos sin justa causa y también por falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley N° 27.541. Se dispuso que los despidos y las suspensiones que violen dicha prohibición no produzcan efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales. El mismo fue prorrogado sucesivamente por los DNU 487/2020, 624/2020 y 761/2020 vigente hasta fines de noviembre.

148 Sólo el 49,9% de los hogares urbanos tiene acceso a luz, gas y cloacas. Condiciones de vida, Vol. 2, nº X, Indicadores de condiciones de vida de los hogares en 31 aglomerados urbanos. Segundo semestre de 2017, ISSN 2545-6660, Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC).

149 A. 70.717, "P., C. I. y otro contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley".

Paralelamente debe señalarse que coexistía parcialmente en el tiempo el Decreto 34/19 del 13 de diciembre de 2019 por el cual se decretó la emergencia pública en materia ocupacional por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días, prorrogado por el DNU 528/2020 por similar plazo, y en consecuencia durante la vigencia de esta emergencia en caso de despido sin justa causa, la trabajadora afectada o el trabajador afectado tendrá derecho a percibir el doble de la indemnización correspondiente de conformidad al Decreto N° 34/19 y la legislación vigente en la materia. El mismo excluye de su aplicación a las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 34/19 ni al Sector Público Nacional definido en el artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias, con independencia del régimen jurídico al que se encuentre sujeto el personal de los organismos, sociedades, empresas o entidades que lo integran.

En ambos casos, tanto la doble indemnización por despido sin justa causa como la prohibición de efectuar despidos y suspensiones sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor integran normativa del orden público laboral.

Tanto en la doctrina [150] como en la jurisprudencia [151] se

150 Orsini, Juan Ignacio, "Estabilidad absoluta temporal y nulidad de los despidos en el Decreto Nº 329/2020", El COVID-19 y su impacto en las Relaciones Laborales en Argentina-Primera Parte. Lejister: IJ-CMXV-185; Juan P. Casco Amione: "El DNU Nº 329/2020 y su aplicabilidad al Régimen de la Industria de la Construcción". Publicado en: El COVID-19 y su impacto en las Relaciones Laborales en Argentina-Segunda Parte. Lejister: IJ-CMXVII-495; Diego J. Tula, "Preguntas prácticas (y sus respuestas) sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausada y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo impuesta por el DNU 329/2020". Publicado en: Dossier N° 2 sobre El impacto del coronavirus en las relaciones laborales, Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad. Editorial: Rubinzal-Culzoni.

151 Puede verse: "Hinojosa, Carlos Adrián c/Laugero construcciones SA p/medida precautoria o cautelar" - Cám. 4ª Civ. Mendoza - 1ª Circunscripción - 29/05/2020; "Godoy, Héctor Ricardo y otros vs. José Trento Vi-

ha entendido mayoritariamente que la prohibición y consecuente privación de efectos jurídicos entonces abarca a todo despido sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, aplicándose así a las relaciones laborales del sector público como en el sector privado, y en este último supuesto abarcando las reguladas por el régimen general del contrato de trabajo (LCT y normas complementarias) cualquiera sea su modalidad (contrato de trabajo con periodo de prueba o con plazo determinado por ejemplo) como también las reguladas por estatutos especiales (como los casos de trabajo en casas particulares, empleados de la construcción, entre otros). Por su parte, con un criterio opuesto, se ha entendido que no corresponde la aplicación de la prohibición del despido en los casos de periodo de prueba[152].

Debe resaltarse que lo que se prohibió temporalmente es la ruptura de la relación laboral mediante una decisión uni-

drios S.R.L. s. Reinstalación - Sumarísimo. Tribunal de Trabajo Nº 2, San Miguel, Buenos Aires, 12/05/2020; "Pragana, Matías c/GOLIARDOS SRL s/Medida Cautelar" Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 20, 24-04-2020.; "Espinoza José Alfredo C/TM SA S/Autosatisfactivas"; "Yori, Melisa c/ADECCO ARGENTINA S.A. s/Medidas Cautelares y preparatorias", Juzgado 1ª Inst. Laboral 4ª Nominación Santa Fe; "Villalba c/Proveedora Los Estudiantes SRL". Tribunal del Trabajo Nº4 La Plata, 4-5-2020; "Cufre Gazal Laura Julieta c/Mediterránea Clean S.R.L. s/acción de reinstalac". Cámara del Trabajo de Mendoza Sala/Juzgado: IV. 14-may-2020; Quiñonez Menezes, Andres Eduardo c/25 Horas S.A. y otro s/medida cautelar".Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N°23 de la Capital Federal; "Chocobar Micaela Alejandra c/Castellano Lara s/Acción de Amparo". Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Rosario. Sala/Juzgado: VI Fecha: 21-may-2020; "García Mucciolo, Aymara Edith y otros c/Acc Group SA s/acción de amparo - Cám. Nac. Trab. - 04/06/2020; "Pereira, Erika Joseline c/Pérez Guerrero, Andy Jacqueline s/ medida cautelar - Cám. Nac. Trab. - I - 03/06/2020; "Santos Barbara Anabella c/Maxsegur SRL s/Medida Cautelar" –CNAT Sala III 22/06/2020, entre otros.

152 "Salazar, Jesús Gabriel c/25 Horas SA y otro s/medida cautelar" CNAT Sala X, 16/06/2020.

lateral del empleador sin que se funde en una justa causa o bien fundándose en las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor. Por lo cual continúan con plena vigencia y eficacia los demás supuestos de extinción de la relación laboral, en la medida claro que no impliquen un fraude a la ley laboral.

Resulta necesario remarcar la finalidad y fundamento de los DNU 329/20 y sus prórrogas, en cuanto se pone en relieve que resulta indispensable garantizar la conservación de los puestos de trabajo. Resaltándose que la OIT ha emitido un documento donde se alude a la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor. Haciéndose hincapié en la Recomendación 166, que señala "que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados".

En tiempos de normalidad en donde en el sistema capitalista de producción de bienes y servicios interactúan simbólicamente el capital y el trabajo a través de la relación laboral de origen contractual donde se intercambia trabajo por salario, y el Estado interviene mediante un instrumento claramente distributivo como son los Convenios Colectivos de Trabajo y los acuerdos salariales, resulta totalmente justificado y acorde a esa filosofía el intervenir cuando es la propia relación laboral la que está en juego.

Es en este fundamento en donde entendemos la adopción de estas medidas como una manifestación de la justicia retributiva. Resulta indudable la necesidad de interponer en estos tiempos un sacrificio en aquellos que cualitativamente se encuentran en una situación mejor (empleadores), una carga

mayor que aquellos que resultan más vulnerables y desiguales frente aquéllos. El mantener la fuente formal del trabajo, no sólo importa el mantener el ingreso salarial para los trabajadores (completado en algunos casos por recursos del Estado) sino el continuar con la pertenencia a la idea de una comunidad, en cuanto a lo simbólico como en poder gozar de otros beneficios como la cobertura en salud y en la seguridad social en general.

4.- El decreto 320/20 y su vinculación con la justicia distributiva, comprendido desde el fin social

En el marco de emergencia pública por causa del Covid-19 que hemos mencionado anteriormente, en el mes de marzo del presente año en el contexto de políticas que se tomaron para paliar la crisis sanitaria, económica y social afrontada por el país, es que se dicta el decreto 320/20, el cual establece entre tantas medidas, la prórroga de los contratos, el congelamiento de precios de alquileres, y la suspensión de desalojos; y pocos meses más tarde, nos encontramos frente a la sanción de la ley 27.551 conocida como "Nueva Ley de Alquileres", que efectúa una modificación a lo receptado en el Código Civil y Comercial (C.CyC.), respecto de las locaciones con fines habitacionales, por lo que se generaron varios cambios en el ámbito contractual de la locación en Argentina durante el año 2020, en pos de una mayor protección del locatario.

Primeramente, debemos englobar a la locación como uno de los medios que existen para que las personas puedan acceder a una vivienda adecuada, siendo el acceso a una vivienda digna uno de los derechos fundamentales que se encuentran en la lista de derechos humanos reconocidos por el mundo.

El derecho a una vivienda adecuada es más amplio que el derecho a la propiedad, puesto que contempla derechos no vinculados con la propiedad y tiene como fin asegurar que todas las personas, incluidas las que no son propieta-

rias, tengan un lugar seguro para vivir en paz y dignidad. La seguridad de la tenencia, que es la piedra angular del derecho a una vivienda adecuada, puede adoptar diversas formas, entre ellas el alojamiento de alquiler [153]. Tanto en nuestra Constitución Nacional [154] como en Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) podemos hallar diversas menciones respecto a la vivienda adecuada como derecho humano, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [155], en la Declaración Universal de los Derechos Humanos [156], la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos; entre otros.

153 El derecho a una vivienda adecuada. Folleto informativo No 21. Naciones Unidas-Derechos Humanos ISSN 1014-5567

154 Art. 14 bis. (...) "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

155 Art. 11 inc 1: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

156 Art. 25. Inc.1 "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

En correlato con lo expuesto, y comprendiendo estos aspectos esenciales, es que estamos en condiciones de analizar las disposiciones del DNU 320/20, prorrogado por el decreto 766/20, hasta el 31 de enero del año 2021.

Para comenzar es menester descifrar los alcances que tiene el decreto. Tendrá aplicación sobre aquellos contratos con destino de vivienda única familiar, actividades culturales y comunitarias, a pequeñas producciones familiares y agropecuarias, comerciales o industriales, entre otros (art 9 y 11 DNU 320/20). Es así cómo se produce un congelamiento del monto del alquiler, es decir que los inquilinos pagarán el monto de marzo sin aplicación de ningún tipo de aumento, siendo que aquellos aumentos que debieron ser realizados, serán abonados en cuotas conjuntamente con el alquiler correspondiente al finalizar el plazo de aplicación del DNU. (art. 4) Ante la falta de pago, o pago parcial de los cánones debidos, sólo se podrán aplicar intereses compensatorios, impidiendo la aplicación de intereses moratorios o punitorios (arts. 6 y 7).

Otro punto de análisis, es la prórroga de aquellos contratos cuyo vencimiento haya operado en el plazo de aplicación del decreto 320/20, con acuerdo del locatario quien podrá optar por mantener la fecha de vencimiento pactada o prorrogar dicho plazo hasta el determinado por la normativa en cuestión. En esta dirección, se produce la continuación del contrato de fianza que realizaron los fiadores, sin necesidad de consultar su consentimiento, debido a la prórroga del contrato de locación y consecuente obligación de fianza por parte de ellos. (arts. 5 y 3 *in fine*).

Es en este sentido, podemos observar a la luz del CCyC que las distintas situaciones negativas que se generaron a causa del Covid-19, encuadran en lo acogido por los artículos referidos a situaciones que impiden el cumplimiento de las obligaciones por parte del locatario, entre ellos podemos mencionar al art. 955 que versa sobre la imposibilidad definitiva de cumplimiento; art. 956 imposibilidad temporaria de cumplimiento, art. 1091 imprevisión, o el más conocido por todos, aquel referido a fuerza mayor receptado en el art. 1730; situaciones

que encuentran solución jurídica con la aplicación de la teoría de la imprevisión [157] y/o del esfuerzo compartido [158].

Por último, se produce la prohibición de desalojo en el plazo dispuesto por el DNU, suspendiendo la ejecución de las sentencias judiciales, la orden de lanzamiento y la prescripción de los procesos de ejecución, teniendo como fin el desalojo de inmuebles alquilados con las finalidades aclaradas más arriba, siempre que la causa de juicio sea la falta de pago y el locatario (continuadores, sucesores, sublocatarios) continúen en la tenencia del inmueble (art. 2).

La realidad que hoy abarca a miles de inquilinos, resulta una gran aflicción debido a que la crisis económica que aqueja al país, ha generado que una vasta parte de la población haya perdido gran parte de su fuente de ingresos, dificultando de esta forma, poder afrontar sus obligaciones contractuales frente a su locador. A pesar de que en la plenitud de la norma el enfoque central es la figura del locatario como parte vulnerable de la relación jurídica, se tiene en cuenta a aquel locador que por diversas circunstancias se encuentra alcanzado por una situación de vulnerabilidad de carácter económica, es decir que la percepción del canon locativo es indispensable para poder afrontar sus necesidades básicas

157 La teoría de la imprevisión se aplica cuando por distintas circunstancias imprevisibles para las partes al momento de perfeccionarse el contrato, la equivalencia de las prestaciones originales (ecuación económica del contrato) puede alterarse, dejando a una de las partes en una grave desventaja frente a la otra. Su prestación se ha hecho de tal modo gravosa frente a la prestación de la otra parte que, y con fundamento en la equidad, el juez puede determinar la extinción o modificación de su prestación (art. 960 y 1091 CCyCN) limitando el derecho de la otra parte para que no sea abusivo su ejercicio ni gravoso su cumplimiento.

158 La teoría del esfuerzo compartido se da por razones de equidad y de igualdad de trato, el acreedor y el deudor comparten el esfuerzo, dividen el sacrificio y reparten las pérdida generada por la desdicha común, para poder mantener la relación contractual y que no se extinga por razones externas a las partes que influyen en la capacidad para cumplir con las obligaciones.

o de su grupo familiar, siendo que dicha situación debe ser probada por él mismo.

El Covid-19 ha generado grandes cambios en la sociedad, desde la interacción con las personas, a causa del aislamiento, hasta el punto de afectar profundamente las fuentes de ingresos de las personas para subsistir, posicionándolos en situaciones de tal vulnerabilidad que conllevaron a la necesidad de que se generen políticas para paliar dichas situaciones. Así pues, el dictamen del DNU 320/20 se creó con el fin de proteger a los locatarios que se encuentren afectados como consecuencia de la pandemia y no puedan afrontar sus obligaciones, y como efecto directo de ello, una salvaguarda del derecho de vivienda adecuada, durante la emergencia sanitaria, económica y social; receptado en nuestra Carta Magna y en diferentes Tratados Internacionales que a su vez fueron ratificados por nuestro país, a través del congelamiento del canon locativo, prórroga de los contratos, y prohibición de desalojos.

Evidenciamos a través de esta normativa que el derecho a la vivienda adecuada fue concebido desde una visión centrada en el fin social, en la protección del más vulnerable en las relaciones jurídicas nacidas del Derecho Privado, que a pesar del principio de autonomía de las voluntades de las partes, en el contexto que nos hallamos, se produjo una clara profundización de la posición desigual del locatario frente al locador, desencadenando la intervención por parte del Estado en las relaciones jurídicas privadas en cuestión.

5.- Conclusión

En el contexto actual marcado por una pandemia a nivel mundial, una emergencia en materia sanitaria, económica y social, como la existencia de medidas que implican restricciones sobre todo en la libertad ambulatoria pero que se traducen también en limitaciones en cuanto a la posibilidad de trabajar, nos obliga a establecer medidas que necesariamente tengan un basamento puramente en el fin social.

En el caso particular de las medidas analizadas se impone en ambos casos, en relación al contrato de trabajo y de locación, que quienes pueden soportar en mayor medida "la carga" económica de mantener la vigencia de los contratos de trabajo mediante la prohibición de despidos (complementado con otras medidas referidas a ayudas para el pago de sueldos) o la subsistencia de contratos de locación con fines habitacionales o que se les abone el mismo canon pese a preverse convencionalmente un aumento, son quienes simbólicamente detentan un "capital".

Es innegable que para ciertos sectores, estos parámetros establecidos para soportar las cargas económicas que conlleva la situación actual, resulte arbitrario y hasta incluso injusto; pero entendemos que a la luz de las diferencias estructurales y desigualdades que se producen entre un simple trabajador que sólo tiene un salario para subsistir y afrontar obligaciones tales como el pago del canon de un alquiler, y aquellos empresarios, empleadores o propietarios de varios inmuebles, estos últimos se encuentran en un mejor pasar para afrontar una crisis de tal magnitud que vive el mundo entero.

El mantener la fuente formal de ingresos mediante la prohibición temporal de despidos sin justa causa o por causas ajenas al trabajador, como así también evitar que las familias sean desalojadas por falta de pago, y se considere la imposibilidad de poder afrontar las obligaciones locativas en un contexto tal, que profundizó la vulnerabilidad que existía, en menor medida, en estos sujetos, permite que la idea de comunidad se imponga frente a intereses meramente económicos. Si bien, no implica una solución a nivel estructural de un problema que viene de años, y en la actualidad se ha profundizado, permiten comprender que la solución ante problemáticas de tal estirpe, debe prevalecer la protección de aquellos sectores más vulnerables de nuestra sociedad, esgrimiendo y haciendo valer derechos fundamentales receptados por nuestra Carta Magna.

Es por todo ello, que concebimos que la justicia distributiva deberá establecer la correspondiente interrelación entre

los aspectos económicos, éticos y políticos de nuestra sociedad, con las necesidades de los sectores que se han visto históricamente marginados respecto a los servicios y bienes elementales, y en la coyuntura actual, respecto a los sectores que más afectados se ven por esta situación.

6.- Bibliografía

- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, capítulo III.
- Condomi, Alfredo Mario, "Justicia social en tiempos de pandemia" www.saij.gob.ar Id SAIJ: DACF200165, 2020.
- Diego J. Tula, "Preguntas prácticas (y sus respuestas) sobre los alcances de la prohibición de despedir en forma incausada y por fuerza mayor y falta o disminución de trabajo impuesta por el DNU 329/2020". Publicado en: Dossier N° 2 sobre El impacto del coronavirus en las relaciones laborales, Suplemento Digital de la Revista de Derecho Laboral Actualidad. Editorial: Rubinzal - Culzoni.
- Juan P. Casco Amione, "El DNU Nº 329/2020 y su aplicabilidad al Régimen de la Industria de la Construcción". Publicado en: El COVID-19 y su impacto en las Relaciones Laborales en Argentina - Segunda Parte. Lejister: IJ-CMXVII-495;
- Keren Paz, Tsachi, *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2016.
- Leturia, Mauro Fernando y Jalil, S. (2015), *Manual del Martillero y del Corredor,* La Plata, Librería Editora Platense y (2021) segunda edición actualizada.
- López de Zavalía, F. J. (1997), *Teoría de los contratos*. T. I. Parte General. 4ta edición, Zavalía, Buenos Aires.
- Lorenzetti, R. L. (2003), *Contratos. Parte especial,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- Oliveri, Francisco, *La noción de justicia en los orígenes del pensamiento griego*, Abeledo-Parrot, Buenos Aires, 1982.
- Orsini, Juan Ignacio, "Estabilidad absoluta temporal y nulidad de los despidos en el Decreto Nº 329/2020", El COVID-19 y su impacto en las Relaciones Laborales en Argentina, Primera Parte. Lejister: IJ-CMXV-185.

- Rawls, John, *Justicia como equidad*, Revista Filosófica, Princeton, 1958

- Santa Cruz, María Isabel, *La idea de Justicia en Platón*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

- Weinrib, Ernest J., *La idea de derecho privado*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2017.

La privación de la responsabilidad parental y su relación con el Derecho Penal

Crítica y comentarios al fallo *"C. H. B c/M. J. s/Privación de responsabilidad parental"*

Camila Denisse Pereyra-Santiago Martín Irisarri

"*Si traes hijos al mundo, ámalos con el corazón y el alma"* (Alice Walker)

Sumario

I. Introducción.- II. De la patria potestad a la responsabilidad parental, ¿sólo un cambio de terminología?- III. Responsabilidad parental: extinción, privación y suspensión.- IV. Derecho Penal, delitos contra la integridad sexual y juicio abreviado.- V. Puesta en peligro del niño no víctima del delito, incapacidad para ejercer el rol parental e interés superior del niño.- VI. Acerca del impacto social de la sentencia.- VII. Los efectos de la privación de libertad: la subsistente, permanente e inalterable existencia de los deberes de asistencia familiar

I. introducción

Bien es sabido que el Derecho Penal poco y nada, o más nada que poco, tiene que ver con el Derecho Civil: desde la aplicación de la norma hasta las reglas aplicables a la interpretación de las mismas, se pueden encontrar infinidades de diferencias entre ambas ramas del Derecho; los principios rectores esbozados en el ámbito penal son notoriamente diferentes a los consagrados en el ámbito civil; incluso, los intereses en juego, la terminología utilizada y hasta los procesos tendientes a poner en vigencia la normativa de fondo son claramente diferentes.

La intención de este trabajo es poner en evidencia que el Derecho, para ser comprendido y luego aplicado debidamen-

te, debe nutrirse de todas las ramas que lo integran, pues de tal forma lograremos mayor coherencia y concordancia en la toma de las decisiones particulares, lo que -a fin de cuentas- servirá para la adopción de decisiones más *justas*.

Sin perjuicio de que existen variadísimos temas teóricos y casos particulares que pueden reflejar fácilmente la conexión entre ambos "mundos", tomaremos solamente un tema específico y propio del Derecho Civil como lo es la *privación de la responsabilidad parental*.

Para su abordaje utilizaremos un fallo del Juzgado de Familia Nro. 2 de Puerto Madryn donde se trató la privación de la *responsabilidad parental* (en adelante "R.P.") de un progenitor que había sido condenado penalmente por la comisión de delitos contra su ex pareja y contra uno de sus hijos. Sin perjuicio de que la progenitora solicitó que la privación de la R.P. incluyera a ambos hijos, es decir, que incluyera a la niña que había sido víctima del delito y al niño que no, el pedido sólo fue acogido parcialmente por el organismo decisor. Concretamente, la Jueza de Familia dispuso la *privación* de la R.P., pero sólo con relación a la menor víctima del delito, disponiéndose la *suspensión* de la R.P. con relación al otro hijo y sólo mientras dure el término de la condena privativa de la libertad cuya duración era de seis (6) años.

El caso tiene notable interés por diferentes cuestiones: primeramente, estamos ante un decisorio donde se abordan temáticas de distintos fueros, entiéndase fuero penal (juicio abreviado, delitos contra la integridad sexual, concepciones dogmáticas del "peligro", etc.) y civil (suspensión y privación de la responsabilidad parental, deberes de los progenitores, derechos del niño a ser oído, interés superior del niño, capacidad progresiva, etc.). Además, estamos ante un caso donde pueden verse y analizarse las consecuencias e implicancias de las resoluciones penales en sede civil; por otro lado, y sin perjuicio de las particularidades que luego diremos con relación a la *questio facti* (sobre todo, los argumentos esgrimidos por el progenitor para justificar la celebración de un juicio abreviado en sede penal), el fallo tiene notorio interés en lo que hace al

tratamiento de la *questio iuri*, en tanto no sólo se estudian y aplican enunciados normativos consagrados por el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante "CCyCN"), sino que existen diversas disposiciones normativas propias del ámbito penal, al igual que disposiciones normativas supra-legales.

El abordaje será el siguiente: en primer lugar, intentaremos conceptualizar la R.P., para lo cual haremos la distinción con el viejo instituto de la patria potestad. Luego trataremos las diferentes alteraciones que pueden trastocar el normal desarrollo de la R.P. (nos referimos a su extinción, privación y suspensión); seguidamente nos adentraremos en la perspectiva penal, analizando distintos institutos y delitos que tienen correlación con el tema aquí tratado. De allí trataremos la "puesta en peligro" (analizándola, no sólo a partir de los criterios interpretativos civilistas, sino desde las teorías esgrimidas por la dogmática penal). A su vez abordaremos el impacto social del decisorio, intentando poner en evidencia el pensamiento de aquellos no conocedores del Derecho, comparándolo con el pensamiento de los que sí conocen el Derecho (abogado/as). Esto último será posible mediante la puesta en evidencia de los resultados de una sencilla encuesta realizada a efectos de este trabajo. Finalmente, nos referiremos a las consecuencias que una *privación* de la R.P. trae consigo aparejadas.

II. De la patria potestad a la responsabilidad parental: ¿sólo un cambio de terminología?

Difícilmente encontremos un instituto del Derecho tan conocido por todos como lo es la "patria potestad". Abogados/as y no abogados/as se refieren a él con habitualidad y se conoce -por lo menos a grandes rasgos- su significado, sus implicancias e, incluso, quién lo detenta y quién lo detentaba. Pero lo cierto es que este instituto conocido por "todos y todas" ha evolucionado, no encontrándose en la actualidad en vigencia. En su reemplazo ha aparecido una nueva institución: la Responsabilidad Parental.

Intentaremos explicar este cambio.

El antiguo artículo 264 del Código Civil definía a la patria potestad como el "conjunto de deberes y derechos que las leyes conceden a los progenitores desde la concepción de los hijos legítimos en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados". En 1985 y mediante la sanción de la ley 23.264, se modificó el *vetusto* concepto, dando paso a una definición más moderna, amplia y contemplativa; concretamente, la patria potestad pasó a ser entendida como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

Ya con la sanción del nuevo CCyCN y asumiendo con razón que "el lenguaje no es neutro dado el valor pedagógico y simbólico que ostenta, se reemplaza la expresión *patria potestad* por *responsabilidad parental*, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido entre progenitores e hijos" [159]. Para que se comprenda, la expresión "potestad" se refiere en latín a la *potestas* del Derecho Romano, centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en la estructura familiar jerárquica, la cual se encontraba solamente en cabeza del progenitor. En cambio, el vocablo "responsabilidad" implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores y que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño, niña o adolescente.

Así, el actual artículo 638 del CCyCN define a la responsabilidad parental como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".

159 Herrera, "El principio de autonomía de niños, niñas y adolescentes en el derecho de familia", en Krasnow (dir.), *Tratado de derecho de familia*, t. III, p. 940.

Como contenido de estas figuras, se encuentra el deber-derecho de alimentos en cabeza de los ascendientes, dejando entrever un cambio de paradigma en el vínculo jurídico entre progenitores e hijos. Esta reforma promueve el mantenimiento de una relación que pueda representarse como una balanza en equilibrio, denotando la igualdad en la que se encuentran los progenitores e hijos, la cual tiempo atrás ubicaba a los progenitores en el extremo de mayor peso y a los hijos en el extremo de menor peso, generando una notoria situación de debilidad jurídica para estos últimos.

Esto no implica que los progenitores hayan perdido autoridad, en tanto, ante todo, los progenitores son progenitores y los niños son niños, pero sí perdieron el lugar de dominación y jerarquía que les concedía el Derecho tiempo atrás. Tal como lo menciona Capolongo, "la concepción actual sobre la niñez y adolescencia se asocia íntimamente con la naturaleza de las relaciones que se forjan entre progenitores e hijos, antes bajo el signo de la subordinación, hoy bajo el signo del intercambio". De tal forma, pasamos de un modelo familiar patriarcal y de carácter verticalista a un modelo democrático de familia, caracterizado por una relación de carácter horizontal entre todos sus miembros.

III. Responsabilidad parental: extinción, privación y suspensión

Ahora bien, ¿la R.P. es inalterable, manteniéndose mientras vivan los involucrados?

La respuesta es "no", pues ante determinados supuestos -excepcionales claro está-, la misma puede suspenderse, privarse y hasta extinguirse.

La extinción de la titularidad de la responsabilidad parental, cuya nota característica es su operatividad de pleno derecho, se perfecciona ante la corroboración de alguna de las causales objetivas contenidas en el artículo 699 CCyCN: muerte del progenitor o del hijo, profesión del progenitor en instituto monástico, arribo a la mayoría de edad, y emancipación y adopción del hijo.

En cambio, la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental responde a situaciones fácticas que tornan imposible su puesta en acto. Estos casos se encuentran descriptos en el artículo 702 del CCyCN, los cuales se corresponden con la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años, la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor su ejercicio y la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves.

Finalmente, la privación de la titularidad de la responsabilidad parental consiste en un auténtico juicio de reproche frente al comportamiento desaprensivo y gravemente pernicioso del progenitor hacia el hijo. La razón de ser de este instituto excede el mero afán represivo/sancionatorio del ascendiente que actuó en este sentido, sino que, además, pretende salvaguardar los derechos fundamentales de los niños en el ámbito de las relaciones familiares; todo ello conforme con la obligación constitucional/convencional asumida por el Estado argentino. Justamente, por las gravosas consecuencias que derivan de la privación de la R.P., puede sostenerse que estamos en presencia de un recurso de "última ratio", que, como tal, demanda al juzgador la realización de un examen minucioso de las singularidades del caso [160].

IV. Derecho Penal, delitos contra la integridad sexual y juicio abreviado

En virtud de lo antedicho, se advierte que el Derecho Penal toma relevancia en la cuestión aquí tratada. Si asumimos que una de las causales *privativas* de la responsabilidad parental

160 Hernández natalia, 28-sep-2018, MJ-DOC-13714-AR|MJD13714, https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/01/10/breves-consideraciones-sobre-el-reformado-regimen-de-privacion-de-la-responsabilidad-parental-un-estudio-desde-el-analisis-de-las-voces-jurisprudenciales-mas- contemporaneas/.

se corresponde con la comisión de algún delito por parte del progenitor y en perjuicio del hijo, no podemos negar que el "tema penal" es notoriamente importante para lograr un debido entendimiento de la cuestión que aquí nos importa.

Muy a grandes, rasgos los delitos pueden ser clasificados según tengan por víctima a personas determinadas o indeterminadas; entre los primeros podemos encontrar aquellos que corren desde el artículo 79 al 185 del Código Penal, mientras que los restantes van desde el art. 186 hasta la finalización del cuerpo legal. La nota característica de esta división está dada en que los delitos contra personas determinadas, como su nombre lo indica, afectan a personas determinadas (es decir, a Juan, a José, a Marta, etc.) y, más concretamente, a los bienes jurídicos pertenecientes a estas personas determinadas (entiéndase la vida de José, la integridad física de Marta, la libertad de Juan, etc.); en cambio, los delitos contra personas indeterminadas afectan, valga la redundancia, a un grupo indeterminado de personas (por ejemplo, delitos que afectan a la sociedad o a gran parte de la misma como podrían ser aquellos que lesionan la tranquilidad o la seguridad pública).

La distinción antedicha es importante, por lo menos *prima facie*, para comenzar a delinear a qué nos referimos con "abuso sexual" (delito por el cual se condenó al progenitor de la menor en el caso mencionado en la introducción) y, más específicamente, cuál es el bien jurídicamente afectado tras su comisión.

Los delitos contra la integridad sexual o, como suele llamárselos, "delitos sexuales" se encuentran tipificados en el título III del libro segundo del Código Penal, siendo el delito de "abuso sexual" la figura delictual básica o, por lo menos, la más característica (vale aclarar que, si bien el catálogo de estos delitos es variado y amplio, gran parte de los mismos terminan refiriéndose al "abuso sexual"); éste se encuentra tipificado en el art. 119 y consiste en "*abusar sexualmente de una persona"*. Si bien el legislador no ha clarificado qué debe entenderse por "*abusar sexualmente*", la doctrina explica que estamos ante un delito consistente en violentar la *libertad se-*

xual o, en otras palabras, transgredir el derecho de las personas a consentir libremente la realización de comportamientos sexuales (incluyendo con quién quiere mantenerlos y hasta qué punto).

Dicho esto, debemos decir que, "penalmente hablando", el delito afecta solamente a la persona contra la cual se desarrolla el comportamiento criminal; o sea, cometer el delito de abuso sexual contra Marta, solamente afectará a Marta, pues por más aberrante que pueda llegar a ser el comportamiento a "ojos de la sociedad" o de las restantes personas, lo cierto es que estamos ante un delito cometido contra una persona *determinada*. En consecuencia, por más que "la sociedad" se vea afectada por el comportamiento antedicho (por considerarlo deplorable, inmoral, reprochable, etc.), para el Derecho Penal el bien jurídicamente afectado está en cabeza de un solo sujeto.

Pero, independientemente de la consideración netamente penal, los efectos del delito deben ser analizados desde diferentes aristas; más aun si su producción puede llegar a influenciar las decisiones que se tomen en otros fueros. Para que se comprenda, sin perjuicio del análisis técnico dogmático que pueda realizarse con relación al delito -algo pura y exclusivamente reservado al Derecho criminal- los efectos producidos pueden ir "más allá" de las inquietudes penales; por ejemplo, cometer el delito de homicidio no solamente va a ser analizado, estudiado y juzgado en el ámbito penal conforme las consideraciones técnicas aplicables en la materia, sino también será analizado, estudiado y juzgado en el ámbito civil para establecer, por ejemplo, la indemnización a los familiares de la víctima por el daño moral causado (volveremos sobre este punto más adelante).

Hechas estas aclaraciones, es hora de analizar cuáles son las consecuencias -prácticas y jurídicas- que la condena penal produce en otros fueros.

En el caso de estudio (planteado en la introducción) la condena deviene de la celebración de un "juicio abreviado", el cual (dejando a salvo las notas características propias de cada le-

gislación) consiste en un *acuerdo* entre el fiscal, defensor e imputado para que la tramitación del proceso penal no prosiga bajo la aplicación de las reglas generales que establecen la necesidad de realizar un debate oral y público. Más específicamente, el acuerdo implica la aplicación de "reglas especiales" conforme las cuales se dispone la *no realización* del debate, debiendo el juzgador dar su veredicto basándose en las pruebas obtenidas hasta el momento y obrantes en la causa. Para que se termine de comprender, el juicio abreviado no es suscripto por quien es culpable (como habitualmente se considera), sino por cualquier persona: culpable o inocente; a su vez, el juicio abreviado no siempre termina con una condena (como habitualmente se considera), sino que puede terminar con absoluciones; por otro lado, el juicio abreviado no necesariamente busca la obtención de una pena "menor" (como generalmente se cree), sino que puede buscar la no concreción de los sufrimientos para el acusado propios de todo debate oral y público (situación que a las personas, pero más aun a las que son inocentes, les resulta muy difícil de afrontar). Incluso, el juicio abreviado es utilizado habitualmente como una estrategia de defensa, por ejemplo, para lograr que en el futuro debate no se sustancie y materialice prueba aún no producida en contra del imputado. En consecuencia, el juicio abreviado es un acuerdo pura y exclusivamente destinado a la *no realización del debate oral y público,* nada más.

Pero más allá de tales consideraciones, y dejando de lado los verdaderos motivos que pueden llevar a cualquier imputado a suscribir tal acuerdo, lo cierto es que el resolutorio del mismo (una vez firme) pasa a ser considerado cosa juzgada, tornando a los *hechos* en cuestión irrefutables y no susceptibles de ser desconocidos en otros fueros. En tal sentido, los *hechos pasados* que han sido declarados como *probados* por el decisorio final, serán considerados como existentes en los restantes fueros (por más que los mismos no hubieran realmente ocurrido). Por ello, la condena penal que se origina a raíz de la celebración de un juicio abreviado (al igual que cualquier otra condena penal) tiene pleno efecto en los restantes litigios exis-

tentes o que pudieran existir, reconociéndose su plataforma fáctica como inalterable (en caso contrario estaríamos ante un claro y manifiesto *strepitus foris* o escándalo jurídico).

V. Puesta en peligro del niño no víctima del delito, incapacidad para ejercer el rol parental y el interés superior del niño

Entonces, asumiendo que: 1) el delito imputado al progenitor en el caso que nos ocupa sería "abuso sexual" contra su hija menor de edad; 2) la víctima de dicho delito se corresponde con *una* persona *determinada*; 3) el progenitor aceptó la celebración de un juicio abreviado; y 4) el proceso penal culminó con veredicto y sentencia condenatorios por la comisión del delito de abuso sexual; debemos abocarnos a estudiar las implicancias que este decisorio penal podría generar en el fuero de Familia.

En el caso que aquí comentamos, la progenitora se presenta ante la Justicia de Familia peticionando la privación de la responsabilidad parental en perjuicio del progenitor con relación a ambos hijos; es decir, no sólo lo peticiona en referencia a la niña víctima del abuso sexual (delito por el cual se condenó al progenitor), sino también con relación al niño (el cual no ha sido víctima de delito alguno). La solicitud fue acogida parcialmente por la Jueza del caso quien decretó la *privación* de la responsabilidad parental, pero sólo con relación a la hija abusada; en cambio, con relación al hijo (quien no fue víctima de delito) simplemente estableció la *suspensión* de la responsabilidad parental mientras dure el tiempo de la condena privativa de libertad (es decir, durante seis años).

Analizaremos el decisorio por partes:

1) La privación de la responsabilidad parental con relación a la hija abusada

Quizás ésta sea la cuestión más sencilla y fácil de analizar, en tanto el art. 700 del CCyCN (concordante con el anterior Código de Vélez Sarsfield) establece que "*cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental*

por… ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trate". Sin lugar a duda, cuando el artículo se refiere a la "condena" lo hace en relación con la "condena penal", denotando que el caso del progenitor en relación a la niña abusada se subsumiría dentro de este precepto normativo.

2) La privación/suspensión *de la responsabilidad parental con relación al hijo no víctima del delito*

Distinta, por lo menos en cuanto al encuadre jurídico, es la situación con relación al niño. Si bien la progenitora había solicitado la privación de la responsabilidad parental argumentando que la condena por abuso sexual contra su hija ponía en riesgo y peligro cierto a su hijo, el decisorio rechaza el pedido explicando que la *privación* de la R.P., como tal, *"es un recurso extremo que sólo opera para casos muy graves. No alcanzará para decretarla un incumplimiento más o menos irregular, sino que éste debe ser palmario; esto es que resulte irreconciliable con el ejercicio de la función".*

La opinión de la juzgadora parecería originarse en una rigurosa y por demás restringida interpretación del art. 700 del CCyCN, poniendo énfasis solamente en el primero de sus incisos que determina la privación de la R.P. cuando el progenitor es condenado por la comisión de un delito contra su hijo, dejando de lado los restantes incisos que parecerían tener más relación con el caso en cuestión.

Un acabado estudio del caso y una consecuente comprensión del mismo, podrían poner en evidencia que la petición de la progenitora, en realidad, guarda concordancia con el inc. c) del art. 700 CCyCN que establece que la privación de la R.P. tendrá lugar cuando *se ponga en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo*.

Pero ¿cómo debe entenderse este inciso?; y, más concretamente, ¿qué significa "poner en peligro"?

Posiblemente quienes con mayor rigurosidad han estudiado esta terminología han sido los penalistas.

Una clasificación muy usual, no sólo desde el plano doctrinal sino normativo, es aquella que distingue los delitos de re-

sultado de los delitos de peligro. Los primeros serían aquellos que se encuentran subordinados a la producción de una lesión sobre un bien jurídico protegido (homicidios, abusos sexuales, privaciones ilegítimas de la libertad, hurtos, etc.), mientras que los restantes, no requerirían tal concreción, alcanzando para dar por perfeccionado el delito la mera producción de una "puesta en peligro" del bien jurídico (abusos de armas, tenencia ilegal de arma de fuego, etc.).

Hablar de puesta en peligro es hablar de la probabilidad de que ocurra un evento dañoso. La misma puede considerarse en *abstracto*, lo cual no requerirá una *efectiva* situación de peligro, o en *concreto,* para lo cual se necesitará la producción de un peligro *real* para el objeto jurídico protegido. Pongámoslo con un sencillo ejemplo: tener un arma de fuego en un domicilio, por sí solo, no pone en peligro la vida o la integridad física de nadie; en cambio, disparar contra una persona, aun sin herirla, sí. En el primer supuesto estaremos ante un peligro *abstracto*, en tanto la sola existencia del arma en tenencia de un sujeto es peligroso para los bienes jurídicos en general (en tanto en alguna eventual ocasión puede ser utilizada).

En el segundo supuesto, a diferencia del anterior, estamos ante una puesta en peligro *concreta* (en tanto el sujeto ha disparado el arma contra una persona, pudiendo haberla herido o hasta matado).

Ahora bien, ¿qué relación tiene lo antedicho con el caso que aquí nos ocupa?

La respuesta es sencilla: si el codificador, al referir "poner en peligro", se refiere a un peligro en *abstracto,* el artículo sería notoriamente más inclusivo y abarcativo que si se entendiese como una puesta en peligro en *concreto.* Es decir, prácticamente todos aquellos casos en los cuales un progenitor cometa algún delito contra alguno de sus hijos, haría extensible la privación de la R.P. con relación a los restantes, en tanto no sería necesario probar que se ha generado una situación de peligro concreto contra el menor, alcanzando meramente la posibilidad de resultar lesionado.

Creemos que la interpretación adecuada se corresponde con la comprensión de la puesta en peligro en sentido *concreto*; asumir lo contrario y entender que la privación se encontraría supeditada a la mera producción de un peligro *abstracto* distorsionaría el instituto en cuestión, pues se aplicaría una consecuencia demasiado severa (la privación de la R.P.) ante comportamientos cuyos eventuales resultados lesivos podrían ser muy lejanos.

Dicho esto, y habiendo asumido que la puesta en peligro que origina la privación de la RP. debe ser analizada según las particularidades del caso concreto y en virtud a la producción de un *real* peligro para la integridad física o psíquica del menor, es necesario abordar la plataforma fáctica de este caso que permite subsumir el hecho en cuestión bajo el citado inc. "c" del art. 700 CCyCN.

Lo que primeramente debemos tener en claro es que no hablamos meramente de un progenitor condenado por cometer un delito contra su hija, sino un progenitor también condenado por la comisión de delitos contra su ex pareja (la progenitora de la niña). Más concretamente, se lo condenó como autor de los delitos de abuso sexual con acceso carnal en *concurso real* con abuso sexual simple agravado por el vínculo.

La responsabilidad parental se rige por tres principios generales, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 639 del CCyCN. y ellos son: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo; c) el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

En este punto, debemos decir que el texto legal es concordante con las mandas supra- legales:

El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al *interés superior del niño* al consagrar que "*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá el interés superior del niño".* Si bien no hay una descripción del principio, sí hay una

prescripción de que es obligatorio tomarlo en cuenta en todas las instancias y en todos los ámbitos en donde se involucren situaciones referidas a la infancia. Justamente, esta indeterminación llevó a que la doctrina le otorgase la más amplia tutela efectiva [161].

Cillero Bruñol considera que "el principio del interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos", asimismo todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño", argumentando que ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa de este principio. Así, se desalientan posiciones que sostenían esta jerarquización [162].

Otra cuestión a tener en cuenta está dada por el derecho del niño a ser oído; el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que "los Estados Partes *garantizarán* que esté en condiciones de formarse un juicio propio el *derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones"*, para lo cual "se dará en particular al niño *oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño"* (la cursiva nos pertenece). Pero este principio no debe ser entendido literalmente o como un mero formalismo; es decir, no basta con "escuchar" al menor, sino que es necesario analizar detenida y debidamente su opinión a los efectos de que pueda influenciar la decisión a tomar.

Este principio es el que termina de estructurar el sistema de la responsabilidad parental, ya que conlleva la participa-

161 Grosman, Cecilia P., "El interés superior del niño", en Grosman, Cecilia P. (dir.), *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 29.

162 Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los Derechos del NIño", Justicia y derechos del niño, nro. 1, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, p. 46. Sostiene originariamente que los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos, ya que eran decididos exclusivamente por sus progenitores.

ción activa del niño o niña en todo el proceso y la toma de decisiones sobre asuntos de su interés, dada su calidad de sujeto de derecho. Tal como lo sostiene COUSO, *"el objetivo de la responsabilidad de los progenitores por formar sujetos autónomos a sus hijos, debe incluir necesariamente la participación activa de éstos*". Es un principio que modifica diametralmente la relación del mundo adulto con la infancia, ya que no solamente hay que escuchar sino también tomar debidamente en cuenta lo que el menor dice, y es allí donde toma importancia la noción de *autonomía progresiva* [163].

Volviendo al caso en concreto que nos ocupa, es importante resaltar que el niño no víctima de abuso, expresamente manifestó que hace más de tres años que no tiene contacto con su progenitor, que sabe que está privado de libertad, que mantiene recuerdos negativos traumáticos con relación a la convivencia y que su voluntad es no volver a mantener contacto alguno con su progenitor. Pero, además, y por si esto fuera poco, estas manifestaciones fueron evaluadas por la especialista interviniente (la cual se expide mediante el informe del ETI) quien expresamente explicó que "el niño no se encuentra en condiciones anímicas de sostener la comunicación paterno filial" y que "el niño se encuentra afectado anímicamente por haber sido testigo de violencia en la interacción de la pareja".

Todas estas consideraciones (es decir, las condenas al progenitor, la obligación asumida por el Estado argentino, las manifestaciones del menor y las sugerencias de la especialista) son de suma importancia, pues nos permiten poner en evidencia que en el caso en concreto no hablamos de un comportamiento que puso en peligro la integridad del menor, sino de un comportamiento que, lisa y llanamente, afectó y lesionó al menor.

163 COUSO, Jaime, "El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés superior del niño. Autonomía progresiva y derecho a ser oído". Publicado en http://www.jurisprudenciainfancia.udcp.cl.

Por ello sostenemos que la decisión del organismo jurisdiccional, amén de establecer un criterio interpretativo restringido y notoriamente limitado al poner en tela de juicio la puesta en práctica del inc. 1, no realizó un debido tratamiento del caso ni de la normativa aplicable.

VI. Acerca del impacto social de la sentencia

Habiendo puesto en evidencia nuestro punto de vista, el cual deviene de un análisis técnico del articulado civil, creemos conveniente referirnos al pensamiento de aquellos que no hacen del conocimiento del Derecho en su día a día. Para que se entienda, nos interesa saber qué piensa "la gente" sobre este tema y, más específicamente, sobre la decisión que debería adoptarse ante tal plataforma fáctica.

Para ello realizamos una breve y sencilla encuesta virtual con la participaron de sesenta y nueve (69) personas, entre ellos abogado/as y no abogado/as. De tal forma, logramos adentrarnos en los más variados grupos sociales, franjas etarias y sexos; todo ello a fin de obtener diferentes puntos de vista que nos permitan visualizar el pensamiento de distintos integrantes de la sociedad.

A continuación, se explica.

Previo a todo, y para que los "no conocedores del Derecho" pudieran afrontar satisfactoriamente la encuesta, se puso en conocimiento a todos los participantes acerca del concepto de R.P., evidenciando sucintamente las diferencias entre *privación* y *suspensión* de la misma.

Luego, se planteó el siguiente caso: "*Un progenitor de dos hijos (un niño y una niña) es condenado por la Justicia penal por haber abusado sexualmente de uno de ellos (la niña)".*

A partir de allí se establecieron cuatro preguntas: 1) si estaban de acuerdo con el pedido de la progenitora, quien había solicitado la *privación* de la R.P. con relación a ambos hijos; 2) qué opinión les merecía la decisión adoptada por la Jueza, quien dispuso la *privación* de la

R.P. sólo con relación a la hija; 3) qué opinión les merecía la decisión adoptada por la Jueza, quien dispuso la *suspensión* de la R.P. con relación al hijo y sólo mientras dure el tiempo de la condena; 4) qué harían si el niño expresamente hubiera manifestado sentir angustia y no tener intención de ver a su progenitor nunca más -todo ello debiendo justificar cada respuesta-.

Las mismas deberían ser contestadas por "sí" o por "no", debiendo cada participante explicar el "porqué" de su respuesta.

Al solo efecto de poner en evidencia quiénes han sido los participantes -pues a partir de allí se puede realizar una debida valoración de los resultados- debemos decir:

a) Sexo: 43 mujeres, 22 varones y 2 otros.

b) Ocupación: 28 abogados, 13 empleados (sector público y privado); mientras que los restantes se corresponden con estudiantes, psicólogos, comerciantes, amas de casa, docentes, arquitectos, agentes inmobiliarios, actores, desocupados.

c) Edad:

Entre los 18 y 20 años: 4 personas
Entre los 21 y los 29: 6 personas
Entre los 30 y los 39: 27 personas
Entre los 40 y los 49: 13 personas
Entre los 50 y los 59: 15 personas
Entre los 60 y 69: 3 personas.

Los resultados fueron esclarecedores y relativamente concordantes:

62 de los 69 participantes manifestaron estar de acuerdo con la privación de la R.P. con relación a los dos niños.

Por otro lado, 64 de los 69 participantes manifestaron NO estar de acuerdo con la decisión de suspender la R.P. con relación al niño mientras dure el término de la condena.

Entre las razones puestas en evidencia en el voto mayoritario se advierten variados argumentos, entre los cuales podemos referirnos a:

a) El comportamiento del progenitor pone en evidencia un peligro constante para ambos niños.

b) En el futuro podría repetir su comportamiento criminal con cualquiera de los niños.

c) Porque se ha puesto en riesgo la salud psíquica de ambos niños.

d) Por evidenciar una falta de capacidad o aptitud para ejercer el rol de progenitor.

e) Porque es un abusador.

A partir de allí podemos elaborar dos conclusiones:

1) Ni la edad, ni la ocupación, ni el sexo; han sido factores determinantes en la adopción de una u otra respuesta, denotando que las variedades en las contestaciones no dependen de tales factores.

2) Los motivos y argumentos esgrimidos por los encuestados para contestar en uno u otro sentido han sido variados, aunque podemos decir que "la puesta en peligro" de los niños es el argumento que más se ha consolidado para decidir por la *privación* con relación a ambos niños.

Sin perjuicio de lo antedicho, se advierte una clara y evidente disconformidad con la decisión adoptada por la Jueza

en el caso concreto, que -a su vez- es concordante con nuestro criterio de pensamiento.

VII. Los efectos de la privación de libertad: la subsistente, permanente e inalterable existencia de los deberes de asistencia familiar

Pero más allá del "*pensamiento popular*" (si es que así podemos llamar a los resultados de la encuesta), lo cierto es que el Derecho no puede depender del pensamiento de la ciudadanía; más aun, difícilmente podamos establecer qué es o cuál es la conciencia popular. Pero sin perjuicio de ello, es innegable que el Derecho y, más concretamente, la resolución de los casos concretos debe ser representativa del ideario de justicia. Claro que no es sencillo definir *qué es la justicia;* grandes autores y pensadores del Derecho han intentado dar batalla a fin de consagrar una conceptualización válida de tan escabroso término. Sin perjuicio de las luchas iusfilosóficas con relación a la *justicia,* nos atrevemos a concluir que en este caso en concreto, tanto desde el plano legal como supra-legal, existen argumentos en favor de hacer extensiva la R.P. a ambos niños, dado que un progenitor que ha sido condenado por la comisión de diversos delitos contra quien fuera su pareja y contra su hija, no presenta idoneidad suficiente para seguir ejerciendo la R.P., más aun si el hijo expresamente manifiesta no querer tener ningún tipo de contacto con su progenitor debido a que le ha causado mucho daño.

Que lo antedicho no se malentienda. Privar de la R.P. no es privar al niño de los derechos que le asisten con relación a su progenitor; privar de la R.P. no es suprimir las diversas obligaciones que hacen a la mantención del hijo por parte de su progenitor, es decir alimentos. La privación de la R.P. podrá implicar la pérdida del cuidado personal del niño, la incapacidad para representarlo o administrar sus bienes, la pérdida del derecho a mantener una comunicación constante, pero nunca y bajo ninguna circunstancia la pérdida de las obligaciones alimentarias.

La privación de la R.P. es un castigo para el progenitor, no para el hijo.

Acciones colectivas, alcance de la sentencia y defensa del consumidor

Francisco López Simpson - Fernando Sebastián Pérez

Introducción

Con la proliferación y reconocimiento de los llamados derechos de la tercera generación, los cuales en Argentina obtuvieron su consagración a partir de la última reforma constitucional del año 1994, comenzaron a plantearse diversas problemáticas con relación a su efectiva tutela judicial.

Sabido es que esta clase de derechos persiguen la protección de intereses difusos, es decir, de aquellos intereses que no se sitúan en cabeza de un sujeto determinado, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad, o inclusive de varias. Esta característica plantea una seria dificultad de tipo procesal en lo que hace a su defensa jurisdiccional.

En efecto, un tradicional modelo de proceso "bilateral" que se basa en un litigio entre dos partes sobre bienes jurídicos individuales, no pareciera ser la herramienta jurídica adecuada para asegurar la tutela de estos nuevos derechos consagrados en los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional pues, en un conflicto de esta naturaleza, pueden intervenir una gran cantidad de sujetos, situación que se traduciría en una multiplicidad de procesos, grandes gastos económicos y el riesgo de que se generen sentencias contradictorias sobre un mismo hecho, por no mencionar, además, otros problemas secundarios como ser conflicto de competencias, traslado de la evidencia de un proceso a otro, entre otros.

Nace entonces, a raíz de una construcción pretoriana elaborada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, el concepto de "acción colectiva" que contempla aquellos procesos en cuyo objeto se busca tutelar un derecho de incidencia colectiva, sea éste un interés individual homogéneo, o bien, un bien colectivo.

El presente trabajo buscará efectuar un estudio sobre dichas acciones, delimitando sus aspectos centrales a partir de un análisis sobre la jurisprudencia emanada por nuestro Máximo Tribunal, en particular, el fallo "Halabi" y ver cómo esta herramienta se ha usado y entendemos debe usarse con mayor intensidad para la protección de usuarios y consumidores.

1.- La nocion de proceso colectivo: algunos antecedentes jurisprudenciales

1.1.- Primeros antecedentes jurisprudenciales

Como referimos, la noción y delimitación del concepto de acciones colectivas parte de una construcción pretoriana de nuestra Corte Suprema, que buscó tutelar derechos constitucionales plenamente operativos [164].

Así, y ante la ausencia de un marco normativo que regule la temática, resulta menester partir de un análisis jurisprudencial que nos permita mínimamente delimitar la figura en estudio. Como seguidamente desarrollaremos, el fallo que marcó un punto de inflexión en materia de acciones colectivas fue el fallo "Halabi c/P.E.N." [165]; no obstante, existieron diversos antecedentes jurisprudenciales que por cuestiones de espacio aquí no serán tratados. Sí haremos mención de los principales antecedentes.

a) Fallo "Ekmekdjian c/Sofovich"

Antecedente previo a la reforma constitucional del año 1994, "Ekmekdjian" [166], cuya acción giró en torno al derecho

164 A diferencia de los derechos programáticos, los derechos operativos son aquellos en los cuales su vigencia y reconocimiento no pueden estar supeditados a una posterior reglamentación.

165 CSJN, 24-2-09 "Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986".

166 CSJN, 7-7-92, "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros s/Recurso de Hecho".

de réplica. El actor, al sentirse lesionado en sus sentimientos religiosos por los dichos del Sr. D. Sáenz en el programa de Gerardo Sofovich, exigió a dicho conductor que diera lectura a una carta documento que contestaba los agravios vertidos por Sáenz. Ante la negativa por parte del ciclo televisivo, Ekmekdjian interpuso una acción de amparo basado en su derecho a réplica previsto en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

Sobre este precedente debe referirse, en cuanto al objeto de estudio, que la actora invocó la defensa de un bien colectivo que fue admitida por la Corte decidiendo extender los efectos del fallo a todos los integrantes del grupo (católicos ofendidos por las expresiones de Sáenz). Citando textual: "…A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora…" [167].

b) El fallo "Mendoza"

El fallo "Mendoza" [168] es el fallo más relevante en materia ambiental, al menos hasta la fecha. Dada la magnitud, complejidad y cantidad de sentencias interlocutorias recaídas en el citado fallo, debemos limitar necesariamente su análisis en lo que atañe a la finalidad del presente pues, de lo contrario, necesitaríamos un trabajo aparte para poder analizarlo en su totalidad.

En la sentencia del 20 de junio de 2006, la Corte reconoció su competencia originaria (artículo 117, Constitución Nacional) en lo relativo a la pretensión tendiente a recomponer el

167 Ver considerando 25.

168 CSJN, 8-7-2008, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros".

ambiente frente a la contaminación de sus recursos y resarcir un daño de incidencia colectiva, debido al carácter federal de la materia en debate (artículo 7 de la ley 25.675). No obstante, rechazó su competencia en lo relativo a la lesión de bienes individuales como consecuencia indirecta del daño ambiental.

Así, el Supremo Tribunal diferenció las competencias según se trate de un daño ambiental (colectivo, indivisible, inapropiable), de una lesión sobre bienes individuales como consecuencia indirecta del mismo (subjetivo, individual): "…la acumulación subjetiva postulada en la demanda no configura ninguno de los supuestos que el artículo 117 de la Constitución Nacional atribuye a la competencia originaria y exclusiva de esta corte, por lo que las reclamaciones individuales de esta naturaleza deberán ser reformuladas por los demandantes ante los tribunales que resultaren competentes…"[169].

1.2.- El fallo "Halabi" y la construcción pretoriana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Sin dudas el fallo "Halabi" [170] marcó un punto de inflexión en materia de procesos colectivos.

El fallo giró en torno a una acción de amparo, en la cual Ernesto Halabi reclamó que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, por considerar que dichas disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas e Internet sin que dicha norma determine "en qué casos y con qué justificativos". Alegó asimismo que esa intromisión constituía una violación sobre sus derechos a la privacidad y a la intimidad en su condición de usuario, a la par que menoscababa la confidencialidad que, como abogado, tenía en las comunicaciones para con sus clientes.

169 Ver considerando 16.

170 CSJN, 24-2-2009, "Halabi, Ernesto c/PEN. Ley 25.873. Dec. 1563/2004".

1.2.1. Las tres categorias de derechos

Como punto de partida para resolver la cuestión planteada, la Corte Suprema consideró necesario determinar cuál sería la naturaleza jurídica del derecho que se procura tutelar en esta acción, quiénes y bajo qué condiciones resultarían ser los sujetos legitimados y, finalmente, qué efectos derivarían de la resolución que se dicte.

Delimitó así, tres categorías de derechos: "…individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos…" [171], dejando aclarado que en todos los supuestos debe comprobarse la existencia de un caso, causa o controversia, sin perjuicio de que su concepto varíe según la categoría de derecho que se trate.

a) Primera categoria: derechos individuales

Se trata de una prerrogativa jurídica conferida en exclusividad a un sujeto por el ordenamiento jurídico, que puede hacerla efectiva frente a los demás sujetos y se correlaciona con un deber jurídico. En otras palabras, se trata de un derecho exclusivo y excluyente de la persona.

La existencia de un caso o causa se produce con la constatación sobre la afectación de ese derecho, traducido en un perjuicio actual o inminente, cierto, sobre su persona o patrimonio.

En palabras de la Corte Suprema, "…Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados..." [172].

Así pues, la Corte deja de manifiesto que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular y ello no cambia por el hecho de que existan varias personas lesionadas pues,

171 Ver considerando 9.

172 Ver considerando 10.

a todo evento, se constituirá un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos.

b) Segunda categoria: derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos

La Corte tipifica esta categoría de derechos en base a sus rasgos distintivos. Señala al respecto que "…existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa. Puede

afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular…" [173].

Conforme lo reseñado, encontramos varios caracteres que configuran esta categoría:

Indivisibilidad: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan, se impide la concesión sobre el como un derecho subjetivo.

Uso común: el bien puede ser usado por todos los ciudadanos y, por lo tanto, no pueden ser excluidos de su uso.

Calificación objetiva: la calificación del bien como colectivo surge de una designación normativa objetiva. No resulta ser suficiente el hecho de que el bien pertenezca a una pluralidad de personas y sea indivisible, se requiere además una designación normativa para calificarlo como colectivo.

Resarcimiento colectivo: en el supuesto en que se deba determinar un resarcimiento, la indemnización no tiene, al igual que el bien, un dueño en particular. No se traslada al patrimonio particular de una persona, por más que sea quien se haya adjudicado la legitimación para actuar en el proceso colectivo.

Inalienables: Los bienes colectivos tienen como regla general la inalienabilidad. Como el bien recae sobre un número indefinido de individuos y es indivisible, no se puede adjudicar sobre los mismos un derecho de propiedad que sea pasible de ser trasmitido, sea voluntaria o forzosamente.

La existencia de un caso en este tipo de acciones está sujeta a la demostración de un perjuicio sobre el bien colectivo en sí, el cual debe diferenciarse de los daños individuales surgidos a raíz de éste. Lo expuesto, constituye el rasgo distintivo que determina la competencia y el tipo de proceso.

173 Ver considerando 11.

c) Tercera categoria: derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto intereses individuales homogéneos

El Máximo Tribunal define a esta tercera categoría como aquellos en los cuales "…no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño…" [174].

Se distinguen entonces tres elementos que la tipifican:

Causa fáctica o normativa común: se trata de la existencia de un hecho único generador que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

Pretensión enfocada en los efectos comunes y homogéneos del hecho: no debe tratarse de una sumatoria de derechos subjetivos como ya referimos. Ello se traduce en que el reclamo del individuo que promueve la acción debe estar basado en el mismo curso de eventos y envolver los mismos argumentos que los que involucran al resto de la clase.

La afectación del derecho de acceso a la Justicia de los integrantes del colectivo afectado: se traduce en el hecho de que el interés individual de cada integrante considerado aisladamente no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la Justicia.

La existencia de un "caso" en esta categoría está supeditada a la constatación de un hecho común que afecte a una pluralidad de sujetos (causa fáctica común), ello deberá tenerse en cuenta a la hora de interpretar el art. 27 de la Ley 48.

174 Ver considerando 12.

Luego de analizadas las tres categorías de derechos, la Corte encuadró la pretensión de Halabi como un derecho individual homogéneo por cuanto no se circunscribe a una tutela para sus propios intereses, sino que es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como así también de todos los abogados. Tiene por configurado el caso atento a que constata la existencia de un hecho único que causa una lesión a una pluralidad de derechos individuales, que la pretensión está concentrada en los efectos comunes para toda la clase de sujetos afectados y que hay una clara afectación del acceso a la Justicia, "…porque no se justifica que cada uno de los posibles afectados de la clase de sujetos involucrados promueva una demanda peticionando la inconstitucionalidad de la norma…" [175].

1.2.2. Los recaudos de admisibilidad de la accion colectiva

Continuando con la resolución del caso, el Máximo Tribunal enfatiza que, en materia de acciones colectivas, se debe cumplir con ciertos recaudos que hacen a su admisión y admisibilidad [176]. Ellos son:

La identificación del grupo o colectivo afectado: la clase debe estar definida de modo que los sujetos que la integran puedan quedar obligados por la sentencia que se dicte, o bien, puedan invocarla en acciones ulteriores. Su determinación debe efectuarse en base a criterios objetivos (por ejemplo, en "Halabi" serían los usuarios del servicio de telefonía y los abogados), lo que permite asimismo delimitar los alcances de la cosa juzgada y, además, posibilita al juzgador evaluar si la pretensión está centralizada en los aspectos comunes del hecho dañoso.

Se verifique la idoneidad de quien pretende asumir la representación. Este punto, bien señalado por la Corte, creemos que debe ser seriamente observado no en perjuicio de la defensa de los consumidores, sino en su claro beneficio.

175 Ver considerando 14.

176 Ver considerando 20.

O, dicho de otro modo, somos partidarios de la legitimación amplia, pero no a cualquier precio. Una *mala representación*, ya sea por carencia de experiencia técnica necesaria o por no tener un objeto social -en el caso de las Asociaciones- alineado con el proceso que se intenta, puede decantar en una afectación grave a los derechos de los usuarios y consumidores, como ya lo hemos sostenido a la hora de comentar el fallo "CEPIS" [177].

Se garantice una adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte, lo cual tendrá especial importancia en el alcance de la sentencia.

Se realicen medidas de publicidad: a fin de evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

Así, y luego de analizadas las cuestiones precedentemente descriptas, la Corte Suprema entendió que existía en el caso una adecuada representación del colectivo, basándose en la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada y en el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encontraba firme y el decreto reglamentario 1563/04 suspendido en su vigencia [178]. También tuvo en cuenta las presentaciones realizadas en carácter de *amicus curiae* por parte de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

177 "Legitimación en procesos colectivos. Importancia de la adecuada representación. DPI Cuántico" - Suplemento de Derecho Constitucional. https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-133-14-11-2016/.

178 Ver considerando 14.

En cuanto a la legitimación, afirmo que la acción encuadra dentro del segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional y la actora se encontraba legitimada por el mismo. Sobre este punto repararemos más adelante con mayor amplitud.

1.2.3. Resolucion sobre el fondo de la cuestion

Finalmente, y en cuanto a la cuestión de fondo, la Corte confirmó la sentencia apelada por entender que las normas cuestionadas por la actora trasgredían el derecho a la intimidad tutelado por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, dado que sus previsiones no distinguían ni precisaban de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operarían las interceptaciones sobre las comunicaciones privadas. Concluye así que "…resulta inadmisible que las restricciones autorizadas por la ley estén desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos…" [179].

2.- La legitimacion en los procesos colectivos

La legitimación para actuar, es decir, aquella cualidad emanada por ley para deducir una pretensión ante la Justicia, cobra una mayor trascendencia en materia de acciones colectivas dado que, como vimos en "Halabi", por un lado se debe garantizar el derecho de defensa a todos los integrantes del colectivo invocado y, por el otro lado, la sentencia tendrá un efecto expansivo.

2.1. Los legitimados en el artículo 43 de la Constitución Nacional

Nuestra Constitución Nacional, en el segundo párrafo de su artículo 43 menciona expresamente a los legitimados

179 Ver considerando 26.

para iniciar un proceso colectivo. La norma constitucional recepta que: "…Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, *el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización…*"

Se distinguen entonces 3 legitimados para iniciar una acción colectiva: el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones.

El afectado

Al referirse el constituyente como "el afectado", debemos diferenciar esta figura respecto de la legitimación a la cual denota el primer párrafo del artículo 43, es decir, del titular de una prerrogativa jurídica individualizada por ley (subjetiva) que resulta actual o inminentemente lesionada por un acto u omisión de un particular o de autoridades públicas [180].

Conforme lo sostiene la doctrina mayoritaria [181], la figura aquí en estudio se trata de un sujeto que tiene un interés compartido con otros integrantes del grupo: la legitimación dependerá de la acreditación de la titularidad de un derecho de

180 Conforme artículo 43 primer párrafo: "…Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva…".

181 Ver: Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, t. II, p.382; Gelli, María Angélica, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, 2006, p.491; Rosatti, Horacio D. y otros, *La reforma de la Constitución*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 110; entre otros.

incidencia colectiva y de la claridad de la lesión o amenaza a su respecto. Sobre este último punto, debe entenderse de un perjuicio diferenciado, es decir, no exclusivo de la persona sino diferenciado a un grupo o sector.

A todas luces, el objetivo del constituyente consistió en permitir que aquella persona vulnerada en su esfera individual pueda promover una acción de amparo ya no sólo en defensa exclusiva de su derecho sino también en defensa de todos aquellos que se encuentran en su misma situación (de todos los miembros del grupo al cual pertenece el afectado en cuestión) [182].

El Defensor del Pueblo

La figura alcanzó mayor relevancia a raíz de la última reforma constitucional que lo consagra en su artículo 86. El mandato principal que impone el constituyente al Defensor del Pueblo consiste en "…la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas…"[183].

El carácter adhesivo respecto a un reclamo interpuesto por otro de los legitimados en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Las asociaciones

Respecto a las asociaciones, el texto constitucional otorga su legitimación supeditada a tres aspectos esenciales. Refiere la norma al respecto que: "…las asociaciones *que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*…" (la cursiva me pertenece).

Fines de la asociación: implica que el objeto del litigio debe coincidir con el de las metas institucionales.

182 Salgado, José M., *Tutela Individual homogénea*, Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 149-152.

183 Conforme artículo 86 Constitución Nacional.

Registradas conforme a la ley: con el objeto de visibilizar un control estatal respecto de su capacidad, idoneidad y representatividad.

Los requisitos y formas de su organización: implica ordenar la estructura de las asociaciones

El problema radica en el hecho de que la ley a la cual refiere la norma constitucional aún no fue dictada al día de la fecha (pese a que ya pasaron más de 25 años). Sin perjuicio de ello, aun frente a este vacío legal, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido casi sin excepción la plena operatividad de la norma en cuanto confiere legitimación colectiva a las asociaciones sin perjuicio de que, vale aclararlo, por lo general han limitado el análisis a que el objeto estatutario de la organización coincida con el del litigio.

2.2. Los legitimados en la Ley de Defensa del Consumidor

Contemporánea a la reforma constitucional del año 1994 fue sancionada la primera Ley de Defensa del Consumidor, Ley nacional N° 24.240 [184]. Ya en su versión original, su artículo 52 segundo párrafo admitía la legitimación por parte del "Ministerio Fiscal" y "La Autoridad de Aplicación Nacional o Local", lo que resultaba sumamente progresivo para su época.

Con su reforma del año 2008 [185], se incorpora también en dicho artículo la figura del Defensor del Pueblo, coherente con el texto constitucional del año 1994 como ya vimos [186].También modifica el artículo 54 de la ley, con el objeto de dar una mayor precisión sobre el alcance de las sentencias recaídas en acciones colectivas, como veremos más adelante.

Pero, en lo que hace al punto en estudio, podemos afirmar que la Ley de Defensa del Consumidor amplia los legitimados

184 Promulgada parcialmente el 13/10/1993.

185 Promulgada mediante Ley N° 26.361 de fecha 7/04/2008.

186 Sucede que la Ley de Defensa del Consumidor fue promulgada unos meses antes que la reforma constitucional del año 94, en la cual se incorporaba la figura del Defensor del Pueblo.

activos para el inicio de una acción colectiva, por cuanto incorpora (además de los tres legitimados que ya vimos antes) la figura del Ministerio Publico Fiscal y la de La Autoridad de Aplicación Nacional y Local.

Ministerio Público Fiscal

La legitimación del Ministerio Público en estos supuestos decanta del mandato que le encomienda el artículo 120 de la Constitución Nacional, esto es, promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, que lo habilitan a intervenir en conflictos en los que se encuentre afectado de manera grave el acceso a la Justicia, por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas [187].

Por otra parte, el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor expresamente le otorga al Ministerio Público una legitimación que abarca dos tipos de funciones posibles: puede actuar como parte y puede actuar como fiscal de la ley. Lamentablemente, su redacción no establece precisión alguna en materia procesal, por lo que entendemos resulta aplicable el régimen de las distintas provincias en forma subsidiaria.

No obstante, dicho artículo sí pone en cabeza del Ministerio Público Fiscal la obligación de continuar con la acción colectiva para el supuesto de abandono o desistimiento por parte de la asociación de consumidores.

En síntesis, tenemos que el Ministerio Público Fiscal se encuentra legitimado actuando como parte en defensa de derechos colectivos o como fiscal en garantía de la normativa legal, con mayor razón para el caso de desistimiento o abandono de la acción por parte de las asociaciones o del mismo consumidor, en cuyo caso la titularidad activa será asumida por dicho órgano. Asimismo, recae en sus funciones emitir dictamen y expedirse respecto de la adecuada consideración

187 Conforme artículo 120 C.N. y artículos 2, inc. e) y 31 inc. b), ley 27.148.

de los intereses de los consumidores o usuarios afectados frente a un acuerdo o transacción cuando dicho órgano no sea parte.

La autoridad de aplicación

Como señalamos, el artículo 52 de la ley 24.240 autoriza a promover acciones colectivas a las autoridades de aplicación, ya sean a nivel nacional o local (provincias y municipios). No obstante, este reconocimiento que otorga la ley resulta bastante controvertido ya que las autoridades de aplicación no tienen personería jurídica diferenciada que les permita accionar por sí mismas, es decir, en forma autónoma. Por esta razón no está muy en claro a qué tipo de legitimación se refiere la norma y cuál sería su aplicación real. A lo cual se suma que, al ser organismos eminentemente "políticos", conformados con funcionarios afines al gobierno de turno, no gozarían de la necesaria imparcialidad para llevar adelante el proceso colectivo, y podría utilizarse como una herramienta política de hostigamiento. Atento lo cual no se le ha dado cabida a nivel jurisdiccional por el momento.

4.- La sentencia colectiva

4.1. Las caracteristicas de la sentencia colectiva

Las acciones colectivas rompen con el paradigma tradicional de los procesos bilaterales en los cuales la decisión judicial declara el derecho y ordena su satisfacción. Así, en un proceso bilateral, los efectos de la sentencia no exceden a las partes ni crean obligaciones jurídicas hacia terceros ajenos al conflicto, sin perjuicio de que su precedente pueda tener un valor ejemplar para casos análogos.

En los procesos colectivos, en cambio, los efectos de la sentencia exceden a las partes en una dimensión que puede variar según el colectivo que esté implicado: se puede extender a todos los sujetos que estén alcanzados por los elementos comunes del caso (intereses individuales homogéneos) o bien, a todos los sujetos abarcados por una acción que tenga por objeto un bien colectivo.

En otras palabras, la característica más relevante de la sentencia colectiva es que produce efectos *erga omnes*, por cuanto se produce una necesaria expansión de los efectos de la cosa juzgada hacia quienes no formaron parte del debate procesal, lo que rompe con la función tradicional del juez y lo obliga muchas veces a actuar como legislador o administrador gubernamental.

En efecto, en las sentencias colectivas (especialmente, en aquellas cuyo objeto gire en torno al bien colectivo) se advierte muchas veces un activismo judicial que avanza sobre áreas que en otros tiempos se consideraban propias de otros poderes, a fin de poder cubrir una demanda social existente y postergada.

Bajo este marco, la expansión de los efectos de la cosa juzgada conlleva una ventaja insoslayable: *facilita la tutela de un derecho respecto a quienes carecen de recursos y se encuentran impedidos de hacerlo*.

4.2. Las sentencias sobre los intereses individuales homogéneos

La cuestión de los efectos expansivos de una sentencia recaída en una acción colectiva cuyo objeto consiste en la tutela de un interés individual homogéneo puede variar, según sea la decisión que adopte el justiciante.

En efecto, si el juzgador hace lugar a la acción, la misma beneficiará a todos los integrantes del colectivo, aun cuando éstos no hayan intervenido en el proceso.

No obstante, existe también la necesidad de preservar la autonomía de la voluntad de quienes no deseen verse alcanzados por los efectos de la sentencia colectiva. Lo contrario, implicaría una evidente trasgresión al artículo 19 de nuestra Constitución Nacional por cuanto vulneraría una libertad individual.

Así, el mecanismo tendiente a proteger esta libertad individual se materializa a través de los requisitos que la propia CSJN ha expresado y exigido a partir de la doctrina "Halabi", específicamente, en cuanto a la exigencia de publicidad sobre la acción colectiva, por ejemplo, mediante medios periodísti-

cos locales o a través de edictos. Esta publicidad permite que quienes no quieran ser alcanzados por los efectos *erga omnes* de la futura sentencia colectiva, lo puedan manifestar en el proceso, quedando excluidos del mismo.

En este mismo sentido y como hemos visto, el segundo párrafo del artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor prevé "...La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga…".

Así, la construcción pretoriana desarrollada por nuestra CSJN a partir de "Halabi" guarda armonía con lo tipificado en la ley 24.240, por cuanto permite la exclusión (tanto del trámite del proceso como de los efectos de la sentencia) respecto de los sujetos que en tal sentido se manifiesten dentro del plazo establecido.

Para el supuesto en el cual la acción colectiva sea rechazada**,** sus efectos expansivos van a variar según el motivo por el cual se haya rechazado tal acción.

Si el juez rechaza la acción por entender que la misma carece de fundamentación suficiente, los efectos del rechazo son generales y abarcan a todo el colectivo, pese a que se podría intentar luego una nueva acción si es que se alegan y prueban hechos nuevos.

En cambio, si la sentencia es rechazada por falta de pruebas, el fallo sólo tiene validez para las partes y cualquier otra persona legitimada podría iniciar una nueva acción subsanando este defecto.

Lo expuesto, se desprende del segundo párrafo del artículo 33 de la Ley General de Ambiente, el cual recepta que "… La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias…".

Así, cualquier miembro del colectivo que no intervino directamente en el proceso y que cuente con prueba dirimente

sobre la decisión del caso, podría promover una nueva acción.

Los efectos de la sentencia, producto de la legitimación especial que poseen los sujetos enumerados por la Ley de Defensa del Consumidor y la Constitución Nacional, son el punto de partida para sostener que la defensa del consumidor debe desarrollarse, entendemos, con una visión más macro del sistema de producción -mercado- y la realidad diaria del consumidor en su permanente interacción. Esto es, debe sopesarse que ya no es necesario impulsar a cada usuario o consumidor para que realice la tediosa peregrinación por los carriles administrativos - autoridad de aplicación de ley 24.240, Entes Reguladores, etc.- o judiciales multiplicando la cantidad de reclamos idénticos a raíz de incumplimientos a la normas tuitivas del consumidor, en temas bancarios, de servicios públicos domiciliarios, planes de ahorro, etc., y en cambio es hora de darle vuelo a la herramienta descripta en el presente trabajo -acciones colectivas- que realmente subsanen los efectos disvaliosos que se producen en el mercado, con afectación directa en los consumidores de bienes y servicios. Que por cierto en la mayoría de los casos presentan una casuística común y afectan a grupos enteros de consumidores.

5.- Conclusion

Al inicio del presente, vimos que, si bien el reconocimiento expreso de la tutela sobre los llamados derechos de incidencia colectiva ha sido incorporado a través de la última reforma constitucional del año 1994, no existe a la fecha un marco normativo que reglamente este tipo de acciones. Amén de las reiteradas exportaciones por parte del Poder Judicial a su par Legislativo para que elimine la laguna.

Ante la desidia por parte del legislador y dada la indubitable importancia que gira en torno a estos llamados derechos de tercera generación -entre los cuales hemos elegido poner el foco en consumidores y usuarios- nuestro Máximo Tribunal buscó, mediante una construcción pretoriana, establecer mínimamente un marco que delimite ciertos recaudos que hacen

a la procedencia y validez de las acciones colectivas que buscan tutelarlos. En efecto, al tratarse de derechos plenamente operativos y dada la trascendencia social, económica, política e institucional que gira en torno a los mismos, su reconocimiento no puede quedar supeditado a una ley que los reglamente: la garantía existe y está consagrada en nuestra Carta Magna.

No obstante, este escenario no es el ideal y la necesidad de la sanción de un marco normativo que reglamente estas acciones se hace imperiosa, dada su inevitable proliferación. En efecto, el surgimiento de una sociedad de masas, una economía cada vez más globalizada, el consumo masivo y el agotamiento de los recursos naturales, de la mano de una fuerte evolución tecnológica, introducen riesgos que pueden potencialmente expandirse hacia grandes grupos de personas.

Ante este panorama, las escasas previsiones conferidas sobre algunos artículos previstos en la ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) y en la Ley General de Ambiente (Ley Nacional 25.675) y las dos acordadas de la SCJN, no alcanzan a reglamentar una cuestión tan compleja e importante. Se hace necesaria la construcción de un sistema legal, mediante el cual se tipifique claramente los requisitos que hacen a la procedencia y validez de las acciones colectivas, así como también, las cuestiones de forma en miras a poder aportar un correcto orden en la actividad tribunalicia cuando de estas acciones se trate y cuyas características resultan ser tan propias.

Así, cuestiones como los alcances de la acción colectiva, los tipos de procesos colectivos, la delimitación de la clase involucrada, la competencia, la legitimación, la representación de la clase, la publicidad de la acción, la posibilidad de ejercer el derecho de autoexclusión, los efectos de la sentencia colectiva, la relación entre las acciones colectivas y las individuales, las cargas sobre las costas del proceso, las materias excluidas, entre otras, resulta menester que sean reglamentadas por parte del Poder Legislativo, tanto a nivel nacional como provincial.

Se encuentra en mora la sanción de una norma por parte del Congreso Nacional que permita ordenar y reglamentar la ma-

teria, siendo el Poder Legislativo, y haciendo uso del poder de policía, el único investido con tales facultades para suplir este claro vacío legal que viene siendo señalado por la CSJN desde la causa "Halabi". Esta "orfandad normativa", se tradujo en que el Poder Judicial haya avanzado sobre la reglamentación de derechos constitucionales a fin de que los mismos puedan ser ejercidos y tutelados, situación que debe ser resuelta de forma definitiva y rápida, a fin de resguardar la división de poderes (artículos 44 y 75 de la Constitución Nacional).

Actualmente, existen desde ambas cámaras varios proyectos de ley que buscan regular la materia, pero ninguno de estos aún ha sido tratado lamentablemente. Entendemos que la norma inevitablemente será sancionada y que ésta guardará armonía con los lineamientos que ha construido nuestro Supremo Tribunal hasta la fecha, con el objeto de garantizar el ejercicio pleno de estos derechos de raigambre constitucional.

En miras al cumplimiento de dicha finalidad, la norma deberá mínimamente: lograr una real eficiencia de la Administración de Justicia concentrando los casos que tengan origen en un mismo hecho bajo una sola acción judicial; facilitar el acceso a la Justicia de grupos que ven impedida su protección por distintos motivos (económicos, sociales y culturales) entre los cuales resulta indispensable tener presente a los c*onsumidores hipervulnerables*, categoría de consumidores vigente en el ordenamiento jurídico argentino por imperio de la resol. 139 de 2020 de la Secretaria de Comercio Interior del Ministerio de Economía de la Nación; prevenir y desalentar conductas ilícitas masivas, y evitar la repetición de resoluciones distintas para un mismo conflicto.

Hasta entonces, creemos que los operadores jurídicos debemos valernos de los lineamientos vertidos por la Corte Suprema, que han sido analizados en el presente, respecto a la tutela de los llamados derechos de incidencia colectiva, materializada a través de acciones colectivas, para comprender su funcionamiento, requisitos de procedencia y legitimación, y sobre todo pensándolo como una vía de innegable eficiencia en materia de protección de los derechos de consumidores y

usuarios. La carencia de un marco regulatorio específico no puede (debe) frenar el avance de estas acciones que son sin dudas una herramienta procesal adecuada para cumplir con los mandatos constitucionales de "afianzar la justicia" y proveer a la defensa de los derechos de consumidores y usuarios.

Los derechos individuales y colectivos en contexto de pandemia ¿se excluyen o coexisten?

María Lis Amaya y Ana Clara D´Ovidio

Exordio
La verdadera política es necesaria ahora.
Las decisiones sobre la solidaridad
son eminentemente políticas (Žižek, 2020)

Con fecha 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote de coronavirus como una pandemia que -hasta ese momento- afectaba a 110 países en el mundo. Un día después, bajo el decreto N° 297/2020, el Presidente de la República Argentina declara la emergencia pública en materia sanitaria. Con el objetivo de proteger la salud de la población, estableció para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria la medida de "Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio" (ASPO).

El 16 de agosto del corriente año, a Pablo Musse y su cuñada Paola les fue negado el ingreso a la Provincia de Córdoba debido a las restricciones por la pandemia de coronavirus. El hombre -que vive en la localidad neuquina de Plottier- viajó cientos de kilómetros para poder despedir a su hija Solange, quien unos días después falleció de cáncer a los 36 años de edad. Ante esta situación, en diversos medios de comunicación manifestó que no tuvo respuestas ni del gobierno nacional ni del gobierno provincial: "nadie se hizo cargo de nada".

Antes de morir, Solange Musse escribió una carta que rápidamente se volvió viral. En uno de sus pasajes expresó: "Quiero que entiendan que mientras viva tengo mis derechos, quiero que sean respetados. Lo escribo porque no puedo hablar mucho, lo que han hecho con mi padre y mi tía es inhumano, humillante y muy doloroso. Siento tanta impotencia de que sean arrebatados los derechos de mi padre para verme y a mí para verlo. ¿Quién decide eso si queremos vernos? Acuérden-

se, hasta mi último suspiro tengo mis derechos, nadie va a arrebatar eso en mi persona.

Lo único que necesito es que escuchen a mi familia y a mí. Las decisiones ante esta pandemia están en cuidarse, con todas las precauciones, y eso es lo que iba a pasar".

La llegada de la pandemia en nuestras vidas puso en crisis una normalidad. Boaventura De Sousa Santos (2020) sostiene que existe un debate al interior de las ciencias sociales respecto a si la verdad y calidad de las instituciones de una sociedad determinada se conocen mejor en situaciones normales, de normal funcionamiento, o en situaciones excepcionales, de crisis. Tal vez ambos tipos de situaciones sean inductores de conocimiento, pero sin duda nos permiten conocer o revelan cosas diferentes. ¿Qué conocimiento potencial proviene de la pandemia de coronavirus?

La etimología del término "pandemia" hace referencia a la "reunión del pueblo". La paradoja en la que nos encontramos hoy nos enfrenta al hecho de que, para cuidarnos del virus y demostrar solidaridad para con el semejante, lo mejor es aislarnos y evitar el contacto con otras personas. Tal como sostiene De Sousa Santos (2020), se trata de una extraña comunión de destinos y, junto con él, nos preguntamos: ¿serán posibles otras?

COVID-19: Hacer frente a la pandemia

A partir de la declaración de la emergencia sanitaria internacional por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) cada país fue adoptando diferentes acciones e implementando modalidades distintas de aislamiento, frente a un acontecimiento que irrumpió de manera inesperada, poniendo en jaque intentos de auto-organización y planificación de la vida cotidiana de millones de personas. María Belén Herrero y Marcela Belardo (2020) señalan tres tipos de actitudes por parte de los gobiernos alrededor del mundo: los que prácticamente no han aplicado medidas; los que implementaron medidas más drásticas, y aquellos países que fueron aplicando pro-

gresivamente medidas de aislamiento hasta llegar a decretar cuarentenas totales.

A partir del decreto reglamentario N° 260/2020, en nuestro país se establece el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO), buscando proteger el derecho humano a la salud por sobre todas las cosas. Aquí se destaca que, a fin de mitigar la propagación del virus y su impacto en el sistema sanitario -dado que nos encontramos ante una potencial crisis sanitaria y social sin precedentes-, las medidas de aislamiento y distanciamiento social obligatorio revisten un rol de vital importancia para hacer frente a la situación epidemiológica e intentar mitigar el impacto sanitario del COVID-19.

Sin embargo, en este contexto queda en evidencia el hecho de que el abordaje de la problemática excede aspectos meramente sanitarios, abarcando cuestiones económicas, sociales, culturales, educativas, laborales, vinculares, etc., que complejizan el abordaje y las medidas destinadas a evitar la propagación del virus. Al mismo tiempo, no debemos perder de vista que los Derechos Humanos son integrales, interdependientes, indivisibles, y complementarios: la vigencia de unos es condición para la plena realización de los otros, de forma tal que la vulneración de alguno de ellos implica poner en riesgo el ejercicio de otros derechos.

Siguiendo los planteos de Jaime Breilh (2020), podemos sostener que contemplar el estudio de la pandemia desde un punto de vista lineal -haciendo foco exclusivamente en su objeto de estudio, la observación de los contagios y la correlación con factores de riesgo- implica un reduccionismo de un proceso complejo y multidimensional, que involucra distintos dominios de la realidad.

Aquí cabe señalar que la salud, según la definición que la Organización Mundial de la Salud (OMS) hace del término, es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El COVID-19 confirma una vez más que la salud no es un concepto estático ni a-histórico, sino que es producto de un proceso complejo de determinación social, es decir, múltiples

condiciones influyen en el estado de salud de las poblaciones, que van desde el nivel macroestructural -como las políticas internacionales, regionales y nacionales, las características sociodemográficas de una población, la situación económica, ambiental, social y la estructura de los servicios de salud- hasta el nivel de la salud individual. Si bien en su origen se presenta como una crisis sanitaria, la pandemia de COVID-19 está afectando todas las dimensiones de la vida social (Herrero y Belardo, 2020, p. 122).

La situación actual pone en evidencia la necesidad de políticas públicas integrales, pero también políticas que apunten a generar lazos sociales, ya que un excesivo énfasis en la responsabilidad social nos enfrenta al riesgo de caer en un individualismo, con conductas hostiles hacia los otros, en tanto potenciales amenazas.

Al enfrentar el virus predominantemente en términos de "responsabilidad individual" (las medidas de aislamiento, la forma de estornudar, el lavado de manos), se pone el acento en las acciones de cada ciudadano, y por ello se persigue (y también con tonos guerreros) a los que no cumplen las normativas. Más allá de que esas normativas permiten un ordenamiento de lo social mientras se generan los mecanismos sanitarios para enfrentar el avance de la pandemia, hay que tener en cuenta la cuestión colectiva: ¿qué aspectos de la organización de nuestra vida a nivel de lo colectivo, de los sistemas sanitarios, de la economía, de los modos de vincularnos con la naturaleza, es necesario volver a pensar? (Cragnolini, 2020; p.45).

Tal como señala Clara Schor Landman (2020), con individualismo quedamos enredados. De esta forma, se vuelve necesario un abordaje desde un punto de vista crítico que permita ampliar el horizonte de inteligibilidad, donde los saberes desde la medicina y los cuidados preventivos son importantes, pero de ningún modo agotan el campo de acción anti-pandémico (Breilh, 2020).

Tan importante es el cuidado que no sólo debemos pensarlo como derecho sino también como responsabilidad. El proble-

ma de mercantilizarlo es que están quienes pueden pagarlo y quienes no, como todo en este capitalismo. El virus nos ha demostrado que de nada sirve encerrarnos en nuestras realidades fragmentadas si alcanza con haber tocado el mismo picaporte para que nos enfermemos (Botto, 2020; p. 204).

Epidemias y pandemias a lo largo de la historia

Una pandemia (del griego πανδημία, de παν, pan, 'todo', y δήμος, demos, 'pueblo', expresión que significa 'reunión de todo un pueblo') es la afectación de una enfermedad infecciosa de los humanos a lo largo de un área geográficamente extensa, que se presenta como una amenaza grave para la sociedad.

Es la versión sanitaria de una catástrofe social que responde a la extensión rápida de enfermedades agudas transmisibles, infectocontagiosas, que cursan con alto número de casos y alta letalidad y cuyo origen reconocemos hoy como biológico en forma de entes microscópicos. (Rodríguez Ocaña, 2020; p. 26)

Los microorganismos, tales como virus y bacterias, han convivido con nosotros, desde la aparición de la raza humana. Si tenemos que tomar como referencia diversas pandemias a lo largo de la Historia, es posible citar la peste de los hititas, de la época del Rey Mursili II (1340-1310 a.C), peste de Atenas, en Grecia (584 a.C), la Plaga de Atenas (431 a.C) que se caracterizaba según diferentes versiones en viruela o tifus.

La peste de Agrigento (406 a.C) en Sicilia y la Peste de Siracusa (396 a.C).

Tres grandes pandemias marcaron el devenir del Imperio Romano: la Peste Antonina, la Gran Epidemia de los Antoninos o Peste de Galeno (siglo II d.C.); Peste de Cipriano (siglo III d.C.) y la Peste de Justiniano (541-544 d.C.).

Todas las epidemias y pandemias a lo largo de la Historia eran consideradas castigos divinos, por lo que su cura estaba centrada en un ritual religioso, a la buena voluntad de los dioses de cada reino. Para no provocar la diseminación de las mismas en el pueblo, los afectados por este castigo divino de-

bían ser separados. Complacer a los dioses, en la mentalidad de nuestros antepasados, era la única salida de prosperidad y futuro cierto.

Dicen que las pandemias suceden cada 1000 años, sólo que esta vez el fas y la referencia a los ritos-religiosos no está tan aferrado en nuestra sociedad.

A finales del año 2019, un nuevo tipo de Coronavirus (SARS-CoV-2) hizo su aparición en el continente asiático. Comenzando como una epidemia en la ciudad china de Wuhan, fue al poco tiempo oficialmente declarada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud debido a la rápida expansión global del virus y su alta infectividad

El significado literal de la pandemia de coronavirus es el miedo caótico generalizado y la muerte sin fronteras causados por un enemigo invisible. Pero lo que expresa es mucho más que eso. Éstos son algunos de los significados que surgen de ella. El todopoderoso invisible puede ser infinitamente grande (el dios de las religiones escritas en los libros) o infinitamente pequeño (el virus) (De Sousa Santos, 2020; p. 32).

Pandemia, aislamiento social y su impacto en la subjetividad

Hay quienes sostienen que en el tránsito de la modernidad a la posmodernidad el sujeto ya no es colectivo sino individual, primando la ruptura de los lazos sociales y la lógica del "sálvese quien pueda".

Hoy entra en crisis toda noción del individualismo, y el lazo social se constituye como sostén de la subjetividad. Ante las nuevas condiciones de limitación de las relaciones personales el contacto inmediato con los otros adquiere un nuevo valor, un valor validado por la privación (Ruiz, 2020).

Las nuevas modalidades comunicacionales y vinculares produjeron una ruptura en la cotidianidad. La irrupción de la pandemia como un fenómeno disruptivo conlleva cambios en las regulaciones explícitas e implícitas, viéndose modificada nuestra forma de ser y estar en el mundo. "Disruptivo será

todo evento o situación con la capacidad potencial de irrumpir en el psiquismo y producir reacciones que alteren su capacidad integradora y de elaboración" (Benyakar, 2006, p. 14).

Más allá del impacto colectivo de la pandemia, interesa señalar que no existe una generalidad de cómo actuar ante tal o cual situación. De esta forma, frente a aquello que irrumpe de forma súbita, cada persona llevará adelante un proceso de elaboración particular.

Moty Benyakar (2006) sostiene que para que un evento se consolide como disruptivo debe desorganizar, desestructurar o provocar una discontinuidad. Si bien la capacidad disruptiva de un evento dependen del sujeto que lo vive, el autor sitúa ciertas cualidades que pueden potenciar esta capacidad: ser inesperado; interrumpir un proceso normal y habitual indispensable para nuestra existencia o para mantener el equilibrio; minar el sentimiento de confianza en los otros; contener rasgos novedosos no codificables ni interpretables según los parámetros que ofrece la cultura; amenazar la integridad física propia o de otros significativos; y distorsionar o destruir el hábitat cotidiano.

La puesta en cuestión de las certezas, falta de parámetros organizadores y la ruptura de lo conocido nos obliga a reconfigurarnos en función del escenario actual, ya que todos experimentamos algún grado de sufrimiento ante la afectación de las interacciones de la vida cotidiana. Sin embargo, resulta innegable que la pandemia afecta de manera diferencial según las condiciones materiales, simbólicas, económicas y sociales de vida, poniendo en evidencia la falta de acceso a derechos humanos básicos de grandes sectores de la población, problema estructural e histórico de nuestro país que agudiza las desigualdades. Sin ir más lejos, podemos preguntarnos cómo harán para acatar el imperativo de "quedate en casa" -que desde el comienzo de la pandemia ha circulado como un eslogan en medios de comunicación masiva y en los discursos de políticos y comunicadores- aquellas miles de personas que no tienen un techo o las comodidades básicas para sobrellevar el aislamiento y, de esta forma, preservar su salud.

En este contexto, en muchos casos el cumplir con la cuarentena y las medidas sanitarias requeridas se presenta como un privilegio, accesible sólo para quienes tenemos lugar para encerrarnos y un salario, aunque no salgamos a trabajar. Aquí podemos señalar que, si bien el virus nos puede afectar a todos, es una realidad que no todas las personas contamos con las mismas herramientas para hacerle frente e implementar las medidas necesarias para prevenir los contagios.

Dadas las condiciones habitacionales, ¿podrán cumplir con las normas de prevención recomendadas por la OMS? ¿Podrán mantener la distancia interpersonal en los espacios de vivienda reducidos donde la privacidad es casi imposible? ¿Podrán lavarse las manos con frecuencia cuando la poca agua disponible debe guardarse para beber y cocinar? ¿El confinamiento en una vivienda tan pequeña no supondrá otros riesgos para la salud tanto o más graves que los causados por el virus? (De Sousa Santos, 2020; p. 52).

Actualmente nos encontramos atravesando un momento histórico de incertidumbre que nos confronta con nuestra propia vulnerabilidad y los fantasmas de la muerte, propia o cercana, incrementando sentimientos de desamparo e inseguridad (Kordon, Edelman y Lagos, 2020).

La incertidumbre genera angustia pero, siguiendo los planteos de Oscar Sotolano (2020), también genera angustia una particular certeza que la incertidumbre actual activa: nuestra inevitable mortalidad.

Si bien "sabemos" respecto de la muerte más allá del coronavirus, en momentos como el que vivimos este "saber" se impone en nuestra mente con gran fuerza. El autor sostiene que en el contexto actual y ante la angustiosa incertidumbre, la muerte se instala como una paradójica certeza, "tranquilizante" y angustiante a la vez: "probablemente, porque se trata de la única certeza plena que como humanos podemos tener a lo largo de nuestra vida" (Sotolano, 2020).

Aquí cabe señalar que la certeza de la muerte también es, pues, incierta: en la medida en que no tenemos modos de representarla, adviene siempre como una certeza sin represen-

tación cierta. En definitiva, hoy todos vivimos en la incertidumbre. Incertidumbre que siempre está presente a lo largo de nuestra vida pero que, hoy por hoy, nos confronta con el real de nuestra propia vulnerabilidad que, muchas veces, buscamos por todos los medios desmentir.

En esa dirección, vulnerabilidad tomando los aportes de Juan Carlos Dominguez Lostaló (1997), deriva de herida, y refiere a la persona susceptible de ser dañada de distintas formas. Todos somos vulnerables, y por tanto podemos encontrarnos en situación de ser heridos o dañados por distintas causas.

Sigmund Freud, al hablar del desamparo originario del cachorro humano, nos dice que el nacimiento es el estado de mayor vulnerabilidad. Es a partir del encuentro con un otro que se transmite la ley y libidiniza al recién nacido, es decir, que se inicia el proceso de humanización. De acuerdo a las respuestas del grupo social, la vulnerabilidad -inherente a la condición humana- puede reducirse o incrementarse en diferentes grados.

Somos sujetos sociales, sujetos de vínculo. Insertos en un entramado social, histórico, cultural, vamos construyendo nuestra subjetividad a partir del contacto con otros.

La cultura permite crear un espacio-soporte intrasubjetivo, intersubjetivo y transubjetivo donde se desarrollan los intercambios libidinales. Este espacio ofrece la posibilidad de que los sujetos se encuentren en comunidades de intereses, en las cuales establecen lazos afectivos, imaginarios y simbólicos que permiten dar cuenta de los conflictos que se producen. Es así como este espacio se convierte en soporte de los efectos de la pulsión de muerte: la violencia destructiva y autodestructiva (Carpintero, 2020).

En este sentido, el distanciamiento físico puede conllevar sentimientos de pérdida e indefensión, incertidumbre y miedo de nuestra fragilidad humana, que buscamos sortear a partir de la puesta en funcionamiento de estrategias creativas que permitan implementar otro tipo de formas de vinculación, inaugurando nuevos modos de lazos sociales que nos ayudan a

compartir y apuntalarnos. En situaciones críticas, la pertenencia a un colectivo y la interacción con éste pueden funcionar como elementos de protección subjetiva que permitan la preservación psíquica individual a partir de saber que sigue existiendo un otro, y que el distanciamiento físico no implica aislamiento social.

Tal como sostienen Kordon, Edelman y Lagos, "en nuestra cultura, la proximidad corporal está inscripta como una expresión de afecto. El abrazo, el beso, definen fraternidad. También la mirada y sus matices, y lo gestual son modos de comunicación significativos" (2020, p. 265). En momentos donde esta proximidad no está permitida se vuelve imperioso poner en práctica estrategias creativas que permitan acortar la distancia, estrategias que producen modificaciones en el proceso de subjetivación tanto a nivel personal como vincular y social.

Control social, medidas sanitarias y necesidad de estrategias que contemplen los Derechos Humanos

En cada época y en cada región existen prácticas y discursos que buscan regular la vida en sociedad, los lazos sociales y las relaciones socio-comunitarias, forjando un tipo de subjetividad determinada. El control social, entendido como aquellas actividades que ayudan a regular las interacciones humanas y medidas tendientes al mantenimiento de un orden social (Aniyar de Castro, 1987), no puede ser analizado al margen de una coyuntura socio-histórica determinada.

Cuando se producen quiebres que impactan en el modo de vivir -sean sutiles acontecimientos o grandes mutaciones- el orden simbólico cambia y con ello el modo de controlar a los habitantes.

Inevitablemente esto tendrá un impacto en la modalidad de construcción de subjetividad y de lazos, ya que toda producción de subjetividad se da en el "interior" de una determinada organización histórico-social. Así, podemos decir que no existe una subjetividad que pueda aislarse de la cultura y de la vida

social, ni tampoco existe una cultura que pueda aislarse de la subjetividad que la sostiene (Domínguez Lostaló, 1997).

Enrique Carpintero (2020) introduce el concepto de corpo-subjetividad para aludir a un sujeto que constituye su subjetividad desde diferentes cuerpos -el cuerpo orgánico, el cuerpo erógeno, el cuerpo pulsional, el cuerpo imaginario, el cuerpo simbólico, el cuerpo social y político- que a lo largo de la vida componen espacios cuyos anudamientos dan cuenta de los procesos de subjetivación. Definiendo al cuerpo como el espacio que constituye la subjetividad del sujeto, Carpintero sostiene que toda producción de subjetividad es corporal en el interior de una determinada organización histórico-social: los cuerpos afectan y son afectados por otros cuerpos en el interior del colectivo social.

El actual contexto de pandemia que estamos atravesando nos enfrenta a grandes mutaciones que producen cambios tanto a nivel subjetivo como a nivel vincular, y nos coloca ante la necesidad de repensar la forma de control social que necesitamos implementar, así como las políticas públicas necesarias para atravesar la emergencia.

Tal como sostiene María Pía López (2020), en la situación excepcional que nos coloca la pandemia prima la idea de un orden necesario: el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio exige tanto la voluntad ciudadana de acatarlo como el control policial de la circulación.

El problema que preocupa a muchos, y sobre el que merece la pena reflexionar, es que el ideal de una sociedad disciplinada y obediente se mantenga como tentación autoritaria cuando el objetivo ya no sea la lucha sanitaria. En la actualidad conviven redes de apoyo mutuo y muestras de solidaridad entre los ciudadanos con esos "policías de balcón" que, al tener tan interiorizada la norma y el miedo, insultan y delatan a todo el que pasa por la calle, aunque sea un repartidor de medicamentos. Todos los que no están enfermos pasan a ser sospechosos y, por tanto, peligrosos, pero ¿por dónde irán las relaciones sociales después de la epidemia? ¿Hacia nuevas formas de convivencia que primen la solidaridad y lo común o

hacia una sociedad más encerrada en sí misma, más desconfiada, más autoritaria, en la que la sospecha y la delación sean elementos inherentes a la misma? (Huertas, 2020; p. 167)

En este contexto, podemos pensar que las libertades individuales son suspendidas en nombre del bien común. Sin embargo, es necesario tener presente que:

Más que vigilar y castigar, es imprescindible que el Estado ponga en juego todos los recursos que se articulen con la solidaridad, el apoyo, la comunicación del conjunto. Es fundamental apuntalarnos en el aporte colectivo y no en el miedo generalizado. La situación no se resuelve por la vía punitiva. El gran riesgo de la implementación de la represión es que siempre los más vulnerables son los más perjudicados y el problema que se pretendería resolver sigue abierto (Kordon, Edelman y Lagos, 2020, p. 262).

Una de las caras más trágicas de esta pandemia la encontramos en la crueldad con la que nos enfrenta a transitar la enfermedad en soledad; incluso "los rituales funerarios, inscriptos en nuestra cultura, están alterados por la magnitud de la pandemia, y en algunos casos se tornan irrealizables" (Kordon, Edelman y Lagos, 2020, p. 256)

De esta forma, la pandemia por el coronavirus generó no sólo el temor por contraer la enfermedad sino también el miedo a vivirla y morir en soledad. Tanto pacientes con COVID-19 como aquellos que cursan internaciones a causa de otras enfermedades quedaron alejados de sus familias y sus afectos, obligados a transitar la internación y -en ocasiones- la muerte, en aislamiento.

Al respecto, Ignacio Fernández Vidaurreta (2020) señala: "Un aspecto particularmente difícil en la pandemia del Covid-19 ha sido el hecho de que en lugar de nuestra promesa habitual de que 'haremos todo lo posible para mantenerlo vivo hasta que lleguéis aquí', los médicos han debido transmitir el mensaje de 'debido a las normas del hospital, no se permiten las visitas en este momento'".

Sigmund Freud (1917) definió al duelo como la reacción ante la pérdida de una persona amada o de una abstracción

que haga sus veces, como la patria, la libertad, un ideal, etc. El trabajo del duelo implica un tiempo, necesario para simbolizar la falta.

La recomposición subjetiva luego de la irrupción traumática por la muerte de alguien querido tiene lugar de la mano de ritos funerarios, o actos como despedirse de la persona que está por fallecer, acompañarla, quizás hacer las paces en el lecho de muerte. Pero todo eso se ve trastocado en la actualidad, momento en el que las muertes de pacientes "COVID positivo" los obligan a morir en soledad. Los hospitales han prohibido las visitas de familiares y amigos de los pacientes, por lo que aquellos que se encuentran en proceso de fallecer, no tienen otra opción que transitarlo solos (García, 2020).

En las múltiples culturas existen tradiciones y rituales, diversos modos que se ponen en práctica para despedir a los seres queridos y elaborar la pérdida. En este contexto, dicha elaboración se ve dificultada al no poderse llevar adelante los ritos funerarios propios de nuestra sociedad. De esta forma, no sólo quienes enferman se ven obligados a transitar su padecimiento en soledad, sino que sus familiares tampoco pueden rodearse de sus seres queridos para servirse de su apoyo y transitar acompañados un momento doloroso.

Aquí podríamos preguntarnos cuáles serán los efectos subjetivos y cómo se transitarán estos duelos atravesados por la pandemia, sin la posibilidad de una despedida o acompañamiento del enfermo, y sufriendo las muertes en aislamiento. Tal como señala Lucía García (2020), una reestructuración se vuelve necesaria, buscando nuevos rituales que permitan elaborar la pérdida.

Un caso que resultó trágicamente paradigmático fue la situación que atravesaron Pablo Musse y su hija Solange. La joven de 36 años de edad, enferma de cáncer, no pudo ver a su padre antes de morir debido a las restricciones sanitarias impuestas a causa de la pandemia.

En pocas horas la noticia se difundió por medios masivos de comunicación y redes sociales, acompañada por una carta escrita por Solange donde expresaba su dolor por no poder ver

a su padre en sus últimos días de vida. En uno de los párrafos la joven escribió: "Siento tanta impotencia de que sean arrebatados los derechos de mi padre para verme y a mí para verlo. ¿Quién decide eso si queremos vernos? Acuérdense, hasta mi último suspiro tengo mis derechos, nadie va a arrebatar eso en mi persona".

El caso deja en evidencia un profundo dilema entre las medidas -necesarias- de prevención del coronavirus y la humanidad necesaria para contemplar este tipo de situaciones y la urgencia en implementar estrategias que permitan preservar el derecho humano a la salud de la población sin vulnerar otros derechos fundamentales.

En su carta, Solange expresa: "Espero que esto que le ha pasado a mi familia no le suceda a más nadie. ¿Hasta dónde llegan nuestros derechos? Quiero que se sepa todo esto por el dolor de la familia, no quiero que más nadie sufra por estas situaciones. Ni mi familia, ni ningún ser humano que está pasando por esta situación porque estoy segura que no soy la única".

Boaventura De Sousa Santos (2020) sostiene que "la pandemia y la cuarentena revelan que hay alternativas posibles, que las sociedades se adaptan a nuevas formas de vida cuando es necesario y se trata del bien común" (p. 79).

Enmarcado en un posicionamiento que busca proteger y garantizar derechos a partir de la implementación de buenas prácticas que contemplen una concepción integral de la salud, y buscando paliar situaciones como la antes mencionada, con fecha del 7 de septiembre el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires aprobó el Protocolo para el ingreso de acompañantes de personas internadas por sospecha y/o confirmación de COVID-19, propuesto por la Subsecretaría de Salud Mental, Consumos Problemáticos y Violencia de Género de la Provincia.

En dicho Protocolo se deja en evidencia el hecho de que "las prácticas relacionadas con el cuidado y acompañamiento de personas enfermas por parte de sus seres queridos se vieron profundamente transformadas dado el estricto aislamiento

al que se ven sometidas las personas hospitalizadas por COVID-19".

De esta forma, se visibiliza la necesidad de implementar estrategias institucionales que, sin desconocer el contexto que nos encontramos atravesando y la alteración de las costumbres que conlleva, posibiliten poner en práctica nuevas formas de acompañamiento que -sin desatender las necesarias medidas de cuidado- permitan llevar adelante prácticas instituyentes que contemplen la importancia del sostén afectivo en momentos de dificultad.

Es necesario tener en cuenta que vivir la enfermedad en soledad y distanciado de sus seres queridos, agrega un plus de angustia y sufrimiento ante la situación -tanto para el enfermo como para sus afectos-de modo que la forma de transitarla influye en los caminos de elaboración que podamos construir.

Desde una perspectiva integral de la salud, se deja en evidencia que los cuidados implican algo más que el control de los síntomas físicos, siendo necesario promover prácticas de cuidado integrales y atentas a las necesidades de sujetos y grupos. Aquí se vuelve fundamental la implementación de buenas prácticas que, inspiradas en el respeto y la promoción de los Derechos Humanos, busquen favorecer al conjunto construyendo nuevos significados y sentidos instituyentes.

Por eso plantear la lucha contra la epidemia en términos de conjunto no es mera especulación voluntarista. Implica la construcción de significaciones y sentidos, un marco continente y una práctica común que nos ayudan a afrontar la emergencia desde el punto de vista social y personal. Las prácticas solidarias constituyen mecanismos protectores que refuerzan el lazo social, y ayudan a preservar el psiquismo y la autoestima, como parte de la identidad personal. En la práctica social se genera un nosotros identificatorio y se construyen discursos y representaciones que permiten pasar de la indefensión de la soledad a la potencia de la acción compartida, al reapuntalamiento múltiple y en red (Kordon, Edelman y Lagos, 2020, p. 273).

Si bien es innegable que la pandemia irrumpió de manera intempestiva, produciendo una puesta en cuestionamiento de todo lo conocido hasta el momento, también ha puesto en evidencia múltiples experiencias creativas, novedosas y solidarias, que pugnan por romper con lo instituido y dar lugar a nuevas formas de producción de subjetividad ante lo inesperado.

Al mismo tiempo, surge con mayor claridad la importancia de un actuar colectivo para resolver un problema común, bajo la premisa de que la preservación individual es una simple ilusión.

Consideraciones finales

Como se ha señalado en estas páginas, la pandemia del coronavirus nos enfrenta a lo inesperado, quedando en evidencia más que nunca que nada está asegurado. Cuando la pandemia pase, los modos de vinculación, la subjetividad y la forma de ser y estar en el mundo probablemente se habrán modificado. Si, como muchos dicen, el mundo no va a ser igual, podemos pensar que dependerá de nosotros cómo será este mundo post-pandemia.

Tal vez no sea utópico creer en un "nuevo mundo" que deje de lado el individualismo -fomentado a ultranza por el modelo socio-económico y político actual- y apueste a lo colectivo, a lo grupal, a establecer lazos sociales con el semejante, al respeto de los Derechos Humanos, a la institución de la ternura. En palabras del médico psicoanalista Fernando Ulloa: "hablar de la ternura en estos tiempos de ferocidades no es ninguna ingenuidad. Es un concepto profundamente político. Es poner el acento en la necesidad de resistir la barbarización de los lazos sociales que atraviesan nuestros mundos".

Como manifestamos, los Derechos Humanos son integrales, interdependientes, indivisibles, y complementarios: la vigencia de unos es condición para la plena realización de los otros, de forma tal que la vulneración de alguno de ellos implica poner en riesgo el ejercicio de otros derechos.

Solange ya no está, sus derechos individuales fueron arrebatados por falta de políticas públicas concretas y creativas que, en contexto de emergencia, atendieran a la particularidad de su situación y la de sus familiares.

Tal vez, es hora de repensar la construcción de políticas públicas que contemplen excepciones en materia de salud sanitaria en pos de evitar la exclusión de los derechos individuales. La resolución 1536/2020 del Ministerio de Salud del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires no lo resuelve todo, pero es el comienzo para la coexistencia de ambos derechos. Es decir, es el puntapié inicial para comenzar a cumplir con uno de los últimos pedidos de Solange: "No quiero que más nadie sufra por estas situaciones".

Bibliografía

● Aniyar de Castro, L. (1987), *Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y Criminología de la liberación*, Venezuela, Editorial de la Universidad de Zulía, Maracaibo.

● Benyakar, M. (2006), *Lo disruptivo. Amenazas individuales y colectivas: el psiquismo ante guerras, terrorismos y catástrofes sociales*, Buenos Aires, Editorial Biblos.

● Botto, C. (2020), "La salida será colectiva o no será...", en Amadeo, P. (Ed.) *La fiebre*, La Plata, Editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

● CRAGNOLINI, M. (2020), "Ontología de guerra frente a la zoonosis", en Amadeo, P. (Ed.) *La fiebre*. La Plata, Editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

● De Sousa Santos, B. (2020), *La cruel pedagogía del virus*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO.

● Domínguez Lostaló, J. C. (1997), "Vulnerabilidad. Aportes a la discusión de un concepto que rompe un paradigma". Ficha de Cátedra. Psicología Forense, UNLP.

● Freud, S. (1917), "Duelo y melancolía", *Obras completas*, 14, 235-255. Buenos Aires-Madrid, Amorrortu Ediciones.

● Fernández Vidaurreta, I. (2020), "No morir solo. El cuidado compasivo actual en la pandemia COVID-19", Laro-

trectinib, nuevas formas de abordar el cáncer. Vol. 3 Núm. 49 (2020). Consultado el día 21 de septiembre del año 2020. Disponible en: https://mpgjournal.mpg.es/index.php/journal/article/view/441/750.

● García, L. (2020), "El duelo en tiempos de coronavirus". Consultado el día 28 de septiembre del año 2020. Disponible en: https://www.topia.com.ar/articulos/duelo-tiempos-coronavirus.

● López, M. P. (2020), "La vida en cuestión", en Amadeo, P. (Ed.) *La fiebre*. La Plata, Editorial ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).

● Méndez, L. (2020), "El lazo social como límite al avance neoliberal". Consultado el día 27 de septiembre del año 2020. Disponible en: https://www.topia.com.ar/articulos/lazo-social-como-limite-al-avance-neoliberal

● Rodríguez Ocaña, E. (2020), "Caracterización histórica de las epidemias", en Campos, R.; Perdiguero-Gil, E. y Bueno, E. (eds). *Cuarenta historias para una cuarentena: reflexiones históricas sobre epidemias y salud global*, Madrid, Sociedad Española de Historia de la Medicina.

● Ruiz, M. (2020), "La libertad de un encierro". Consultado el día 3 de octubre del año 2020. Disponible en: https://www.topia.com.ar/articulos/libertad-un-encierro.

El fenómeno de la violencia en el fútbol

El caso argentino de los "barras bravas" y una observación al caso de "Bebote" Álvarez y del velatorio de Diego Armando Maradona

Por Ignacio Rincón - Ricardo Germán Rincón

Introducción:

La elección de este tema de investigación reúne varios temas que, en lo personal, nos causan muchas sensaciones mixtas encontradas. Por un lado, la indignación que genera el hecho de saber que en nuestro país existe un modelo de fútbol que es muy difícil de replicar en otras partes del mundo: ese modelo pasional, popular, xenófobo, heterosexual, patriarcal, machista, discriminador y, sobre todo y en particular, **violento**. Por el otro, saber que dicho modelo de fútbol está íntimamente relacionado con hechos de violencia, corrupción, mafia, narcotráfico, lavado de dinero, asesinatos, movilizaciones sociales y políticas, entre otras cuestiones que no terminaría de nombrar en una lista negra que conecta el deporte más hermoso del mundo con su lado más repulsivo: el "show business". Y por último, una faceta de nuestra personalidad, a la que le emociona profundamente ver que le vaya bien a su equipo de fútbol: que se informa de cuándo, dónde y contra quién juega el próximo partido, que se enoja, frustra y decepciona si a su equipo le va mal, que se vuelve eufórico, se alegra, y se enorgullece de que le vaya bien, que se actualiza con la información del fútbol local con regularidad, y opina y participa de conversaciones, discusiones y charlas del deporte, con amigos, extraños y fanáticos de otros clubes. Y además, por cierto, toda la trama jurídica que rodea al fenómeno.

Planteo inicial

El tema del fútbol en la Argentina es un tema aparte. Su relevancia social va más allá de cualquier tipo de frontera existente, pues cruza muchísimas cuestiones sociales, políticas, económicas, capitalistas, de género, de sexo, de raza y ra-

cionalidad: el fútbol está conectado con nuestra cultura, nuestra historia y nuestra vida; nos guste o no. Somos el único país en el mundo en el que ponemos al fútbol delante de lo demás. ¿Qué importa si la economía está por el suelo? ¿Qué importa si el desempleo aumenta o disminuye? ¿Qué importa si los femicidios, abusos, maltrato y cosificación de la mujer están, lamentablemente, más latentes que nunca en la historia de nuestro país? ¿Qué importa? ¿O acaso todo lo mencionado hasta ahora tiene la misma importancia que el hecho de que Messi haya tenido la tentativa de dejar la selección nacional, que nuestro club por el que somos fanáticos gane una copa, que a la selección de fútbol masculina (porque a nadie le interesa el fútbol femenino por alguna razón) le vaya bien sea una necesidad básica del "argentino típico"?

Como Salta La Banca (banda de música popular) dice en su canción "El Jardín de mis Agonías":

"Sólo un mundial puede lograr
Que una diezmada sociedad
Se ensamble en ilusiones."

Ahora bien: tomaremos sólo unas pocas facetas del fútbol en la Argentina, porque es literalmente imposible desde cualquier punto de vista hablar del fútbol en general. Haremos un recorte que ya han hecho varios autores de ciencias sociales en el ámbito local acerca de un tema en específico: la violencia en el fútbol y su correspondiente relación con los "barras bravas"; y aprovecharemos un caso de público conocimiento que sucedió hace un tiempo con el ahora ex líder Pablo "Bebote" Álvarez de "La Barra del Rojo" ("barra brava" del Club Atlético Independiente), y quien fuera técnico de dicho club Ariel Holan, en el cual el ex líder de la barra intentó extorsionar a Holan por la suma de U$S 50.000 con la excusa de "la barra necesita esa plata para ir al mundial de Rusia 2018 y nos prometiste (Ariel Holan) que ibas a intermediar con la dirigencia de Independiente para conseguir la plata." Creemos que es la representación en "carne y hueso" de lo que intentaremos desarmar en esta investigación.

El objetivo de la investigación es explicar la relación existente entre el deporte y la violencia. Esto lo digo en palabras simples, ya que el objetivo de la investigación en realidad fue lo último que logré terminar de moldear. Nos basamos en la respuesta a 4 preguntas que formulé específicamente para lograr entender los diferentes puntos de vista de la gente frente a cuestiones particulares, a saber:

1) ¿Escuchó hablar del caso de "Bebote" Álvarez? ¿Le interesa dicho caso? De ser así, ¿qué piensa acerca del mismo?

2) ¿Cree que el nivel de violencia en el fútbol local es mayor o es menor que hace 20 años?

3) ¿Considera que la mafia en el deporte afecta los resultados y el desempeño de algunos equipos?

4) ¿Considera que cuando se habla de la expresión "gracias al fútbol por tantas alegrías" o "gracias a Dios por hacerme hincha de X" refleja una relación entre los niveles de "pasión" que proponen los medios y la cultura popular con aquellos que realmente sienten los hinchas?

Estas son las preguntas centrales de la investigación, y ayudan a formular los 4 objetivos específicos de ella:

1 El nivel de relación que tiene el individuo encuestado con la actualidad del mundo del deporte y su conocimiento o desconocimiento sobre la mafia en el fútbol.

2 La opinión del encuestado de si el nivel de violencia en el fútbol argentino es mayor o menor que hace 20 años.

3 La creencia o no de la manipulación de resultados deportivos ("partidos arreglados", "árbitros comprados", "torneos y competencias compradas") de parte de los encuestados.

4 El nivel de importancia personal que el individuo atribuye al fútbol, esto es, si el deporte le produce emociones pasionales como espectador/fanático o no. Aclaración: Con la cuarta pregunta se buscó analizar el hecho de que un equipo de fútbol pueda formar parte de la identidad propia de una persona, y por ende si lo que le ocurra deportivamente al equipo genere emociones fuertes en el individuo, o atribuir a los medios de comunicación el hecho de exagerar el vínculo que debe sentir un hincha por su equipo a fin de capitalizar económicamente

estas emociones e incitarlo a consumir más, con la excusa del refrán popular de "dejar la vida por los colores".

En resumen, el objetivo real de esta investigación es intentar comprender parcialmente el porqué de la naturalización de la violencia en el fútbol local, la incidencia política que tienen las barras dentro de los clubes y en ámbitos que traspasan la esfera futbolística, y los altísimos niveles de corrupción con los que se manejan algunos dirigentes del fútbol.

Hipótesis general del trabajo:

Los niveles de violencia en el fútbol en la Argentina siempre fueron los mismos históricamente, y dicha violencia se debe principalmente a la incidencia de los "barras bravas" en la vida socio-política de las instituciones deportivas, la cultura popular de la naturalización de la violencia en un ámbito como lo es el fútbol, y la relación directa o indirecta de los barras bravas con los dirigentes que permiten (o ignoran siendo cómplices) la presencia de violentos dentro y fuera de las inmediaciones deportivas a la hora de los encuentros deportivos.

Para realizar esta investigación, desde el marco teórico hemos tomado en consideración 5 trabajos realizados por sociólogos y antropólogos :

• José Garriga Zucal. "Nosotros nos peleamos. Violencia e identidad de una hinchada de fútbol"; 2010.

• Verónica Moreira y Rodrigo Daskal. "Clubes Argentinos. Debate sobre un modelo"; 2017.

• María Verónica Moreira. "Los modos de ser hincha. Participación social y proceso político en un club social y deportivo"; 2013

• María Verónica Moreira. "Etnografía sobre el honor y la violencia de una hinchada de fútbol en Argentina"; 2007.

• Durán González, Javier, "El vandalismo en el fútbol"; Gymnos, 1996

Asimismo hemos considerado un breve estudio a la hora de la operacionalización (y por tanto será desarrollado en el punto 6) realizado por estudiantes de la Universidad de Buenos

Aires y la Universidad Nacional de Tres de Febrero en cuanto a los índices de muertos con relación al fútbol en la Argentina:

• Santiago Uliana, Diego Murzi y Sebastián Sustas**.** "Violencia y muertes en el fútbol argentino. Una aproximación estadística"; 2009.

También haremos una breve consideración al encuadre jurídico del fútbol en Argentina

Argumentación y marco teórico

La violencia posee diferentes significados, y en el fútbol, la hinchada, mediante lo que se define como "el aguante" (discurso que se sustenta y se demuestra en las prácticas violentas), es uno de sus protagonistas principales. Las recurrentes peleas entre hinchadas, hechos de violencia recurrente, insultos, posesión de armas y drogas por parte de cierto sector de la hinchada es un claro reflejo de lo que "el aguante" significa: una exposición constante del desafío a la ley, a los "otros" y la demostración pública del nivel de "masculinidad"[188]. La demostración de dicho aguante nos dirá que solo es posible entre iguales: entre hinchadas, y se referirá a la solidaridad entre semejantes. Dicho aguante concede honor, prestigio y notoriedad en lo que José Garriga Zucal denomina como "banda" (agrupación que se diferencia de los demás fanáticos). Nos hablará de un fútbol heterosexual, xenófobo, machista y discriminador, y cuando menciona la violencia, nos hace visualizar la institución de una división que corta a aquellos que, en efecto, son violentos y se los categoriza dentro de lo que Zucal denomina un "nosotros", y aquellos no violentos, "sin huevos", que se los etiqueta como "otros".

El texto de Moreira y Daskal relata la tendencia o el proceso de mutación latente de los clubes de fútbol hacia lo que ellos denominaran "Sociedades Anónimas Deportivas" (S.A.D.). Veróni-

188 Esto lo ponemos entre comillas porque consideramos que la portación de armas ilegales, de droga, del recurso al uso de la violencia como método para demostrar ser superior que el otro, del desafiar a la autoridad y al sistema mismo no tiene nada que ver con ser masculino o no serlo).

ca Moreira, ex tesorera del Club Atlético Independiente, cuenta en una entrevista realizada en la radio Once Diez que el hecho de responder la pregunta de "¿qué es un club?" resulta difícil.

Según ambos autores, hay clubes que son S.A. encubiertas, y que no podemos como sociedad negar el hecho de que dichas Sociedades existan. El texto enfoca la cuestión de los clubes retomando los aportes de las disciplinas de los autores: sociología y antropología. El propósito del trabajo es analizar posibles continuidades y rupturas en los modelos de organización de los clubes, partiendo de la concepción de éstos como espacios asociativos y sociales, que proclaman el bien común. La obra aborda un tema de actualidad y sobre todo de interés para el grueso de la población: los clubes y el fútbol son un verdadero fenómeno de masas. Además, realiza una síntesis muy completa de los aportes de las ciencias sociales al estudio de los clubes, desde distintas ópticas como lo social, lo político, lo histórico, lo organizacional, lo económico y los vínculos con el Estado. Esto último es fundamental, ya que al demostrar que los clubes siempre entablaron relaciones con el Estado, permite situar históricamente y enriquecer debates actuales acerca del rol del mismo en relación a estas instituciones deportivas, principalmente debido a los vínculos establecidos a través del programa Fútbol Para Todos. El tema principal de este texto en particular, en resumen, es la transición del modelo convencional de Asociaciones Civiles sin fines de lucro, al de las S.A.D. (Sociedad Anónima Deportiva), que viene a reemplazar al modelo convencional.

La autora en la que más nos basamos al investigar fue, María Verónica Moreira. El texto que más nos ayudó a construir el modelo con el que basamos la investigación fue el aplicado por Moreira en "Etnografía sobre el honor y la violencia de una hinchada de fútbol en Argentina" (2007). Moreira se basó en un trabajo de campo antropológico que mezcló ciertas facetas de pensamiento sociológico: permitió ver más allá de lo que el mero empirismo provee, y proveyó de un paradigma nuevo sobre el fútbol en nuestro país. Su estrategia fue la observación participante y las entrevistas con miembros de la barra brava del Club Atlético Independiente, club en el que basó su trabajo de campo. Tomó como unidades de análisis

a los diversos individuos que componen la hinchada, ya sean barras o meros espectadores. Realizó una jerarquización piramidal del poder de influencia de los que conforman la "cúpula de la barra brava", y a través de este concepto permite entender el poder de incidencia político-social que tienen algunos integrantes de la misma. Comparte ciertas características en común con el texto de Zucal a la hora de definir el "aguante", y demuestra, con el recorte empírico que realiza Moreira, que dicho "aguante" está relacionado íntimamente con los conceptos de honor y humillación.

Dejando establecido las ideas principales de los textos en los que basé mi investigación, procederé a hablar del texto en el que más fundé mi investigación y, como mencioné en la respuesta anterior, las estrategias que tomó Verónica Moreira en "Etnografía sobre el honor y la violencia de una hinchada de fútbol en Argentina". En lo personal creo que para este tipo de investigación, lo mejor que podría haber hecho la autora es adentrarse en el mundo de la hinchada, tomar el testimonio de individuos pertenecientes a la misma y desarmar una cuestión que tenemos tan familiarizada entre los argentinos que, cuando desestructuramos dicha cuestión, el hecho de dar un paso atrás y ver todo con una perspectiva más amplia nos permite contemplar facetas de cuestiones que no conocíamos o poseíamos un juicio no tan acertado como el que se logra con la desfamiliarización de una cuestión tan allegada. Los testimonios recogidos de miembros de la barra en el texto hacen alusión a un tipo de pensamiento específico (que en cierto modo se podría decir primitivo): el hecho de arriesgar la vida por una camiseta o por un club de fútbol: por la defensa del honor; esto se puede relacionar (de hecho la autora lo hace) con culturas de hace mil años, cuando ejércitos se mataban en encrucijadas al grito de "por el rey", "por la fraternidad", "por el emperador", y que hoy lo hacen personas comunes y corrientes al grito de "aguante el rojo", "los de Racing son todos…", etc., por ejemplo.

Sin embargo, creo yo que lo que le faltó a la autora es recoger la opinión de otro tipo de unidad de análisis: aficionados no tan allegados con la institución deportiva, es decir,

aquellos que no se autodenominan como "hinchas militantes" o miembros de la "barra". En palabras simples, le faltó recoger el testimonio de personas que no vivan necesariamente en los alrededores de la institución deportiva pero que al mismo tiempo sean hinchas del club, pero sin interiorizarse más allá de seguir al equipo por televisión, por radio y asistir eventualmente al estadio: espectadores del deporte que son aficionados de un club. Creo yo que una perspectiva desde otro sector sobre una opinión acerca de cómo se manejan las barras y los dirigentes de las instituciones deportivas es vital para comprender una cuestión tan compleja como lo es el mundo de "los barras, la mafia y el fútbol", y es lo que se intentará realizar con métodos similares a los de Moreira, pero enfocados a otro tipo de unidades de análisis que ampliamos y desarrollamos en el punto siguiente. Tal como mencionamos *supra*, basamos la unidad de análisis en individuos pertenecientes a la clase media, media alta y media trabajadora de la región metropolitana de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tomamos como ejemplares los clubes más importantes de la liga profesional de fútbol Argentina para basar mi investigación (Boca Juniors, River Plate, Independiente y Racing), y realizamos una serie de preguntas a individuos seleccionados que mantienen algún tipo de vínculo con los investigadores. Nos basamos en las 4 preguntas que se exponen en el punto 2, y que fueron incluidas en una matriz de datos que construímos a partir de los datos proporcionados por cada individuo encuestado.

La investigación se llevó adelante, en resumen, en 3 etapas:

A. La búsqueda de documentos y materiales relacionados con el tema de la investigación, una revisión de los mismos a fin de poder elaborar los pilares de la investigación.

B. La formulación de los pilares de la investigación y la estrategia a seguir para el abordaje metodológico de la misma.

C. La selección de la unidad de análisis, aplicación de la estrategia elegida, y luego formulación de la hipótesis, operacionalización de conceptos clave y conclusión de la investigación.

Elegimos como unidad de análisis a personas no tan allegadas a la hinchada justamente por la excesiva cantidad de ma-

terial disponible acerca de la misma o de la "barra brava", y la tan cercana disponibilidad de entrevistas a "personas comunes y corrientes" acerca de estas cuestiones y la posibilidad de percibir cuál es la percepción "general" acerca de la cuestión de la violencia, mafia y corrupción en el fútbol. El testimonio de gente no tan allegada a la "barra" es vital para comprender el otro punto de vista de esta cuestión, y así formular otro tipo de hipótesis de aquellos que han investigado intensivamente dentro de los círculos sociales de quienes sí están "metidos" dentro del "mundo barra".

Resulta destacable que como parte de la investigación pudimos entrevistar a la Dra. Verónica Ninni, jueza del juzgado de garantías N° 6 del departamento judicial de Lomas de Zamora y que en febrero del presente año debió subrogar la causa formada como consecuencia de la investigación llevada adelante sobre irregularidades en el Club Atlético Independiente.

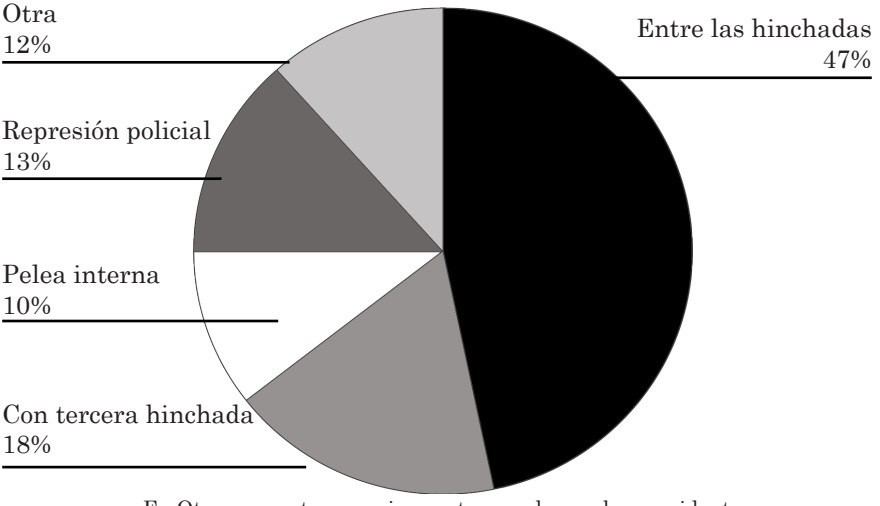
Procederé a desmenuzar algunas dimensiones de la hipótesis de la investigación. En palabras simples, lo que me ocupé de estudiar, básicamente, fueron los niveles de **violencia** en el fútbol local y su relación con los "barras bravas". Esto fue lo principal de la investigación. Como segunda dimensión consideré el concepto de corrupción, pero daré un breve momento a esta cuestión, ya que la misma, si se desarrollara por completo, ocuparía otra investigación completamente diferente.

El concepto de violencia se puede descomponer en varias dimensiones, a saber: violencia física, sexual, verbal o psicológica. Dentro de esta investigación sólo me apegué a la violencia física y verbal, ya que entre hinchadas de diferentes equipos de fútbol son los dos tipos de violencia que salen a la superficie en todo momento, tal y cual planteo en mi hipótesis cuando me refiero a una *naturalización de la violencia* por parte de la cultura popular del fútbol.

Cuando hablamos de violencia física entre hinchadas de fútbol podemos tomar el indicador de muertos/heridos producto del ámbito del fútbol. Ahora bien: dentro de los muertos por violencia en el fútbol hay otras dimensiones que deberemos apreciar. Muerte en el lugar del hecho, muerte en relación

al momento del partido, muerte según división profesional, muerte según rivalidad, muerte por localidad, el tipo de enfrentamiento en que sucede la muerte y el causal de muerte. La investigación se haría eterna si desarrollara cada tipo de punto. Nos limitaremos a nombrar estos indicadores y a desarrollar el tipo de enfrentamiento en que sucede la muerte. La cuantificación de las muertes en el fútbol fue realizada sobre la base del listado confeccionado por la ONG "Salvemos al fútbol". Esta lista recopila todas las víctimas cuya muerte tuvo algún tipo de vinculación directa con el espectáculo deportivo, ocurridas dentro de los estadios de fútbol y en sus adyacencias, siempre teniendo como eje una situación relacionada con los espectáculos de fútbol a nivel profesional. Tomamos un estudio realizado por alumnos de la UBA y UNTREF que lograron graficar las muertes de esta categoría:

Enfrentamiento en que sucede la muerte



En Otra se cuentan por ej. muertes por derrumbe y accidente

Las muertes suceden mayoritariamente en "enfrentamientos con miembros de otras hinchadas" en un 47% de los casos, lo cual representa casi la mitad del total de casos. Sin embargo, hay otras categorías, que si bien con menor valor porcentual, no

dejan de expresar datos llamativos. En ese sentido, se destacan los casos agrupados bajo la categoría enfrentamiento con una tercera hinchada (18%), en donde se produjo una muerte con independencia del enfrentamiento deportivo que movilizaba a las hinchadas. Otro dato que en apariencia parece menor, pero que en realidad resulta sumamente elevado, está constituido por el 13% que se agrupa bajo la categoría "represión policial".

Con respecto a la cuestión de la corrupción, podemos hablar de corrupción por parte de los dirigentes, de los mismos barras, de la policía siendo cómplices (permitiendo la entrada de pirotecnia ilegal, droga, alcohol y hasta armas) e incluso (y esto en otra dimensión y categoría aparte) la corrupción de los árbitros que afectan los resultados deportivos. Pero la que nos interesa es la relación entre la barra brava y la corrupción. Es de público conocimiento que ha habido casos en los que barras de clubes han amenazado a árbitros, equipos, jugadores, dirigentes, técnicos e incluso familiares por diversos motivos. Los hechos de mayor repercusión de los últimos años ocurrieron en las adyacencias de la cancha de River Plate, en un supeclásico contra el eterno rival Boca Juniors por la final de la Copa Libertadores, partido que para vergüenza de la dirigencia del fútbol vernáculo debió ser jugado en Madrid.

Anteriormente en 2015 y entre los mismos rivales habíamos tenido el episodio del gas pimienta. Recordemos: se jugaba el partido de vuelta en el estadio de Boca, y previo al comienzo del segundo tiempo, un hincha de Boca roció de gas pimienta el túnel que conectaba el campo de juego con el pasillo en el que se encontraban los jugadores de River. El hecho de que un hincha, en un marco semejante como lo es un superclásico en una copa internacional, con seguridad policial reforzada, sin la presencia de simpatizantes de River (debido justamente a una regulación establecida por la AFA en la que el público visitante no está permitido debido a los altísimos niveles de violencia en el fútbol local), posea un elemento que se lo podría considerar como "arma" en la tribuna más cercana a los vestuarios del rival, despertó ciertas sospechas que apuntaban a los oídos sordos frente a las acusaciones hacia la dirigencia de

Boca por un posible acuerdo del presidente de la institución con la barra brava para que el partido, si no se pudiese ganar de manera lícita, se ganara "de cualquier manera".

Este caso ilustra de manera total una relación de corrupción institucional, policial, de la barra y de la dirigencia del que se considera uno de los clubes más importantes de la Argentina: Boca Juniors.

En resumen, los conceptos de violencia y corrupción serán necesarios para proceder con el camino metodológico que he elegido para visualizar la opinión de la gente frente a los, justamente, niveles de violencia futbolística a nivel nacional y los niveles de corrupción que suceden dentro del mundo del fútbol argentino, y que procedo a desarrollar en el siguiente punto.

La clave en esta investigación fue la utilización de una *matriz de datos* para visualizar la información recolectada con los métodos de la entrevista y la *encuesta*, con cierta *observación participante* de dos encuentros deportivos: uno con presencia de la barra brava y uno sin la presencia de la misma. Lo que busqué con la construcción de la matriz de datos fue visualizar en una grilla lo que la gente sin afiliación tan apegada a una institución deportiva piensa acerca de:

1) el caso en particular del apriete por parte del ahora ex líder de la barra brava del Club Atlético Independiente, "Bebote" Álvarez; dado que el hecho se dio a conocer de manera masiva debido en parte a la intervención por parte de Interpol en la búsqueda del barra brava, notamos que todos aquellos entrevistados que eran aficionados de un club de fútbol sabían de qué estaba hablando; sin embargo, los entrevistados que no les interesaba el fútbol, no conocían el caso (el sentimiento, sin embargo, de los fanáticos de los clubes fue, en general, de indignación; los más informados en el tema son, normalmente, los aficionados de Independiente, y poseen un juicio más formado que los demás).

2) las críticas a los niveles de violencia contrastándolos con la violencia de hace 20 años,

3) si creían (o no) en lo que popularmente se conoce como "comprar un partido/campeonato/árbitro" y, por último,

4) si consideraban que los medios exageraban la pasión de los hinchas para que continúen consumiendo fútbol: esta cuestión la formulé en base a las tarifas actuales para acceder a la televisación del fútbol en la Argentina que generó, luego de varios años de fútbol "gratis", una ola de indignación entre los consumidores del fútbol televisado.

Conclusiones generales de las encuestas:

• Todos los fanáticos de algún club conocían el caso de "Bebote" Álvarez y Ariel Holan, pero los que más informados estaban eran los fanáticos de Independiente. Los no interesados en el deporte no escucharon hablar del mismo.

• Todos los hinchas oscilaron entre mayor e igual, ya que consideraron que las peleas entre barras, los muertos por enfrentamientos y la represión policial es algo de hace varios años, pero que quizá en estos días con el uso de las redes sociales se hace más palpable. Sin embargo, hubo un caso de un individuo entrevistado que no le interesa el fútbol que dijo, y cito: "Está en declive: antes eran más comunes las noticias referidas a casos de violencia entre hinchas antes y luego de los partidos, y estos últimos años no los siento tan frecuente".

• Todos los entrevistados coinciden en una manipulación de resultados deportivos o ventajas deportivas.

• Todos los entrevistados consideran a la pasión por el fútbol algo cultural. Y el 80% de los entrevistados coinciden en que los medios aprovechan dicho sentimiento con fines de lucro, mientras que el 20% restante considera que el fútbol es una cortina de humo de las falencias sociales en la sociedad argentina.

La observación participante incluyó dos encuentros deportivos: uno con la presencia de "la barra del Rojo" en la tribuna popular del estadio Libertadores de América (estadio del Club Atlético Independiente), y uno sin la presencia de la misma bajo un marco similar.

La presencia de la barra brava en la tribuna es notoria: ellos son los encargados de llevar las banderas, las trompetas, los bombos, la pirotecnia ilegal, el alcohol, las sustancias ile-

gales, los que se ocupan de liderar los cánticos y de, entre otras cosas, "llenar la cancha" con gente que no necesariamente esté asociada al club. Cuando está la barra presente, en palabras simples, "se nota". El clima es diferente y el ambiente es diferente, y más sobre todo si están "peleados" con la dirigencia: su manera de hacer notar su disconformidad con alguna decisión de la cúpula de la institución es dando vuelta las banderas y colgándolas de manera que se lean boca abajo. Cuando la barra está ausente, la tribuna popular está más vacía y "más tranquila": no hay pirotecnia ilegal, no hay bombos y no hay trompetas. Y, sobre todo, la presencia policial en las inmediaciones del estadio es menor a cuando sí se encuentra la barra presente en el estadio. La barra brava es la que además maneja a los "trapitos", a los comerciantes, y a los vendedores ambulantes de la zona periférica a las instalaciones del club.

Los resultados arrojaron que:

En base a la primera pregunta, 12 personas de 15 conocían y poseían alguna opinión al respecto. Esto sería un 80% de los encuestados conocían el caso. En base a la segunda pregunta, 14 personas pensaban que era igual el nivel de violencia, con esas mismas personas también considerando 9 que podría llegar a ser mayor, y tan sólo 1 caso consideró que los niveles de violencia en el fútbol eran menores que hace 20 años. Esto sería: 93% de los encuestados pensaban en una igualdad de niveles de violencia, con un 60% (dentro del 93% de los que consideraban niveles iguales de violencia) de encuestados que además consideraban que podría llegar a ser mayor, y tan solo un 6,66% pensaba que los niveles eran menores. En base a la tercera pregunta, las 15 personas encuestadas coincidieron en la afirmación de la manipulación de resultados: el 100% de los encuestados. Y en base a la última pregunta, 12 personas (80%) consideraron que la cultura es pasional, 12 personas también (con algunos que repetían también la opinión de que era una cuestión pasional) consideraron que los medios exageraban y tomaban ventaja del interés popular por el deporte para generar ganancia, con 3 casos (20%) en particular argumentando que, además de esto, del fútbol tapa falencias sociales.

La matriz de datos quedó conformada de la siguiente manera:

Aficionado de	Club				No le interesa el fútbol
	Independiente	Boca	River	Racing	
Cantidad de hinchas de un equipo	3	3	3	3	3
¿Escuchó hablar del caso de "Bebote" Álvarez? ¿Le interesa dicho caso? De ser así, ¿qué piensa acerca del mismo?	Si. Indignación Repudio Verguenza	Si. Indignación	Si. Indignación	Si. No les interesa	No
¿Cree que el nivel de violencia en el fútbol local es mayor o es menor que hace 20 años?	Mayor/Igual	Mayor / Igual	Mayor	Igual	Violencia en declive / Igual
¿Considera que la mafia en el deporte afecta los resultados y el desempeño de algunos equipos?	Si. "La mafia incide inclinando la cancha a veces". ("Nos mandaron a la B por cuestiones políticas")	Si. ("A River le ganaron una copa por escritorio")	Si. ("Nos mandaron a la B por cuestiones políticas")	Si. (Caso Comunicaciones-Riestra)	Si
¿Considera que cuando se habla de la expresión "gracias al fútbol por tantas alegrías" o "gracias a Dios por hacerme hincha de X" refleja una relación entre los niveles de "pasión" que proponen los medios y la cultura popular con aquellos que realmente sienten los hinchas?	La cultura de por si es pasional. Los medios lo utilizan para generar ganancias.	La cultura es pasional. Los medios lo utilizan para generar ganancias	La cultura es pasional. "Estamos culturalmente configurados, en gran parte por los medios, para tapar falencias sociales con el fútbol"	La cultura es pasional. Los medios lo utilizan para generar ganancias	Los medios lo utilizan para generar ganancias

El marco jurídico:

El deporte es un fenómeno social cuya regulación se encuentra tanto en manos del Estado como de los sujetos privados que intervienen en él.

En materia deportiva, la regulación de la actividad está dada por la federación de cada deporte en particular, que es la que distribuye el reglamento, establece las categorías y calendarios de competencia y designa a las autoridades de las mismas. Resulta importante considerar que existen regulaciones de federaciones deportivas que establecen la desafiliación de los países cuyas estructuras estatales intervienen en la regulación del deporte como es el caso de la FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociado).

El Derecho Público se ocupa del deporte y puede en abono de lo afirmado decirse que la nueva Constitución de la Provincia de Entre Ríos declara al deporte como un derecho humano de carácter social y destacados autores sostienen que el derecho al deporte se anida en la Constitución Nacional a partir del art. 33 (derechos no enumerados).

La repercusión del deporte en la sociedad argentina ha llevado al dictado de numerosas regulaciones entre las que se cuentan

Ley 20.655 Ley Nacional del Deporte

Ley 20.596 de Licencia Especial Deportiva

Ley 23.184 sobre Violencia en espectáculos deportivos

La ley 23.207 del Tratado de Nairobi

Ley 24.664 sobre Titularidad y protección del símbolo olímpico

Ley 26.912 de Dopaje en el Deporte

Además debe considerarse que la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y el Código Civil y Comercial de la Nación contienen disposiciones aplicables al ámbito del deporte.

Los reglamentos deportivos, por su parte, establecen sanciones a los deportistas ante prácticas desleales que implican la actuación ante Tribunales de Disciplina de carácter privado e incluso existe a nivel mundial un tribunal de arbitraje deportivo con sede en Suiza denominado TASS.

En nuestro país el deporte se practica a nivel escolar, social, asociativo, individual y de alta competencia estableciéndose una trama compleja que podrá ser abordada, sin duda, en otras futuras investigaciones

Conclusión general del trabajo:

El deporte es una realidad social con una trama compleja, en la que intervienen multiples actores. La violencia, por su parte, no resulta un fenómeno privativo del deporte. Esta se manifiesta en los individuos que componen el conglomerado social sin distinción de clase, sexo, posición política o nivel cultural.

Los niveles de violencia en el fútbol, por su parte, se han llevado la vida de cientos de individuos a lo largo de la historia del fútbol en la Argentina y en el mundo. El fenómeno reviste características similares entre tiffossi, torcedores, barras bravas, ultras o hooligans.

Pareciera que la cultura popular de lo que Zucal define como "la cultura del aguante" está socialmente normalizado e incluso, por alguna gente, aceptado. Y dicha violencia involucra a actores principales como lo son las barras bravas, la policía y los dirigentes políticos y deportivos. El reciente fallecimiento de Diego Armando Maradona y velatorio en la Casa Rosada son un ejemplo acabado

En particular, vemos que tal es el negocio de la "pasión por el fútbol", que no sólo dirigentes e individuos que se manejan en el ámbito de la ilegalidad llenan sus bolsillos a costas del sufrimiento ajeno, sino que además empresas multimillonarias aprovechan dicha pasión popular e imponen tarifas altísimas al consumo del deporte más popular del país y del mundo.

En resumen, consideramos que los niveles de violencia ocasionados a raíz del fútbol en la Argentina tienen, para resumir, como culpable principal, a las barras bravas y a los dirigentes corruptos siendo necesario que la legislación existente sea puesta en marcha por los agentes correspondientes. Los amantes del fútbol hace años que no pueden acompañar a sus

equipos en calidad de visitantes en una medida que no ha logrado desterrar la violencia, sino diferir los escenarios en los que ésta se manifiesta.

Resulta necesario que el repudio que el sentido común realiza respecto de las prácticas violentas se instale como formato de intervención por parte de las autoridades correspondientes y se formule un plan integral para el destierro de la violencia que requerirá de la intervención de multiples actores sociales.

Bibliografía
Investigaciones utilizadas:

• José Garriga Zucal. "Nosotros nos peleamos. Violencia e identidad de una hinchada de fútbol"; 2010.

• Verónica Moreira y Rodrigo Daskal. "Clubes Argentinos. Debate sobre un modelo"; 2017.

• María Verónica Moreira. "Los modos de ser hincha. Participación social y proceso político en un club social y deportivo"; 2013

• María Verónica Moreira. "Etnografía sobre el honor y la violencia de una hinchada de fútbol en Argentina"; 2007.

Estudios consultados:

• Santiago Uliana, Diego Murzi y Sebastián Sustas**. "**Violencia y muertes en el fútbol argentino. Una aproximación estadística"; 2009.

Recortes periodísticos utilizados:

• Juan Branz y Diego Murzi. "Sobre el éxito y el fracaso futbolístico: algunas pistas para entender el fenómeno Messi"; Opinión, 2016.

• Pablo Alabarces. "La Sanata Condenatoria"; Revista Anfibia. 13 de marzo de 2017.

Artículos de internet:

• https://www.infobae.com/2013/10/04/1513791-arietto-quisiera-ver-que-sean-barras-y-no-35-perejiles/

• http://www.laprensa.com.ar/454754-Dudas-economicas-

sobre-el-futbol.note.aspx

• https://www.infobae.com/deportes-2/2017/10/28/la-verdadera-historia-de-bebote-alvarez-el-barra-mas-poderoso-de-la-ultima-decada/

• https://www.infobae.com/deportes-2/2017/10/27/se-entrego-el-barrabrava-pablo-bebote-alvarez/

• https://www.clarin.com/deportes/futbol/independiente/entrego-justicia-pablo-bebote-alvarez-lider-barra-independiente_0_SkvtBil0Z.html

• http://salvemosalfutbol.org/lista-de-victimas-de-incidentes-de-violencia-en-el-futbol/

Entrevistas, discusiones, y relatos radiales utilizados:

• Verónica Moreira y Rodrigo Daskal. Clubes Argentinos. Debate sobre un modelo. 17 de marzo de 2017. La Once Diez; Era Por Abajo

• Eduardo Sacheri. La violencia en el fútbol y la muerte del hincha. 20 de abril de 2017. Metro 95.1; Perros de La Calle.

A propósito del caso "NuSkin" y las estafas piramidales: ¿emprendimiento exitoso o delito con implicancias de genero?

Julián Farina Balbi

Durante el primer semestre del año 2020 en nuestro país, hemos presenciado un debate que ha ocupado la atención de la opinión pública, llegando incluso a los medios masivos de comunicación, involucrando a famosas y figuras de la farándula.

Más precisamente, la promoción de los productos de la marca "NuSkin" a manos de dichas figuras, ha reflotado el debate sobre las llamadas "estafas piramidales", cuestionando la legalidad y moralidad de las estrategias de venta de la marca.

Los métodos a los que hago referencia, son los llamados Multinivel o Multi Level Marketing (en adelante MLM), cuya característica principal, pasa por la posibilidad de que cada integrante del proceso de comercialización forme, a su vez, equipos de venta a su cargo, de manera que la estructura comercial va expandiéndose en forma exponencial desde arriba hacia abajo.

La acalorada polémica desatada por el furor comercial de los productos "NuSkin", arrojó como resultado posturas tan concluyentes como contradictorias; sin embargo, no se ha reflejado en estudios que puedan precisar los límites y alcances legales de estos negocios.

Este debate no es nuevo ni exclusivo de nuestro país; en los últimos 30 años se ha dado en Europa y Estados Unidos, alcanzando recientemente los mercados asiáticos.

Considero de suma importancia la reflexión sobre el tema, atento la fuerte expansión de estas prácticas a nivel mundial, el poder económico de las firmas que las emplean, el alcance masivo de sus ofertas, la escasa producción académica y jurisprudencial al respecto, el estado social de incertidumbre que rodea la cuestión, y principalmente, la vulnerabilidad de los grupos sociales destinatarios de estas prácticas.

La situación descripta presenta un escenario actual, que considero sumamente riesgoso.

La ausencia de definiciones concretas sobe estos métodos de venta, produce un estado de desconcierto, donde nadie parece saber con exactitud si ha sido víctima de una estafa penal, de un negocio poco exitoso, de un incumplimiento contractual, o de publicidad engañosa. Todo el campo en estudio pareciera ser una "cuestión opinable".

El objetivo entonces de este trabajo, radica en efectuar un abordaje más completo del problema, para intentar responder algunas de las preguntas generadas: ¿es el MLM una práctica lícita o delictiva?, en ese caso ¿es subsumible bajo el tipo penal de estafa? ¿es posible su persecución de hecho o resulta imposible? ¿a quiénes afectan estas prácticas? ¿deberíamos otorgarle mayor regulación?

Se habrá alcanzado satisfactoriamente el objetivo de este trabajo, plasmando al menos las dificultades que nos presentan estas prácticas comerciales, para propiciar luego la reflexión, y un acercamiento a soluciones justas y efectivas desde el Estado de Derecho.

Propuesta metodológica y advertencia al lector

Abordaré en primer lugar algunas definiciones conceptuales, indispensables para sostener el estudio.

Para evitar las cuestiones de hecho y de opinión, tomaré también los datos de las fuentes que he revisado, para determinar si, verificados esos supuestos, oportunamente debería existir la imputación de un delito, o no; separando la instancia de verificación probatoria para otro estudio.

Por lo tanto, si logramos determinar qué circunstancias son las que conducen a la configuración de un delito penal, o bien a su completa atipicidad en el ámbito de las MLM, podremos luego considerar lo relativo a su persecución, su factibilidad y dificultades.

Recién cumplido lo anterior, podremos abordar el desafío de ensayar las propuestas y soluciones que creamos más justas hacia el futuro.

Algunas precisiones conceptuales: Esquema Ponzi, estructura piramidal y negocio multinivel- Esquema Ponzi

Esta práctica defraudatoria, ha recibido el nombre de su creador, Carlo Ponzi, quien durante la década del 20, en los Estados Unidos, logró acumular una inmensa fortuna, como resultado de un fraude que posteriormente se conociera con su nombre.

La mecánica es tan sencilla como atractiva para ciertas victimas excesivamente crédulas o ignorantes financieramente.

Consiste en la obtención de inversores, generalmente de forma directa y bajo el pretexto de determinados conocimientos o habilidades exclusivas del estafador, quien promete mediante el uso de esas dotes únicas, réditos y ganancias sensiblemente más altas que las disponibles en el mercado, generalmente a plazos cortos, y bajo el ofrecimiento y demostración de seguridades evidentes.

Como lo hiciera el mismo Ponzi, el estafador usualmente comienza con un círculo pequeño de víctimas, con las que cumple puntillosamente su propuesta, para dar inicio al círculo de publicidad o "contagio", que lleva rápidamente al aumento de participantes en el timo.

En el diseño de Ponzi, se incentiva a las víctimas a convocar más inversores, incluso a cambio de pagos o aumentos en sus ganancias.

El falso negocio, sólo se mantiene durante el tiempo que el flujo de ingreso de víctimas aumenta, ya que el corazón del fraude consiste en pagar a las victimas más viejas con el aporte de las más nuevas.

No existe en un esquema del tipo Ponzi un negocio real de fondo, que pueda sustentar mediante un proceso de producción o de comercio el resultado financiero, mínimamente necesario para responder a la totalidad de las obligaciones contraídas.

Por lo tanto, cuando el entusiasmo por ingresar al negocio decae por cualquier motivo (crisis, desconfianza, necesidad de

efectivo), la estructura sencillamente se desmorona por falta de sustento, y comienza el "sálvese quien pueda".

Por otro lado, los negocios llamados de "Estructura Piramidal", si bien son muy similares, conllevan algunas diferencias que conviene remarcar, como lo señala muy claramente (ARAYA, s.f.)

En primer lugar, en un esquema Ponzi, la actividad defraudatoria es desarrollada en forma directa por el estafador, se conecta sucesivamente con cada potencial víctima, a fin de ingresarlo en la estructura; mientras que, en la figura piramidal, esa función es consecutivamente desplegada por los diferentes integrantes, quienes a su vez actúan como ingresantes y receptores de nuevos miembros, con quienes entablan directamente el negocio por sí mismos.

Por otro lado, el esquema Ponzi, como ocurriera en el caso de su creador, requiere para la captación de miembros, la ilusión de un conocimiento exclusivo, una virtud, o capacidad que, por algún motivo, sólo esa persona posee; mientras que en un negocio piramidal -por el contrario- se revela abiertamente a los nuevos ingresantes, sobre el aumento exponencial de sus ganancias por efecto del reclutamiento permanente.

Finalmente, en un esquema Ponzi, el circuito de fraude puede subsistir bastante tiempo en la medida en que sus integrantes mantengan la reinversión de su capital, y se sume al menos un número reducido de nuevos miembros; mientras que la estructura piramidal, indefectiblemente colapsará en un tiempo relativamente más reducido, al menos en lo que respecta a los peldaños más bajos, ya que la multiplicación de miembros tornará cada vez más difícil el objetivo de conseguirlos en forma sostenida.

Estas notas conceptuales serán fundamentales para dirigirnos con precisión al momento de comparar las prácticas en estudio con el tipo penal de estafa.

Negocio Multinivel

El Multi Level Marketing (MLM) es sólo uno de los nombres que recibe la misma práctica a nivel mundial, también conocido como Marketing en Red o de Referencia.

En nuestro país, existen varias empresas que funcionan bajo esta modalidad, como Avon, Mary Key, Herbal Life, NuSkin; y se encuentran nucleadas en la Cámara Argentina de Venta Directa (CAVEDI).

La organización define dos tipos diferenciados de actividad, la venta "Mononivel" y la "Multinivel". En la primera, el usuario adquiere de forma directa los productos de la empresa, a un precio especial de descuento para su venta al consumidor final bajo catálogo.

En la segunda, se mantiene la modalidad previa, pero además se adquieren ventajas por formar equipos de revendedores a cargo, de cuyas operaciones se obtienen comisiones.

En el modelo multinivel además de la oportunidad de ganancias brindada a través del modelo mononivel, los/las revendedores/as independientes tienen la posibilidad de introducir nuevos revendedores independientes en el negocio, con los que encabezan o acrecientan una red descendente de revendedores/as y pueden obtener una ganancia derivada de las compras realizadas por los integrantes de la red en las condiciones que expresamente se establezcan al respecto. (Camara Argentina de Venta Directa, s.f.).

Conceptos previos. Estafa

Cuando hablamos de estafa en lenguaje coloquial, usualmente nos referimos a situaciones de engaños o mentiras en diferentes escenarios y situaciones de la vida.

Esta diversidad terminológica, no es propia del ámbito del Derecho Penal, donde cada figura típica debe ser definida de acuerdo al principio constitucional de legalidad, con absoluta y completa precisión. Nuestro Código define que:

Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño. (Código Penal de la Nación Argentina [CP]. Ley 11.179. Artículo 172)

El C.P utiliza una descripción casuística de ciertos supuestos especiales, y finalmente agrega una definición residual del tipo, en la que ingresan todos los restantes casos cuando refiere "cualquier otro ardid o engaño".

La doctrina ha compartido que, de acuerdo al verbo típico utilizado, tanto la estafa como el abuso de confianza, son especies dentro del tipo amplio de defraudación.

En igual sentido, el Capítulo del Código Penal que la regula se denomina "Estafas y Otras Defraudaciones".

Comparto por ello con Soler, la afirmación en el sentido de que estafar no sería sino defraudar de una manera determinada (Larrondo, 2013).

El maestro Soler define la estafa como "la disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, determinado por los ardides de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido" (Donna, 2007, p. 334).

Es contundente Fontán Balestra al sostener que, la noción de estafa legal, podría reducirse al enunciado "el que defraudare a otro mediante cualquier ardid o engaño" (Larrondo, 2013, p. 4).

Comparte la doctrina que la figura típica nos exige los siguientes elementos: engaño, error, acto de disposición y perjuicio patrimonial; relacionados en forma causal y consecutiva.

Muchos autores exigen además en el sujeto activo un determinado ánimo de lucro que si bien es cierto que estará presente en la mayoría de los casos, no lo comparto en atención a su inexistencia en casos de mero daño, odio o caridad.

Fuentes recopiladas

Habiendo fijado algunas herramientas teóricas, corresponde analizar la evidencia recabada sobre las prácticas comerciales MLM; cuya consulta recomiendo al lector fuertemente por su aporte casuístico irrefutable.

Del programa periodístico "The Last Week Tonight With John Oliver" de la cadena HBO (LastWeekTonight, 2020) en concordancia con el film documental "Betting on Zero" (Braun,

2016) se evidencian una gran cantidad de prácticas que las firmas MLM tienen en común.

Las mismas conclusiones confirman estas fuentes: la presentación del negocio de las reclutadoras Denu Brazao (Denu Brazao, 2020) y Catalina Marín (Catalina Marín-Equipo CMG Nu Skin Enterprises, 2020); el discurso motivacional de la reclutadora Joanna Stachnik (Catalina Marín-Equipo CMG Nu Skin Enterprises, 2020); los testimonios de la famosa Adabel Guerrero (Telenoche, 2020) Francisco Ortiz (Francisco Ortiz, 2020) y Brenda Sander (Brenda Sander, 2020); y la investigación de la periodista Martina Garbarz (Garbarz, 2020).

De todo el material consultado, puede acreditarse una generalidad de prácticas compartidas por distintas firmas MLM tales como:

La utilización de un mensaje de reclutamiento descendente hacia el círculo social de cada interesado, mediante la presentación de un escenario de éxito y abundancia, extremadamente prometedor y seguro.

El calibre financiero de estos gigantes comerciales, cuyos ingresos en 2015 ascienden a 36 mil millones de dólares.

La obligación de efectuar una compra inicial, para tener posibilidades de acceder a lo que en definitiva la marca promete.

La utilización de figuras famosas como modelos de consumo de sus productos.

La celebración de masivas reuniones de miembros, donde se monta un *show* y se testifica sobre las experiencias de éxito fomentando el concepto de "mente millonaria" y autosuperación, como resultado del emprendimiento que patrocinan.

El uso sugestivo del discurso, con terminología subliminal, propio de sectas religiosas.

La tendencia a la acumulación de productos de la empresa por parte del mismo revendedor, debido a descuentos por mayores volúmenes de compra; sumado a políticas leoninas de devolución y renuncia.

La complejidad de las reglas para distribuir las comisiones y asignar los niveles de "jerarquía".

El direccionamiento de las técnicas de reclutamiento, hacia sectores vulnerables de la sociedad.

Algunos aportes en cifras

Desde el aspecto de los datos más duros, sobre NuSkin, Herbal Life y Kiany, las fuentes mencionadas ponen en evidencia el altísimo porcentaje de distribuidores de esas marcas, que perciben en un mes promedio comisiones nulas o extremadamente bajas.

El reporte oficial de NuSkin para compensaciones del año 2015, arrojó que el 93% de sus distribuidores en un mes promedio ha recibido un monto igual a cero.

También es muy llamativo que -como ha informado la firma Herbal Life- las empresas no tienen registro del porcentaje de ventas que se dirige al consumidor final, o hacia otros distribuidores de la misma firma.

La Federal Trade Commission (FTC), ha investigado fuertemente estas prácticas, no sin toparse con grandes obstáculos desde el "lobby" empresarial; y en 2016, la firma Herbal Life, debió pagar la multa de 200 millones de dólares, y fue compelida a adecuar sus prácticas comerciales e informativas. El Organismo Federal incluso dijo que "la firma deberá comenzar a actuar legítimamente", lo que claramente implicaba que no lo venía haciendo hasta ese momento (Federal Trade Commission, 2016).

Resulta inevitable luego de leer las conclusiones a las que arriba la FTC, no trazar un íntimo paralelo con la reciente denuncia efectuada en nuestro país por la Secretaria de Comercio contra la firma NuSkin, de la que surgen una cantidad de imputaciones prácticamente idénticas.

Específicamente el Organismo imputó a NuSkin Argentina por violar los deberes de información ordenados por la Ley de Defensa del Consumidor; por brindar información falsa y engañosa para la promoción y venta de sus productos; y además de otras faltas sobre el producto en sí mismo y los mecanismos de promoción (Ministerio de Desarrollo Productivo, 2020).

Similares sanciones han recibido estas firmas en otros mercados como el europeo y en China, cuyo aumento en los controles, al igual que en los Estados Unidos, ha producido su expansión hacia mercados menos regulados, desembarcando fuertemente en Sud América, India y Mongolia entre otros.

Los datos analizados desde el delito de estafa. La comprobación del engaño

El primer obstáculo que debemos superar para intentar la imputación penal por estafa, es la comprobación de un ardid o engaño, con finalidad defraudatoria.

En este ámbito, deberíamos responder uno de los argumentos más utilizados por los miembros de estas firmas, que es el que tiene que ver con el riesgo del negocio, el fracaso empresario del emprendimiento personal.

El argumento de "nadie te obliga a ingresar" es tan repetido como ineficaz para justificar su legalidad.

Si por obligar entendemos el uso de la fuerza, es claro que en ese caso estaríamos ante otro delito, de violencia y coacción; no es el caso afortunadamente, pero su ausencia no resuelve la imputación por estafa.

Es que la estafa precisamente requiere de un engaño, que en ausencia de violencia, compele a la víctima a perjudicarse patrimonialmente, como consecuencia del error al que es inducida por la maquinación.

Ello nos lleva a la pregunta que yace en el fondo de esta cuestión: ¿existe un engaño?, ¿podemos verificar la construcción de un ardid que oculte la verdad, o disimule la realidad, tendiente a obtener un beneficio? Creo que la respuesta se impone por el sí.

Aun dentro de las teorías más exigentes del engaño, aquellas desprendidas de la doctrina francesa de la "mise en scéne", que exigen un plus en el engaño más allá de las simples palabras tendenciosas, considero que el engaño se verifica.

Basta con contrastar los discursos de éxito, seguridades, superación y ambiciones con los números reales de venta; no

sólo se esconde la verdad, sino que se presenta de manera sumamente embellecida, para lograr en las victimas una concepción totalmente alejada de la realidad.

Estas firmas no sólo venden un producto, venden un camino hacia un estilo de vida. Lo que ofrecen es una oportunidad de alcanzar aquello que a los miembros "se les ha revelado", y por medio de ejemplos y testimonios intentan demostrar la seguridad en esas metas.

Esa tendenciosa propaganda no sólo viene plagada de abusos en la información, sino que además deliberadamente esconde y disimula datos contables y financieros esenciales.

Surge de las fuentes que el 93% de los distribuidores de la firma NuSkin recibe en un mes promedio, un monto de comisión igual a cero. Eso quiere decir -como explica J. Oliver- que cualquier persona que jamás ha oído el nombre NuSkin no sabe qué es, ni qué ofrece; pues esas personas ganan por mes lo mismo que el 93% de todos sus revendedores: cero.

Esa información de relevancia, convenientemente para las empresas, no se informa a los revendedores, más bien se esconde y se monta una realidad completamente adulterada.

La apariencia fingida sobre las posibilidades del negocio, se refuerza con discursos de otros miembros, figuras y publicidades engañosas.

En resumen, no tengo dudas de que estamos frente a un ardid, un montaje de un escenario falso, acompañado de todo tipo de aditamentos para reforzarlo, destinado a crear una ilusión de seguridad en el negocio que se ofrece, cuyas posibilidades reales, bien conocidas además por el engañador, son tremendamente opuestas a las ofrecidas y enunciadas, ya sea por acciones u omisiones.

El error del reclutado

El segundo punto que debemos verificar es la existencia del error y la correlación de éste con el engaño.

Debemos preguntarnos si las personas captadas por estas prácticas, lo hacen como consecuencia de una voluntad vicia-

da por la maniobra engañosa, o bien aceptan el negocio por cualquier otro motivo.

Considero que, en armonía con el montaje empresario del "ardid", en caso de verificarse éste en los términos expuestos, las victimas habrán actuado engañadas fundamentalmente por el sistema fraudulento diseñado por estas firmas.

Específicamente, si un nuevo vendedor ingresa a una empresa "X", éste podría hacerlo luego de la firma de un contrato claro y preciso sobre las formas de acceder a las comisiones, y haber sido suficientemente informado de las posibilidades reales de éxito, al menos mediante estadísticas verídicas. Pero en el caso de estudio resulta todo lo contrario.

Las palabras de la Secretaria de Comercio y de la FTC americana sustentan esta postura; los ingresantes aceptan sumarse a un proyecto que les es ofrecido como un camino al éxito, y cuya oferta se ve sustentada en una gran cantidad de elementos engañosos por acción y omisión.

Esa pantalla de irrealidad, es la que determina la voluntad, y por lo tanto, es consecuente con el error en que incurre la víctima.

Sólo podríamos aceptar que el error no se corresponde con la conducta de las firmas, en caso de observarse un cumplimiento rotundo de las normas de información y buena fe, cuestiones justamente que en todo el mundo, han sido compelidas a cumplir por la fuerza.

La disposición patrimonial y el perjuicio

Los restantes elementos del tipo deben ser entendidos desde una concepción patrimonial amplia, propia del concepto mixto de patrimonio, de carácter jurídico-económico, más extensivo, incluyendo cosas, bienes y derechos.

El caso presenta en este punto una de sus complejidades mayores, relativa a la heterogeneidad de situaciones que ocurren en la práctica.

Me refiero a que no todos los reclutadores y distribuidores actúan de la misma manera. Muchos miembros de las MLM

sólo se dedican a vender productos y no a reclutar revendedores. Esto es perfectamente posible, y legítimo; aunque poco probable de acuerdo a las evidencias estudiadas.

A las MLM no le hace ningún daño que existan simples revendedores, en todo caso si producen muchísimas ventas mejor para la empresa, y de lo contrario, el riesgo es para el revendedor.

La cuestión gira en torno a los casos de reclutamiento, vendedores sumados a la estructura de otros, que a su vez, vuelven a replicar el mismo procedimiento con terceros.

Lo cierto es que la empresa primero diseña una política engañosa de falsas posibilidades de éxito y libertad laboral; luego la promociona por medio de figuras y personajes de alto reconocimiento social; y cuando esa publicidad hace efecto y se generan intereses, se pone en marcha un mecanismo de convencimiento que, o bien exige la compra de mercadería para iniciar, o bien dentro de la misma retorica engañosa del proyecto, se convence a la víctima de que sólo será efectivo su intento de éxito, si parte desde esa compra inicial.

Comprobados esos extremos, estaríamos sin dudas en presencia de una disposición patrimonial, que ha sido el efecto de un engaño, en el que ha sucumbido la victima por el ardid del estafador.

Pero aun sin verificarse ese desembolso, todavía podríamos convenir en que la entrega de las capacidades comerciales del nuevo distribuidor, su aporte personal de trabajo, publicidad, contacto a terceros, expectativas, tiempo y gastos, implican en sí mismos una disposición desde la concepción patrimonial amplia.

La misma conclusión es reforzada a la luz de los derechos del consumidor. Si la empresa esconde información esencial, o brinda datos insuficientes o engañosos, incurre en un incumplimiento legal, generador de responsabilidad civil por conculcar precisamente los derechos constitucionales a la información y a la verdad.

Finalmente, debemos cuestionar si de esa disposición se desprende un perjuicio patrimonial. El interrogante es si la

compra del producto, la generación deliberada de falsas expectativas, los aportes personales y gastos del reclutado, sumados a la violación de su derecho a la verdad, pueden considerarse como un perjuicio patrimonial.

La exigencia de una compra determinada para ingresar al modelo de negocio, importará por sí un perjuicio patrimonial.

Debe repararse en que esa exigencia es la que se confirma en la totalidad de los testimonios recabados, al igual que en la imputación de la Secretaria de Comercio de la Nación.

Podríamos preguntarnos si el hecho de adquirir un determinado producto por un precio, necesariamente implica un perjuicio patrimonial; ya que podría resultar equivalente el precio pagado al valor del producto.

Sin embargo, esa conclusión es restringida, toda vez que omite valorar las circunstancias esenciales que producen la operación. Un enfoque más amplio nos muestra que el pago del precio no es más que un requisito para ingresar al verdadero producto ofrecido, que radica en esa especie de revelación milagrosa; ese negocio comercial que promete solucionar nuestros problemas económicos; y no en el producto en sí mismo.

Esas expectativas de éxito que se crean en la víctima, surgen de una conducta engañosa y defraudatoria diseñada por la empresa, que además, de acuerdo con la teoría que compartimos de protección de los usos sociales y la buena fe, tiene la obligación legal de informar verazmente al consumidor sobre todos los aspectos del negocio, y este último, protegido en estas normas, tiene razón para confiar en que la contraparte está actuando de buena fe; es decir que le está presentando un escenario real y adecuado a sus promesas.

Bajo esta mirada, que concibe el precio pagado como un accesorio de algo principal que radica en el negocio propuesto, vemos claramente que la equivalencia o disparidad entre ese precio y el producto, resulta indiferente para la configuración de la estafa.

El engaño no va dirigido a enmascarar los defectos del producto, para producir el error de que el precio es justo, sino que el ardid se dirige a obtener una ganancia, como requisito

previo a ingresar al esquema comercial; además de los gastos y disposiciones que se concatenan una vez dentro.

Por estas razones, considero que, ya sea por el pago de un producto, o por el incumplimiento en las expectativas creadas falsa y ardidosamente en la víctima, se configura en ésta un perjuicio con implicancias patrimoniales.

La comprobación del dolo

El problema más difícil de resolver que presentan las prácticas MLM, es el referido al elemento subjetivo del tipo.

El delito de estafa sólo admite su autoría bajo la figura del dolo directo, excluyendo los restantes tipos disminuidos del dolo secundario y eventual.

Como consecuencia, aun habiendo acreditado todos los elementos objetivos del tipo, se deberá identificar un autor, que ha conocido y querido llevar adelante la totalidad de la conducta típica.

Esto impone la obligación de diferenciar la conducta de la empresa y sus directores; y asimismo, la de los reclutadores, para preguntarnos si han conocido y querido actuar típicamente.

El art. 172 nos ofrece un sujeto activo abierto, sin requisitos especiales en la persona cuando sostiene "…el que defraudare a otro…".

Sin embargo, nuestra legislación no admite la conducta típica de la estafa, en cabeza de las personas jurídicas. Su reciente legislación por la ley 24.701 ha tipificado una serie de delitos imputables a las personas jurídicas, todos ellos relacionados al ámbito de la corrupción y el tráfico de influencias.

Ahora bien, la pregunta ¿quién es el autor de un delito? o ¿qué debe entenderse por autor?, ha sido uno de los temas más abordados en dogmática penal, y no presenta una solución única.

La teoría impulsada por el maestro Roxin del "dominio del hecho" es generalmente aceptada, no sin ser objeto también de diferentes interpretaciones más o menos extensivas.

Considera que es autor quien tiene las riendas del suceso, protagoniza la conducción final del suceso o del acontecer típico (Rusconi, 2016).

También el autor ha diferenciado los conceptos, según estemos ante un dominio de la acción, de la voluntad o un dominio funcional, extensible incluso a su postura sobre la autoría como dominio de una organización, cuya aplicación a las empresas ha sido polémica en la doctrina alemana.

Por otro lado, en conjunción con el concepto de autor, deberíamos preguntarnos qué entendemos por partícipe, cuya imputación subsidiaria dependerá de la extensión que demos al primer concepto.

En nuestra legislación, carente de una definición conceptual, se incluyen las figuras en el art. 45 del C.P y generalmente se atribuye al término partícipe dos acepciones: una general que tiene que ver con cualquier intervención en un delito, ya sea en carácter de autor, cómplice o instigador; y una acepción restringida -y más precisa- que refiere como partícipes a todos aquellos sujetos que han tomado parte en el ilícito y no reúnan las características del autor (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2006).

Esto conllevará en cada legislación diferentes consecuencias sobre el *quantum* de la pena en base a decisiones de política criminal.

Las dificultades sobre la autoría

Habiendo apartado la posibilidad de imputar directamente a la persona jurídica, estamos en condiciones de preguntarnos, si tanto los reclutadores de las MLM, como los directores de la misma, actúan ente el delito de estafa en calidad de autores, de partícipes, o bien su conducta resulta atípica.

Adelantando mi postura final, considero que la estructura de los tipos penales legislados en protección de la propiedad, y particularmente el delito de estafa estudiado, no ha sido concebido para hacer frente a gran parte de las prácticas delictivas que la actualidad nos presenta.

No sólo estas tendencias comerciales son difícilmente subsumibles en los tipos clásicos, sino que los avances tecnológicos y la globalización han producido tendencias delictivas como las propias de los ciberdelitos y la corrupción internacional que tornan sumamente dificultosa su inclusión en los tipos clásicos.

Me refiero a que, bajo un esfuerzo interpretativo, podríamos intentar imputar las prácticas en estudio bajo el tipo penal de la estafa, pero rápidamente encontraremos grandes obstáculos desde la prueba y la efectiva persecución.

Si quisiéramos imputar directamente a los directores en calidad de autores, entendiendo que es sobre ellos en definitiva que recae el dominio del hecho, ya sea de mano propia, por dominio de la voluntad o la organización, ineludiblemente deberíamos acudir a otra figura que justifique la acción de cada uno de los reclutadores de la cadena.

En ese razonamiento, es posible optar por modelos de imputación o de liberación punitiva, y en gran medida dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Es decir, no será imputable aquel distribuidor que, como hemos estudiado, no reúna las condiciones del dolo directo sobre cada elemento del tipo.

Por otro lado, en una opción punitiva, podríamos analizar la imputación como partícipes necesarios, de aquellos reclutadores que cumplan dolosamente el tipo, o bien -a la inversa- considerar autor a cada uno de ellos, en relación a un coautor en cabeza de los directores.

También en un plano de no persecución penal, sobre los distribuidores, aun manteniendo la de los directores, podríamos acudir a la figura del autor mediato.

Esta figura impulsada por la doctrina alemana, requiere la existencia de un autor directo -en este caso los distribuidores- quien desarrolla la conducta típica, bajo alguna causa de inimputabilidad, ya sea falta de acción, error de tipo, causa de justificación o de inculpabilidad. El autor mediato es quien se vale de ese sujeto inculpable, como un medio para cometer el delito. Como sostiene Rusconi "el sujeto domina la ejecución

del suceso, pero no lo ejecuta de propia mano sino a través de un instrumento que por alguna razón no puede responder penalmente" (2016, p. 856).

Las herramientas que ofrece la dogmática son tan variadas como discutibles de acuerdo a la postura de cada autor.

Se puede advertir que el intento de perseguir estas conductas a través del delito de estafa, presenta severos obstáculos; desde el aspecto interpretativo, factico, e incluso de política criminal, al momento de decidir por ejemplo imputar a meros consumidores revendedores. Esas dificultades no son casuales, tienen un origen común en la concepción con que han sido legislados los tipos. El bien jurídico protegido: la propiedad, el patrimonio en sentido amplio, están legislativamente inclinados hacia una protección subjetiva, individual; ante un delito también concebido en forma personal.

La rigidez de esas estructuras, no permite la necesaria adaptación a las exigencias de la realidad actual, y como veremos en el siguiente apartado, será necesario incluir modificaciones que habiliten una protección adecuada a la realidad de nuestros días.

Vulnerabilidad. Una mirada de las MLM con perspectiva de género

De las fuentes, puede verificarse el direccionamiento de estas prácticas sobre sectores de la sociedad especialmente vulnerables.

En el caso de Herbal Life, el impacto sobre la comunidad latina de los Estados Unidos ha puesto en evidencia la explotación de las especiales necesidades de esas víctimas, como la falta de ingresos fijos, la naturalización del empleo clandestino, y el temor al reclamo ante riesgos de ser deportados o discriminados.

Comprender las vulnerabilidades de los grupos objetivo de las MLM, resulta esencial para explicar el éxito, propagación y lesividad de esas prácticas; y el fenómeno ocurrido en nuestro país debe ser estudiado bajo esa tesitura.

Al respecto, en pleno año 2020, todavía son muchos los indicadores que sustentan la conclusión de que vivimos en una sociedad machista, y sin dudas uno de ellos tiene que ver con el estereotipo de belleza que aceptamos socialmente.

La mirada que como sociedad proyectamos sobre el cuerpo de la mujer, sobre sus obligaciones, sus roles y sus derechos, hasta el día de hoy, se construye desde el hombre.

Ciertas profesiones, oficios, deportes, también prácticas sociales determinadas, son aceptadas naturalmente en los hombres y desaprobadas o resistidas en las mujeres, sólo por la condición de género. Sin mencionar otras como la infidelidad, que aun supuestamente desaprobadas, no reciben la misma condena social en hombres y mujeres.

Los avances conseguidos en los últimos años sobre igualdad y perspectiva de género, ampliación de derechos y autodeterminación sexual, sin dudas son logros importantísimos, pero aún hay mucho camino por recorrer, y la impunidad de los métodos comerciales estudiados nos lo demuestra.

La desigualdad de género y mayor vulnerabilidad de la mujer en el ámbito laboral es innegable; las cifras sobre ingreso al empleo, salario, horas de trabajo remuneradas, precariedad laboral y desempleo, se demuestran en numerosos estudios (Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, 2017).

Pero la condición de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres en general, va incluso más allá de esas duras estadísticas; y tiene que ver con el sometimiento a un modelo prediseñado culturalmente, desde una mirada masculina.

Los roles sociales, los modelos, y los estándares a los que una mujer “debe” adecuarse, no sólo existen, sino que les son permanentemente exigidos, directa y subliminalmente; un constante bombardeo de mandatos, que “aseguran” al cumplirlos, las metas de aceptación, belleza y éxito.

Sin embargo, ese conjunto de imposiciones no permite elecciones libres, en el mejor de los casos, quien tenga la suerte de cumplirlos, por cuestiones genéticas, económicas o cualquier otra, se sentirá más o menos aceptada; su intento de realización personal será pleno o fracasará.

Las prácticas comerciales que estudiamos, fomentan y refuerzan estas órdenes sociales sobre las mujeres; utilizan la figura de supuestos referentes, que cumplen con todos esos mandatos, y desde ese lugar se direcciona el mensaje.

Específicamente mujeres delgadas, blancas, curvilíneas, altas, de piel lisa y cuerpos trabajados, muestran la utilización de estos productos; promueven sus resultados y participan del negocio; lamentablemente son "referentes" de muchas otras mujeres, que persiguen ese modelo, y el mensaje que en definitiva les transmiten: que con ese producto y con ese negocio, se acercarán al objetivo de parecerse a ellas.

Lo que ofrecen es un camino que supuestamente a ellas les dio resultado, ponen a disposición de las demás mujeres alcanzar ese estándar de belleza impuesto por la sociedad; el lema es: lograrás ser exitosa e independiente como ellas, y de esa forma podrás acceder a todos los beneficios que nuestra sociedad ofrece a quien cumple esas condiciones.

Es decir, cumpliendo con esos mandatos, serás deseada desde una visión heterosexual, y por ello, conseguirás una pareja del sexo opuesto, que también es aprobado socialmente por perseguir ese modelo impuesto de belleza; serás aceptada y admirada; lograrás el éxito del que ellas gozan.

Sólo si logramos advertir estas implicancias del fenómeno comercial, y su impacto en los grupos más vulnerables, realmente lograremos tomar conciencia de la lesividad real que presenta.

El Derecho es permanentemente puesto a prueba por los fenómenos sociales, políticos y económicos que transcurren con el avance de los tiempos, y la protección especial de determinados sectores más débiles, ha sido un valor fundamental del Estado de Derecho, desde la protección de los consumidores, hasta los estándares valorativos de perspectiva de género, impuestos internacionalmente.

Considero que esa tendencia evolutiva del Derecho, es la que debe guiarnos ante los nuevos fenómenos delictivos, para lograr la creación de herramientas legales, actuales y eficaces, que nos permitan siempre imponer el valor supremo de justicia.

El ejemplo de la legislación española

A diferencia de nuestro marco legal, el país ibérico cuenta con algunas herramientas que presentan a la sociedad un menú de soluciones legales más completo que el nuestro.

Como lo mencioné al inicio, las empresas MLM se han expandido hacia mercados menos regulados, ya que los controles en los países centrales se han endurecido fuertemente.

En el caso de España, la legislación comprende en el art. 282 al delito de publicidad engañosa y las estafas en cabeza de las personas jurídicas en los art.13 y 251bis (Código Penal).

También se encuentra específicamente tipificada la conducta que hemos estudiado, como "prácticas de venta piramidal" en el art. 24 de la Ley de Competencia Desleal (Ley de Competencia Desleal, 1991), previendo además de su absoluta prohibición, acciones de resarcimiento.

La jurisprudencia española ha ido moldeando los límites de esas figuras, entre extremos más y menos amplios, pero en cualquier caso, no podemos negar que ha receptado esos fenómenos delictivos como consecuencia de su impacto y lesividad.

Conclusión. Derecho adaptación

Este estudio ha tenido por objetivo provocar un pensamiento reflexivo sobre nuestra realidad actual respecto de estas prácticas comerciales.

Considero que todos los operadores del Derecho debemos velar por un ordenamiento legal que ofrezca protección suficiente a los bienes jurídicos que consideramos dignos de ella, como la dignidad y la propiedad; pero sobre todo, con herramientas que se adapten adecuadamente a los medios que los ponen en riesgo en cada momento histórico.

La inclusión en el art. 173 de los fenómenos delictivos mediante tarjetas de crédito, medios mecánicos y electrónicos -más allá de los reparos sobre su redacción- son un claro ejemplo del Derecho como constante adaptación. Lo mismo ocurre

sobre la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Esos ejemplos como tantos otros, demuestran la ineficiencia del Derecho en tanto se lo conciba desde una naturaleza rígida e inmutable.

Para concluir, retomaré las preguntas esbozadas al inicio:

Primero: no estamos ante un emprendimiento exitoso, ni mucho menos, como mínimo para la inmensa mayoría de los involucrados; tal vez lo será para unos pocos inescrupulosos que inician y promueven egoístamente estos mecanismos; pero sólo será a costa del fracaso de la multitud de personas debajo de ellos.

Segundo: la explotación de la mujer y de otros sectores vulnerables a manos de estas firmas, no sólo es evidente, sino que sus métodos son ruines y degradantes; explotan las necesidades propias de la mujer creadas por un modelo machista y patriarcal.

Tercero: lamentablemente, no puedo concluir que estemos, al menos hoy, ante un delito factiblemente perseguible. Aun verificando todos los elementos de la estafa, su persecución real con las herramientas legales de hoy parece muy poco probable.

Más concretamente, considero que el fenómeno estudiado, hoy no encuentra en el ordenamiento penal una respuesta que proteja a las posibles víctimas en forma suficiente; y como operadores del Derecho, siento que la realidad nos interpela a encontrar rápidamente soluciones adecuadas.

Esa necesidad debería verse intensificada y ser una prioridad por la vulnerabilidad que presentan las víctimas, los discriminatorios y ruines métodos utilizados; y la envergadura económica de sus perpetradores.

Los daños que producen estas prácticas, muy difícilmente se manifiesten en hombres, activos laboralmente, bajo relaciones registradas, o pertenecientes a una clase social acomodada; son las mujeres, los jóvenes, adultos mayores y excluidos del mercado laboral en general, quienes sufren más fuertemente el golpe de estos flagelos, disimulados bajo un manto de

legalidad de poderosas empresas internacionales y explotando la confianza y la dignidad de sus víctimas.

La respuesta no puede hacerse esperar; la potencialidad lesiva de estas prácticas convoca a una reforma: o bien similar a la del Derecho español, con una tipificación específica de cada figura; o bien incluyendo una nueva conducta típica, en el ámbito del Derecho Penal Económico y los delitos de las personas jurídicas.

Considero esta última más acertada, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, entendido no ya sobre una singularidad, como la propiedad de una persona, sino como el interés general de la masa de sujetos amenazados por estas prácticas; similar al concepto de orden económico, propio del Derecho Penal Económico.

Existen, en definitiva, diversos modelos posibles a debatir, que dependerán de una decisión de política criminal; no ha sido esa definición mi objetivo, sino dejar planteada la situación actual, el riesgo, y la reflexión sobre la necesidad de una reforma, cuyo tratamiento estimo urgente.

Referencias

Araya, E. V. (s.f.). "El Esquema Ponzi y otros fraudes económicos". Obtenido de CIECO: http://cieco.org/docs/El%20Esquema%20Ponzi%20y%20otros%20fraudes%20econ%C3%B3micos.pdf

Braun, T. (Dirección). (2016). *Betting on Zero* [Película]. Biltmore Films, Zipper Bros Films.

LastWeekTonight. (30 de enero de 2020). Mercadeo Multinivel: Last Week Tonight With John Oliver [video]. Youtube. Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=Cy-O4myeUzg

Ley de Competencia Desleal. (enero de 1991). *Ley 3/1991*. Obtenido de https://www.boe.es/buscar/pdf/1991/BOE-A-1991-628-consolidado.pdf

Rusconi, M. (2016). *Derecho Penal, Parte Especial* (3ra. ed.). Ad-Hoc.

Smolianski, R. D. (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Ad-Hoc.

Telenoche. (20 de mayo de 2020). Escándalo de famosas por una maquinita [video]. Obtenido de https://www.youtube.com/watch?v=goD0r63i1SU

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2006). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (2da. ed.). Ediar.

El rol de los abogados y abogadas con perspectiva terapéutica

María Victoria Gisvert

"Aunque pocas veces se haya dicho con tanta claridad, la justicia es lo más humano que poseemos, y lo que, con diferencia, más nos distancia del resto de seres vivos. En el fondo, la justicia está basada en lo más sincero de nosotros mismos. Curiosamente, el ser humano ha sido capaz de crear a lo largo de los milenios un mecanismo de resolución de controversias que está basado en el esclarecimiento del conglomerado hechos-derecho en un caso concreto. Es decir, aunque sepamos que no es posible en un proceso obtener la 'pura verdad' en muchas ocasiones, ni de la realidad de lo acaecido ni de la interpretación de la voluntad auténtica del legislador, el máximo acercamiento a dicha verdad nos satisface psicológicamente, porque nos suele conseguir otorgar la conciencia de que ese conflicto fue bien resuelto" [189].

Introducción

En el contexto internacional, el concepto de Justicia Terapéutica no es nuevo.

En 1987 los profesores en Derecho, David B. Wexler y Bruce Winick, lo definieron como "el estudio del papel y del impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas" [190].

Si bien los inicios de esta corriente se ubican en Estados

189 Jordi Nieva Fenoll, Jairo Parra Quijano, *La humanización de la justicia. Academia & Derecho*, 2010, Universitat de Barcelona.

190 Wexler, David B.; Fariña Rivera, Francisca; Morales Quintero, Luz Anyela; Colin Soto, Sara Patricia. *Justicia Terapéutica Experiencias y Aplicaciones*. II Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica, 2010, Inacipe (Instituto Nacional de Ciencias Penales).

Unidos, en la actualidad se pueden encontrar experiencias y prácticas muy valiosas especialmente en Canadá y Australia. Asimismo, en Iberoamérica también empieza a ser una tendencia en los sistemas de Justicia en países como Argentina, Chile, Costa Rica, España, Perú, México y República Dominicana.

Por su parte, la Justicia Terapéutica ha buscado ver al Derecho de una forma más enriquecedora, ponderando el impacto terapéutico y anti-terapéutico de los roles de los operadores jurídicos y otros profesionales que operan en el ámbito legal.

La dimensión de estas prácticas y técnicas profesionales es fundamental, ya que los principios de la Justicia Terapéutica encuentran su nacimiento en los tribunales de "solución de problemas" cada vez más predominantes, como los tribunales de tratamiento de drogas y los de salud mental.

En ese sentido, para que el proceso terapéutico prospere fuera del ámbito de los tribunales de resolución de problemas es necesario contar con un panorama legal amigable.

Siendo que en la actualidad aún es inexistente la legislación específica que regule este nuevo paradigma legal, existe una Red Internacional que tiene como propósito la generación y difusión de conocimiento científico en esta área a través de publicaciones y realización de eventos académicos especializados, donde se pone de relieve la importancia de la cultura del respeto, el cumplimiento de la observancia de los derechos humanos, el mejoramiento de la percepción de los ciudadanos con respecto a la justicia y su impartición, pero sobre todo en la calidad de vida de las personas involucradas en los procesos legales, reduciendo el sufrimiento innecesario y procurando potenciar los efectos terapéuticos positivos de la ley en las personas.

De lo expuesto hasta el momento se puede concluir que cuando hablamos de Justicia Terapéutica estamos ante un cambio de paradigma que surge en la actitud de los operadores jurídicos, que promueven la humanización de la Justicia y defienden la necesidad de que ésta provoque bienestar en todos aquellos que la utilicen.

En palabras de la Asociación en Argentina de Justicia Terapéutica "es un paradigma legal que versa sobre el estudio del rol de la ley como agente terapéutico; se centra en el impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas, preocupándose del lado psicológico, emocional y humano de la ley, el proceso legal y los actores legales".

El paradigma de Justicia Terapéutica nace en el plano de la salud mental con la Ley de Salud Mental de Estados Unidos, pero rápidamente se empezó a analizar que este mismo paradigma podía ser utilizado en aquellos sujetos que sí eran punibles, para darle a la ley un efecto que no comprenda sólo una sanción y un castigo, sino que tuviera una fuerza social y un efecto que incidiera en su salud mental y su bienestar psicológico.

En este marco, la Justicia Terapéutica tiene como objetivo principal estudiar las normas y procedimientos legales, así como la actuación de todos los agentes involucrados en los mismos, con el fin de contribuir al bienestar emocional y psicológico de las partes directamente afectadas, tanto como de la ciudadanía en general.

Considera a la ley (las normas jurídicas, los procedimientos legales y los roles de los actores legales) como una fuerza social que a menudo produce consecuencias terapéuticas o anti-terapéuticas, frente a lo cual este enfoque procura brindar una mirada más enriquecedora del Derecho y de su aplicación, para poder cumplir con la finalidad de la ley en beneficio de las personas, sus familias y la comunidad.

El objeto central del análisis e intervención de la Justicia Terapéutica es el ámbito jurídico, especialmente en materias referidas al Derecho Penal de adultos y juvenil, al Derecho Civil y de Familia o Consumo, pero su potencial se extiende a otros ámbitos muy diversos, como el sanitario, educativo o el académico.

La Justicia Terapéutica tiene una especial repercusión en los procedimientos judiciales, tendiendo en particular a la agi-

lización y a la pacificación del conflicto, pero no implica necesariamente la desjudicialización del proceso.

Asimismo, no sólo tiene por objeto la resolución de los casos judiciales sino también la causa que los motiva. De esta manera para la Justicia Terapéutica, la Ley y la aplicación de la misma es, especialmente, una oportunidad para los usuarios de la Justicia; tanto para los demandados como para quienes demandan y, tanto para las víctimas como para los victimarios.

Esta nueva concepción de la Justicia propone utilizar herramientas que ayuden a abordar interdisciplinariamente los problemas judicializados, permitiendo la adopción de medidas acordes a las capacidades y necesidades de los justiciables y de las víctimas. Para ello, incorpora al sistema legal conocimientos y hallazgos de la psicología, la criminología, la ciencia forense y el trabajo social.

En ese sentido, se invita a que los jueces y juezas, y en definitiva a todos los operados jurídicos, reconozcan que pueden ser agentes importantes para generar un cambio y que sus palabras, acciones y conductas afectarán de manera invariable a las personas que comparecen en el tribunal.

Los principios rectores de la Justicia Terapéutica son:

1) la intervención judicial continua;

2) el estrecho seguimiento de la conducta y respuesta inmediata a la misma;

3) la integración de los servicios de tratamiento con el procesamiento de los casos judiciales;

4) la participación multidisciplinar;

5) la colaboración con organizaciones comunitarias y gubernamentales.

Finamente, el paradigma de la Justicia Terapéutica plantea un modo diferente de entender la Justicia frente al descontento y frustración que suele producir el sistema adversarial, propiciando entre otros mecanismos un Derecho Colaborativo que evite las consecuencias perjudiciales del proceso judicial tradicional como plantean Francisca Fariña, Ramón Arce, Do-

lores Seijo y Mercedes Novo [191], en beneficio de los destinatarios del sistema, en cada uno de los miembros de su familia y en la comunidad en general.

Justicia Restaurativa. Similitudes y diferencias

La Justicia Restaurativa suele aparecer restringida a algunas materias determinadas, como puede ser el Derecho Penal, y más específicamente, la Justicia Penal Juvenil. Sin embargo, se trata de una lógica que debe trascender estos límites y ser analizada en base a los conflictos socio-judiciales y en cómo pensamos la gestión de los mismos.

Desde ese punto de partida, entonces, problematiza a la tradicional resolución adversarial de los conflictos, abriendo camino a procedimientos alternativos del tipo no adversariales, como puede ser la mediación y la conciliación que se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico u otros procedimientos no reglados que podrían instrumentarse a través de la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.

Lo restaurativo, entonces, deja de lado al ya conocido acuerdo de intereses, para poner énfasis en investir a los procedimientos judiciales según horizontes de pacificación social, buscando generar la restauración de los vínculos sociales, procurando imaginar soluciones que tengan en cuenta la perspectiva de los actores, con sus tradiciones, sus comportamientos, dentro del marco pautado desde la perspectiva de Derechos Humanos.

Finalmente, es dable destacar que se basa en la participación de las personas directamente afectadas y de la sociedad civil (parientes y amigos de la víctima y del agresor, vecinos, autoridades locales, servicios sociales, policía, funcionarios).

191 Fariña, F. Arce, R., Seijo, M., y Novo, M. (2013), "El hijo como víctima de los problemas de pareja: Un abordaje desde la justicia terapéutica". En S. P. Colín, E. García-López, y L. A. Morales (Coords.), *Ecos de la violencia, voces de la reconstrucción* (pp. 49-72). Morelia, Michoacán, México: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Morelia.

Los ciudadanos recuperan protagonismo frente al Estado, o sea, hay una mayor participación de la víctima del delito en el procedimiento; en especial, se atiende con mayor seriedad sus exigencias en materia de reparación económica.

Por todo lo expuesto, se puede decir que es otro paradigma que surge ante las inconformidades con el sistema de Justicia tradicional y que tiene varias similitudes con la Justicia Terapéutica, como es la importancia de la participación de las personas directamente afectadas y de la comunidad en general y especialmente el hecho de proponer procedimientos alternativos del tipo no adversariales.

Estas formas innovadoras de Justicia comparten una mirada hacia la minoración del daño y la prevención que resulta más coherente con los estándares internacionales de los derechos humanos y de la salud pública. Asimismo, subrayan la importancia de la conexión social y el interés por soluciones basadas en el diálogo.

Los lazos sociales aumentan la percepción de seguridad y el compromiso comunitario, y a su vez el cambio social favorece el cambio de actitudes personales, asociado con emociones positivas (de autoestima, seguridad, confianza, gratitud, responsabilidad, empatía, dignidad, pertenencia, entre otros).

Pero he aquí la diferencia entre una y otra concepción: mientras que la Justicia Restaurativa visibiliza a la víctima y al agresor como actores que tienen necesidades dentro del proceso de administración de justicia, la Justicia Terapéutica nace desde la academia como un elemento que contribuye a la filosofía de la Justicia Restaurativa, la cual pretende contribuir a la reinserción o resocialización de quien cometió un delito y quien fue víctima de éste. Para ello se vale del apoyo de varios profesionales de las ciencias sociales para que el proceso se convierta en una experiencia terapéutica.

La aplicación terapéutica de la ley

El papel que debe cumplir la norma como "agente terapéutico" se configura como la herramienta a través de la cual se

incorpora al proceso judicial un medio para la aplicación de la Justicia Terapéutica.

En ese marco cobran relevancia tanto las leyes como los procesos, al igual que el disenso terapéutico de la ley, y también la implementación o aplicación de la ley por parte de todos los operadores jurídicos.

Para poder implementar la Justicia Terapéutica en nuestro ordenamiento será necesario, por un lado, incorporar los mecanismos propios de este nuevo paradigma al proceso a través de la legislación, y por otro lado, determinar las funciones y el papel que deberán cumplir, no sólo los jueces y juezas, sino todos aquellos operadores jurídicos que intervienen en la aplicación de los mismos a lo largo del proceso.

En relación a la adaptación de la legislación a este nuevo esquema existen ya vías a través de las cuales se están aplicando estos principios, pero resulta vital alcanzar un nivel de conocimiento y formación adecuado en relación al tema.

Así, se puede observar que el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina posee diversas normas que justifican reformas procesales que tengan en consideración el punto de vista de la Justicia Terapéutica y se ocupen del bienestar emocional de las personas vulnerables que deben intervenir en un proceso judicial.

Un claro ejemplo es el procedimiento consagrado en el artículo 31 cuando regula la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica y establece en el inciso f) que "deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades".

En esa misma línea, el artículo 41 que regula la internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, establece en el inciso c) que la misma "es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible".

Siguiendo los mismos lineamientos se erige la Ley Nacional N° 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental.

Por su parte, las Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial que se enmarcan en el Programa Justicia 2020 del

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, cuyo objetivo es la elaboración, implementación y evaluación de políticas para construir, junto a la sociedad, una Justicia que genere resultados socialmente relevantes y permita la solución de los conflictos en forma rápida y confiable, consagra en su Capítulo II sobre Enfoque Sistémico con Perspectiva de Política Pública, que el plan de la reforma debe "efectuar, de modo integral y sistemático, los cambios necesarios, propendiendo a la *participación ciudadana"* y "generar ámbitos de diálogo entre actores claves de la justicia civil, incluidos los operadores del sistema y los usuarios potenciales y permanentes".

Es decir, que en este proyecto de reforma del cuerpo normativo procesal también se puede observar la presencia de principios rectores de la Justicia Terapéutica

Por otra parte, en los Lineamientos de Gestión Estratégica 2018-2027 planteados por la Procuración General Provincia de Buenos Aires, se resalta la necesidad de planificar acciones basadas en la dignidad de la persona humana, un sistema de Justicia con epicentro en la victima y acceso irrestricto a la Justicia.

Finalmente, el número 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 de la ONU [192], hace referencia a la Justicia y los métodos participativos autocompositivos de resolución de conflictos.

De este modo, la concepción terapéutica comienza a introducirse en nuestro sistema de Justicia a través de la actividad legislativa y de la labor desarrollada por algunos jueces y juezas que a nivel particular optan por un modo de aplicar las normas trabajando en pro de una humanización de la Justicia, y también por los distintos programas que se comienzan a desarrollar como políticas públicas desde el Poder Ejecutivo ya hace algunos años.

Sin embargo, si a lo que se aspira es a que se configure como un modelo de Justicia en la práctica diaria en los juzga-

192 https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/.

dos y tribunales, necesitaremos no sólo que el legislador redacte normas en pro de esa inclusión, sino que será necesario que los operadores jurídicos conozcan qué establece la Justicia Terapéutica, sus principios y sus beneficios.

El juzgador terapéutico

Para el cumplimiento de los propósitos defendidos por la Justicia Terapéutica, el papel de los jueces o juezas, funcionarios y demás personal jurisdiccional resulta trascendental.

Esto sólo es posible en el marco de un activismo por parte de los jueces o juezas, que internalicen el compromiso con la necesidad de los ciudadanos de sentirse acompañados por la Justicia.

Este juez o jueza debe ser un facilitador de un abordaje integral a los problemas complejos como la violencia social y de género, las adicciones en los jóvenes, los problemas del grupo familiar y de contención y hasta partícipes.

El juzgador terapéutico puede crear un ambiente amigable para el desarrollo de la Justicia Terapéutica, aun sin necesidad de reformar las leyes y su marco de actuación, permitiendo que la confianza y credibilidad en las decisiones judiciales aumente, logrando que la experiencia de recorrer las distintas instancias judiciales, en vez de resultar perjudicial para el bienestar emocional de la persona, forme parte integral de un proceso de superación que va más allá de la restitución de derechos.

A tal fin, el sistema de Justicia requiere un perfeccionamiento en las capacidades profesionales y humanas de los juzgadores, lo cual implica además un entendimiento amplio de su labor social de juzgar y su impacto en el bienestar emocional de los destinatarios.

Finalmente, este juez o jueza con perspectiva terapéutica debe desarrollar las siguientes habilidades:

- Estar capacitado en temáticas de Justicia Terapéutica y salud mental.
- Escuchar a las partes.

• Ser imparcial y consistente.
• Tener disposición para el trabajo en equipo.
• Enfocarse en la solución integral de conflictos.
• Desarrollar actitudes y valores tales como el respeto, la cooperación, la empatía, el diálogo, la pacificidad, el entendimiento y la responsabilidad en el enfrentamiento de los conflictos que se le plantean.
• Brindar una alternativa reparadora y restauradora a las partes que se someten a su jurisdicción.
• Priorizar los procesos de diálogo.
• Incorporar soluciones con un enfoque direccionado a las causas subyacentes del conflicto.
• Incentivar a la participación de la comunidad en la solución de los problemas que les conciernen.

Las políticas públicas y el papel de la Justicia

Existen distintos programas de Justicia Terapéutica y medidas alternativas al encarcelamiento como herramientas claves para el diseño de una política criminal efectiva, tendiente a promover el bienestar de los intervinientes, la reducción de los índices de criminalidad y el fortalecimiento de la seguridad ciudadana.

En esa línea es dable destacar el *Programa de Justicia Terapéutica para el Tratamiento Integral de Infractores de la Ley Penal con Consumo Problemático de Sustancias Psicoactivas* que es una iniciativa articulada entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas (SEDRONAR), el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa y el Poder Judicial, para implementar un tratamiento integral orientado a reducir el consumo de drogas, evitar la reiteración de conductas delictivas y favorecer la integración social.

Por su parte, el Ministerio de Justicia coordina la Comisión de Seguimiento del programa, hace el monitoreo de su desarrollo, capacita a los agentes y difunde los informes de avance.

Los Juzgados de Ejecución Penal son los que se encargan

de monitorear el cumplimiento de la pena de las personas que fueron condenadas por algún delito, pero también de aquellas personas que accedieron a una *probation*, que implica la suspensión del juicio a prueba: quien cometió el delito puede no ser sometido a juicio si cumple una serie de condiciones establecidas por el magistrado, con acuerdo de la defensa y la fiscalía.

En este caso, los jueces y juezas de estos órganos judiciales le ofrecerán a quienes se encuentren en alguna de estas situaciones la opción de ingresar al programa. Si bien la propuesta busca reducir el consumo problemático y atacar el problema de las adicciones, también apuesta a una inserción en el plano educativo y laboral.

En este caso la ley ofrece una respuesta diferente y buscar cumplir con tres objetivos claros: reducir el consumo, evitar la recaída en el delito y promover la integración social de los participantes, a la vez que propicia el desarrollo de factores protectores como la educación, el trabajo y la revinculación familiar.

Esta iniciativa pretende una Justicia más humana y cercana a las problemáticas concretas, que apunta a entender el conflicto subyacente al delito para una solución más eficiente.

Finalmente, tiene una fuerte perspectiva de género, dado que el enfoque de los procesos terapéuticos que atraviesan los participantes no sólo contempla el consumo problemático sino el desarrollo de habilidades para la reducción del riesgo y la violencia. Y además, se destaca el hecho de que no requiere la modificación de la normativa sobre el proceso penal para que pueda ser desarrollado.

El rol del abogado y abogada con conciencia terapéutica

Hasta el momento hice hincapié en el cambio de paradigma que surge en el seno del sistema judicial y de los distintos órganos gubernamentales que forman parte del sistema de Justicia, pero cierto es que hay una relación de confianza mucho

más cotidiana en estos supuestos, y ésa es la relación abogado/abogada-cliente.

De nada servirá un juez o jueza que busque conciliar un conflicto jurídico aplicando los principios de la Justicia Terapéutica, o una ley dictada en esos términos o que se aplique un programa más humano, si el abogado o abogada de la matrícula, defensor de los intereses de su cliente, no se encuentra enrolado en la misma perspectiva terapéutica.

A tal fin, el abogado o abogada deberá adaptar su papel, lo que no significa abandonar la defensa de los intereses del cliente, sino orientar su actuación en pos de mejorar su vida desde una perspectiva integral, ya que la Justicia Terapéutica no sólo supone un acompañamiento ético en su práctica, sino también la presencia de la inteligencia emocional.

El abogado o abogada con perspectiva terapéutica deberá reunir las siguientes características:

- Estar capacitado en temáticas de Justicia Terapéutica y salud mental.
- Ser parte de un equipo multidisciplinario y defender los intereses del cliente.
- Impulsar al cliente a confiar en el equipo multidisciplinario.
- Ejercer su profesión a través de la empatía.
- Comunicarse con sus clientes utilizando lenguaje claro.

En este punto, me resulta importante hacer hincapié en dos de los conceptos más novedosos y desconocidos en el ejercicio de la profesión: ejercer nuestra tarea a través de la empatía y haciendo uso del lenguaje claro.

La empatía

La ley es, en muchos aspectos, poco sensible respecto del estado emocional y psicológico de las personas, incluyendo ofensores, victimas y la comunidad en general. De ahí la necesidad de hacerla "más humana".

La empatía es una de las emociones más importantes que están presentes en la idea de inteligencia emocional, siendo a

su vez la inteligencia emocional uno de los componentes centrales de la jurisprudencia terapéutica.

Es la intención de comprender los sentimientos y emociones, intentando experimentar de forma objetiva y racional lo que siente otro individuo; es la participación afectiva de una persona en una realidad ajena a ella, generalmente en los sentimientos de otra persona.

En este sentido, resulta prioritaria la relación entre emociones y Justicia y su diálogo con la dignidad e igualdad humana, la autonomía personal y la diversidad cultural.

Concretamente, la empatía puede funcionar con un sentido de Justicia Terapéutica aplicable para la prevención, gestión y resolución de conflictos en los distintos fueros.

En ese marco, el abogado o abogada deja de lado su rol adversarial para comprometerse con el sistema de Justicia y con el resto del equipo en el trabajo colaborativo.

Finalmente, el éxito de la Justicia Terapéutica vendrá siempre de la mano del desarrollo de un trabajo multidisciplinar de todo un equipo.

Lenguaje claro

Otra de las herramientas que pueden utilizar el abogado o abogada para generar un cambio en la Justicia, es el uso de un lenguaje claro. Así, sus acciones y conductas generarán impacto y cambios en las personas que comparezcan ante un tribunal o juzgado.

Una comunicación está en lenguaje claro "si la lengua, la estructura y el diseño son tan claras que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, comprende lo que encuentra y usa esa información", según lo explica la Federación Internacional de Lenguaje Claro.

El lenguaje claro -también llamado llano, fácil, sencillo o ciudadano- es un estilo de escritura simple que permite a los lectores entender con facilidad lo escrito.

Este movimiento se originó en Suecia, a finales de la década del 60 y se extendió de forma progresiva a otros países.

En el año 1997, la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA) publicó un documento llamado "Directrices para materiales de lectura fácil", que fue la primera guía para elaborar textos en lectura fácil.

En el año 2006 fue aprobada en la Organización de las Naciones Unidas la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual fue ratificada por nuestro país en el año 2008 y en el año 2014 obtuvo jerarquía constitucional. Esta Convención incluyó el lenguaje sencillo como una forma de comunicación respetuosa de la accesibilidad.

En este sentido y en el marco de una actividad realizada por el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires y la Editorial Jusbaires, en mayo del año 2019, en la 45° Feria Internacional del Libro de Buenos Aires, se llevó a cabo la presentación del *Glosario Jurídico en Lenguaje Claro*, como una política pública de acceso a la Justicia.

En la presentación de dicha herramienta se hizo hincapié en el hecho de que el lenguaje claro cobra relevancia porque pone a la persona como eje central de las políticas institucionales, para que todos puedan comprender de qué se habla cuando se habla de Derecho y Justicia.

Para confeccionar el *Glosario*, se conformó una mesa de trabajo interdisciplinaria, compuesta por distintos profesionales que expusieron sus distintos puntos de vista: abogados, sociólogos y psicólogos en mayor medida.

Se analizaron diferentes fallos de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires de distintos fueros como también de la Justicia Nacional Ordinaria para ver qué palabras se repetían con mayor frecuencia y cuáles eran menos comprensibles, y finalmente se adaptaron los términos a lenguaje claro, luego de trabajar con cada concepto en diferentes diccionarios, generales y jurídicos.

Otra experiencia que merece ser destacada, fue desarrollada en el año 2017 por el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas Nº 10 de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo del Dr. Pablo Casas que, junto a la ayuda de referentes en Justicia abierta y de especialistas en letras y comunicación, creó una

Guía de Lenguaje Claro y Estilo que propone revolucionar, en términos comunicativos, las estructuras del Poder Judicial.

A través de esta guía, aplicando la perspectiva de género y eliminando el uso del latín y de tecnicismos innecesarios, se busca mejorar la redacción de los documentos judiciales para hacerlos comprensibles a toda la ciudadanía.

"Todo ciudadano, aunque no se vea directamente involucrado en un proceso penal, tiene el derecho de conocer y comprender qué decisiones toman los jueces y por qué. Sin embargo, quien no comprende no puede ejercer ninguno de estos derechos", sostuvo el Juzgado Nº 10 entre los fundamentos que motivaron la creación de la guía [193].

En ese sentido, advirtieron que el vocabulario legal y técnico y ciertas prácticas judiciales antiguas, relativas al modo de redacción, estilo y formato, generan un problema en la comunicación entre los operadores judiciales y la ciudadanía que, en definitiva, es la destinataria de la labor judicial.

El desafío que el Juzgado Nº 10 está llevando adelante, sin embargo, no se agota en el lenguaje y en el diseño gráfico de los documentos, sino que se extiende a todas las prácticas comunicativas: desde de la difusión de las resoluciones judiciales a través de Twitter, hasta la manera en que se envían las citaciones, ya que priorizan llevarlas a cabo vía mail o por teléfono, sin la intervención de la policía, que a veces reformula el contenido de las notificaciones y mensajes que se envían.

Otro claro ejemplo de humanización de la Justicia.

Y finalmente, quisiera hacer referencia al *Manual de Lenguaje Claro*, elaborado por el Sistema Argentino de Información Jurídica, que establece pautas para redactar información jurídica sencilla [194].

193 Lenguaje judicial: crean una guía para que la Justicia logre comunicar en forma clara. Recuperado de:https://www.pagina12.com.ar/229122-lenguaje-judicial-crean-una-guia-para-que-la-justicia-logre-.

194 *Manual SAIJ de lenguaje claro*, Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de http://capacitacion.

Así determina una estructura simple del texto:

- Una idea por oración
- Oraciones cortas
- Estructura básica
- Sujeto expreso
- Voz activa
- Párrafos cortos
- Un tema por párrafo
- Signos de puntuación.

En cuanto al estilo del texto, se aconseja utilizar una redacción directa y positiva y destacar el trato personal para generar cercanía con el lector, a través de la utilización de pronombres personales. De esta manera se involucra al lector, es más fácil entender a quién está dirigida la información, eliminan cuestiones abstractas y permiten redactar oraciones más cortas.

El vocabulario debe ser sencillo, inclusivo y libre de tecnicismo. A tal fin, los recursos que utilizamos son:

- Usar el término más corriente
- Usar lenguaje inclusivo y no discriminatorio-

Lenguaje inclusivo con perspectiva de género

Y si hablamos de lenguaje claro y su importancia en la comunicación con las partes que se encuentran atravesando un proceso, no puedo dejar de hablar del lenguaje con perspectiva de género, sobre todo desde el enfoque que debe darse en el seno del Poder Judicial en este caso.

Las Administraciones Públicas no son entidades aisladas de la cultura y de la sociedad de la que forman parte. Los roles que históricamente se han asignado a mujeres y hombres, y las ideas que como sociedad nos hemos formado sobre lo *femenino* y lo *masculino* contribuyen a configurar también el fun-

hcdn.gob.ar/wp-content/uploads/2018/08/Manual-SAIJ-de-lenguaje-claro.pdf.

cionamiento de la Administración. El lenguaje que utilizamos, en definitiva, configura nuestra Administración.

Siguiendo esta línea, el Gobierno de Aragón (España) ha publicado el *Manual de Lenguaje Inclusivo con Perspectiva de Género*, en el que se sostiene que "el uso de determinadas palabras o la omisión de estas para definir y dirigirnos a determinados colectivos pueden contribuir a su invisibilización o, por el contrario, a potenciar su reconocimiento e identificación" [195].

En este sentido es dable destacar que la mayor parte de la actuación de la Justicia tiene carácter documental, por lo que se deduce que en lo que refiere a la cuestión del lenguaje inclusivo, tanto la producción textual interna como externa de los tribunales está sometida a la obligación de sortear los sesgos discriminatorios que pudiera contener en sus múltiples variantes, incluida la que se deriva de la perspectiva de género.

Según el *Manual pedagógico sobre el uso del lenguaje inclusivo y no sexista del Mercosur (2018),* "un lenguaje no sexista es aquel que no jerarquiza, ni excluye, ni valora más a un sexo que a otro; procura evitar expresiones que ridiculizan, invisibilizan o minusvaloran a las mujeres, y contribuye a mostrar la realidad social tal cual es, compuesta por mujeres y hombres" [196].

En las resoluciones judiciales suele ocurrir que el género masculino preceda siempre al femenino, cuando hay mención expresa de ambos sexos. Ello establece una aparente relación de jerarquía, que en realidad es inexistente. Se propone por

195 Lenguaje inclusivo con Perspectiva de Género. Gobierno de Aragón. Guía Práctica de Recursos. Recuperado dehttps://www.aragon.es/documents/20127/186069/Lenguaje+inclusivo+con+perspectiva+de+g%C3%A9nero/ca98fdb6-0d4c-563a-7f54-2ef933d5a60d?t=1549448641684.

196 Manual Pedagógico sobre el Uso del Lenguaje Inclusivo y No Sexista. Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados. MERCOSUR. Recuperado de https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2018/11/IPPDH-MERCOSUR-RAADH-Manual-Lenguaje-no-sexista.pdf.

ello que el masculino no siempre se anteponga al femenino, de modo que este último también puede aparecer en primer lugar, o bien que se alterne con el masculino.

Asimismo, la regla de inversión nos ayuda a detectar el sexismo lingüístico, visual y social y puede aplicarse a cualquier texto, imagen o situación. Consiste en invertir todas las referencias sexuadas: si hay un término en masculino, cambiarlo a su correspondiente femenino, y viceversa. Si el resultado de la inversión resulta en una frase extraña, es que estamos ante algún tipo de sexismo.

Por su parte, la *Lista de verificación para usar el español de forma inclusiva en cuanto al género* de Naciones Unidas [197] formula una serie de recomendaciones útiles:

1. Evitar la discriminación: Utilizando formas de tratamiento adecuadas como títulos de cortesía, pronombre personal y adjetivos que concuerden al género, referirse a todas las personas de forma coherente (en el uso de nombre, apellido, tratamiento o profesión) y evitar expresiones con connotaciones negativas o que perpetúan estereotipos de género.

2. Visibilizar el género cuando la comunicación lo requiera: Explicitando los grupos conforme hombres, mujeres, personas transgénero, personas no conformes al género, niños, niñas, adolescentes y jóvenes, utilizando pares de femenino y masculino (desdoblamiento) y estrategias tipográficas: o/a, o(a).

3. No visibilizar el género cuando no sea necesario para la comunicación: Omitiendo el artículo ante sustantivos comunes al género (participante, representante), empleando sustantivos colectivos y otras estructuras genéricas como un sustantivo colectivo (la vicepresidencia, el público, la audiencia, la infancia), estructuras con "la comunidad", "el cuerpo de", "el equipo de", procesos en lugar de personas (el evaluador/ la evaluadora - la evaluación), utilizando la palabra persona,

197 Orientaciones para el empleo de un lenguaje inclusivo en cuanto al género en español. Naciones Unidas. Recuperado de https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/guidelines.shtml.

utilizando adjetivos sin marca de género en lugar de sustantivos (“el desempleo juvenil” vs. “de los jóvenes”) y empleando construcciones con “se” impersonal (“se recomienda”).

En fin, en materia de armonización legislativa hay numerosos esfuerzos para que los instrumentos internacionales y las leyes nacionales contengan lenguaje incluyente y no sexista.

Si bien el lenguaje jurídico tiene sus particularidades, hay que entender que se trata de un lenguaje escrito sobre todo por hombres.

Por ello, diversos organismos internacionales, particularmente la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), ONU-Mujeres, el Fondo de las Naciones Unidas para la Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), hacen énfasis entre los Estados sobre la importancia de legislar con perspectiva de género, lo que necesariamente obliga a usar lenguaje incluyente y no sexista.

Y todo esto me resulta relevante e imprescindible en el seno del paradigma terapéutico, ya que nombrar a las mujeres no es un acto ocioso ni una cuestión de corrección política, es mucho más que darle forma al discurso, es reconocer la dignidad e igualdad de las mujeres.

Colofón

De todo lo expuesto a lo largo de este articulo surge claramente que esta nueva perspectiva de la Justicia nace como consecuencia de tres supuestos claros: el descreimiento por parte de la sociedad en la Justicia tradicional, la insuficiencia y frustración que suele producir el sistema adversarial y la complejidad de los conflictos que surgen en el seno de la sociedad actual.

Por eso se torna oportuno y conveniente repensar espacios de trabajo y diálogo que propongan y promuevan herramientas de Justicia Terapéutica, para regenerar los vínculos rotos ante distintos tipos de conflictos, resignificar a las víctimas

devolviéndoles la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.

La Justicia Terapéutica como filosofía basada en el diálogo al servicio de la pacificación y resolución de todo tipo de conflictos constituye un reto que busca la minimización de la violencia a la hora de afrontar los problemas derivados de la convivencia en sociedades cada vez más complejas y plurales.

¿Y por qué es importante que los abogados se especialicen cada vez más en la Justicia Terapéutica?

Porque este tipo de orientación mejorará la calidad de Justicia y analizará de forma global los efectos de las decisiones judiciales e incluso lo que los abogados y abogadas solicitamos frente a los tribunales cuando patrocinamos a un cliente.

Uno de los problemas que tenemos las abogadas que ejercemos la profesión, y por qué no, todo el sistema judicial, es que nos centramos en la disputa y no salimos del litigio *in situ*.

El rol del abogado es abogar por los derechos de su cliente. Pero el rol del abogado o abogada con orientación terapéutica es la capacidad de abogar por los derechos de su cliente teniendo en cuenta que el cliente es una persona, a quien la aplicación de la ley le generará efectos terapéuticos o anti- terapéuticos, por ello la importancia de hablar de forma clara y concisa.

Los abogados que utilizamos la Justicia Terapéutica como herramienta constantemente, nos damos cuenta de que ésta convive con todo el ordenamiento jurídico sin conflicto, y aun más, resuelve de forma superadora los conflictos judiciales y administrativos a los que nos enfrentamos diariamente.

Este nuevo paradigma promueve la humanización de la Justicia y defiende la necesidad de que ésta provoque bienestar en todos aquellos que la utilicen, situando a la persona en el centro del sistema jurídico, aportando valor al proceso técnico y mejorando la calidad de éste, a través de la sensibilización y difusión de acciones específicas orientadas a la humanización.

Para cumplir con este objetivo es imprescindible hacer estos procesos más cercanos y confiables, reduciendo la brecha a través de información clara y comprensible, respetando la autonomía de la persona y favoreciendo su participación, respetando sus valores y preferencias y teniendo en cuenta su experiencia y satisfacción como fuentes de mejora.

Asimismo, es importante trabajar en la seguridad del proceso, reduciendo los errores involuntarios en un ambiente no punitivo, impulsando prácticas seguras y utilizando herramientas tecnológicas que reducen el riesgo, a la vez que se impulsa la información trasparente y reparación de los daños y se da soporte a los profesionales implicados, protegiendo a las instituciones y devolviendo la confianza a los usuarios del sistema.

Los abogados y abogadas que creemos en las bondades de la Justicia Terapéutica tenemos en nuestras manos una oportunidad única, mediante esta visión holística de los conflictos, la posibilidad de implementar herramientas abogando por la coordinación de servicios legales y sociales amigables, siendo eficientes tanto en el tratamiento como en el procedimiento, haciendo hincapié que el sistema es accesible a todos y todas.

Fuentes consultadas

Asociación Iberoamericana de Justicia Terapéutica (2012). Primer Congreso Iberoamericano de Justicia Terapéutica. Recuperado de: http://webs.uvigo.es/justiciaterapeutica/index.php/bienvenida

Comunicación, infancia y adolescencia: Guías para periodistas (2017), Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Argentina.

Fariña, F., Arce, R., Seijo, M., y Novo, M. (2013). "El hijo como víctima de los problemas de pareja: Un abordaje desde la justicia terapéutica". En S. P. Colín, E. García-López, y L. A. Morales (Coords.), *Ecos de la violencia, voces de la reconstrucción*, Morelia, Michoacán, México: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Morelia.

Guía Para el uso de un Lenguaje No Sexista e Igualitario

en la HCDN, Honorable Cámara de Diputados de la Nación (2015), Argentina.

Jordi Nieva Fenoll, Jairo Parra Quijano (2010), *La humanización de la justicia*, Academia & Derecho, Universitat de Barcelona.

Lenguaje administrativo no sexista, Instituto Andaluz de la Mujer (IAM), Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Junta de Andalucía.

Medina Guerra, Antonia M. (2002), *Manual de lenguaje administrativo no sexista*, Universidad de Málaga-Ayuntamiento de Málaga.

Modelo mexicano del programa de justicia terapéutica para personas con consumo de sustancias psicoactivas-Guía Metodológica (2014), México D.F.

Wexler, D. B. (2010), *Complemento al informe oficial: ya es hora de establecer una relación recíproca sólida entre la Equidad Procesal y la Justicia Terapéutica. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI: Derecho Procesal*, Ponticia Universidad Javeriana, Bogotá.

La determinación de los intereses locales. Presupuesto de la financiación y la autonomía

Darío Paglietta Giorgis

Planteo del problema

El 1° de mayo de 2020 se cumplieron 167 años del dictado de la Constitución Nacional y también de una discusión interminable: ¿cuál es el significado de la expresión "asegurar el régimen municipal"? El Artículo 5 de la Constitución Nacional, texto histórico que no ha sufrido modificaciones desde su incorporación a la Carta Magna dispone:

"Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones".

Es notable la importancia que el constituyente histórico ha brindado al régimen municipal, pues su aseguramiento, junto con la Justicia y educación primaria, son requisitos *sine qua non* para el respeto de la autonomía provincial. En otros términos, toda provincia que no asegure el régimen municipal, puede recibir cuestionamientos sobre su autonomía.

Creemos que la tinta del Artículo 5 no se había secado cuando las discusiones empezaron, y comenzó así el interminable debate doctrinario sobre dos modelos presentados como antagónicos: Autarquía y Autonomía. Este debate ubicó generalmente a los administrativistas a favor de la autarquía y a los constitucionalistas como sostenedores de la autonomía. Debemos citar a Horacio Rosatti cuando dice que:

"En nuestra opinión, parece sensato reconocer autonomía a todo ente que reúna las siguientes cinco atribuciones: 1º Autonormatividad constituyente; 2º Autocefalía; 3º autarcía o autarquía; 4º Materia y 5ª autodeterminación política".

Tomaremos esta opinión del autor santafesino, hoy Minis-

tro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acuñada allá por el año 1991, como una adecuada conclusión a años de discusión y tal es así que la Constitución Nacional reformada en 1994, parece tomar esta concepción pentapartita y volcarla en la letra del artículo 123, que el constituyente reformista incorporó a la Carta Magna y que dice:

"Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero".

No tengo dudas sobre el derecho y el deber de conceder autonomía a los municipios, en todas sus expresiones, y particularmente entiendo que el espíritu del constituyente histórico se expresó en ese sentido, por ello si bien es muy valorable la incorporación del artículo 123 en la Constitución Nacional, no es menos cierto que, ni la expresión del espíritu constituyente histórico ni la última reforma constitucional, han modificado el estatus de los municipios; ello nos deposita ante una tortuosa reforma constitucional que tardó 151 años en llegar y ahora que la tenemos la norma no produce el cambio pretendido en la realidad en la que debe interactuar.

Ése es otro problema del Derecho argentino en general, al cual el Derecho Municipal no escapa. La consagración legislativa de una institución, en nuestro caso la autonomía municipal, aun cuando ésta sea de rango constitucional, no asegura su operatividad, y en ese caso nos encontramos ante un problema de garantización de los derechos constitucionales otorgados.

Generalmente éste es el escenario: se consagra la norma; el operador la interpreta libremente sin ningún parámetro jurídico ni ético; el beneficiario se ve desprovisto de un derecho; nadie puede garantizar oportunamente el goce del derecho conculcado; la norma, sin cortejo fúnebre siquiera, se encamina a su tranquilo reposo final en el cementerio "La Anomia".

Dos ejemplos muy claros son los artículos 5 y 123 de la Constitución Nacional en donde muchas provincias, por no decir todas, no han asegurado su régimen municipal como lo

manda imperativamente el Artículo 5; aun así su autonomía, como también dispone la Constitución no ha sido cuestionada.

Creemos que en el siglo XXI los municipios argentinos necesitan para articular la gestión de los intereses que le son propios, y de los que han sido abandonados por la Nación y las provincias, la determinación inmediata e imprescindible de las competencias, servicios y funciones que deben gestionar y así acceder a los recursos públicos suficientes para financiar ese núcleo competencial. La ecuación podría sintetizarse en materia determinada y recursos suficientes como garantizadores de la gestión municipal.

No estamos restando importancia a la inmensa y calificada obra doctrinaria y jurisprudencial, pero creemos que las súplicas de la mayoría de los municipios argentinos, demuestran un total desentendimiento sobre la discusión entre autonomía y autarquía, tan antigua como estéril para solucionar los innumerables problemas que afrontan día a día.

Hoy nada cambia en la vida de un municipio por ser calificado como autónomo o autárquico; no creo que la caracterización jurídica determine la gestión o el régimen municipal de cada provincia, más aun cuando vimos cuál es la suerte que corren los derechos consagrados, incluso constitucionalmente.

Ha pasado tanto tiempo, entre la consagración legislativa, esperando la garantización y tolerando ausencia de operatividad, que los dichos de Rosatti en 1991, hoy se encuentran en crisis, a tal punto que si realizamos el análisis de los 5 elementos no encontraremos ningún sujeto público autónomo.

Tal vez mi discrepancia más grande es con el elemento "autonormatividad" y al que algunos le agregan un rasgo constitucional, requiriendo "autonormatividad constituyente".

Abundando en que, la caracterización no influye en el aseguramiento o no del régimen municipal, queremos acudir a un análisis sobre la autonormatividad, reflejando la permisión de las distintas provincias para dictar su Carta Orgánica Municipal.

La gran mayoría de las provincias argentinas (18 sobre 23) permiten a sus municipios el dictado de sus Cartas Orgánicas,

con disímiles requisitos en cada jurisdicción. Ahora bien, no puede decirse que por dictar su Carta Orgánica los municipios tengan mayor grado de autonomía y menos aun que se asegure el régimen municipal de mejor manera que en los municipios que no permiten su dictado.

Siguiendo con los elementos de la Autonomía señalados por Rosatti y avocándonos ahora a la autodeterminación política, entendida como límite a la intromisión de un nivel estatal distinto en las cuestiones que le son propias a otro nivel estatal, creemos que no se verifica en la realidad este elemento en casi ningún sujeto público. Entre otros supuestos que impiden la consagración de la autodeterminación, debemos mencionar la dependencia económica y financiera de los municipios con las provincias y las provincias con la Nación, que impiden la existencia de este elemento.

El espíritu del constituyente de 1853

Independientemente de la cita de Rosatti, debemos decir que participamos de una posición minoritaria, por la que sostenemos que el espíritu constituyente de 1853 y la letra expresa de la Constitución provincial de 1962, otorgan autonomía a los municipios argentinos y santafesinos. Hasta hoy, por lo menos en Santa Fe, se ha dicho que sin reconocimiento de la Constitución provincial no hay autonomía municipal, esto se debe al predominio de la doctrina administrativista por sobre la constitucionalista en el ámbito provincial. No creemos que esa posición sea correcta y tampoco que el constituyente histórico solamente haya hablado de régimen municipal en el Artículo 5. Trataremos en las próximas líneas de sustentar nuestra opinión.

Cuando hablamos del espíritu del constituyente de 1853, partimos de que no todo lo que se pensaba sobre el régimen municipal se dijo en la letra del texto constitucional, más precisamente en el Artículo 5; por el contrario, el pensamiento sobre el régimen municipal al dictado de la Constitución era claro y preciso, y se expresó en tres documentos importantí-

simos de esos años, ellos son: el Reglamento de Juan José de Urquiza de 1852; la Ley N° 5/1853 para la ciudad de Buenos Aires y la Constitución de Mendoza de 1854.

El primer antecedente que debemos analizar es el Decreto del 2 de septiembre de 1852 dictado por Urquiza como Director Provisorio, estableciendo la municipalidad de Buenos Aires. Nos abocaremos a revisar los considerandos del Decreto pues la parte dispositiva se repite textualmente en la Ley Orgánica del 6 de mayo de 1853 que luego analizaremos.

Hay pocos objetos tan dignos de interés en la apreciación de la política seria como el poder antiguo de la Municipalidad. En todas partes se le ha hallado establecido, naciendo por sí mismo de las costumbres, de los hábitos y de las necesidades de toda reunión considerable de hombres en un lugar determinado.

Cuando se encontraron muchos pueblos organizados, fue posible al legislador o al guerrero imponerles el Gobierno político y constituir de ellos una Nación. En la historia del género humano, se encuentran vestigios de los grandes beneficios adquiridos bajo la influencia del poder primitivo de la Municipalidad; y aun cuando en ellas se señalan también sus aberraciones y desvíos, hoy todas las naciones que se han armonizado con la civilización y el progreso, han colocado las ciudades, los intereses locales limitados a circunscripciones convenientes, bajo la sombra apacible del árbol antiguo, cuyas raíces, la experiencia ha demostrado, se alimentan bien en todos los tiempos y países, pero muy especialmente en aquellos en que la libertad los fomenta y abona.

En la composición de un Estado entra el poder Municipal, y la ciudad bajo de las mismas relaciones que para la organización de Municipio y de la sociedad, entre el poder paternal y la familia. Esta cadena continúa, tiempo que entre nosotros se había roto desgraciadamente; pero la misma ley que extinguió el ilustre Cabildo y Ayuntamiento de la Primera ciudad de Buenos Aires, reconoció y reservó para tiempo oportuno, la reconstrucción de la Municipalidad, bajo bases más análogas al sistema político representativo en que debíamos vivir.

La exposición de motivos del Decreto del 2 de septiembre de 1852 caracteriza al municipio como natural, histórico y basado en las relaciones de vecindad; le adjudica materia propia y le otorga poder originario, además coloca al municipio bajo el sistema representativo.

Hemos escuchado a varios autores argumentar que la Constitución cuando quiso consagrar la forma de gobierno representativa, republicana y federal lo hizo sin titubear en su artículo 1; cuando quiso plasmar constitucionalmente el principio de igualdad redactó el artículo 16 y así podríamos seguir repasando todos los derechos y garantías que la Carta Magna contiene; ello es un argumento usado ante la inconclusa consagración del régimen municipal y sobre todo contra la posición autonómica de los municipios. Dice la doctrina que si los constituyentes hubieran querido que el régimen municipal tuviera determinadas características lo habría dicho expresamente al igual que la toma de posición por la autonomía.

No compartimos esas opiniones, la Constitución ha dicho más de lo que la mayoría le atribuye y a sido más clara que lo que algunos piensan. Es que la famosa frase, "la Constitución no puede dar todas las respuestas", es correcta; y por ello no todas las respuestas debemos buscarlas en la letra constitucional expresa, razón por la que invocamos el espíritu del constituyente histórico.

Debemos decir que la Convención Constituyente de 1853 se reunió con tres motivos específicos: dictar la Constitución, aprobada el 1 de mayo; oficiar de colegio electoral en la primera elección de presidente constitucional y actuar como Congreso al dictar la Ley Orgánica fundamental para la Ciudad de Buenos Aires -como capital de la Confederación-, dictada el 6 de mayo de 1853. O sea que, *los mismos convencionales que redactaron la Constitución en su primera oportunidad de expresarse sobre el sistema municipal lo hicieron en el sentido de la ley N° 5/1853.*

Analicemos los artículos más relevantes para el régimen municipal que contiene la precitada ley:

Artículo 64: La municipalidad tiene la obligación de emplear su autoridad, vigilancia y celo, así como la aplicación de sus fondos, con la más absoluta independencia, en todos y sobre todos los objetos que abraza el detalle de sus atribuciones

Artículo 70: Son de la municipalidad de Buenos Aires, todas las rentas que paga la ciudad y el distrito municipal al erario público, excluyendo solamente la de correos o aduanas

Artículo 72: La municipalidad podrá además establecer impuestos directos, multas, peajes y pontazgos para la creación y preservación de los establecimientos necesarios, útiles y cómodos de que debe dotar a la ciudad; haciéndolo con la aprobación de la legislatura nacional.

Estos últimos tres artículos abordan el sistema rentístico del municipio con una amplitud de competencias financieras realmente envidiables. En principio el artículo 64 marca la independencia absoluta en la aplicación de los fondos para realizar los objetivos que la misma ley le adjudica. La exclusión de la última parte del artículo 70 implica una inclusión rentística que desemboca en el otorgamiento de poder tributario originario basado en los impuestos directos, establecido en el artículo 72.

La pluma de Juan Bautista Alberdi fue una de las más influyentes en la elaboración de la Constitución histórica y también elaboró un proyecto de Constitución para la Provincia de Mendoza en donde decía lo siguiente del "Poder Municipal". No sólo contemplaba el régimen municipal como el gobierno de las ciudades únicamente, por el contrario está más cerca de una concepción similar a la de los entes locales con la inclusión de municipios y entidades intermedias entre la ciudad y la provincia, que de una postura clásica de municipalismo.

Artículo 50. Los cabildos son restablecidos. En cada capital de departamento se instalará un Cabildo. Su organización y atribuciones serán determinadas por una ley, que tendrá por bases constitucionales las siguientes: 1º. Serán elegidos sus miembros por el pueblo del departamento en votación directa. 2º. La calidad de extranjero no será obstáculo para ser elegido

municipal, teniendo domicilio. 3º. Las escuelas primarias, los establecimientos de beneficencia, la policía, la salubridad y ornato y la justicia ordinaria de primera instancia serán de su resorte exclusivo. 4º. Los servicios de los cabildantes serán remunerados por el tesoro municipal y sus omisiones castigadas con multas. 5º. Los bienes y rentas de los cabildos serán reestablecidos conforme a la futura ley de régimen municipal; y por ninguna otra autoridad que los cabildos podrán ser administrados jamás.6º. Los cabildantes serán inviolables, como los diputados de la Sala, por sus actos y opiniones ejercidos en el desempeño de su cargo.

Si bien se deja perfectamente sentada la necesidad del dictado de una ley específica sobre régimen municipal, el proyecto de Constitución realiza una amplia atribución de facultades a los Cabildos. La toma de posición por la reinstauración del Cabildo implica una recuperación de funciones, servicios y competencias que la institución poseía hasta 1821 y que fueron apropiadas por otros niveles estatales.

Independientemente de la atribución exclusiva de materia propia al municipio cabildo en cuestiones de escuelas primarias, los establecimientos de beneficencia, la policía, la salubridad y ornato y la Justicia ordinaria de primera instancia, consagra el sistema electivo de los representantes municipales y le otorga la posibilidad de financiamiento devolviendo rentas y bienes que le habían sido quitados.

Después de este repaso de antecedentes pre y post constitucionales no tenemos duda acerca de la autonomía de los municipios argentinos desde el preciso momento en que se dictó la Constitución Argentina.

El espíritu constituyente establecido en la Ley Orgánica Fundamental de la Municipalidad de Buenos Aires del 6 de mayo de 1853 nos avala en nuestras apreciaciones y junto a los restantes antecedentes citados creemos encontrar en los orígenes del municipalismo constitucional los elementos básicos y esenciales de la autonomía municipal.

A pesar de lo dicho, y reafirmando la autonomía municipal desde el dictado de la Constitución de 1853, veremos en las

próximas líneas que hemos tardado tanto en su consagración, que casi casi, y con el mayor respeto por los autores, la discusión sobre la autonomía se ha transformado en anacrónica y bizantina. Entre los entes locales de las provincias que gozan de autonomía, puesta por sus Cartas Magnas provinciales, y los que no la tienen, no existen diferencias sustanciales, salvo la caracterización jurídica, y a nuestro juicio no representa un plus valor que pueda marcar alguna ventaja de cualquier sentido.

La realidad de los entes locales ha superado la legislación y las decisiones políticas, dando como resultado una autonomía de hecho desordenada, que colocó a los municipios y comunas en un nivel prestacional de autonomía plena acompañado por un sistema de financiación propio del sistema monárquico más atroz.

La cuestión en la provincia de Santa Fe

Santa Fe es una de las provincias que ostenta el privilegio de contradecir la Constitución Nacional reformada en 1994 y enarbolar la autarquía municipal como estandarte de la organización provincial, por lo menos eso es lo que se nos ha transmitido consuetudinariamente desde 1962.

La realidad municipal ha superado hace mucho tiempo los estándares legales que dogmáticamente se tratan de imponer como forma de subordinar a los entes locales.

El régimen municipal santafesino es mucho más amplio en su base legal que las leyes orgánicas de municipalidades y la de comunas, las que han quedado como un diseño de tipo institucional al interior del municipio, pero cuya centralidad en materia de organización competencial fue desdibujada por numerosas disposiciones difícilmente recordadas.

El régimen municipal santafesino -como cualquier otro- tiene un diseño constitucional que sólo fija las bases elementales, pero el grueso de su desarrollo es de tipo legal, teniendo todavía gran peso el Derecho Administrativo. El Derecho Municipal ocupa sólo una parte del diseño del régimen.

La reforma constitucional santafesina es fundamental pero no es la única solución. Una mejor Constitución no asegura el paso a un paraíso autonómico, puesto que el régimen municipal no está integrado sólo por el plano constitucional sino por una amplitud de fuentes jurídicas. La reforma es necesaria pero no agota el proceso de consolidación de la autonomía municipal.

La Constitución provincial de 1962 en su Preámbulo, repite la fórmula del Artículo 5 de la Constitución Nacional: "asegurar el régimen municipal" y evidentemente puede conseguirse ese mandato constitucional de varias formas; y allí es cuando se advierte que sin importar la atribución de autónomo o autárquico, el régimen municipal no se percibe asegurado; ello nos lleva a la conclusión de que no es muy importante el nombre que adoptemos para definir nuestros municipios sino la efectiva y real concreción del aseguramiento municipal que ordenan la Constitución provincial y la Nacional.

Esa presencia desmedida del Derecho Administrativo en la regulación de los municipios y comunas, nos ha llevado a que desde antaño en nuestra provincia se ha sostenido que la autarquía se desprende de la Constitución provincial de 1962, todavía no adecuada a la reforma de la Constitución federal de 1994. Compartimos también con Marchiaro que la reforma constitucional no es la solución a todos nuestros problemas, sino un importante eslabón en una larga cadena hacia el aseguramiento del régimen municipal.

Una lectura del articulado de la Constitución de la Provincia de Santa Fe -ya hicimos referencia al Preámbulo de la misma- nos coloca rápidamente en una encrucijada dogmática, como es determinar el valor que se otorga a lo establecido en el Artículo 6 de la Carta Magna provincial. La cláusula abierta de la Constitución provincial, permite el goce de derechos aún no contemplados en el ordenamiento provincial y en el nacional. Esta ventana constitucional no ha sido tenida en cuenta generalmente en el Derecho Público santafesino y menos aun para armonizar el régimen municipal de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 123 de la Constitución Nacional.

Dentro de la Constitución provincial en materia de régimen municipal, la parte medular se encuentra en el Artículo 107, el que analizaremos en las próximas líneas. Es nuestro parecer que con la excepción de la autonormatividad constituyente, en el Artículo 107 están presentes los restantes elementos para que un ente sea considerado autónomo, según lo sostiene Rosatti en la cita *ut supra*.

La autocefalia surge de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 107 (c). La autodeterminación política emana de lo dispuesto del inciso 1 segunda parte (b). La autonormatividad fluye claramente de lo establecido en la primera parte del inciso 3 (d) y de la primera parte del inciso 1 (a). La materia propia, nace de la terminología -muy española por cierto "intereses locales"- de la primera parte del inciso 3 (d).

¿Cuál es el sustento para decir que los municipios y comunas son autárquicos en Santa Fe? ¿Por qué se niega la autonomía? Estas preguntas se han repetido y han transformado en bizantina y anacrónica la cuestión, y mientras todos discutían y legislaron en uno u otro sentido, los municipios y comunas se desarrollaban al margen de esa discusión e incluso al margen de la legislación, gritando en todo el camino que alguien determine cuál es su núcleo competencial propio y cuál es la intervención que en virtud de la colaboración, cooperación y coordinación que exige todos sistema federal, debe tener en las competencias nacionales y provinciales. Ese grito venía acompañado de una súplica financiera, destinada a lograr se le otorguen las herramientas que les permita obtener los recursos necesarios para financiar sus competencias propias y la parte que le corresponden de las nacionales o provinciales por formar parte del sistema federal de gobierno en el Artículo 1 de la Constitución Nacional.

Nuestra posición, y no nos preocupa ser acusados de simplistas, es el primer paso para asegurar el régimen municipal, considerando necesario e imprescindible la determinación clara de la materia y el otorgamiento de herramientas que permitan lograr la suficiencia para financiar las competencias municipales y comunales.

En materia de suficiencia hemos hablado de herramientas, en plural, planteado la posibilidad de optar entre varias alternativas y no sólo identificar a la suficiencia con el otorgamiento de poder tributario a los municipios. En ese sentido debemos decir que la Constitución provincial no sólo consagra como imperativo constitucional la suficiencia de recursos (inciso 3º primera parte segundo párrafo (e)), sino que además contempla las dos posibilidades que hemos planteado, otorgando poder tributario a municipios y comunas en el inciso 3º segunda parte, primer párrafo (e1) y posibilitando las transferencias intergubernamentales en el inciso 3º segunda parte, segundo párrafo (e2).

Creo que el ordenamiento santafesino y el plexo constitucional provincial no tienen fundamento para negar la autonomía a los entes locales, aun sin la reforma constitucional que propiciamos; y esa opinión automáticamente deja sin sustento la mentada autarquía sostenida desde hace años en la Provincia.

De todas maneras y como adelantamos, aunque no resistimos involucrarnos nuevamente en la bizantina y anacrónica discusión, creemos que las necesidades de los entes locales hoy, 2020, siglo XXI, pasan por otro lado y ya han superado esa discusión. Por ello insistimos en que la primera preocupación es la determinación del núcleo competencial (propias y las derivadas de las relaciones de coordinación, cooperación y colaboración del sistema federal) y luego de logrado ello, valorarlas y brindar la suficiencia económica y financiera al núcleo competencial determinado.

Los intereses locales

Como hemos dicho, es imprescindible comenzar por una clara determinación del núcleo de competencias locales y las que le son atribuidas o colaboran en la prestación a pesar de que pertenecen constitucionalmente a la Nación y las provincias, hablando en términos de la reforma de 1994 se trata de dilucidar las competencias, servicios y funciones que corresponden a los entes locales.

Como avance a las dos partes siguientes debemos decir que en lo que respecta a la determinación de los intereses locales de los municipios, la misma debe nutrirse de dos ordenadores, uno vertical y otro horizontal. El vertical está dado por la aplicación del principio de subsidiariedad entre los distintos niveles estatales en cuanto a la distribución prestacional de la competencia de que se trate. En este siglo XXI y hace ya muchos años es una extrañeza encontrar una competencia prestada por un solo nivel estatal, generalmente nos encontramos que a pesar de la atribución normativa de la competencia a un determinado nivel, algunos o todos los demás niveles estatales intervienen en mayor o menor medida en la prestación y satisfacción de esa competencia.

Por otra parte, la realidad municipal argentina presenta un endémico problema, el minifundismo. Creemos que la regionalización es el ordenador horizontal necesario para paliar ese obstáculo.

En materia de suficiencia financiera, debemos rápidamente aclarar que no debe asimilarse en forma exclusiva y excluyente la suficiencia financiera con la atribución de poder tributario a los municipios argentinos; ésta es una de las tantas manera de consagrar la suficiencia pero de ninguna manera la única, la obtención de la suficiencia por otros mecanismos como por ejemplo las transferencia inter estatales. Sobre este tema ya hemos abundado en un trabajo anterior, por lo tanto, sólo planteamos aquí un resumen de las ideas principales allí esbozadas para comprender nuestra posición.

Subsidiariedad

En el siglo XXI, y hace ya mucho tiempo, se verifica un pandemonium competencial con distorsiones graves en cuanto a la atribución constitucional de la prestación y quien efectivamente satisface las mismas inconstitucionalidades en lo que respecta a la suficiencia para financiarlas, por lo general, el perjudicado es el régimen municipal.

Ésa es la razón de encontrar un criterio ordenador que nos permita establecer criterios generales no rígidos ni inflexibles, que aseguren el respeto de las particularidades de los entes lo-

cales y le otorguen la posibilidad de ser escuchados en materia de competencias y recursos.

Encontramos en la Carta Europea de la Autonomía Local establece en el Artículo 4, párrafo 3 al decir:

"El ejercicio de las responsabilidades públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos", el párrafo 2, agrega: "Las corporaciones locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad".

Como señala Javier Barnes, la subsidiariedad es, ante todo, un método, un criterio formal para legitimar el ejercicio de competencias no exclusivas ya asignadas con carácter previo... del que no se deriva un resultado eterno, sino variable o en movimiento, según las circunstancias de lugar y tiempo. Es, por consiguiente, un principio dinámico.

El aporte del autor citado, nos revela un primer elemento importante, la distribución competencial no es eterna. Se trata de una larga serie de Netflix con varias temporadas, la ley lo único que hace es sacar una fotografía de un momento determinado de esa serie. El capturar un momento determinado de la historia y en base a él diseñar un sistema de regulación legal rígido, y hoy podemos decir anacrónico las leyes orgánicas santafesinas tienen 90 años, sin prever flexibilidad para adaptarse a los cambios, se inutiliza rápidamente, convirtiéndose en un obstáculo a veces insalvable para la gestión de los intereses locales.

Tanto la Carta Europea de Autonomía Local, como la opinión de Barnes citada por Iglesias Martín hablan de "ejercicio de competencias" y según nuestro parecer acertadamente, como el carácter legitimador de este principio en cuanto al ejercicio de competencias ya asignadas. El Preámbulo del Tratado de la Unión Europea, agrega:

"Resueltos a terminar el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad".

Desde el comienzo de nuestras investigaciones abogamos por la prioridad que debe darse a la "proximidad" como criterio primordial de la regulación de la distribución y armonización competencial, posibilitando que el órgano más próximo y en mejores condiciones de prestación de la competencia, ejecute la competencia accediendo a los recursos necesarios, aunque expresamente esté asignada normativamente a otro nivel estatal. Lo dicho es la antítesis del actual sistema, competencias atribuidas por default y recursos a ruego.

El Artículo 5 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea expresa lo siguiente:

"... En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva -la Comunidad- intervendrá conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, en el ámbito comunitario...".

Esta norma nos coloca un límite en la utilización y aplicación del principio de subsidiariedad, quien ejerza la competencia, que no le corresponde, pero está más próximo a ella, debe lograr una efectiva y real ejecución de la competencia; de otra forma estaríamos cambiando un sujeto que no alcanza a realizar de manera suficiente una acción determinada y que además está distante, por otro que tampoco ejecuta de manera eficiente pero está próximo. No debe haber proximidad y subsidiariedad sin obtener una mejor calidad en la prestación competencial.

Aplicado en el marco de la Comunidad, el principio de subsidiariedad implica que los Estados miembros conservan las competencias que están en condiciones de gestionar más eficazmente por sí mismos y a la Comunidad corresponden los poderes que no pueden ejercer de manera satisfactoria... Cualquiera que sea la estructura del Estado, el principio de subsidiariedad es un principio de organización de los poderes, que consiste, idealmente, en dotar los colectivos regionales y locales elegidos de los medios concretos de asegurar efectivamen-

te su autonomía (recursos propios suficientes y garantizados, derecho de recurso jurisdiccional)

El autor español cita acertadamente dos cuestiones que fortalecen los principios que estamos analizando: a. Se necesita que un ente estatal debe desprenderse de las competencias que no puede ejercer de manera satisfactoria y b. El ente que asuma su satisfacción debe contar con la dotación de medios concretos (económicos, financieros, técnicos, humanos, etc).

Evidentemente estos puntos son claves y si bien creemos que lo dicho en el punto 1) es esencial en nuestro sistema federal y que representa las relaciones de cooperación, coordinación y colaboración, hemos visto naufragar intentos de la misma naturaleza. Lo mismo podríamos decir de la atribución de recursos a cada competencia.

La combinación de una centralización política y administrativa con el aumento de las funciones de las Administraciones Públicas, ha llevado a una insoportable congestión de los servicios y al mismo tiempo a un doble problema político: la necesidad de asegurar la equidad y la solidaridad de los diferentes territorios mediante la adecuada política regional, respetando, al mismo tiempo, las peculiaridades de todo orden de los pueblos, tanto de las nacionalidades como de las regiones. Es decir, su capacidad de sentirse como ellas mismas dentro de la unidad política.

Un gran desafío nos espera si pretendemos organizar el pandemonium competencial a la luz del principio de subsidiariedad y debemos cumplir con los dichos del autor citado cuando dice "…respetando, al mismo tiempo las peculiaridades de todo orden de los pueblos...". Esta cuestión es una materia pendiente en el Derecho argentino y en nuestro caso particular, es inexistente en el ámbito municipal. No puedo precisar bien las causas, pero la inconsistencia es tal, y el desconocimiento de las "peculiaridades" es tan grosero, que una misma norma, anacrónica y rígida, legisla exactamente igual para municipios de 10.001 hasta 1.200.000 habitantes. Para completar el escenario, deberíamos decir que la norma tiene casi 90 años y pocas, muy pocas modificaciones.

Es desde esa combinación de los principios de eficacia, descentralización y subsidiariedad, entendido este último en el sentido de que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para la más eficiente aplicación de las medidas pertinentes y que el gobierno debe completar y no sustituir la acción de los individuos y de los grupos intermedios, desde donde proyecta toda su potencialidad el Pacto Local y las competencias que la Administración local debe asumir.

Complementación de los niveles de gobierno, sin suprimir la acción de los individuos y grupos intermedios para lograr una eficiente aplicación de las medidas. Estos renglones anteriores marcan una perfecta síntesis que permite visibilizar el principio de subsidiariedad y aspirar a su concreción.

Sabemos que el camino a la determinación de las competencias, servicios y funciones de los municipios, no será una tarea fácil, muy por el contrario, creemos que la tarea será ciclópea, no sólo por el denodado trabajo que demandará la determinación legislativa, sino por lo difícil que será conseguir la necesaria e imprescindible decisión política en este sentido.

Teniendo en cuenta lo difícil de la tarea consideramos necesario acudir al Derecho Comparado, no para importar doctrina y copiar legislación, sino al solo efecto de observar cómo otro país ha solucionado un problema idéntico al que poseemos.

Queremos aportar a este trabajo lo acontecido con la Comunidad Autónoma de Aragón, que mediante la ley 10/1993 habilita el sistema de constitución de comarcas y nos ha parecido muy interesante en materia de transferencia y medición de competencias; siempre teniendo en cuenta que no se trata de la importación de normas españolas al Derecho argentino, sino por el contrario y al igual que lo sucedido con los Artículos 25, 26 y 27 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local, creemos que la técnica legislativa y el espíritu de la norma son un válido precedente a tener en cuenta para una futura reforma constitucional. Solamente se trata de un ejemplo, de los muchos que podemos encontrar en el Derecho Comparado, que nos dicen que existen diversas soluciones. Una de las disposiciones que mejor impacto nos ha causado es la creación de

la "Comisión Mixta de Transferencias" contenida en el Artículo 26.2 de la ley 23/2001; dice:

"La comisión es un órgano de colaboración entre ambas administraciones y tiene la finalidad de preparar las transferencias de funciones y servicios correspondientes a las competencias que posea cada comarca, incluyendo en su caso, los traspasos de medios personales y materiales. Igualmente, en el seno de la Comisión constatará, también, la coincidencia de fines entre las mancomunidades municipales existentes y las competencias de las comarcas a los efectos de la aplicación de lo previsto en el Título III de esta ley".

Obsérvese que no es una instancia compulsiva, autoritaria ni irracional; desde el procedimiento se percibe los principios inspiradores de la subsidiariedad, especialmente, "… respetando, al mismo tiempo las peculiaridades de todo orden de los pueblos...".

Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará, en el Segundo Congreso Argentino de Administración Pública y en el marco de su ponencia "Los patrones espaciales de distribución de las competencias en la reconstrucción de las capacidades estatales" dijo:

Es indudable la importancia ascendente de los niveles subnacionales de gobierno, en razón de que la provisión de una serie de servicios públicos, decisión y/o implementación de políticas sociales relativas a educación, salud, vivienda, etc., así como de otras estrechamente ligadas al desarrollo (provisión de infraestructura de transporte y comunicaciones, programas de apoyo a las Pymes, regulación y control de la preservación ambiental, desgravaciones impositivas, etc.), ha quedado en gran medida bajo su responsabilidad.

Sin embargo conviene ser cautos respecto de las posibilidades efectivas de los niveles locales de asumir responsabilidades que con frecuencia se han transferido de modo apresurado, bajo presiones políticas, sin estudios previos de factibilidad y sin ser acompañada la descentralización de la función por los recursos financieros requeridos para ello, de tal suerte que más se ha parecido a una descarga de problemas que a

un rediseño territorial de las competencias del poder estatal para aumentar la participación ciudadana y la eficiencia en la gestión .

La ecuación reflejada en la cita anterior, resume los últimos 30 años de la distribución competencial, de los que sobresalen como elementos tipificadores: la transferencia unilateral e inconsulta hacia los entes locales, la NO asignación de recursos para financiar esas competencias transferidas; lo que termina constituyendo transferencias de hecho, por abandono y con el agravante de la desfinanciación.

Minifundismo y región

Hablar de distribución de competencias, subsidiariedad y proximidad, nos coloca necesariamente ante otro tema, la cantidad de entes locales y la estructura poblacional del sistema municipal, en otras palabras, el minifundismo que afecta a Santa Fe y Argentina.

La conformación municipal argentina fue aleatoria, desprovista de cualquier planificación, estrategia o análisis, y no existieron proyectos correctores de las distorsiones que a lo largo se produjeron, por lo menos de alcance nacional y exitoso. Es más, cuando la tendencia mundial en los últimos 40 años es reducir la cantidad de entes locales, Argentina por el contrario los ha duplicado. Veamos algunos datos estadísticos que nos permiten representar más gráficamente el minifundismo al que hacemos referencia.

El incremento se produjo mediante la creación de entes locales de poca cantidad de habitantes (en 1960 había 1048 municipios con menos de 9999 habitantes y según datos del censo nacional citado, 1591 de 2164 poseen menos de 10.000 pobladores. Sólo 96 de 2164 poseen más de 50.000 habitantes y ello nos coloca ante otro inconveniente que se suma al minifundismo, nos referimos a la centralización poblacional en muy pocas ciudades en un espacio muy reducido de territorio.

La dispersión se agudiza cuando se incorpora al estudio a los restantes gobiernos locales sin jerarquía municipal: los

pequeños representan el 80% del universo y tienen una población promedio de 2.400 habitantes, en tanto los grandes, apenas el 1% del total, concentran al 39% de la población nacional.

La Provincia de Santa Fe comparte esa distribución disfuncional de la población, y ello se refleja en que 17 municipios mayores de 30.000 habitantes reúnen 1.747.505 habitantes lo que significa un 58,20% de la población en un 5% de las ciudades. El resto de los habitantes santafesinos se distribuyen entre 345 municipios y comunas.

Antes de continuar con los datos estadísticos tendientes a desentrañar las implicancias del minifundismo y el factor poblacional, queremos dejar perfectamente claro que no estamos abogando por la supresión de los pequeños municipios y el favorecimiento de las grandes ciudades. Solamente intentamos representar que la creación de un ente local implica algo más que una mera ley de fundación, ya que a partir de ese momento un núcleo competencial complejo y pesado recaerá sobre los noveles municipios y sería razonable, justo y equitativo que se analice previamente si el nuevo ente local es sustentable desde un punto de vista integral. El análisis que proponemos, lo pensamos como previo e indispensable, y dudamos que se haya efectuado con algún rigor científico en cualquier momento histórico del régimen municipal.

"En casos de municipios pequeños proponemos como solución de mancomunidad, asociación intermunicipal de cooperación. Cada municipio conserva su estatus político jurídico, pero a través de la mancomunidad gestiona servicios eficientes en materia de recolección de residuos, agua potable, alumbrado público, transporte, cementerio, salud, educación, turismo, deportes, medio ambiente, monumentos y lugares históricos, obras públicas, registros públicos, policía de la economía, policía de tránsito, ornato, recreación, urbanismo vivienda, etc. con la consiguiente economía de costo, menor estructura administrativa y más y mejores prestaciones".

Pensamos que la regionalización inter municipal es una util herramienta para desandar el camino del aseguramiento

del régimen municipal, fortaleciendo a los entes locales frente a las debilidades del minifundismo.

La regionalización es un sistema porque no es una propuesta meramente operativa del Estado Federal. Es un sistema porque tiene principios, normas y reglas, que hacen a la autonomía de su propia identificación y medios para desenvolverse. En otras palabras, es un conjunto de elementos dependientes entre sí, racionalmente constituidos. Por ser un sistema tiene la relatividad del pragmatismo y no se lo puede aplicar a medias. La regionalización es un sistema de organización de asuntos económicos sociales.

El tratamiento constitucional de la región, posee un lógico antecedente, de acuerdo a nuestro mecanismo de reforma de la Constitución, que permite el tratamiento constituyente y posterior inclusión de la región en la Constitución: es el Artículo 3ro. inc. b de la ley 24.309 por el cual se declara la necesidad de reforma constitucional y se arriba a un núcleo de coincidencias básicas, entre ellas la creación de regiones para el desarrollo económico social, el título del tema es: Fortalecimiento del Régimen Federal.

El anacronismo de los límites geométricos de ciudades y la extraterritorialidad de las relaciones mesológicas, han contribuido a formar y desarrollar las regiones y por ello consideramos que la reforma de 1994, viene a reconocer expresamente lo preexistente, natural y fundamentalmente mesológico.

Negar facultades a las futuras regiones internas, por temor a perder autonomía provincial -de hecho inexistente, según vimos- es extemporáneo frente a lo que la Nación misma ha transferido y admitido transferir a nivel supranacional. Es contrario a la realidad contemporánea y a las tendencias recientes del Derecho Público en el mundo. Es favorecedor del centralismo que supuestamente la región pretende morigerar. Pensamos que hay que optar: o seguimos como estamos, y empeorando, o tratamos de revertir la situación. No ha de ser defendiendo al antiguo modelo provincial y municipal, que nunca funcionó como contrapeso del poder central, que lo lograremos.

En otras partes de este trabajo acudimos al Derecho Comparado para encontrar experiencias legislativas, sobre la redistribución competencial en España (Aragón), el principio de subsidiariedad en la Comunidad Europea, etc.; creemos propicio volver a revisar las experiencias de otros países europeos (con una mera referencia a los ejemplos más significativos) y latinoamericanos, ocupándonos del desarrollo legislativo constitucional que ha tenido, adelantando que el tratamiento ha sido mucho más amplio y detallista que el bienvenido Artículo 124 de la Constitución Nacional.

Queremos comenzar con el Informe del Comité Director de la Autoridades Locales y Regionales (CDLR) preparado con la colaboración del Profesor Gerard Marcou, titulado "La Regionalización y sus consecuencias sobre la autonomía local", traducido por José Manuel Rodríguez Álvarez y revisado por José Canales Aliende.

La región es un espacio intermedio: designa un espacio más extenso que el de las relaciones locales, pero que se integra a su vez en un espacio más amplio, nacional o estatal. Si la definición de la región depende del criterio que se sostenga, no resulta menos cierto que a menudo se observa coincidencia aproximativa de variables diferentes (naturales, sociales, culturales, económicas) que justifica la identificación de tales espacios como regiones, en una consideración de largo plazo. También la organización económica comporta una lógica territorial: en la medida en que los agentes económicos modifican su entorno territorial desarrollando su actividad, contribuyen a incrementar la fuerza de atracción de la estructura territorial mediante los recursos que aportan. El desarrollo es un proceso interterritorial que combina la diferenciación y la interdependencia de niveles. La región puede definirse entonces como un nivel intermedio de organización territorial de relaciones económicas. Al producirse el desarrollo por la combinación de diversos sistemas territoriales, deben explotarse las oportunidades de movilización de recursos del sistema regional.

Es realmente extraño que la temática de las "municipalidades microscópicas" no haya llamado la atención en nuestros

gobiernos, es más según el análisis de datos de crecimiento de entes locales que realizamos algunas páginas atrás, lo propiciaron. Por el contrario, el tema, sí mereció tratamiento en el Derecho Comparado. España, por ejemplo, desde el proyecto de ley del 2 de noviembre de 1860, presentado por José Posada Herrera, facultaba a los municipios que reunieran determinadas características a la formación de uniones meramente administrativas que se denominaban comunidades y fueron el germen de las mancomunidades. Es interesante el fundamento que el proyecto brinda a esta figura.

No es necesaria una larga práctica administrativa para conocer los graves inconvenientes que ofrecen esas municipalidades microscópicas, como son muchas de las que hoy existen, y que más bien que agregaciones de carácter público pueden considerarse como familias dilatadas. Sin recursos para cubrir sus más perentorias atenciones, sometidas ciegamente a la influencia del vecino más rico o más astuto o menos ignorante que la ejerce por lo común en provecho propio; agobiadas con la carga de un presupuesto superior a sus fuerzas, imposibilidad de rodearse, por falta de medios para dotarlos decorosamente, de auxiliares inteligentes que los ilustren y aconsejen en la gestión de sus negocios y en sus relaciones con sus delegados superiores del Gobierno, estos ayuntamientos, no sólo son una rémora constante para la Administración general, sino que son incapaces de llenar el objeto propio de una asociación de índole

El camino hacia la región no es fácil ni libre de escollos de todo tipo, por el contrario; pero no existe forma de consolidar y asegurar el régimen municipal que fortalecer los entes locales, y para reorganizar el sistema competencial el primer paso es la lucha contra el minifundismo de la mano de la región intermunicipal.

La delimitación de las unidades territoriales, y por tanto la definición de los sujetos sociales, sobre los que recaerá la descentralización, es una tarea compleja. Los ámbitos funcionales óptimos para la gestión de los servicios públicos son distintos entre sí y no se corresponden necesariamente con

unidades de carácter geográfico, histórico, cultural o social y éstas tampoco coinciden siempre con las divisiones administrativas existentes. En ocasiones, los movimientos sociales descentralizadores reivindican unidades distintas de las que existen en la organización político-administrativa del Estado (por ejemplo, barrios, comarcas, regiones históricas) y en otros casos, nuevos movimientos sociales han forjado unidades de vida colectiva que antes no existían.

Creemos que la región intermunicipal es el complemento ideal para desarrollar la subsidiariedad y la proximidad, como criterio ordenador de las competencias propias de los entes locales y de las inherentes a su pertenencia al sistema federal y en ese ámbito, la región, fomentar la concertación, la coordinación y la cooperación.

En un Estado descentralizado territorialmente la igualdad sustancial de sus ciudadanos en el disfrute de los derechos sociales y económicos sólo puede manifestarse a través de una garantía general y común de tal disfrute que opere como elemento homogeneizador y produzca la imprescindible cohesión social y económica dentro de la estructura estatal. Homogeinización y cohesión social y económica que, en definitiva, vienen a contribuir, de manera decisiva, a la legitimación misma del principio federal o regional.

En su libro *Derecho Municipal* el Dr. Diego GIULIANO, en el capítulo dedicado a la intermunicipalidad asociativa, expresa:

"La intermunicipalidad, en los hechos, se trasunta en esta posibilidad de conformar organizaciones aptas para llevar a cabo empresas de importante magnitud que los municipios, individualmente considerados, no pueden llevar a cabo. Estas formas de cooperación intermunicipal, desde la teoría o desde el pragmatismo más osado, permiten abaratar el crédito, ahorrar recursos a la hora de adquirir insumos, organizar de manera efectiva el cobro de tasas y servicios, realizar obra pública estructural y de mayor magnitud, y adoptar una mejor estrategia para la producción y comercialización nacional e internacional de productos municipales o regionales".

Coincidimos con los dichos de GIULIANO, pero queremos agregar que la expresión "... empresas de importante magnitud que los municipios, individualmente considerados, no pueden llevar a cabo…", se ha transformado en un concepto jurídico indeterminado, cada vez más amplio, difícil de determinar, con una diversidad alarmante y con un peso específico cada día más influyente sobre la débil y resquebrajada estructura municipal. El desorden competencial y las desfinanciación consuetudinaria han colocado en estado de insatisfacción extremo hasta las más elementales competencias municipales y comunales.

"La cooperación y coordinación de esfuerzos, el aprovechamiento de modernas tecnologías en condiciones más positivas, adquiere vital importancia y, a su vez, logra un desarrollo interno de la región que beneficia las fuentes de trabajo y amplía los horizontes de comercialización efectiva, que actuando individualmente, no poseían los miembros de la institución colectiva conformada"

La región, ordenadora del pandemonium competencial, con adecuada financiación, se transformará en el mejor garante de la autonomía local; fortaleciendo el sistema federal y desandando el camino del aseguramiento del régimen municipal como la Constitución Nacional y la provincial así lo establecen con carácter imperativo.

Es una excelente oportunidad para un desarrollo de algunos valores que intrínsecamente deben estar presentes en cualquier sistema federal que se precie de tal: coordinación y cooperación; solidaridad y redistribución financiera.

Sin dudas son finalidades políticas las que sirven de base a la creación de un nivel regional de gobierno cuando se trata de responder a reivindicaciones autonomistas. Y en general, la creación de entidades regionales autónomas -o su fortalecimiento- se justifica por la voluntad de acercar a los ciudadanos el ejercicio de las responsabilidades públicas, constituyendo una aplicación del principio de subsidiariedad, que, en consecuencia, justifica este proceso. Una segunda vocación de la regionalización es la de satisfacer la exigencia de estruc-

turar el territorio en forma que sea posible la distribución de responsabilidades públicas entre los diversos niveles de administración de acuerdo con criterios de eficacia y economía.

Hemos hablado de la creación de regiones intermunicipales; ello implica -en un país extenso y con baja densidad de población- la necesidad de contemplar las peculiaridades de los entes locales que las integren.

En principio, la descentralización responde a objetivos no uniformistas y lógicamente debe privilegiar la diversidad de situaciones concretas. Pero, por otra parte, los entes descentralizados están articulados con los entes superiores y, además, es muy difícil implementar un proceso descentralizador si los receptores son muy heterogéneos entre sí. Tanto si nos planteamos la descentralización desde la perspectiva del Estado hacia los entes locales o de éstos hacia los distritos urbanos, conviene sentar un doble criterio. En primer lugar, la legislación básica no debe imponer un modelo uniformista de organización, sino unos principios generales y flexibles. En segundo lugar, creemos que incluso esta normativa debe ser suficientemente amplia para permitir que cada uno de los entes locales o descentralizados se dote de un reglamento de organización peculiar. Si su autonomía no empieza en su facultad de autoorganizarse, ¿dónde empezaría?

El fortalecer el sistema federal mediante el aseguramiento del régimen federal, de la mano de la subsidiariedad y la proximidad, contando con la adecuada y constitucional suficiencia económica y financiera, es un propicio ámbito para el desarrollo de la necesaria e imprescindible participación de los ciudadanos en la gestión de la vida local.

El crecimiento del papel y de las opciones de los individuos constituye el leitmotiv de los nuevos conceptos del gobierno urbano. Tradicionalmente relegado al puesto de elector que no interviene en los procesos políticos nada más que para designar sus representantes a intervalos relativamente largos -generalmente entre cuatro y seis años- la implicación del ciudadano está hoy muy solicitada. El dilema de la asociación de ciudadanos condiciona, sin embargo, la transformación de la

democracia urbana contemporánea: los sistemas territoriales existentes y sus dispositivos institucionales no les reconocen más que un lugar muy limitado, mientras que los mecanismos aptos para favorecer una transmisión más completa de sus preferencias no garantizan necesariamente la mayor participación posible

Alternativas para conseguir la suficiencia

Ya hemos comentado al principio de este trabajo que el presente tema lo habíamos abordado en otro trabajo (Paglietta Giorgis, Darío, "Atribución de Poder Tributario a los Municipios Argentinos", 2019, Editorial Académica Española. https://www.eae-publishing.com/) y por ello sólo haremos una breve referencia a la cuestión, para contextualizar las constantes referencias a la suficiencia financiera de los entes locales y las regiones que integran.

"Es hora de reasumir la bandera de la mayor autonomía municipal, por cuanto el mapa político territorial ya delinea un verdadero renacimiento del *pouvoir* municipal, como respuesta idónea para el control político y la eficacia de gestión, que se ve frustrada por los desmedidos recortes a las haciendas locales. El presupuesto vuelve a ser, en todos los niveles, la herramienta más eficiente de planificación, inversión pública y control de gestión; por todo ello la importancia de la sanidad presupuestaria en el orden municipal".

Partimos siempre de la afirmación de que sólo algunos municipios están en condiciones de ejercer el poder tributario, como una de las alternativas de lograr la constitucional suficiencia que les permita financiar el núcleo competencial propio y por su intervención en sistema federal de gobierno.

Todos los órganos de gobierno tienen facultades tributarias de la misma naturaleza jurídica, sin que pueda establecerse grados o jerarquías en ellas. Tanto Nación como las provincias y los municipios tienen poder originario o inherente, porque él es innatural al Estado en cualquiera de sus manifestaciones;

la diferencia no radica en la "esencia" sino en el ámbito de actuación, en la jurisdicción atribuida a cada uno de ellos con sujeción a las normas constitucionales o legales vigentes en cada país

Abonando la posición de FONROUGE, pero marcando diferencias, ÁLVAREZ ECHAGÜE sostiene una postura particular sobre el poder tributario originario o delegado que compartimos; sostiene:

"Por otra parte, actualmente, luego de la reforma constitucional, también tienen los municipios reconocido en forma expresa en la Carta Magna su poder tributario, más allá del mayor o menor alcance que se le otorgue al mismo, y tal aseveración surge de lo establecido en los Artículo 123, '… asegurando la autonomía municipal… en el orden… económico y financiero…' y, 75 inciso 30, '… Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición….'. En definitiva, sólo las provincias cuentan con poder tributario originario, pues son ellas las que conservan todo el poder no delegado y, como la delegación la hacen a través de la Constitución Nacional, no cabe sino concluir que a quienes le han conferido atribuciones financieras, es decir, Nación y municipios, detentan un poder tributario derivado (o delegado). Es éste el criterio sustentado por la Corte Suprema de la Nación".

Los medios para conseguir la constitucional suficiencia económica y financiera pueden ser varios: Otorgamiento de Poder Tributario; Transferencias Solidarias de Recursos Públicos, *Outsourcing*, Agencias Regionales de Recaudación, etc.

Conclusiones

- Creemos que la discusión entre autarquía y autonomía, ha sido superada en el Derecho Comparado.
- La caracterización de la organización municipal, deja de ser importante si no se cumple el mandato constitucional nacional, asegurar el régimen municipal, el que puede conseguirse por más de una forma.

● El primer paso para el aseguramiento del régimen municipal es la determinación clara y precisa de las competencias, servicios y funciones de los municipios; este proceso debe ser armonizado por la subsidiariedad, proximidad y la regionalización inter municipal.

● Todos los municipios y comunas tienen derecho -de rango constitucional- a poseer los recursos suficientes para financiar los servicios, competencias y funciones que deben satisfacer. Para ello cuentan con poder tributario, el que puede ser ejercido o no, reemplazándolo en este último caso, por otro medio de lograr la suficiencia. Como todo poder tributario es irrenunciable, su no ejercicio no implica pérdida del derecho, pudiéndose recuperar (tutela efectiva) cuando el medio escogido para suplirlo sea insuficiente o sufra alteraciones significativas que no sean imputables al ente público estatal que reclama la suficiencia.

Autonomía municipal económica. Un recorrido por las limitaciones a su verdadera autonomía integral

Ricardo Sebastián Piana - Martín Arévalo

Resumen

En este trabajo abordaremos un creciente criterio en el reparto de los fondos públicos por parte de la Provincia de Buenos Aires a sus municipios. Las transferencias de fondos por parte de la Provincia con asignación específica, se enmarcan en una práctica que limita sus competencias económicas y consecuentemente, sus capacidades de decisión. Al condicionar el uso de los fondos, este tipo de normas afectan las competencias, las políticas públicas locales y capacidades de las autoridades municipales.

Identificaremos el complejo entramado de normas provinciales que transfieren y afectan fondos a usos específicos.

En un contexto de autonomía municipal no reconocida a nivel de la Constitución local, este tipo de prácticas contravienen los actuales estándares jurisprudenciales y afectan fuertemente a los municipios pequeños con baja capacidad recaudatoria.

Palabras clave: autonomía - fondos con asignación específica - municipios - Provincia de Buenos Aires - presupuesto.

1. Introducción

En el contexto de la reforma constitucional del año ‘94, el artículo 123 abrió un nuevo abanico de posibilidades para los municipios. Sin embargo, el proceso de autonomía política puede ser ilusorio sin la debida autonomía en sus recursos económico-financieros ya que las capacidades municipales dependen, en gran medida, de sus ingresos.

Existe entre los especialistas una certeza en torno a la profunda desigualdad en el federalismo fiscal argentino y cómo ésta afecta a los municipios. Así, tomando como base 2015 “... el Gobierno Nacional recauda el 76,5% del total de los recur-

sos totales y ejecuta el 57,8% del gasto, mientras que las provincias y municipios cobran tributos que representan el 23,5% de los recursos y realizan el 42,2% de las erogaciones. Esto deviene en que la mayoría de las provincias financian más de la mitad de sus gastos con transferencias del gobierno nacional, alcanzando dicha proporción el 90% en casos extremos" (Agosto, 2017:2).

Según Mangas, López Accotto y Martínez (2016) el gasto consolidado municipal representa el 3,7% del PBI de Argentina, mientas que los ingresos apenas alcanzan el 1,3% del PBI; entre un 60% y 80% de la recaudación propia de los municipios proviene de las tasas, derechos y contribuciones y desde 1993 a 2013 la participación de los municipios en el gasto público se ha mantenido constante, pero en materia de ingresos existió una merma considerable, por lo que en el contexto de las mayores actividades y funciones que tienen, la dependencia de los municipios a las transferencias de Nación y Provincia ha aumentado en forma sensible. Más aun, agregan que la presión fiscal de Nación creció de 17,9% a 32,1% entre 1993 y 2013, mientras que en las provincias creció de 3,7% a 6,5% y la de los municipios sólo pasó de 1,2 a 1,4% en igual período.

Esta desigualdad hace que sea necesaria la transferencia de fondos desde el gobierno superior a los inferiores, esto es, del Estado nacional a provincias y de provincias a municipios.

A pesar de este nutrido desarrollo del estado del arte [198]y la información pública que actualmente está disponible, no hemos detectado ningún estudio ni información que ponga su acento en los fondos provinciales que se transfieren a los municipios con afectación específica y su vinculación con la autonomía municipal.

198 Veremos más adelante la existencia de un consenso sobre la necesidad de reformar los sistemas de recaudación y los mecanismos de coparticipación entre Provincia y municipios.

Investigaremos los alcances de la autonomía de los municipios de la Provincia de Buenos Aires en el plano económico utilizando como indicador negativo los fondos con afectación específica. Nuestro presupuesto es que en tanto estos fondos vienen condicionados, limitan la capacidad local de los gobiernos de definir sus políticas [199]. Creemos que la eficiencia de escala, la posibilidad real de participación y control social, la información directa sobre las necesidades y el mejor derrame sobre los actores productivos locales son criterios válidos y sólidos para reconsiderar la utilidad de este tipo de fondos.

Resulta necesario hacer un breve repaso del carácter del régimen de los municipios en nuestro país y sus crecientes competencias; luego nos detendremos en el régimen jurídico bonaerense y por último estudiamos las normas que asignan recursos con afectación específica en la Provincia de Buenos Aires. En definitiva, nos preguntamos ¿cuáles son las normas que afectan recursos a los municipios? Y ¿cuánto de los recursos que reciben de la Provincia se encuentran direccionados por aquélla? Ello nos permitirá detectar qué márgenes de acción económica tienen hoy los municipios para analizar, en definitiva, la autonomía económica real de los municipios para definir sus políticas.

2. El municipio en el régimen jurídico bonaerense y el sistema de coparticipación provincial

Diversas provincias han reconocido en sus Constituciones locales la autonomía plena del art. 123 de la Constitución Nacional. La Provincia de Buenos Aires, con el ré-

199 No es el objetivo de este trabajo analizar los criterios de reparto más o menos objetivos que existen en las leyes provinciales de carácter impositivo, que merecería un más profundo, comparado y detallado análisis. Los criterios para el reparto pueden ser muchos, tales como la brecha de desarrollo; población, densidad, necesidades insatisfechas, etc. Lo que es imprescindible destacar es que siempre cuáles criterios y con qué porcentajes se reparte es un criterio político y no técnico.

gimen de municipio-partido [200], mantiene una reprochable *"ausencia de voluntad de ajustarse al texto constitucional nacional que manda reconocer tal autonomía en forma plena*" (Ábalos, 2017:881) que podría dar lugar, por omisión e irrazonable demora, a intervención federal (art. 6° Constitución Nacional).

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires les reconoce a los municipios la administración de los intereses y servicios locales [201], pero es la Legislatura quien fija las atribuciones y responsabilidades de cada departamento municipal, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atenderlos eficazmente (art. 191 Constitución de la Provincia de Buenos Aires), entre ellas, el ornato, salubridad y la vialidad pública, así como también dictar ordenanzas y reglamen-

200 Actualmente son 135 los municipios en la Provincia, siendo Lezama en 2009 el último en crearse como desprendimiento del de Chascomús. Sin embargo, existe una fuerte presión no sólo de distintas corrientes autonomistas locales que pretenden, al menos, 60 nuevos municipios sino también presiones políticas para dividirlos, como en el caso de La Matanza, con exclusivos fines electoralistas. Para el primer caso, véase http://www.telam.com.ar/notas/201604/142905-localidades-movimiento-autonomistas-separacion-municipios-formar-nuevos-distritos.php. Para el segundo, https://www.lapoliticaonline.com/nota/109347-se-complica-la-division-de-la-matanza-por-las-internas-en-cambiemos-y-el-rechazo-opositor/.

201 Esta administración comprende el poder de policía necesario para la administración de esos intereses y servicios locales aun cuando el ámbito de su regulación sea concurrente. En efecto, *in re* "Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (Edenor SA) c/Municipalidad de Pilar p/acción declarativa de inconstitucionalidad" la Procuración recuerda que en el caso del poder de policía ambiental, de seguridad y salubridad, éstas son facultades concurrentes, esto es, potestades que pueden ejercerse conjunta y simultáneamente entre Nación, Provincia y municipios y de allí que un municipio puede ejercer su poder de policía ambiental y de seguridad. Véase dictamen de la Procuración en https://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2010/monti/junio/3/empresa_distribuidora_e_97_l_xliv.pdf y la sentencia en *Fallos*, 334:1113 en https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=71262&cache=1554119193951.

tos dentro de estas atribuciones [202]. Deben votar anualmente, a través del Concejo Deliberante, su presupuesto y los recursos para costearlo [203]. Toda ordenanza especial que autorice gastos no previstos en el presupuesto, deberá establecer los recursos con que han de ser cubiertos [204]. La Constitución bonaerense también organiza el Ejecutivo y Deliberativo local [205] y exige que todo aumento o creación de impuestos o contribución de mejoras, necesita ser sancionado por mayoría absoluta de votos de una asamblea compuesta por los miembros del Concejo Deliberante y un número igual de mayores contribuyentes de impuestos municipales.

Pero estas facultades no han sido conferidas a los municipios en forma genérica de forma que cada uno de ellos las reglamenten sino que han sido reguladas muy detalladamente a través de la Ley Orgánica Municipal, en verdad un Decreto-Ley del año 58 que surgió bajo un gobierno no democrático

202 La Corte en "Telefónica de Argentina S.A. c/Municipalidad de Chascomús s/acción meramente declarativa" de 1997 recordó que el cobro de una tasa dentro del ámbito de facultades que, por su naturaleza, son propias de los municipios resulta constitucional y siguiendo la tesis de Joaquín V. González, recordó que el régimen municipal, base de la organización política argentina, consiste en la administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas. El fallo puede consultarse en https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=6220.

203 La Constitución de la Provincia de Buenos Aires señala que las ordenanzas impositivas mantendrán su vigencia hasta que sean modificadas o derogadas por otras (art. 192, inc. 5).

204 Además, recaudan, distribuyen y oblan en la Tesorería del Estado las contribuciones que la Legislatura imponga al distrito para las necesidades generales.

205 En efecto, en el art. 190 fija el número mínimo y máximo de concejales así como el carácter unipersonal del ejecutivo.

pero fue reformada innumerables veces *post* reforma de la CN del 1994 [206], violando el principio de progresividad y no regresividad [207]. Es cierto que alguna de estas modificaciones fueron ampliando las competencias de los municipios bonaerenses, como la Ley N° 13.101 que determinó el carácter de ley en sentido formal y material de las Ordenanzas [208] pero hoy la ley de leyes de los municipios bonaerenses es sancionada por las autoridades provinciales sin contemplar sus reales necesidades. Los municipios bonaerenses no pueden hoy, a través de la participación de sus ciudadanos en procesos electorales, dictar sus Cartas orgánicas porque no está previsto en la Constitución local.

El Decreto-Ley N° 6769/58 en cuestión fija la cantidad de concejales según la población (art. 2); las fechas de elección de Ejecutivo y Deliberativo (art. 4), las inhabilidades, incompatibilidades y restricciones para el Concejo (arts. 6 y ss.), las fechas en que las autoridades tomarán posesión de su cargo (arts. 15 y 17), las competencias de los Concejos Deliberantes (arts. 25 y ss. entre la que se encuentra dictar ordenanzas impositivas que dispongan aumentos o creación de impuestos

206 En democracia fue reformada por las siguientes leyes: 10140, 10164, 10251, 10260, 10263, 10355, 10377, 10706, 10716, 10766, 10857, 10858, 10936, 11024, 11092, 11134, 11239, 11240, 11300, 11582, 11664, 11690, 11741, 11757, 11838, 11866, 12076, 12120, 12288, 12396, 12929, 13101, 13154, 13217, 13580, 13924, 14062, 14139, 14180, 14199, 14248, 14293, 14344, 14393, 14449, 14480, 14491, 14515, 14732, 14836, 14872, 15078 y 15103. Como ha dicho Reca (2005:332) "...persiste un texto normativo, cuyos casi 300 artículos fueron concebidos bajo la autocrática disposición de un decreto ley, uniformando sus alcances y contenidos. Una legislación que no refleja de ningún modo la versatilidad de la provincia y menos aún las características de sus gobiernos locales".

207 Aun se interpretara que la Constitución Nacional fijó en el art. 123 una obligación no operativa, también violaría el principio de no hacer en contra de los principios programáticos.

208 Los que les permite ahora, indubitablemente, expropiar (Conf. Bayón y González Barlatay, 2018).

o contribuciones de mejoras junto con la Asamblea de Mayores Contribuyentes), los tipos de consorcios, sociedades y cooperativas que pueden crear (43 y ss.), la reglamentación de las expropiaciones (58 y ss.), los montos de las dietas (92), las funciones del Ejecutivo y el régimen de compras y licitaciones (art. 107 y ss.); régimen de personal (181); los funcionarios auxiliares del intendente (entre ellos contador, tesorero y jefe de compras 185, 189 y 197); el patrimonio y los recursos (arts. 225 y 226 y ss.); el régimen de sanciones y procedimientos (art. 224 y ss.) y las acefalías (265) entre otras competencias reguladas desde la Provincia. Recientemente se ha prohibido la reelección indefinida de los intendentes municipales (Ley N° 14.836, modificatoria de la "Ley" Orgánica Municipal) en consonancia con lo establecido por la Constitución local para el/la gobernador/a [209].

Además, existe una maraña de normas provinciales que regulan (y restringen) las competencias de los municipios que van desde el sistema de control de cuentas fijado constitucionalmente por un organismo provincial en el que los municipios no tienen injerencia en su integración ni designación de autoridades, como el H. Tribunal de Cuentas, la Ley N° 14.656 que aprueba un Régimen Marco de Empleo Municipal [210], el sistema obligatorio de Administrativo-Contable que

209 Esta limitación, entendemos, es de dudosa constitucionalidad: las restricciones no pueden interpretarse por analogía. Existe, claro está, un malestar respecto de intendentes que reeligen durante muchos períodos, los llamados despectivamente "barones del Conurbano", pero lo cierto es que son los "oficialismos" los que tienen siempre, independientemente del partido, mejores chances de reelegir. De todas formas, este criterio "republicanista" puede chocar contra el principio de "democracia" de cercanía: son los intendentes los más cercanos a sus ciudadanos y son éstos quienes deben validar o no su gestión en cada elección. Sobre algunos criterios para los valores y justificaciones del gobierno local y su relación con los principios de la democracia local, véase Cáceres (2015).

210 La visión de Bonecco y Saldarini (2017) respecto de esta Ley es positiva. Los autores sostienen que en esta materia, no existe obstáculo para que el Estado provincial, en ejercicio de la autonomía originaria, trace los

incluye los módulos de Presupuesto, Contrataciones, Contabilidad, Tesorería, Crédito Público, Bienes Físicos e Inversión Pública de los municipios (RAFAM, Decreto Nº 2980/00), la Ley N° 10.806 que fija los requisitos para declaración de ciudad a pueblos o localidades de la Provincia, que además, debe realizarse mediante ley provincial, entre tantas otras.

Señalamos al inicio de este apartado que esta falta de autonomía resulta constitucionalmente reprochable. Pero más aun: la autonomía dada no puede ser meramente declamatoria. En "Intendente Municipal Capital s/Amparo" en 2014, la Corte señaló que el municipio aparece en el diseño federal argentino con posterioridad a 1994, como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía y que, en el marco de la potestad de cada provincia de dictar su propia Constitución, tienen también la de desarrollar su modelo de autonomía municipal "con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados en el artículo 123" [211]. Y más recientemente, en 2018, en "Municipio de La Banda Provincia de Santiago del Estero c/Provincia de Santiago del Estero" la Corte señaló que: "...no pueden privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para desempeñar su cometido. Si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones de una autoridad extraña (aunque

aspectos elementales del régimen municipal resguardando intereses que trascienden a cada municipio y que, en esta inteligencia, se encuentran por encima de cualquier poder autonómico local, el que no es absoluto. Por ello, por extralimitar estos lineamientos sobre los cuales los municipios debían regular el empleo público, entienden que el decreto reglamentario, Decreto N° 784/16, es inconstitucional.

211 También en "Intendente Municipal Capital s/Amparo" en 2014, la Corte dijo que dado que el constituyente riojano había establecido en dos artículos -168 y 173- las características del modelo de coparticipación municipal, la omisión del dictado de la ley que coparticipa fondos entre los municipios lesiona el diseño mismo establecido por el constituyente, y que por esa vía la Provincia traspone los límites de lo racional y razonable para la vigencia efectiva de la autonomía municipal.

se tratara de la provincial) ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional". Entre esas atribuciones mínimas, el principio de la autonomía municipal se enlaza a la capacidad financiera de los municipios para ejercerla [212].

Hemos reseñado más arriba algunas investigaciones que dan cuenta de que, en promedio, los recursos propios de los municipios bonaerenses se encuentran entre el 30 y 40%, y de ellos, entre un 60% y 80% de la recaudación proviene de las tasas, derechos y contribuciones. ¿Cómo financian, entonces, sus políticas los intendentes de la Provincia? o, en otros términos, ¿cuál es el grado de autonomía?

Los municipios bonaerenses obtienen sus recursos de distintas fuentes: como entes autónomos pueden constitucionalmente fijar y recaudar sus propios tributos; si bien encuentran muchas limitaciones normativas, es la expresión propia y concreta de la autonomía municipal en su faz económica y financiera. Sin embargo, " los municipios del Conurbano solamente cuentan, como principal recurso propio, con las tasas que pueden cobrar, a las personas propietarias de inmuebles, a cambio de los servicios de alumbrado, barrido y limpieza (ABL), y a las empresas, por el servicio de inspección de seguridad e higiene (SeH)" (Martínez, 2018:2). Las tasas, derechos y contribuciones generan los mayores ingresos pero, como ya indicamos, no son suficientes para su sustentabildiad ya que no llegan ni a cubrir el 50% de sus gastos.

Otra fuente posible de los recursos proviene de la Nación: no suele ser un ingreso relevante, pero es importante identificarlos por cuanto su transferencia, mayoritariamente, es discrecional [213].

212 http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7466342&cache=1537488021000.

213 Normalmente no sobrepasa un dígito porcentual del total de ingresos. Sin embargo, estas transferencias discrecionales o planes de obras

Por último, los recursos pueden ser de origen provincial y éstos ser de libre disponibilidad o encontrarse afectados. Como ya señalamos, en el ámbito bonaerense, para la gran mayoría de los municipios los ingresos más importantes provienen de la Provincia y éstos llegan a través de distintos esquemas de reparto.

El porcentaje más grande de los recursos que llegan de la Provincia de Buenos Aires a sus municipios es mediante la coparticipación directa y automática [214]. La norma vigente que regula el sistema de redistribución impositiva es la Ley N° 10.559 [215] de 1987, aunque ha sido varias veces modificada. Dicha ley fija la coparticipación del 16,14% de ingresos provinciales percibidos en concepto de impuestos sobre los Ingresos Brutos no descentralizados al ámbito municipal, Impuesto Inmobiliario Urbano, Impuesto a los Automotores, Impuesto de Sellos, Tasas Retributivas de Servicios y Coparticipación Federal de Impuestos en base a los siguientes criterios de distribución e indicadores [216]:

---

directamente ejecutadas por la Nación en asuntos estrictamente locales pueden ser muy importantes. Por ejemplo, según el informe del Centro de Estudios Metropolitanos, en 2017, las transferencias y obras de Nación sobre el municipio de Quilmes duplicaron su propio presupuesto (conf. Gola y Schiavi, 2017).

214 La coparticipación de impuestos deviene en un sistema de coordinación financiera necesario cuando, en un sistema federal como el nuestro, existen varias jurisdicciones (niveles) con potestades tributarias propias. Pero además, "... en los países federales que no existe correspondencia entre las necesidades de gasto de los niveles de gobierno y sus posibilidades de recaudar,... debe recurrirse a algún sistema de transferencias verticales tendiente a compensar esta diferencia. Que permiten también compensar diferencias horizontales, surgidas por la existencia de regiones más ricas que otras." (Catalano, 2010:8). Es decir, la coparticipación no sólo permite ordenar sino también mejor distribuir los ingresos en función de las necesidades.

215 http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-10559.html.

216 También hay una referencia a la coparticipación en la explotación de Casinos que le corresponda a la Provincia por aplicación de los Convenios vigentes entre ésta y la Lotería Nacional.

a) El 58% entre todas las Municipalidades de acuerdo a lo siguiente:

1. 62% en proporción directa a la población [217].

2. 23% en forma proporcional a la inversa de la capacidad tributaria *per capita*, ponderada por la población [218].

3. 15% en proporción directa a la superficie del Partido;

b) El 37% entre las Municipalidades que posean establecimientos oficiales para la atención de la salud -con o sin internación-;

c) El 5% entre las Municipalidades que cubrieran servicios o funciones que cubría la Provincia pero que por ser netamente municipales fueron transferidas por aplicación del Decreto-Ley 9.347/79 y sus modificatorias [219], excepto del sector Salud Pública, en función de la participación relativa que cada Comuna tuvo en el Ejercicio del año 1986.

En este sistema de coparticipación es el Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires, como autoridad de aplicación, quien tiene la responsabilidad de la distribución y cálculos de la coparticipación [220]. No existe organismo mul-

217 Para los Municipios de la Costa, Pinamar, Villa Gesell y Monte Hermoso se tomará como población la resultante de la suma de los residentes permanentes en el lugar, más la doceava parte del caudal turístico receptado en cada uno de los Municipios a lo largo del año base, el que se calculará de acuerdo a los datos suministrados por la Subsecretaría de Turismo.

218 Para este cálculo se toman como referencia las tasas de: Alumbrado, Limpieza y Conservación de la vía pública; Inspección de Seguridad e Higiene; Conservación, reparación y mejorado de la Red Vial Municipal y Control de Marcas y Señales.

219 http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-9347.html.

220 "El complejo entramado institucional por el que circula toda la información que permite la elaboración del coeficiente no tiene como contrapartida un sistema de fiscalización y control de los datos por parte de una instancia institucional superior, como la Legislatura provincial o el Tribunal de Cuentas de la provincia. La Legislatura solamente se ocupa de verificar y fiscalizar en la presentación del presupuesto provincial los

tilateral, tal como la Comisión Federal de Impuestos a nivel Nación-provincias, lo cual es otro dato relevante acerca de la limitación de la autonomía municipal [221].

Existe también para los municipios la posibilidad de obtener fondos de origen provincial mediante la descentralización administrativa tributaria autorizada por el artículo 10 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 10.397 y modif.) previa suscripción de convenios con el Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires, percibiendo éstos un porcentaje de la distribución sobre la recaudación obtenida. En este caso, los montos son de libre disponibilidad.

3. Otro tipo de restricciones

Mientras los fondos provinciales coparticipables son de libre disponibilidad, es decir, las autoridades municipales pueden dar el destino que mejor crean a través de sus ordenanzas presupuestarias, otro porcentaje de fondos se asignan con una afectación específica, esto es, son condicionados. En este caso el grado de decisión de los municipios es restringido y limita su capacidad y autonomía.

Cuando existe un fondo con afectación específica, ese gasto ha de cumplirse en su integralidad; el fondo es un piso y no un techo por lo que si los fondos no son suficientes, los gastos deben cubrirse con las rentas generales; a la inversa, si hay superávit, no se autoriza su reasignación [222].

El primer diseño legal con este esquema es identificado por Catalano con la Ley N° 13.101 que "...además de la descentra-

cálculos vinculados a la distribución primaria. Es decir, controla que se prevea la transferencia del 16,14% de la masa coparticipable provincial a los municipios, en función de lo determinado por la ley, pero no hace ningún control sobre la distribución secundaria" (López Accotto, Martínez, Grinberg y Mangas, 2013:58).

221 Todo conflicto, en consecuencia, debería judicializarse.

222 Resulta claro que la prioridad la fija quien afecta los recursos.

lización de responsabilidades de cobro de impuestos provinciales, [determinó la] fijación de destinos específicos de gasto para algunos recursos, con la creación de Fondos especiales" (Catalano, 2010:26) [223].

Sin embargo, el esquema vigente reconoce su primer antecedente en el año 1977 cuando el creado Sistema de Atención Médica Organizada (S.A.M.O.) mandaba que los fondos que les ingresaran a los municipios deban ser destinados a financiar gastos de funcionamiento e inversiones menores de capital [224].

Con la Ley N° 12.108 [225] de Promoción y fiscalización del deporte de 1988, los recursos del Fondo Provincial del Deporte que pudieren derivarse a organismos oficiales municipales se destinan a la asistencia del deporte en general (social, escolar, federado), a la capacitación de científicos, técnicos y deportistas, a la construcción, ampliación y mantenimiento de instalaciones deportivas.

La Ley N° 13.010 genera un esquema más complejo de fondos y asignaciones. En el caso del Impuesto Inmobiliario Rural es administrado por los municipios de conformidad a los Convenios de Descentralización Administrativa Tributaria que se celebren, creando dos fondos específicos para Mantenimiento y Obras Vial y para Programas Sociales y Saneamiento Ambiental. En esa misma ley se crea un Fondo Provincial Compensador de Mantenimiento de Establecimientos Educativos alimentado con los impuestos sobre los Ingresos Brutos de contribuyentes que hayan tenido ingresos que no superen la suma de pesos novecientos mil ($900.000). Aquellos municipios que suscriban los Convenios de Descentralización Ad-

223 Sin perjuicio de reconocer que es la norma central de este esquema de reparto, ya existían normativas anteriores que aún están vigentes.

224 Decreto-Ley N° 8801/77.http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/79-1158.html.
http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/79-1158.html.

225 http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-12108.html.

ministrativa Tributaria administrarán los fondos ingresados, aunque la distribución y asignación también se encuentra pautada según porcentajes preestablecidos. Este esquema continuó incrementándose con leyes posteriores. Así, la Ley N° 13.163, que crea el Fondo de Fortalecimiento de Programas Sociales y Saneamiento Ambiental, asigna los ingresos con destino a servicios de Asistencia Social y al tratamiento y disposición final de residuos.

La Ley N° 13.178 que regula la venta de bebidas alcohólicas destina el 50% de la percepción del canon anual básico proveniente de las licencias a los Municipios para el financiamiento de las funciones de fiscalización y control así como a programas de educación, capacitación y prevención de las adicciones.

También las asignaciones específicas le han venido impuestas por leyes nacionales a las provincias y a los municipios. Así, el Decreto Nacional de Necesidad y Urgencia N° 206/09 [226] que creó el Fondo Federal Solidario, "con la finalidad de financiar, en Provincias y Municipios, obras que contribuyan a la mejora de la infraestructura sanitaria, educativa, hospitalaria, de vivienda o vial en ámbitos urbanos o rurales, con expresa prohibición de utilizar las sumas que lo compongan para el financiamiento de gastos corrientes". Por Ley N° 13.976 de la Provincia se determinó que los municipios deberían adherir a la ley y asumir el compromiso de destinar los fondos exclusivamente, a las finalidades establecidas para que les sean transferidos los fondos.

Otro caso fue el de la Ley nacional N° 26.075 [227], que propició el incremento de la inversión en educación, ciencia y tec-

226 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/151520/norma.htm. Esta norma fue derogada en 2018 Decreto, también de Necesidad y Urgencia, N° 756/18 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/313449/norma.htm. Sin embargo, como nuestro análisis contiene datos de 2017, también la hemos identificado.

227 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/112976/norma.htm.

nología, entre otros fines, a los de "h) Fortalecer la educación técnica y la formación profesional impulsando su modernización y vinculación con la producción y el trabajo. Incrementar la inversión en infraestructura y equipamiento de las escuelas y centros de formación profesional". La Ley local N° 15.078, determinó los montos y porcentajes a asignar y determinó que la Dirección General de Cultura y Educación pueda dictar las normas complementarias.

Pero las afectaciones no surgen sólo de las leyes. También se ha introducido esta modalidad en convenios de transferencia de fondos desde la Administración provincial a los municipios. Así, por Resolución Nº 110/10 del Ministerio de Desarrollo Social, en el marco de la regulación el Programa de Responsabilidad social Compartida Envión, se introduce una cláusula que determina la aplicación de los fondos trasferidos [228]. Algo similar sucede con el Decreto N° 898/16 que aprueba el Convenio SAME Provincia con los municipios [229].

Más recientemente, con el nuevo gobierno provincial se impulsó una nueva Ley de emergencia, la Ley N° 15.165 que declara el estado de emergencia social, económica, productiva, y energética en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, creó en su artículo 27 el Fondo Municipal para Convenios de Infraestructura, destinado a financiar total o parcialmente obras municipales de infraestructura cuya distribución también será conforme al Coeficiente Único de Distribución Ley N° 10.559 (texto ordenado según Decreto N° 1.069/95). Por Decreto N° 142/20, se estableció que dichos recursos "deberán ser destinados por los Municipios al financiamiento -total o parcial- de obras municipales de infraestructura. En ningún caso, el Municipio podrá utilizar los fondos percibidos para financiar gastos corrientes u operativos."

228 Véase cláusula quinta del Convenio. http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/mds-10-110.html.

229 http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/16-898.html.

4. Conclusiones

Creemos haber podido dar cuenta de alguno de los caracteres del funcionamiento fiscal bonaerense. El art. 123 de la Constitución Nacional ha remarcado la trascendencia del órgano municipal en el diseño federal argentino y su caracterización como el orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía [230]. Desde 1989, en el caso de la pianista Rivademar contra la Municipalidad de Rosario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el carácter autónomo de los municipios "aun prescindiendo de las prescripciones concretas de las Constituciones provinciales vigentes". Esto permite abstraernos de las limitaciones normativas que hoy impone la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, las que no podrían coartar las autonomías dadas por el artículo 123 de la Constitución Nacional a los municipios.

Las autonomías dadas a los municipios no son absolutas [231] pero desde 2014 también el máximo Tribunal en "Intendente Municipal Capital s/Amparo" determinó que las provincias deben diseñar el modelo de autonomía municipal "con el mayor grado posible de atribuciones municipales en los ámbitos de actuación mencionados en el artículo 123" porque si los municipios se encontrasen sujetos en esos aspectos a las decisiones

230 Véase esta interpretación en "Municipio de La Banda Provincia de Santiago del Estero c/Provincia de Santiago del Estero" de 2018.

231 Este criterio ya ha sido reconocido en la interpretación del máximo Tribunal de nuestro país. En "Cadegua S.A. c/Municipalidad de Junín" de 2004, el Procurador sostuvo que la reforma de 1994 no confiere a los municipios el poder de reglar las materias propias sin sujeción a límite alguno. En efecto, entendió que la autonomía constitucional de los municipios en los órdenes "*institucional, político, administrativo, económico y financiero*" que las provincias deben asegurar, está sujeta a la reglamentación que éstas realicen en cuanto a su "alcance y contenido", argumento que hizo suyo la Corte (*Fallos*, 327:4103). Puede verse el fallo en https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=567959&cache=1553796005270.

de una autoridad extraña -aunque se tratara de la provincial- ésta podría llegar a impedirles desarrollar su acción específica, mediante diversas restricciones o imposiciones, capaces de desarticular las bases de su organización funcional.

Hemos indicado cómo diversas normas, pero particularmente su Ley Orgánica Municipal, restringen con detalladas reglamentaciones los alcances de sus intereses y servicios locales, funcionarios y cantidad de concejales, bases de actuación, procesos de compras, etc. Pero nuestra tesis central es que no son suficientes estas autonomías: ellas deben complementarse (en verdad estar todas presentes) junto con la autonomía económico-financiera [232].

Resulta evidente que la actual Constitución provincial de Buenos Aires limita la autonomía institucional, político y administrativa de sus municipios mermando las posibilidades del desarrollo de democracias locales que resistan los tradicionales procesos de centralización.

Indicamos las distintas fuentes de ingresos que tienen los municipios. El solo hecho de que el mayor porcentaje de sus ingresos provengan de la Provincia (y no de fondos con origen en sus propias facultades tributarias) nos alerta acerca de la inviabilidad económica de los municipios bonaerenses. Que esta dependencia sea una nota del federalismo económico argentino (y que a su vez muchas de las provincias dependan para sus gastos corrientes de las transferencias de la Nación), no debe opacar este dato. Esta necesidad condiciona los posibles acuerdos interjurisdiccionales a una necesidad de supervivencia para los municipios en lugar de ser verdaderos esquemas de coordinación de políticas públicas [233].

232 En efecto, como señalaba Ábalos (2017), sigue siendo gran deuda pendiente la distribución de competencias tributarias entre las provincias y los municipios a través de reglas presupuestarias claras, con recursos previsibles.

233 Como sostienen Gutiérrez y Alonso (2018:66) "Una alta autonomía financiera y una alta flexibilidad del gasto estimularían la autonomía en la

De la actual Ley N° 10.559 de coparticipación de la Provincia de Buenos Aires, que es automática, deriva el mayor porcentaje de los fondos municipales. Sin embargo, dadas las críticas que tiene el sistema y la falta de actualización integral desde 1987 a la fecha, esta norma puede devenir inconstitucional y es necesaria su urgente reforma integral [234].

Resulta claro también que cuando un fondo es afectado a un destino específico para que otra institución lo ejecute, aquel quien definió a qué destino y con qué porcentaje, ése es quien verdaderamente gobierna. De allí que aunque la Constitución provincial se adecue a los preceptos de la Constitución Nacional -o algún intendente quiera hacer valer judicialmente su autonomía- estas normas van a condicionar económicamente a un municipio política, administrativa e institucionalmente "autónomo".

Estas restricciones jurídicas, políticas y económicas limitan el desarrollo local; el municipio es la mejor escala para el conocimiento directo de las necesidades; para promover la participación y la que genera mayor derrame sobre los proveedores y actores de la ciudad. En efecto, como ya hemos señalado, la intrínseca heterogeneidad de los municipios bonaerenses hace que toda decisión general impuesta desde la gobernación provincial tienda a introducir desvíos, injusticias y gastos innecesarios.

La Provincia de Buenos Aires mantiene una deuda, no sólo económica, sino jurídico-política con sus propios municipios y ciudadanos para que el impacto de decisiones exógenas no afecte las ya sobrecargadas espaldas de las políticas locales.

---

generación de políticas locales y desincentivarían la coordinación con otras jurisdicciones y también, puede presumirse, con actores no estatales".

234 Ver fallo en https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7466342&cache=1537488021000.

Bibliografía

Ábalos, María Gabriela, "Cuentas pendientes de la autonomía municipal en la Argentina". Revista Jurídica Argentina La Ley. 2017A.881-895 p.

Bayón, Ariel G. y González Barlatay, Felipe, "Los municipios de la Provincia de Buenos Aires y el alcance de su potestad expropiatoria", Revista Jurídica Argentina La Ley. 2018, A. 277-285 p.

Cáceres, Pamela, "Gobierno, Autonomía y Democracia Local. Apuntes para una teoría normativa" en Revista Iberoamericana de Estudios Municipales, 2015, N° 12, año VI, pp. 197-215.

Catalano, Constantino Iván, "La potestad tributaria municipal en la Provincia de Buenos Aires. Experiencia de la descentralización de la administración tributaria realizada por ley 13.010". Tesis de maestría en Finanzas públicas. Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2010. [ref. de 18 de abril de 2020]. Disponible en Web: <sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/31734>

Reca, Pablo, "La situación del municipio en la Provincia de Buenos Aires -crónica de una involución-", Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, 2005, año 12, Nº 45p.29-39.

La necesidad de la acción pública ante los delitos de violencia de género

Agustín Salazar Lea Plaza

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objeto determinar si es necesario reabrir el debate sobre la posibilidad de que la acción de los delitos de violencia de género sea pública, en lugar de dependiente de instancia privada.

Está más que claro, estadísticamente hablando, que de la totalidad de delitos con contenido de violencia de género, el mínimo porcentaje es denunciado penalmente; ya sea por miedo, aferramiento, o sentido de pertenencia al *status quo* por parte de las víctimas. Comprendo que, gracias a la paridad de género en el Congreso (obligatoria desde hace algunos meses), estas barreras de silencio por parte de las víctimas pueden -y deben- romperse, porque la impunidad de los delitos de esta índole desencadena en un retroceso sociopolítico de gravedad en nuestro sistema.

Es tan simple como pensar que el victimario, ante la ausencia de acción por parte de las autoridades judiciales, tenga grandes chances de volver a cometer el mismo delito. La punibilidad en estos casos, y los tratamientos psicológicos tanto a los victimarios como a las víctimas, contienen una relevancia determinante para la imposición del "deber ser"; e incluso como herramienta educativa para los más chicos, aunque quizá esto no es lo que atañe directamente a este trabajo.

Desde ya que debe tenerse en cuenta que las víctimas de delitos de esta índole, no deben ser susceptibles de revictimización, lo cual podría conllevar consecuencias psicológicamente negativas en las personas. Empero, considero que la eventual promulgación de la Ley de víctimas en la Provincia de Buenos Aires (estando ya vigente su homónima en el ámbito federal), puede ser de gran utilidad para garantizar a la víctima de de-

litos de violencia de género un marco de protección necesario y de relevancia; todo ello, con el objetivo concurrente de evitar la impunidad delictiva.

Existen diferentes herramientas a utilizar promovidas por la mencionada ley, como por ejemplo la garantía de un abogado, asesoramiento psicológico y distintos métodos de protección para la víctima, lo que se adecua a un debido proceso hablando desde un punto de vista constitucionalista; y lo más importante: brinda tranquilidad a las mujeres que desean manifestarse, pero hasta el momento no se animan a contar lo sucedido.

Cabe destacar que, durante años -y, aunque en menor medida, todavía hoy-, se priorizaba la opinión del hombre por sobre la de la mujer, en variados aspectos, y uno de ellos es la llegada a cargos políticos y consecuentemente, la posición de las mujeres a la hora de una eventual modificación en el Código Penal, quedaba relegada. Hoy, gracias entre otras cosas a la promulgación de la Ley de Paridad de Género (27.412), esta discriminación se ve en una escala mucho menor, ya que los nombramientos de mujeres en cargos del Congreso pasaron a tener paridad en número respecto de los nombramientos de los hombres.

A partir de dicha equivalencia, estimo que en un futuro a corto plazo, es posible que a las opiniones de las mujeres se les dé la importancia que se merecen, en todos los ámbitos, pero sobre todo en el legislativo, que es el que nos atañe dentro de esta temática.

En lo siguiente, me enfocaré en explicar por qué considero que debe realizarse esta transición de la acción dependiente de instancia privada a la acción pública en delitos de violencia de género y con qué metodología podría llevarse a cabo aquel cambio, sin que esto perjudique a las víctimas, las cuales deben ser resguardadas durante todo el proceso.

2. Análisis del artículo

Para un correcto análisis del tópico en cuestión, corresponde analizar el artículo del C. P. relativo a las acciones dependien-

tes de instancia privada, para más adelante detenerse en las posibles modificaciones que se evalúan en el trabajo. Veamos:

"ARTICULO 72.- Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

2. Lesiones leves, sean dolosas o culposas.

3. Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio:

a) En los casos del inciso 1, cuando la víctima fuere menor de 18 años de edad o haya sido declarada incapaz;

b) En los casos del inciso 2, cuando mediaren razones de seguridad o interés público;

c) En los casos de los incisos 2 y 3, cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél".

Los incisos 1 y 2 resultan relevantes para este trabajo, ya que es recurrente la comisión de estos delitos por medio de la violencia hacia la mujer. Desde las distintas especies de abusos sexuales o incluso violación, hasta las distintas lesiones que les son propiciadas a las mujeres (en el ámbito doméstico, por ejemplo), son delitos cuyos autores, a mi criterio, deben ser visibilizados; debe haber una labor social, mediática pero -sobre todo- de política criminal, que deje en evidencia a estas personas, y sobre todo, preste respaldo a las víctimas, las cuales suelen estar posicionadas en una clara situación de vulnerabilidad.

Puede inferirse que las acciones penales por los delitos del inciso 1 deben iniciarse dependiendo de la instancia privada

por una cuestión de protección y autonomía de la víctima, y que ésta no se sienta presionada a iniciar un proceso judicial en el que quizás quedara en evidencia su identidad, pero creo que al estar hoy en un momento cultural de concientización, es lógico pensar que la situación merece un cambio, inclinándonos hacia el fomento de la acción pública en estos casos. Es aquí donde la Ley de víctimas tiene gran importancia, por su rol de protectora de la víctima en distintos sentidos (lo cual será analizado en el acápite correspondiente). Hay algo que estimo que no está en debate -más allá de la posición doctrinaria que cada jurista, abogado o estudiante de Derecho pueda tener-, y aquello radica en la siguiente premisa: la mujer víctima debe poder contar con todas las herramientas que la Justicia pueda dar, para protegerla en todo sentido, y a su vez para juzgar al delincuente. Y una de aquellas herramientas es garantizar que el Estado inicie las acciones penales, independientemente del impulso que la víctima pueda darle al proceso.

Por su parte, respecto al inciso 2, cabe resaltar que resulta clara la intención del legislador de reservar a los particulares ofendidos, salvo los casos de excepción contemplados en la norma, la conveniencia y la oportunidad de provocar el proceso penal en el caso del delito de lesiones leves, sean dolosas o culposas [235].

Ahora bien, sobre este último inciso, estimo que urge una reformulación. Es que, en los tiempos en los cuales se determinó cuáles acciones iban a ser dependientes de instancia privada, no se legislaba con una consciencia de género, ni muchísimo menos. Es por ello que hoy debemos abrir los ojos, y establecer reglas claras e igualitarias, desde un punto de vista político criminal y consecuentemente jurisprudencial. Específicamente en este punto, me refiero a la gran cantidad de mu-

235 Romero Villanueva, Horacio J., *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia*, séptima edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015.

jeres que -ya sea en su ámbito doméstico, laboral o cualquiera sea- soportan maltratos propiciados por su marido o cualquier hombre que utilice la fuerza física o psicológica como un arma. Es decir, es retrógrado e incomprensible mantener lo establecido años atrás. Hoy la cuestión de género es algo que nos atañe a todos, y debemos considerar seriamente las situaciones de esta índole. ¿Cómo puede exigírsele a una mujer que obligatoriamente denuncie a su pareja (por poner el ejemplo de la situación de violencia de género dentro del matrimonio), cuando quizás ella esté amenazada o tenga que atravesar todavía años de ayuda psicológica para entender que está en un ámbito hostil y de maltrato?

Para una mejor comprensión de la cuestión práctica, me permito citar lo manifestado por la Sala II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional en la causa caratulada "A. G. D. S. s/recurso de casación", en fecha 12 de febrero de 2019. A modo introductorio, aclaro que en este caso se declaró la nulidad del procesamiento por el delito de lesiones leves agravadas por haber sido cometidas en perjuicio de una persona con quien el imputado mantuvo una relación de pareja, ya que la presunta víctima no instó la acción penal. De inmediato expondré los argumentos sostenidos por la Cámara, descriptos en el sumario de la causa:

1.-Es procedente anular la declaración indagatoria, el auto de procesamiento del imputado por el delito de lesiones leves agravadas por haber sido cometidas en perjuicio de una persona con la que mantuvo una relación de pareja, el requerimiento de elevación a juicio, la citación a ofrecer prueba y los que sean consecuentes y remitir las actuaciones a primera instancia para que se cite a la presunta víctima para que indique si desea instar la acción penal, pues de otro modo todos los hechos calificados como lesiones leves cometidos en un contexto de violencia de género se transformarían en delitos de acción pública.

2.-No basta con la mera invocación de los Tratados internacionales que protegen a las mujeres para considerar aplicable la excepción prevista en el art. 72, inc. 2, del CPen.,

sino que debe existir una mínima comprobación de la situación real en que se encuentra la mujer, esto es si, por ejemplo, se encuentra sumergida en un ciclo de violencia que le impide tomar decisiones autónomamente, pues de otro modo se transforma en letra muerta la norma citada, porque todos los casos deberían investigarse de oficio, y lo que es más importante, con el riesgo ínsito de reforzar concepciones que desmerecen la autonomía personal y la capacidad de autodeterminación de la mujer.

3.-Toda vez que la última modificación legislativa del art. 72 del CP no incluyó los supuestos de violencia contra la mujer y, en cambio, se centró en los casos de menores (Ley 27.455), ello permite interpretar que nuestro ordenamiento garantiza la posibilidad de escuchar a la presunta afectada, lo cual no sólo es compatible con la Convención de Belém do Pará, sino que, bajo determinadas condiciones, también resulta deseable para garantizar el reconocimiento de su autonomía.

Aquí, más allá de estar de acuerdo o no con lo resuelto por la Cámara, claramente se notan los defectos legislativos que vienen tratándose en este examen. En estos casos, tan claros como generadores de impotencia, es donde se observa la impunidad de la violencia de género en todo su esplendor.

Por supuesto que es completamente meritorio que las mujeres tengan el valor de hoy poder denunciar estos casos, pero no menos meritorio es ser de aquellas que no denuncian por miedo, vulnerabilidad, o cualquier otro motivo. Lo que pretendo decir es que esa diferencia (entre las mujeres que denuncian y las que no) no puede ser relevante para el actuar de la Justicia. Por ello, el Poder Judicial debe actuar en cualquier caso de violencia de género -como por ejemplo los casos de lesiones leves analizados en este acápite-, sin que sea necesaria la denuncia de la víctima.

Por último, cabe destacar que si la víctima de cualquiera de los delitos enunciados (o también el incluido en el inc. 3, aunque aquél no le compete a este trabajo), solamente se verían exceptuadas de la carga de impulsar el inicio del proceso los menores -en diversas situaciones-, los declarados incapaces, y

las víctimas en "cuando mediaren razones de interés público o seguridad".

En pocas palabras: si una mujer es víctima de un caso descripto en cualquiera de los primeros dos incisos, solamente se vería exceptuada de la carga de denunciar si se cumple alguna de las situaciones del párrafo que antecede. De mínima, esto es poco práctico y carece de seguridad jurídica. Lo considero poco práctico porque son minoría -aunque existen- los casos en los que se observa contemplada alguna de aquellas situaciones en el marco de delitos de violencia de género; siendo que la generalidad de veces las mujeres víctimas son mayores de 18 años y capaces. Por otro lado, estimo que no existe seguridad jurídica en los términos utilizados por el legislador, porque incluso si el abogado representante de la víctima logra redactar un fundamento perfecto de los motivos por los cuales debería considerarse que los casos de violencia de género constituyen razones de seguridad y/o interés público, es muy difícil que un tribunal tome esa determinación, por diferentes causas; por ejemplo: el beneficio del imputado en caso de duda, ya que la norma no es clara.

Desde el principio de este trabajo mi postura es notoria -y no tuve intención de disimularla-: debe haber un cambio en la forma de inicio de las acciones penales en los casos de los incisos 1 y 2 de este artículo. Deben ser de acción pública, por los motivos que expuse y en los que continuaré explayándome. Pero incluso si tuviera una posición más "neutral" o "menos radicalizada", también comprendería que estuvo errado el legislador a la hora de redactar este artículo en sus excepciones enmarcadas en los tres incisos correspondientes (sobre todo en el último, por la profunda falta de claridad).

3. Vinculación con la eventual promulgación de la Ley de víctimas

Teniendo en cuenta que, con el fin de que el proceso sea llevado a cabo correctamente, no deben solamente respetarse

las garantías de los imputados sino también tiene que verse apañada la víctima por el aparato estatal, considero oportuna la promulgación de la "Ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos" (N° 27.372, más conocida como "Ley de víctimas") en el ámbito federal.

Esta ley tiene la virtud de, entre otras cosas, contemplar la creación de centros de protección de víctimas en distintas áreas de todo el país, garantizar asesoramiento psicológico para ellas e inclusive otorgarles un abogado gratuitamente. A su vez, gracias a esta ley, los familiares de las víctimas no sólo participan en el juicio oral, sino que deben ser notificados sobre el avance de las causas, y tienen injerencia en el ofrecimiento de pruebas y la ejecución de la pena.

Ahora bien, lamentablemente nuestra Provincia no adhirió a dicha ley, lo cual genera un retroceso -otro más- en materia legislativa, penal y hasta cultural en Buenos Aires, ya que las causas formadas por delitos enumerados en los incisos 1 y 2 del art. 72 tienen la particularidad de estar bajo la órbita de la Justicia provincial. En resumidas cuentas: las víctimas no cuentan con garantía alguna durante el proceso.

De adherirse Buenos Aires a esta ley, habría muchas más posibilidades de llevar a cabo la modificación que planteo respecto del art. 72, por diversos motivos: el más claro es que las víctimas podrían ser protegidas por equipos interdisciplinarios y ayudadas psicológicamente, mientras a su vez, podrían participar dentro del proceso, impulsándolo de diferentes maneras, pero sin que esto sea una carga para ellas, por todo lo que ello puede conllevar desde lo emotivo y mental.

Este panorama retrógrado desde lo legislativo que nos entrega la realidad actual, permite inferir que no es posible hoy en día el cambio propuesto en este trabajo. Pero no sólo ello, sino que el problema es mayor al no promulgarse esta ley, la dependencia de instancia privada -vigente hoy- se vuelve casi abstracta en los hechos. Es decir, ¿realmente consideramos que hay un gran número de mujeres víctimas de delitos de violencia de género enumerados en los incisos 1 y 2 del art. 72,

que denuncien lo sucedido, aun sabiendo que no habrá una ley que las proteja ante las eventuales represalias de su agresor? Sería muy ingenuo creer eso, a mi criterio.

En otras palabras: de no promulgarse la ley en cuestión, no solamente sería imposible llevar el cambio propuesto del art. 72 en casos de violencia de género, sino que tampoco sería viable considerar que, conforme la redacción actual de este artículo, las mujeres víctimas de delitos de los incisos 1 y 2 en contexto de violencia de género, se consideren lo suficientemente protegidas por el aparato estatal a la hora de denunciar estos casos.

A pesar de todo, hay una luz de esperanza: el Senado bonaerense, dio media sanción al proyecto de la Ley de víctimas, la cual tiene un contenido muy similar a la vigente en el ámbito federal. Esto permite tener una visión relativamente positiva en lo que resta del camino legislativo.

4. Proyecto de ley para dar el paso final

Durante el año 2019, desde el Ministerio de Seguridad y el de Salud y Desarrollo Social (ambos de Nación), se presentó y fomentó un proyecto de ley, que lamentablemente no tuvo sanción. Este proyecto consistía en la modificación del artículo 72 Código Penal en relación a los delitos dependientes de instancia privada y la reformulación del ya sancionado Código Procesal Penal Federal en su artículo 25 (referido a los delitos de acción pública), al establecer la exclusión de los hechos cometidos en un contexto de violencia de género.

Los fundamentos expuestos por la -en su momento- Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich, a la hora de la presentación de este proyecto, fueron básicamente los siguientes: la violencia contra las mujeres no debe inspirar un sentimiento indiferente al órgano estatal; cualquier delito cometido en el marco de violencia de género debe ser investigado sin excepción; toda violencia contra la mujer tiene que ser atendida desde su génesis. Además destacó que, a partir de esta re-

forma se prevé la reformulación integral del procedimiento judicial en el cual el fiscal "deberá investigar todo el universo de delitos, desde el más leve al más grave, sin discriminar su relevancia".

A pesar de haber sido presentado, como dije anteriormente, lamentablemente este proyecto no fue transformado en ley; pero no debe restársele importancia, ya que constituye un importante antecedente para quienes pretendan seguir en la lucha de intentar visibilizar la violencia de género desde iniciativas legislativas.

5. Conclusiones

Afortunadamente el hecho de realizar este trabajo, me ha permitido exponer brevemente mi posición -y más importante: los fundamentos de ella- respecto a los distintos aspectos legislativos a modificar en lo que hace a los delitos de violencia de género, enfatizando la hipótesis de la necesidad de una transformación urgente de lo establecido en el artículo 72 del Código de fondo.

Como sostuve al principio de este trabajo, estimo que el artículo 72 fue redactado sin tener una consciencia real de género en la sociedad toda; pero ello, de ninguna manera puede conllevar la permanencia del *status quo*. Eso sería inadmisible para nuestro país entero, y especialmente para quienes estudiamos Derecho Penal.

Por eso es que comprendo que debemos fomentar este cambio hacia la acción pública en los casos de violencia de género. El Estado debe proveer, a las mujeres víctimas de estos casos, todas las herramientas necesarias para garantizar su protección y que los delitos de esta índole no queden impunes.

En esta línea, considero que, más allá de que el centro del trabajo fue la eventual modificación del art. 72, no sólo ese cambio puntual debe realizarse, sino que la promulgación de la "Ley de víctimas" en el ámbito provincial es de fundamental importancia para la protección de la mujer en casos de este tipo.

A su vez, es necesario destacar que, tanto los tribunales

como los legisladores, deben tomar razón de lo redactado en el art. 7, incisos "b", "e", "f" y "h" de la Convención Belém Do Pará, los cuales rezan:

Artículo 7

Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

Es decir, aquí la Convención (la cual tiene rango constitucional en nuestro país), claramente establece que, con el objeto de proteger a la mujer víctima de violencia de género y garantizar un juicio justo, los Estados partes pueden -y sobre todo, deben- tomar todas las medidas necesarias. Estas medidas incluyen modificación de normas, abolición de las mismas, o modificación de cualquier tipo de práctica jurídica.

Es que el texto es claro en ese sentido, pero los jueces, y especialmente los legisladores actuales, deben interiorizar estos conceptos y comprender el hecho de que para que las cosas cambien en lo social, ellos deben también fomentar el cambio desde el ámbito que les toca. Y un comienzo esperanzador para ello fue la promulgación de la Ley 27.499, conocida como "Ley Micaela", que obliga a todos quienes ejercen una función

pública (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) a capacitarse en género y violencia de género.

6. Bibliografía

Romero Villanueva, Horacio J., *Código Penal de la Nación y Legislación Complementaria Anotados con Jurisprudencia*, séptima edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 189.

Tellas, Adrián R., "La acción penal dependiente de instancia privada en las lesiones leves culposas y el art. 1097 del Código Civil", Sistema Argentino de Información Jurídica, 2009.

Estrich, Susan, "Violación", en *Justicia, género y violencia*, Julieta Di Corleto (comp.), Editorial Libraria-Red Alas, Buenos Aires, 2010.

MacKinnon, Catharine, *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Siglo XXI, pp. 121-136.

Riva, B. C., "El problema de la instancia privada y la acción pública en los delitos sexuales", Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014.

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Expulsión del país, soberanía del Estado vs. derechos de los inmigrantes

Cristian Martin Aguilera

i. Introducción: presentación de la problemática

El presente trabajo de investigación emerge a raíz del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante la cual nuestro Tribunal Cimero denegó disponer la permanencia en el país de la señora Zoyla Cristina Barrios Rojas, por tener antecedentes penales, ello de conformidad a lo establecido del artículo 29 de la Ley 25.871, pese al expreso pedido de la extranjera de dispensa basado en razones humanitarias o de reunificación familiar contemplada en el artículo 3 de la citada Ley [236].

En ese sentido, se buscará analizar en profundidad si el ingreso y permanencia de un migrante en el territorio nacional es un derecho constitucional que tiene la persona; como así también, se indagará en aspectos no previstos en el fallo, como podría ser la existencia de un derecho de expulsión del territorio nacional de un ciudadano extranjero a quien se le condenó por la comisión de un delito o si en ambas hipótesis se trata de una prerrogativa del Estado

236 CAF 31968/2011/CA1-CS1 "Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/EN – DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95) y otro s/recurso directo para juzgados", de fecha 24/09/20, en el cual estableció que "11) …la mera existencia de un grupo familiar en el país y la alegada reinserción de la actora en la sociedad resulte suficiente para dejar sin efecto la orden de expulsión fundada en alguna de las causales previstas en el artículo 29 de la ley 25.871…" y en cuanto a los factores de reinserción social y el tiempo transcurrido el Máximo Tribunal determinó que: 12) "…ninguno de esos factores están contemplados en la ley a los efectos de dispensar la expulsión de quienes se encuentren comprendidos en las causales del artículo 29 de la ley 25.871. Más aun,de acuerdo con la ley, es la administración quien debe decidir en cada caso concreto el otorgamiento de la dispensa, y justificarlo si así lo decide…".

contra la cual la persona sólo puede oponerse en caso de que quiera aplicarla.

Asimismo, se ensayará determinar si la autoridad migratoria puede dictarla en cualquier estado en que se encuentre el expediente penal o debe esperar que acontezca el dictado de una sentencia condenatoria que declare su responsabilidad penal en el delito que se le imputa al extranjero.

La discusión de este punto es controversia actual puesto que los tribunales han recibido presentaciones de extranjeros que desean ser expulsados y sus reclamos no son atendidos, de migrantes que tienen condenas y se oponen a la expulsión decretada por la autoridad migratoria o las oposiciones interpuestas que se han suscitado a partir del Decreto 70/2017, de dudosa constitucionalidad, del otrora Presidente de la Nación, el cual bajo el pretexto de agilizar la expulsión de extranjeros que hubieren cometido delitos en el país, permitió a la autoridad migratoria materializarlos por medios expeditos a tal fin, afectando los derechos del debido proceso y de defensa en juicio sin la necesidad del dictado de una sentencia que los declare culpables materiales de los delitos de acción pública que prevé el Código Penal y la Ley migratoria para su expulsión.

En ese sentido, cabe destacar que se encuentra en trámite ante nuestro Máximo Tribunal de Justicia el expediente CAF 3061/2017/CS1-CA1, caratulado "CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES Y OTROS C/EN - DNM s/amparo Ley 16.986", iniciado a raíz de un amparo colectivo interpuesto entre otras organizaciones, por el Centro de Estudios Legales y Sociales -C.E.L.S.-, en el cual la Procuración General de la Nación ha dictaminado que el recurso extraordinario federal resulta inadmisible, por entender, entre otras razones, que los agravios contenidos en el escrito recursivo del Estado Nacional no constituyen sino una mera repetición de afirmaciones que no logran desvirtuar los argumentos esgrimidos por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal cuando declaró la nulidad absoluta e insanable del decreto 70/17, modificatorio de la Ley de Migraciones 25.871 y que por la falta de fundamentación

consideró innecesario expedirse acerca de los argumentos vinculados con el contenido del decreto en cuestión, ello a la luz de lo dispuesto en el art. 99, inc. 3°, de la Ley Fundamental [237] -vamos a volver sobre esto cuando analicemos en profundidad esta cuestión-.

II. Antecedentes y análisis constitucional

Nuestros constituyentes de 1853 para desarrollar económicamente nuestro amplio territorio pusieron principal énfasis en fomentar la inmigración [238], empero esta práctica migratoria no ha sido acompañada por la Constitución Nacional de 1853/1860 en la equiparación total de sus derechos a los nacionales, aunque en varios pasajes se refieren a ellos y en muchos casos no hace distingo entre nacionales y extranjeros, como así tampoco, el Estado ha instrumentado debidamente la llegada de los inmigrantes, al no brindarles los medios adecuados para el desarrollo de los nuevos territorios a poblar.

Como se dijo, nuestros constituyentes originarios pusieron principal atención a esta cuestión, apartándose incluso del modelo constitucional estadounidense adoptado por el país como fuente de nuestra Constitución Nacional; y ello se ve reflejado desde el Preámbulo de la Carta Magna, trazando como uno de sus objetivos esta apertura a la inmigración, ello con la finalidad de poblar nuestro extenso territorio y permitir así el desarrollo económico de la nación [239].

237 Ver punto III del dictamen de la doctora Laura Mercedes Monti, firmado digitalmente el 13 de noviembre 2020 en el expediente CAF 3061/2017/CS1-CA1, caratulado "CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES Y OTROS C/EN – DNM s/ amparo Ley 16.986".

238 Recordar la tradicional frase de Juan Bautista Alberdi "gobernar es poblar" en su célebre libro fuente de la Constitución *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina.*

239 Fernando Arlettaz, en su artículo "Admisión y expulsión de extranjeros en el Derecho argentino": "El preámbulo abrió las puertas del

En una lectura rápida de la Constitución Nacional y extraída de contexto se podría afirmar que ella dogmatiza la igualdad de derechos entre los ciudadanos nacionales y los inmigrantes -artículo 20 [240], empero cuando nuestro ordenamiento constitucional en su artículo 14 [241] proclama esos derechos se los asigna a los habitantes, los cuales se ejercen "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", entre ellas la ley migratoria, es decir que los inmigrantes podrán gozar de estos derechos, siempre y cuando puedan ser considerados de acuerdo a las leyes nacionales como habitantes.

Un aspecto poco mencionado por los distintos manuales constitucionales, es la mención de aspectos sociales por los cuales se vio truncado este deseo de construcción nacional del territorio.

El proyecto de poblar tierras de nuestro extenso territorio, a falta de condiciones dignas para su habitabilidad, hicieron que los inmigrantes se terminaron alojando en las principales ciudades de nuestro país en condiciones laborales indignas, incluso ellos han sido perseguidos penalmente por reclamar mejores condiciones de trabajo y la posibilidad de formar sindicatos o gremios para unir fuerzas en sus reclamos.

Lo importante de esta cuestión, fue la estigmatización de ellos y la sanción de dos trágicas leyes nacionales por las cua-

---

país a todos aquellos que quisieran venir a poblarlo: los objetivos en él enunciados lo son 'para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino'. Ya desde el inicio los constituyentes argentinos se apartaron del modelo norteamericano que limitaba el beneficio de los objetivos constitucionales 'toourselves and ourposterity' (lo que no impidió por supuesto la llegada masiva de inmigrantes también al país del norte)".

240 Artículo 20 de la Constitución Nacional: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano…".

241 Artículo 14 de la Constitución Nacional: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber… el de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino…".

les se los expulsaba del país acusándolos de anarquistas, la denominada "Ley de Residencia", Nº 4144 de 1902 y la titulada "Ley de Defensa Social" Nº 7029 [242].

Adentrándonos en el estudio de la inmigración en nuestro Derecho Constitucional, cabe poner de resalto que ella fue establecida como una competencia compartida entre la Nación y las provincias, la cual se ha mantenido inalterable a lo largo de las distintas reformas acaecidas.

Por su parte, con relación al gobierno federal, la Constitución Nacional originaria en el art. 25 instituyó una serie de obligaciones en cabeza del gobierno nacional, al establecer que "El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

Lo dicho se diferencia del pensamiento y del proyecto constitucional de Juan Bautista ALBERDI -artículo 33-, puesto que desde su célebre frase se refleja que la inmigración no debía ser restringida, ni limitada de ningún modo, en ninguna circunstancia, ni por pretexto alguno; en cambio [243], nuestra Carta Magna sí habilitó poner límites y frenos para aquella inmigración que no se encontraba dentro del proyecto de desarrollo económico y social del país.

Por otra parte, cabe señalar que una interpretación literal de este artículo, puesto que proclama solamente fomentar la inmigración europea, además de desconocer el contexto socio-cultural de la población de las américas, resulta incompa-

242 Ver en tal sentido *Manual Básico de Criminología*, Carlos Alberto ELBERT, Eudeba, quinta edición ampliada y corregida, año 2012, capitulo 4 "La criminología argentina", páginas 59 a 72 y su anexo documental, pág. 313 a 318; y *Manual de Derecho Penal*, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, Ediar, cuarta reimpresión, actualizado a diciembre de 2006, capítulo 59. "La criminalización primaria desde 1886 hasta el código de 1922", páginas 179 a 188.

243 ALBERDI, obra citada, página 240.

tible con el Estado de Derecho a que se aspira e inconciliable con los Tratados internacionales con jerarquía constitucional en materia de derechos humanos, puesto que ella resulta discriminatoria solamente por nacer en un determinado continente.

Por todo lo dicho, me permito afirmar que nuestra Constitución desde sus orígenes no estableció la inmigración y permanencia del extranjero como un derecho, sino como prerrogativa del Estado en impedirles su ingreso o el de expulsar aquellos que no cumplan con las disposiciones establecidas para su permanencia.

Con la reforma acaecida en el año 1994, se otorgó jerarquía constitucional a ciertos Tratados internacionales, pero estos instrumentos no han determinado una modificación sustancial en este aspecto.

Claro está que a partir de la mentada reforma el Estado Nacional ha cedido cierta soberanía ante organismos internacionales, sin embargo, lo cierto es que lo dicho no implico una pérdida de la potestad del Estado de trazar los lineamientos de su política migratoria de ingreso y expulsión de extranjeros o en palabras de la Ley 25.871 -art. 3-, en "…fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria…", volveremos sobre esta situación en el acápite correspondiente al análisis de la ley.

Como vemos, nuestra Constitución Nacional nunca equiparó totalmente a los extranjeros con los nacionales y en el sentido del trabajo propuesto, no reconoció en los migrantes un derecho de permanecer en el país sino todo lo contrario, quedó regulado como una potestad del Estado el poder ejercer la expulsión de aquellos que no cumplen con las condiciones reguladas legalmente para perdurar en el territorio nacional.

Es dable destacar, sobre este tópico, que en las últimas décadas se ha puesto principal énfasis en la eliminación de todo sesgo de discriminación y arbitrariedad en el tratamiento jurídico de los migrantes que son expulsados del territorio nacional, ello debido a la sanción de instrumentos internacionales

en materia de derechos humanos que dieron un marco de protección a tal fin y la redacción de la actual Ley de Migraciones Nº 25.871.

Empero, resulta imperioso resaltar que la contención a través de distintas garantías a los migrantes en dichos procesos administrativos no ha significado la eliminación de la soberanía estatal en este punto.

Puesto que los Tratados internacionales y la actual Ley de Migraciones -vamos a volver sobre este tópico en el acápite respectivo- no han reconocido un derecho absoluto de los extranjeros a ser admitidos o permanecer en el territorio nacional.

En tal sentido, no existe un derecho constitucional de migrar -tanto en nuestra Carta Magna como en los Tratados internacionales con jerarquía constitucional-, es decir que sólo tiene base legal, por lo tanto, este derecho debe estar en conformidad de las demás disposiciones que impone la Ley 25.871 y sujeto a eventuales modificaciones por las venideras reformas que podrían suscitarse sobre este tema.

Como contrapartida a ello, tampoco existe un derecho de expulsión de un ciudadano extranjero que al cumplir el límite temporal -mitad de la condena- desea ser trasladado a los fines de obtener su libertad al país de su nacimiento, sino que se trata de una prerrogativa del Estado contra la cual sólo puede oponerse en caso de que quiera aplicarla, pero no puede excitarla.

III. Análisis de la ley 25.871

Reseñado, como lo ha sido el aspecto constitucional de la temática, me permito afirmar que no nos encontramos ante un derecho constitucional de ingreso, de permanencia o de expulsión por parte del extranjero, sino que, como ha sido reconocido, ese instituto constituye una facultad del Estado contra la cual el individuo puede oponerse judicialmente a su aplicación cuando éste la ejerce, más carece de la potestad de excitar el proceso para obtener esa medida administrativa.

El instituto de la expulsión del país constituye una potestad del Estado nacional quien determina la política migratoria pertinente, respetando las garantías personales.

Para que ello ocurra se precisa que la autoridad migratoria realice conforme las potestades por la ley conferidas un acto administrativo de expulsión, conocido como disposiciones.

En cuanto a las razones que me convencen de la postura adoptada, he de señalar que la ley 25.871, en su art. 3, prevé, entre otros, distintos objetivos, a saber: "a) Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes…f) Asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes;…j) Promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación;…".

Resulta claro que la legislación argentina le otorga esa potestad al Estado y que lo que le asegura al ser humano es el goce de los procedimientos de admisión, que no deben ser discriminatorios, mas se reserva el derecho de denegar el ingreso o la permanencia a aquellas personas que se encuentren en determinada situación.

De tal articulado, surge el incuestionable derecho del Estado nacional a regular y condicionar la admisión de personas extranjeras, y en su Capítulo I enumera los distintos derechos y libertades que se le reconocen a tales sujetos. Derecho a la migración (art. 4), efectiva igualdad de trato a fin de que puedan gozar de sus derechos y cumplir sus obligaciones (art. 5), acceso igualitario a los servicios sociales (art. 6), al sistema educativo (art. 7), al acceso al derecho a la salud (art. 8), a la información (art. 9), a la reunificación familiar

(art. 10), facilitar la consulta a decisiones relativas a la vida pública y administración de las comunidades donde residan (art. 11), a la no discriminación (art. 13), a la integración (art. 14), y a que el Estado provea lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria.

No surge, en el reconocimiento legal de tales derechos y libertades, que pueda el ciudadano extranjero exigir la permanencia en el país cuando no cumple con las demás condiciones exigidas en la ley migratoria y que para el caso que el Estado no la aplique peticionar su expulsión, es decir, ante esta última hipótesis, no está legalmente previsto que un particular inicie una acción ante el gobierno federal para pedir que su permanencia sea declarada irregular y, consecuentemente, sea expulsado.

Resulta de exclusiva incumbencia de la autoridad competente el definir cuáles son las causales para declarar irregular la presencia de un extranjero en el país y la oportunidad de decidir su expulsión y prohibición de reingreso.

Así, el art. 29 de esa norma señala "Serán causas impedientes del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional:…c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad; d) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, respecto de delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas; e) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional; f) Tener antecedentes o haber incurrido o haber participado en actividades terroristas o pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones

susceptibles de ser juzgadas por la Corte Penal Internacional o por la Ley N° 23.077 de Defensa de la Democracia; g) Haber sido condenado en la REPÚBLICA ARGENTINA o haber incurrido o participado en la promoción o facilitación, con fines de lucro, en el ingreso o la permanencia o en el egreso ilegal de extranjeros en el territorio nacional; h) Haber sido condenado en la REPÚBLICA ARGENTINA o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; i) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o haber incurrido o participado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior en la promoción de la prostitución, por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas; j) Haber sido condenado o tener antecedentes, en la REPÚBLICA ARGENTINA y/o en el exterior, respecto de delitos de corrupción conforme las conductas descriptas en el Titulo XI del Libro Segundo, Capítulos IV, VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del Código Penal de la Nación Argentina…"; permitiendo un margen de discreción al respecto, conforme lo prescripto en el último párrafo, que dice: "*La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo".*

Como se observa, tal facultad de impedir la permanencia de extranjeros cuando se dé una o más de las condiciones establecidas por ley, no es absoluta, permitiéndose que la autoridad administrativa efectúe las excepciones que estime conducentes.

En el Capítulo II, artículo 29, ese decreto reglamentario señala: "A los fines previstos en el artículo 29, incisos c), e), f), g) y h) de la Ley Nº 25.871, se entenderá por "condenado" a aquel extranjero que registre una sentencia condenatoria firme y por "antecedente", la condena no firme o el procesa-

miento firme dictados en su contra…"; es decir que, incurso el extranjero en alguno de los supuestos legales dará al Estado la potestad de expulsarlo, mas no necesariamente le da derecho a pedirla.

Asimismo, y en cuanto a la oportunidad de producirse ella, una vez que dicho acto administrativo ha sido dictado, el art. 64 de la ley prevé ciertas condiciones para que el estado lo ejecute de forma inmediata. El mencionado texto legal señala: "Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; b) Extranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; c) El procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero".

Así, vemos que está autorizado al Estado a no hacer efectiva de manera inmediata la orden de expulsión en aquellas personas procesadas hasta tanto no recayere sentencia condenatoria firme, cuestión que resulta central para un Estado liberal que pretende ser respetuoso de los derechos y de la dignidad de las personas.

Respecto de lo sostenido en el presente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Vélez Loor vs. Panamá", en la sentencia del 23 de noviembre de 2010, expresó "97. Este Tribunal ya ha manifestado que, en el ejercicio de

su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. En efecto, si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes".

Tal tesitura ha sido sostenida por precedentes jurisprudenciales de la Cámara Nacional de Casación Penal, en los fallos nº CCC 23406/1994/TO1/2/CNC2, caratulada "Álvarez González, Fructuoso s/recurso de casación", (Reg. n°494/2018) y causa n° 24.807/2015/3/CNC1, caratulada "Giménez Güell, Carlos Daniel s/extrañamiento" (Reg. n° 1366/2017) ambos de la Sala 1.

En este último precedente mencionado se consignó "…Advierto así que no corresponde que los jueces de ejecución den trámite como incidente de ejecución a peticiones de los condenados o sus defensas para que el juez promueva u ordene la ejecución de expulsiones del territorio dictadas por la autoridad administrativa en los términos de los arts. 61, 62 y 63 de la ley 25.871, y que una incidencia a tenor del art. 64 sólo puede tener lugar cuando la autoridad administrativa pide autorización al juez para ejecutar una expulsión consentida y firme, en cuyo caso el juez sólo tiene jurisdicción para autorizarla o denegar la autorización, pero no para ordenar que sea ejecutada". Asimismo, continuaron aseverando: "…De modo que los jueces a cargo de la ejecución de las penas privativas de libertad no tienen ninguna jurisdicción para inmiscuirse en tales materias. Menos aún la tienen para ordenar a la autoridad migratoria que ejecute una resolución de expulsión, que no responde a un derecho de la persona objeto de la expulsión, y por ende tampoco puede dar base a un derecho adquirido por ésta…".

IV. Análisis del decreto de necesidad y urgencia 70/17

En primer lugar, hay que analizar el medio escogido por el Poder Ejecutivo Nacional para la modificación de la ley de migraciones que acabamos de analizar; en ese sentido el decreto de necesidad y urgencia por las razones que expondré resulta a todas luces improcedente y carente de sustento legal para su dictado.

Antes de la reforma de 1994, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el *leading case* "Peralta" [244] convalidó el dec. 36/90 y consideró constitucionales los DNU siempre que mediasen tres factores: real situación de gravísimo riesgo social; necesidad de decidir la medida tomada; no adopción por parte del Congreso de medidas contrarias. Es lo que comúnmente se denomina en Derecho "teoría del consentimiento presunto".

Con el antecedente "Peralta", el constituyente de 1994 tenía ante sí tres opciones: no decir nada sobre los D.N.U., con lo cual seguía vigente el criterio jurisprudencial mencionado; prohibirlos expresamente, que hubiera sido lo más republicano, pero que privaba al Poder Ejecutivo de una herramienta para emplear en caso de alguna de las frecuentes emergencias que vive nuestro país o, por último, admitirlos en ciertas situaciones excepcionales, dándoles un cauce y poniéndoles límites. Se optó por esto último.

Una vez acaecida la reforma constitucional de 1994, nuestros constituyentes incorporaron el artículo 99, inciso 3, a nuestra Carta Magna el cual en su primer párrafo dispuso: "Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. **El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo**. **Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos**

244 C.S.J.N. *Fallos*, 313:1513 "Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional (Mrio. de Economía-B.C.R.A.) s/amparo", de fecha 27/12/1990.

por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros" -el resaltado me pertenece-.

Como vemos, nuestra Constitución Nacional puso límites para el dictado de decretos de esta índole y para ello estableció dos requisitos constitucionales, el primero de ellos es que la circunstancia excepcional haga imposible seguir el trámite parlamentario ordinario y la restante se refiere a una situación de carácter extraordinario, un hecho no habitual, imprevisible, o difícilmente previsible.

En ese sentido, los fallos de nuestro Tribunal Cimero en los fallos "Verrochi" [245] y "Consumidores Argentinos" [246], establecieron dos supuestos: el primero de ellos tiene que ver en cuanto a la imposibilidad material de reunir al Congreso para sesionar, la cual debe ser imposible seguir el trámite de sanción de las leyes, no inconveniente o dificultoso y el restante es la necesidad de que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que, ante la inminencia de los daños, deba ser superada de modo inmediato en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes. La crisis exige su resolución de modo inmediato porque el transcurso del tiempo consumará inevitablemente el daño. En ese contexto, el procedimiento legislativo conduciría a decisiones inútiles o ineficaces.

El principal problema que acontece, es que la reglamentación de este artículo por medio de la Ley 26.122, la cual le asig-

245 C.S.J.N. *Fallos*, 322:1726, "Verrocchi, Ezio Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional-Administración Nacional de Aduanas s/acción de amparo", de fecha 19/08/1999.

246 C.S.J.N. *Fallos*, "Consumidores Argentinos c/EN-PEN- Dto. 558/02-SS- ley 20.091 s/amparo ley 16.986", de fecha 19/05/2010.

nó un sentido problemático al silencio legislativo, generó una gimnasia judicial en este tópico, a los fines de determinar, ante pedidos de los interesados, si los decretos de necesidad y urgencias dictados resultan nulos e insanables o todo lo contrario**.**

Al respecto, la ley determina que: (1) los decretos que en aquélla se refiere mantendrán su vigencia mientras no sean rechazados expresamente por ambas Cámaras del Congreso (art.17); (2) sólo el rechazo expreso por ambas Cámaras tendrá efectos derogatorios del decreto, "quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia" (art. 24)**.**

De manera que el mero silencio de éste (o el rechazo de una sola de las Cámaras) permite mantener vigentes los decretos de que se trate. Es fácil advertir que con la sola mayoría que tenga el gobierno en una sola de las cámaras le permitiría legislar a través de estos decretos.

En cuanto a la motivación para el dictado del decreto, coincido con la postura de las organizaciones gubernamentales en que no se dan las circunstancias excepcionales que justifica que no se haya seguido el trámite legislativo ordinario para la reforma de la ley migratoria, máxime si tenemos en cuenta el informe anual practicado en el año 2016, es decir el año inmediatamente anterior al decreto 70/17, del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena elaborado por la Dirección Nacional de Política Criminal (Subsecretaría de Política Criminal), dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el que se refleja que en todo el sistema carcelario argentino solamente el 6 % es población extranjera y que se mantuvo constante en comparación con las estadísticas del período 2012 y subsiguientes.

Con relación a las medidas que introduce el decreto de necesidad y urgencia, además de ser injustificables por la manera en que se dictó, también las restricciones afectan derechos constitucionales consagrados, como lo son el debido proceso y de defensa, ello por la intromisión de plazos perentorios fulminantes -tres días artículo 12 del decreto que modifica el artículo 69 ter de la Ley N° 25.871- para impugnar las decisiones de

expulsión en sede judicial o administrativa, como así también la falta de previsiones de la defensa legal de los extranjeros afectados a un procedimiento migratorio, a su gratuidad y la falta de intérpretes para aquellos que desconozcan la lengua española.

A modo de cierre del presente acápite, coincidiendo con lo sostenido por la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos [247], debo decir que la adopción del decreto 70/17 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional implica una regresión injustificada en materia migratoria, no sólo por ser evidente su nulidad sino por afectar el debido proceso legal, la defensa en juicio -aplicado también a los procesos administrativos- de los extranjeros y enmascarar con datos estadísticos poco confiables -21 % de la población carcelaria serían extranjeros-, ya que como vimos datos oficiales dicen que es el 6 %, la pretendida estigmatización de ellos, debido a que si se tomaran como válidos los datos aportados por los funcionarios tampoco sería argumento para la pretendida urgencia, toda vez que casi el 80 % de la población serían nacionales, además de culparlos por una situación simulada y ajena a ellos, en vez de aplicar políticas serias para atacar los problemas de fondo como resulta ser desigualdad social, la falta real de oportunidades, la desmejorada educación pública, etcétera. Además, equipara a la migración con la delincuencia y los delitos de cualquier clase, es decir, es indiferente para el decreto la comisión del delito de trata de personas como la de un robo simple -artículo 4 del decreto que sustituye el artículo 29 de la Ley N° 25.871-.

V. Conclusiones

·La Constitución argentina, aunque proyectó una política migratoria generosa, apartándose incluso del modelo consti-

247 Publicación diario Clarín del 22 de marzo de 2017, titulada "La CIDH dice que el decreto migratorio de Macri es una regresión".

tucional estadounidense, trazó desde su Preámbulo como uno de sus objetivos esta apertura a la inmigración, ello con la finalidad de poblar nuestro extenso territorio y permitir así el desarrollo económico de la nación.

·Sin embargo, ella no ha sido acompañada por la Constitución Nacional en la equiparación total de sus derechos a los nacionales, aunque en varios pasajes se refieren a ellos y en muchos casos no hace distingo entre nativos y extranjeros, no reconoció en los migrantes un derecho de permanecer en el país sino todo lo contrario: quedo regulado como una potestad del Estado poder ejercer la expulsión de aquellos que no cumplen con las condiciones reguladas legalmente para perdurar en el territorio nacional.

·A partir de la reforma constitucional de 1994, con la introducción a ella (art. 75 inc. 22) de Tratados internacionales con jerarquía constitucional en materia de derechos humanos y sobre todo a raíz de la sanción de la Ley de Migraciones Nº 25.871, se ha eliminado todo sesgo de discriminación y arbitrariedad en el tratamiento jurídico de los migrantes que son expulsados del territorio nacional; no obstante, nada cambió en esta solución, por lo que sigue siendo una potestad del Estado el poder ejercerla, lo que a su vez es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los fallos citados a lo largo del presente.

·De los derechos y libertades reconocidos en la ley migratoria, no existe como tal que el ciudadano extranjero pueda exigir la permanencia en el país cuando no cumple con las demás condiciones exigidas en la ley migratoria y que para el caso que el Estado no la aplique peticionar su expulsión.

·Además, cabe señalar que resulta de su exclusiva incumbencia definir cuáles son las causales para declarar irregular la presencia de un extranjero en el país y la oportunidad de decidir su expulsión y prohibición de reingreso.

·Asimismo, la potestad del Estado de impedir la permanencia de extranjeros cuando se dé una o más de las condiciones establecidas por ley, no es absoluta, permitiéndose

que la autoridad administrativa efectúe las excepciones que estime conducentes, estando autorizado a no hacer efectiva de manera inmediata la orden de expulsión en aquellas personas procesadas hasta tanto no recayere sentencia condenatoria firme.

·Con relación al dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 70/17 por el Poder Ejecutivo Nacional entiendo que su sanción implicó una regresión injustificada en materia migratoria, no sólo por la señalada nulidad en virtud de no verificarse circunstancias excepcionales que justificaran la realización del trámite legislativo ordinario para la reforma de la ley migratoria, sino por afectar otros derechos constitucionalmente reconocidos como el debido proceso legal y la defensa en juicio; además de ser estigmatizante, poniendo en sus cabezas culpas que no le son propias, sin aplicar a su respecto políticas serias para resolver los problemas de fondo como resulta ser desigualdad social, la falta real de oportunidades, la desmejorada educación pública, etcétera, para resolver el ansiado problema de inseguridad que todos padecemos.

VI. Bibliografía

Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República de Argentina*, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017.

·Arlettaz, Fernando, trabajo titulado "Admisión y Expulsión de Extranjeros en el Derecho Argentino".

Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, La Ley, Bs. As., 2008.

Elbert, Carlos Alberto, *Manual Básico de Criminología*, Eudeba, quinta edición ampliada y corregida, año 2012.

Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, 2da edición actualizada por Humberto Quiroga Lavié, tomo I, Rubinzal-Culzoni, 2009.

Sagüés, Néstor P., *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs. As., 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal*, Ediar, cuarta reimpresión, actualizado a diciembre de 2006.

Preparativos para el cruce de los Andes

Juan Herminio García Zeballos

Advertencia preliminar

El presente trabajo posee una finalidad no sólo informativa, sino fundamentalmente pedagógica.

La enseñanza del Derecho como Ciencia Social, muchas veces suele efectuarse como si se tratara de un compartimento estanco y sin tener demasiado en cuenta la interrelación existente con otras disciplinas sociales. Por consiguiente, la normatividad así entendida, escindida del contexto social, histórico y filosófico que le da cabida, a menudo suele conducir a un estudio casi mecánico del ordenamiento jurídico sin apreciar su verdadera dimensión ni aprovechar la interdisciplinariedad como herramienta didáctica; herramienta ésta que de ser correctamente empleada facilitará una mejor y más clara comprensión de los temas a enseñar.

Por lo tanto y como idea rectora de este escrito, se buscará entrelazar dos disciplinas sociales como lo son la Historia y el Derecho para de este modo, utilizar el marco fáctico de la primera a los fines de explicar el alcance normativo del segundo.

En el caso concreto, se tomará un hecho acaecido durante las guerras por la independencia de nuestro país libradas en las primeras décadas del siglo XIX y se lo relacionará con el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), es decir con el conjunto de normas y principios jurídicos aplicables a los conflictos armados.

Específicamente se hará referencia a ciertos preparativos realizados por el general José de San Martín, previos al cruce de los Andes y la posibilidad jurídica de efectuar estratagemas como parte de una estrategia militar; conducta lícita y avalada por el DIH.

Hacia la explicación de todos estos tópicos nos dirigimos entonces.

I. Derecho Internacional Humanitario

Las armas son instrumentos fatales que solamente deben ser utilizadas cuando no hay otra alternativa (1)

Aunque resolver conflictos por medios bélicos, constituye una conducta antijurídica y es la propia Carta de la ONU la que prohíbe a los Estados recurrir al uso de la fuerza armada en sus relaciones internacionales (2) *(ius ad bellum),* la guerra como situación de hecho lamentablemente existe, tanto a nivel internacional como interno. Así entonces, se hace necesaria una reglamentación jurídica (3) *(ius in bello)* que establezca pautas rectoras con el fin de evitar la barbarie que ya de por sí en todo conflicto armado tiende a surgir, siendo entonces los conflictos armados el campo de aplicación material del DIH (4).

Es posible definir al DIH como e*l cuerpo de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las Partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, o que protege a las personas y a los bienes afectados, o que pueden estar afectados, por el conflicto* (5).

El DIH posee diversas fuentes jurídicas; como fuentes principales hallamos a la costumbre y a los Tratados.

En primer término y como fuente consuetudinaria se encuentran tres principios básicos, forjados desde la Antigüedad y considerados actualmente como normas de *ius cogens*, es decir pertenecientes al orden público internacional, ellos son: Humanidad; Proporcionalidad y Distinción.

El DIH en su conjunto, busca una armonización entre la necesidad militar y las exigencias humanitarias (6); entonces y en cuanto al principio de Humanidad se impone la directiva en todo conflicto armado que se prefiera respecto al enemigo, capturar a herir y herir a matar.

A su vez, la Proporcionalidad plantea que al ser la guerra un medio para doblegar la voluntad de resistencia del enemi-

go y no un fin en sí mismo, se debe vencer al adversario de la manera más simple y menos cruenta posible sin ir más allá de esto; como consecuencia, deben emplearse medios bélicos y armas que no causen males superfluos (7).

Por último, el principio de Distinción determina que únicamente es lícito conducir las hostilidades contra objetivos o personal militar; los civiles y sus bienes deben quedar entonces siempre al margen de la lucha armada (8).

Refiriéndonos a su fuente Convencional, el DIH tiene dos grandes ramas: el Derecho de La Haya, más antiguo y con valor consuetudinario, orientado en especial a regular los medios y métodos de conducir las hostilidades, así como también el armamento jurídicamente aceptable en ellas.

En segundo término, se encuentra el Derecho de Ginebra, más cercano en el tiempo y cuya finalidad es fundamentalmente la protección de la persona humana, tanto civil como militar.

En lo que respecta al Derecho de La Haya, podemos mencionar los Convenios de 1899 y 1907 y sus reglamentos anexos relativos a la Guerra Terrestre, al igual que la Convención de 1954 sobre protección de Bienes Culturales, entre otros.

Por su parte, el Derecho de Ginebra se encuentra nutrido por cuatro Convenciones de 1949, a las que se agregaron dos protocolos adicionales en 1977 y un tercero en 2005. El objeto de los Convenios de Ginebra está referido a heridos, enfermos y náufragos; prisioneros de guerra y población civil (9). A su vez, los Protocolos Adicionales versan sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y no internacionales, así como también sobre lo relativo al emblema distintivo (Cruz Roja, Media Luna Roja y Cristal Rojo, este último como nuevo emblema) (10).

Se puede apreciar que toda la normativa de DIH citada, cubre una amplia variedad de supuestos y contingencias durante los conflictos armados, lo que asegura una mejor protección a quienes participan directamente de dichos conflictos o por desgracia sufren sus consecuencias sin tomar parte en los combates.

A modo de conclusión y cierre de esta parte del trabajo, resulta imprescindible remarcar entonces que hasta la guerra tiene límites jurídicos y que el Derecho también protege durante los enfrentamientos bélicos.

II. Estratagema

La victoria completa se produce cuando el ejército no lucha, la ciudad no es asediada,
la destrucción no se prolonga durante mucho tiempo,
y en cada caso el enemigo es vencido por el empleo de la estrategia (11)

Luego de haber analizado someramente el concepto, alcance y principales instrumentos del DIH, corresponde ahora centrarse en la figura legal de la estratagema como medio de hacer la guerra.

Durante las hostilidades, quienes combaten buscan ocultar sus intenciones y actos de modo tal de inducir a error a su adversario para que, confundido o desorientado, cometa imprudencias y quede en situación de vulnerabilidad para ser así más fácilmente atacado y vencido(12).

Es de esta forma que surge la estratagema, conducta permitida por el DIH dado que, sin restar protección jurídica, no quebranta ninguna de sus normas ni tampoco compromete la buena fe del adversario (13). La estratagema de hecho *es a menudo el arma del más débil y autorizarla contribuye a preservar la igualdad de oportunidades de los combatientes* (14).

En otras palabras, las astucias de guerra posibilitan un equilibrio dentro de la beligerancia que recuerda el dicho popular *"Más vale maña que* fuerza*"*, pues la guerra no es sólo cuestión de belicismo y coraje sino también de perspicacia e ingeniosidad (15). En tal orden de ideas, el camuflaje, los ataques sorpresa, las emboscadas, las operaciones simuladas, el uso de frecuencias radiales del enemigo y la propagación de informaciones falsas o inexactas, entre otros, son ejemplos de estratagemas que resultan siempre ser lícitos (16).

A título ejemplificativo, el manual militar del Reino Unido cita la astucia de guerra que consiste en vestir a los soldados de una misma unidad con uniformes de unidades diferentes, para que muertos y prisioneros luego de la batalla, den al enemigo la impresión de estar ante una fuerza mucho más numerosa e importante (17).

Con sus límites entonces, la estratagema no tiene nada de ilegal y ni siquiera de inmoral, incluso a menudo podría permitir la conducción de una operación militar con éxito, con un derramamiento de sangre inferior al que habría de producirse si se utilizare directamente la fuerza (18), cumpliéndose de este modo los principios de Humanidad y Proporcionalidad.

Es necesario destacar que, de ninguna manera la estratagema puede ser asimilada a la perfidia. Tanto de hecho como de derecho debe ser diferenciada de esta última (definida también como traición por el Derecho de La Haya) (19), por cuanto aquí, sí hay un engaño, sino que también existe una intención dolosa de confundir la buena fe del contrincante (20), quien creyendo que debe actuar de manera no hostil frente a una determinada situación, procede en consecuencia y resulta herido o muerto en contravención de la lealtad que debe primar en la contienda. Son, entre otros, ejemplos de perfidia, simular la rendición, simular querer negociar bajo bandera de parlamento o simular ser persona civil y valiéndose de esto atacar al enemigo traicioneramente (21).

La perfidia, también tipificada como traición en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, constituye una infracción grave al DIH, es decir un crimen de guerra, conducta jurídicamente grave, reprochable y de persecución penal imprescriptible (22).

Ahora bien, dentro de lo que son las estratagemas existen sin embargo aquellas que son ilícitas, como por ejemplo portar el uniforme de un país neutral en el conflicto o utilizar la bandera o uniforme del enemigo. Si a su vez estas conductas apelan a traicionar la buena fe del adversario, como lo sería no sólo llevar, sino además combatir bajo bandera enemiga o vistiendo el uniforme enemigo para de ese modo obtener una

ventaja militar, la estratagema ilícita se transforma en perfidia con el alcance ya explicitado.

En síntesis, existe pues la estratagema, la estratagema ilícita y el acto pérfido (23). La primera legal, las dos siguientes ilegales.

Tanto convencional como consuetudinariamente, la estratagema se encuentra receptada desde el punto de vista normativo en el artículo 24 del Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 y en el artículo 37 párrafo 2, del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977.

En cuanto a las reglas consuetudinarias, es decir basadas en la costumbre internacional, encontramos: **Norma 57. Las estratagemas de guerra no quedan prohibidas, siempre que no infrinjan alguna norma del derecho internacional humanitario** (24).

Esta disposición es válida, según la práctica estatal, tanto en los conflictos armados internacionales como en los internos (25).

III. Marco histórico: preparativos para el cruce de los Andes. La guerra de zapa

El cruce de los Andes surge como plan estratégico para la emancipación americana en 1814, al ver el general San Martín la imposibilidad de derrotar al poder realista por el norte y del fracaso de querer llegar a Lima, bastión del poderío español en América, a través del Alto Perú. Dicha zona perteneciente al antiguo Virreinato del Río de la Plata y uno de los principales focos contrarrevolucionarios al proceso de Mayo, había sido desde 1810 objeto de varias expediciones militares patriotas que nunca pudieron conquistarlo. Prominentes figuras de la historia argentina como Castelli, Belgrano y Rondeau (quien había asumido la comandancia militar norteña luego de que el propio San Martín dejara su breve jefatura del Ejército del Norte) habían liderado estas expediciones habiendo obtenido siempre la derrota por todo resultado (26).

Fue así que al ver esta realidad e inspirado por el Plan Maitland (27) cuyo contenido San Martín había conocido en 1811 durante su estadía en Londres, éste entendió que la victoria contra los realistas debería darse a través de otra ruta, la misma sería cruzar la Cordillera de los Andes, liberar a Chile para luego llegar por mar a Perú y tomar Lima.

Para ello, entre setiembre de 1814 y enero de 1817 cuando el cruce comenzó, fue necesaria una larga preparación en el cuartel general del "Plumerillo", Mendoza, tanto de recursos humanos, como económicos y de pertrechos militares al igual que la toma de decisiones políticas a cargo de San Martín en su rol de Gobernador Intendente de Cuyo. El estudio de dichas vicisitudes excede ampliamente el fin de este trabajo y por eso sólo son mencionadas (28), deteniéndonos sí en la preparación de la estrategia militar ideada por San Martín para desorientar a los realistas en Chile, la cual se encuentra plagada de estratagemas.

Es lo que se denominó "la guerra de zapa" (29).

Lingüísticamente la palabra zapa significa *excavación o galería que se hace en una mina o en una construcción* (30). Es decir, este término hace referencia al hecho de socavar un lugar, de ir por debajo y obviamente en materia militar, apunta a actuar subrepticiamente y oculto del enemigo, mediante, por ejemplo, informaciones falsas para lograr su confusión y obtener la ventaja que da el factor sorpresa. Así, la labor sanmartiniana estuvo orientada a minar las fuerzas realistas desde dentro; para ello se reclutaron espías que deberían transmitir informaciones falsas a las autoridades trasandinas, pero era necesario que los mismos resultaran creíbles a los ojos de los gobernantes españoles. Con tal finalidad, San Martín ordenó detenerlos de manera ficticia por causas políticas, para luego dejar que escaparan a Chile, fingiendo ser aliados del poder realista (31).

En una comunicación cursada en febrero de 1816 por el Director Supremo Pueyrredón a San Martín, se aprecian los objetivos de esta "guerra de zapa", allí se expresa: "Deberá Ud. proponerse alarmar a Chile, reducir las tropas realistas,

promover la deserción, figurar los sucesos, desconceptuar los jefes, infundir temor a los soldados y procurar desconcertar los planes de Marcó" (32).

Sin perjuicio de estas instrucciones gubernamentales, San Martín consideraba como altamente positiva la estrategia de la "guerra de zapa" porque veía en ella la posibilidad de obtener muy buenos resultados militares. Así en una carta dirigida a Tomás Godoy Cruz, San Martín afirma: "La guerra de zapa, es decir, la guerra de seducción, debe emplearse antes de tocar los extremos de una batalla, y en el caso forzoso de ésta, proporcionarse el terreno" (33).

De esta manera, buscando establecer un Servicio de informaciones, inexistente en los ejércitos de aquel entonces, San Martín se adelanta un siglo a considerar la función primordial que la tarea de Inteligencia posee en todo conflicto armado (34).

Pero tal vez el gran ingenio para las estratagemas de San Martín se vio reflejado en su parlamento con los indios pehuenches, ocurrido en 1816 en el Fuerte de San Carlos (Mendoza); en dicho sitio y a sabiendas de que no todos los caciques de esta nación eran leales a la causa patriota, sino que por el contrario mantenían estrechos lazos con los realistas en Chile, San Martín organizó este parlamento con el objeto de informar a los pehuenches de sus planes de cruzar la cordillera para atacar a los realistas (si bien esto era cierto, los detalles del plan sobre los lugares por los que iba a pasar fueron falsos, para que justamente esa información llegara al enemigo) y además aprovechó la ocasión para pedirles permiso para atravesar dichas comarcas, pues seguramente de manera sincera, San Martín consideraba a los pueblos aborígenes como los dueños de esas tierras (35). Asimismo, solicitó la colaboración de estos pueblos y les alertó del peligro que significaban los españoles, quienes querían quedarse con sus tierras, ganados mujeres e hijos (36).

Tanto la invitación como el contenido del parlamento fue traducido por el fraile Inalicán (37), quien por su origen dominaba ambos idiomas. Luego de una reflexión silenciosa, el

Colocolo Necuñán le hizo saber a San Martín que, a excepción de tres caciques que no estaban de acuerdo, el resto le daría su apoyo (38).

Es de creer que estos tres caciques disidentes fueron los que revelaron el plan de San Martín a los realistas (39) en conjunto con las falsedades e inexactitudes sobre el mismo que adrede San Martín había comentado, lo que contribuyó al engaño y posterior derrota del ejército realista en las batallas de Chacabuco y Maipú, pues las noticias falsas hechas circular tanto por los espías y dobles agentes de San Martín en Chile como por los propios pehuenches, daban cuentan de muchas informaciones falsas. Entre ellas, se hizo circular el rumor de que había salido una flota de Buenos Aires en auxilio de los patriotas; que un ingeniero francés construiría un puente sobre el río Diamante y que en concreto el cruce de la cordillera de los Andes se haría principalmente por ciertos pasos fronterizos que en realidad no se pensaba utilizar o al menos no para el grueso del ejército libertador. Debido a esto, los realistas no sabían cómo enfrentar al ejército atacante y terminaron haciendo exactamente lo que San Martín deseaba: dividieron sus fuerzas para guarecer todos los pasos posibles, lo que condujo al debilitamiento del ejército realista por quedar fraccionado (40).

En síntesis, San Martín buscó permanentemente hacer creer a sus enemigos que sus fuerzas y elementos de batalla eran muchos e igualmente muy poderosos, hizo correr la voz de que invadiría Chile por el sur cuando en realidad pensaba hacerlo mayormente por el centro (41).

Basándose en todo esto centró su "guerra de zapa", la cual finalmente dio, como se sabe, exitosos resultados.

IV. Conclusión

En primer lugar, vemos entonces que una vez más y en consonancia con las normas consuetudinarias de DIH, la estrategia de San Martín no sólo es militarmente brillante sino también jurídicamente válida, pues su empleo de estratagemas

fue lícito y en todo momento acorde con los Principios rectores del DIH consuetudinario, vigente en aquella época.

Al decir del historiador Enrique Pavón Pereyra: "No recurrió entonces al poder ofensivo de las armas sino a los recursos que le brindaba su inteligencia, rica en imaginación, fecunda en ingenio y en artificios, con los cuales pudo burlar al enemigo cuantas veces se lo propuso y, trastornar sus planes en tal grado, que hazañas capitales como el Paso de los Andes y la Expedición a Lima, no encontraron otros enemigos de riesgo que los elementos que pudo oponer la naturaleza" (42).

Todo ello hace resaltar el genio militar sanmartiniano y su visión de futuro al considerar la necesidad esencial de la Inteligencia como arma, no solamente para obtener la victoria sobre el enemigo, sino para hacerlo al menor costo de vidas y sacrificios posibles; tal pues la sintonía de este proceder con el DIH.

En segundo lugar y conforme al objetivo que se trazara al comienzo de este escrito, los sucesos históricos narrados sirven, a modo de ejemplificación, para ilustrar desde la práctica lo dispuesto por el Derecho pertinente. Dicha metodología resulta ser de suma utilidad para explicar de forma precisa la abstracción generalista que las normas poseen y que muchas veces plantea cierta complejidad al momento de su estudio e interpretación.

Sirvan entonces estas páginas, tanto para recordar a quienes forjaron nuestra patria desde sus inicios, como para unir con espíritu docente, la Historia y el Derecho en pos de su mutua enseñanza.

Bibliografía

Fuentes principales

Convención de La Haya de 1907, relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Reglamento de La Haya relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 190. Carta de la ONU.

Estatuto de la Corte Penal Internacional Diccionario de la RAE.

Bibliografía crítica

DEYRA, Michel, *Le Droit dans la guerre.*

GARCÍA ZEBALLOS, Juan H., "La protección jurídica de la persona en toda circunstancia: un recorrido por los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario". Publicado en *Curso Semipresencial de Contención y Permanencia para Ingresantes a la Carrera de Abogacía: selección de textos* /María Inés IBARRA (*et al.*); coordinado por Lautaro Martín RAMÍREZ -1ª ed.

GARDINETTI, Juan Paulo, *La Revolución Criolla. Surgimiento y desarrollo de las instituciones argentinas en la etapa revolucionaria (1810-1815).*

HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise, con contribuciones de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN y Baptiste ROLLE, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I: Normas.

IZUEL, María Elena, *San Martín: la guerra de zapa y el cruce de los Andes por el sur.*

MITRE, Bartolomé, *Historia de San Martín y de la Emancipación Sudamericana*. Tomo Primero.

PAVÓN PEREYRA, Enrique *La guerra de zapa (El servicio de informaciones en las campañas de Chile y de Perú).*

SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno bajo la dirección de Jean PICTET, "Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949".

SUN TZU, *El Arte de la Guerra.*

SWINARSKI, Christophe, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario.*

TERRAGNO, Rodolfo, *Maitland & San Martín.*

Notas

1 SUN TZU, *El Arte de la Guerra.* Publicación en internet.

2 Artículo 2.4 Carta de Naciones Unidas.

3 Ver al respecto DEYRA, Michel, *Le Droit dans la guerre*,

París, Francia, Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2009. Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

4 Para un análisis más detallado del DIH ver García Zeballos, Juan H., "La protección jurídica de la persona en toda circunstancia: un recorrido por los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario". *Publicado en Curso Semipresencial de Contención y Permanencia para Ingresantes a la Carrera de Abogacía: selección de textos* /María Inés Ibarr (*et al*.); coordinado por Lautaro Martín Ramírez -1ª ed. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2013.

5 Conf. Swinarski, Christophe, "Introducción al Derecho Internacional Humanitario". Publicación en internet.

6 Ver al respecto Deyra, Michel, *Le Droit dans la guerre*, cit.

7 Ídem anterior.

8 Ídem anterior.

9 Los cuatro Convenios de Ginebra fueron aprobados el 12 de agosto de 1949: El I Convenio de Ginebra se refiere a la protección de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. El II Convenio de Ginebra se refiere a la protección de los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. El III Convenio de Ginebra se refiere a los prisioneros de guerra. El IV Convenio de Ginebra se refiere a la protección de las personas civiles. (Nota del autor).

10 Los Protocolos Adicionales I y II fueron aprobados el 8 de junio de 1977: Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 se refiere a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. A su vez el 8 de diciembre de 2005 fue aprobado el Protocolo III adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional. (Nota del autor).

11 Sun Tzu, *El Arte de la Guerra*, cit.

12 Ver al respecto Deyra, Michel, *Le Droit dans la guerre*, cit.

13 Ídem anterior.

14 Conf. Sandoz, Yves; Swinarski, Christophe y Zimmer-

MANN, Bruno bajo la dirección de Jean PICTET, "Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)" CICR. www.cicr.org Original en francés, traducción del autor del presente trabajo.

15 Ídem anterior.

16 Ver al respecto DEYRA, Michel, *Le Droit dans la guerre*, cit.

17 Ídem anterior.

18 SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno bajo la dirección de Jean PICTET, "Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo I)" CICR cit.

19 Artículo 23 b) del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre del 18 de octubre 1907.

20 Ver al respecto DEYRA, Michel, ob. cit.

21 Ver artículo 37 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 referido a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales

22 Ver Estatuto de la Corte Penal Internacional: Artículo 8, párrafo 2 b) xi y párrafo 2 e) ix.

23 SANDOZ, Yves; SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, cit.

24 Conf. HENCKAERTS, Jean-Marie; DOSWALD-BECK, Louise con contribuciones de Carolin ALVERMANN, Knut DÖRMANN y Baptiste ROLLE, *El derecho internacional humanitario consuetudinario*, Volumen I. Normas.

25 Ídem anterior.

26 Ver al respecto GARDINETTI, Juan Paulo, *La Revolución Criolla. Surgimiento y desarrollo de las instituciones argentinas en la etapa revolucionaria (1810-1815).* Colección Sociales. La Plata, Editorial de la Universidad de La Plata, 2006.

27 El Plan Maitland fue un plan ideado por el general escocés Thomas Maitland en el año 1800, en él se apuntaba toda una serie de acciones militares a cumplir por parte de las tropas inglesas para arrebatar grandes territorios de Sudamérica al poderío español. Nota del autor. A tal efecto, ver TERRAG-

NO, Rodolfo, *Maitland & San Martín*, Editorial Sudamericana, 2012.

28 Al respecto ver MITRE, Bartolomé, *Historia de San Martín y de la Emancipación Americana*. Capítulo IX Cuyo. Tomo Primero. Buenos Aires, Argentina. Imprenta de "La Nación", 1887.

29 Ídem anterior, Capítulo X La guerra de zapa de San Martín.

30 Diccionario en internet de la RAE.

31 Ver MITRE, Bartolomé, *Historia de San Martín y de la Emancipación Americana*, cit. Capítulo X La guerra de zapa de San Martín. Tomo Primero.

32 Ver al respecto PAVÓN PEREYRA, Enrique, "La guerra de zapa (El servicio de informaciones en las campañas de Chile y de Perú)". Publicación en internet.

33 Ídem anterior.

34 Ídem anterior.

35 Hay que recordar que San Martín se refería a ellos como (…) nuestros paisanos los indios. Nota del autor.

36 Ver MITRE, Bartolomé, *Historia de San Martín*…, cit. Capítulo XIII El paso de los Andes. Tomo Primero.

37 Ídem anterior. Ver al respecto también IZUEL, María Elena, "San Martín: la guerra de zapa y el cruce de los Andes por el sur". Publicación en internet.

38 Ver MITRE, Bartolomé, ob. cit. Capítulo XIII El paso de los Andes.

39 Ver IZUEL, María Elena, "San Martín…", cit.

40 Para estos datos ver MITRE, Bartolomé ob. cit. Capítulo XIII El paso de los Andes. Tomo Primero y asimismo, IZUEL, María Elena, ob. cit.

41 Ver IZUEL, María Elena, ob. cit.

42 PAVÓN PEREYRA, Enrique, ob. cit.

Direcciones de Internet

https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/ https://www.icrc.org
Diversas páginas web de información general.

Mandato preventivo y derecho del consumidor (1)

Fernando Eloy Veiga

Resumen. Los avances logrados en materia de consumidores -especialmente desde la reforma constitucional de 1994-, exigen al aparato jurisdiccional nuevas herramientas para la protección de derechos y acceso a la Justicia de consumidores y usuarios. En ese sentido, y en materia de prevención, es necesario que el órgano jurisdiccional intervenga para evitar anticipadamente la producción de daño. De no hacerlo, se estaría permitiendo a los proveedores aprovecharse de la ineficacia de las estructuras burocráticas y de la atomización de consumidores para obtener ganancias ilegítimas. De esa manera, el mandato preventivo aparece como un instrumento que el legislador ha dado al juez moderno y que adquiere particularidades propias en esta rama específica del Derecho.

Palabras claves: Mandato preventivo -Derecho del consumidor - Paradigma protectorio.

I.- Introducción

Con el transcurrir del tiempo, el Derecho del consumidor ha adquirido importante reconocimiento en el mapa legislativo, jurisprudencial y doctrinario dentro de las nuevas ramas del Derecho universal. En nuestro país, al día de hoy su evolución ha adquirido indudable interés social por parte de la comunidad jurídica y los miembros de la sociedad de consumo.

Esta rama del Derecho, dueña de particularidades que la hacen única, ha hecho uso de institutos jurídicos de lo más variados. A los esquemas de responsabilidad resarcitoria clásica ha sumado, como pionera, las aristas de responsabilidad preventiva y disuasiva. La responsabilidad en su faz preventiva es la que abordaremos en este trabajo, a ya más de cinco años de su vigencia a través del Código Civil y Comercial de la Nación. La responsabilidad disuasoria, aún permanece a través del daño punitivo, específicamente en la Ley de Defensa del

Consumidor, no habiendo sido incorporada al texto del citado código, como estaba previsto en su anteproyecto.

Estos avances logrados en materia de consumidores y usuarios, especialmente relacionados con el acceso a la Justicia por parte de los consumidores, exigen al aparato judicial nuevas herramientas para la protección de sus derechos. En materia de prevención, el órgano jurisdiccional deberá intervenir para evitar anticipadamente la producción de daño. De no hacerlo, se estaría permitiendo a los proveedores aprovecharse de la ineficacia de las estructuras burocráticas y de la atomización de consumidores para obtener ganancias ilegítimas.

El mandato preventivo aparece como un instrumento que el legislador ha dado al juez moderno. A continuación, se analizará cómo esta herramienta opera específicamente en materia de relación de consumo.

II.-Desarrollo

1.- La función preventiva en el Derecho Civil argentino y el Derecho del consumidor

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ha traído profundas modificaciones en el sistema de responsabilidad civil argentino. Una de ellas, ha sido el establecimiento de una doble función de la responsabilidad civil: a la clásica función resarcitoria (arts. 1716 y ss. CCC), se incorpora la función preventiva (arts. 1710 a 1713 CCC). Ésta tiene, como fin último, la protección humana, no bastando la reparación del daño, sino que el legislador reconoce el carácter trascendental de su prevención (2).

Este tema, carente de regulación general hasta la sanción del Código Civil y Comercial vigente, sí reconocía regulaciones específicas en algunos cuerpos normativos, tales como la ley 24.240 (Defensa del Consumidor, art. 52), la ley 11.723 (Régimen de la propiedad intelectual, art. 79), y la ley 25.675 (Ley General del Ambiente, la cual prevé los principios de prevención y precaución en los arts. 2, 4, 27 y 30). La jurisprudencia, por su parte, se expresó en repetidas ocasiones en

favor de la función preventiva de la responsabilidad civil -en el caso de tutela anticipada "Camacho Acosta", el reconocido fallo "Mendoza", etc.-. En este sentido, el actual Código Civil y Comercial, plasma en materia de responsabilidad preventiva, criterios que la actividad jurisprudencial había elaborado y ya se encontraba aplicando (3).

Sin perjuicio del antecedente de responsabilidad preventiva mencionado en materia de consumidores, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, estas regulaciones atraviesan todo el sistema de Derecho Civil y Comercial argentino (4). Ello implica, desde luego, su aplicación al universo de consumidores y usuarios.

2.- Necesidad de una tutela preventiva en materia de consumidores

Debe observarse el ropaje constitucional que gozan los derechos de consumidores y usuarios, consagrado en el art. 42 de la Constitución Nacional. En igual sentido, la dimensión social del Derecho del consumidor ha llevado a caracterizarlo como uno de los típicos derechos de incidencia colectiva y, de esta forma, ha sido contemplado por el párrafo segundo del art. 43 de la CN (5). En este tipo de casos, el tinte preventivo de la tutela adquiere especial relieve, porque tiende a contrarrestar el proceso de masificación de la *dañosidad* (6).Y por este motivo, generan la necesidad perentoria de recibir un resguardo de tinte preferentemente preventivo (7).

Sin perjuicio de la necesidad de toda persona de la reparación de sus derechos, en caso de ser vulnerados, en materia de consumidores y usuarios, sus derechos adquieren particularidades que muchas veces lo tornan irrealizable *post facto*. En muchos casos, aun concretada la reparación, la solución no resulta ser adecuada en términos de eficiencia social y verdadera justicia. Por tanto, todo enfoque estrictamente "indemnizatorio" ante los daños generados en el mercado de consumo, frustraría irremediablemente gran parte de los objetivos propuestos por el legislador (8). A través de dicha tutela se trata de equilibrar la situación de desigualdad estructural entre

las partes, cuando una es considerada "débil" (el consumidor), frente a otra "fuerte" (el proveedor), teniendo basamento en el principio constitucional de igualdad (9).

En el marco de las acciones positivas previstas por el art. 75, inc. 23 de la CN, y a fin de garantizar la igualdad de oportunidades, es necesaria la sanción de cuerpos legales que otorguen atribuciones a las autoridades, mecanismos idóneos para el obrar preventivo, capacitación a agentes públicos para identificar la contingencia del daño, así como que los mismos sean dotados de recursos e infraestructura acorde para estos fines. En esa dirección, el mandato preventivo surge como herramienta procesal fundamental para la prevención del daño (10).

3.- El mandato preventivo y el rol del juez

Al igual que la expresada naturaleza pretoriana de la responsabilidad preventiva en el Derecho argentino, la categoría de mandato procesal también ha recibido sustento a través de numerosos precedentes jurisprudenciales. Su seguimiento debe comenzarse a través del *leading case* en la materia, "Altamirano" (11), el que fue continuado por otro que alcanzó mayor difusión periodística y doctrinaria, el fallo "Carrizo" de 2005, en el cual la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en votación dividida, acabó impulsando definitivamente al mandato preventivo (12).

Es útil la obra de Peyrano (2004), quien define al mandato preventivo como a una institución producto de la elaboración doctrinaria jurisprudencial, que se enrola dentro de la Justicia preventiva. La misma puede ser definida como *una orden judicial generalmente oficiosa para las partes o terceros en un proceso dentro del cual se emite, que los obliga a adoptar determinados comportamientos, con el objeto de prevenir el acaecimiento o la repetición de daños probables. Esta figura se encuentra implícita dentro del activismo judicial actual, más comprometido con la realidad social, y no se limita a solucionar conflictos, sino más bien a prevenirlos* (13). Dicho mandato preventivo, aparece entonces como la motorización

procedimental de la denominada "función judicial preventiva de daños" (14).

En el sentido propuesto, debemos alinear a este instituto con un esquema de Estado activista. De este modo, se espera que el juez sea capaz de encontrar la solución más apropiada a los problemas que son traídos a su conocimiento, requiriéndole conductas activas e interesadas en las decisiones que adopte. El rol pasivo, desinteresado y neutro que asume un Estado reactivo, no será suficiente (15).

Asimismo, Peyrano (2004) nos ilustra en el instituto al expresar que no se puede considerar que el mismo violente el principio de congruencia, puesto que cuando el órgano jurisdiccional se decide a ordenar un mandato de prevención, se abre una suerte de nueva instancia diferente a aquella que le sirve de marco. En ese sentido, aparecen como dos procedimientos susceptibles de sendas posibilidades recursivas, que no influyen una sobre la otra. Tampoco existe violación alguna sobre el derecho de defensa (16). Dentro del esquema de los ordenamientos de raíz romano-canónica, un mayor y más acentuado protagonismo del juez resulta esencial para lograr los fines sociales de las leyes tutelares. Una cierta flexibilización del principio de congruencia podría ser excepcionalmente admitida para dar lugar a un mayor arbitrio judicial (17).

4.- Cuestiones genéricas del mandato preventivo aplicables a materia de consumidores

Como se ha anticipado, los arts. 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación regulan la tutela preventiva de derechos en términos generales, siendo dichas normas aplicables al universo de casos de consumidores y usuarios. Consecuentemente, estas prescripciones resultan ser claras directrices en materia de mandato preventivo.

Entre esta regulación normativa, debemos hacer hincapié en que la función preventiva, en virtud del art. 1710 del CCCN, se encuentra destinada no sólo a evitar que se *produzca* un daño no justificado, sino que también incluye la toma de medidas a fin de evitar que se *continúe* o *agrave* un daño exis-

tente. Asimismo, conforme el art. 1711 del referido código, no resulta exigible la concurrencia de ningún factor de atribución objetivo ni subjetivo, ya que a diferencia del supuesto reglado en el art. 1721, el daño que se intenta prevenir aún no se ha producido.

Al mismo tiempo, el mandato de prevención conforme el art. 1713, podrá ordenarse tanto de manera oficiosa como a pedido de parte, en el marco de un proceso principal, o de manera accesoria (18). Esta facultad, sólo podrá ser utilizada en los casos en que la sustanciación de un proceso haya permitido tomar conocimiento al órgano jurisdiccional de la posibilidad de la producción de un daño (19).

Las reglas impuestas por el legislador, permiten al órgano jurisdiccional, a través del mandato preventivo, establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según sea el caso. Además, su utilidad excede a la única protección de derechos patrimoniales, pudiendo utilizarse también con el fin de prevenir daños contra derechos personalísimos o, en el caso que más nos ocupa en materia de consumidores, en derechos de incidencia colectiva (20).

La medida en cuestión, según el art. 1713 puede ser definitiva (sentencia definitiva) o provisoria (medida cautelar típica). Para su dictado, el juez deberá ponderar los criterios de menor restricción posible de derechos y el medio más idóneo para asegurar la eficacia de su finalidad.

5.- Cuestiones específicas del mandato preventivo en materia de consumidores

Dentro del estatuto protectorio de consumidores, deben incluirse, además de las regulaciones generales contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación, a sus propias regulaciones específicas en materia, así como a la normativa contenida en la propia Ley de Defensa del Consumidor.

A este respecto, el art. 1102 del CCCN establece, en materia de publicidad dirigida a consumidores, la posibilidad de solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación a cargo del demandado de anuncios rectificatorios y, en

su caso, de la sentencia condenatoria. Estos supuestos, efectivamente podrán ser objeto de mandato preventivo en los términos anteriormente expuestos ante la eventual posibilidad de producción de un daño.

Para la conceptualización de la publicidad ilícita, el art. 1101 del CCCN establece que es aquella que contenga indicaciones falsas o que induzca o pueda inducir a error al consumidor (cuando recaiga sobre elementos esenciales del producto o servicio); aquella que efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; o aquella que sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Resta agregar que, conforme el art. 8 de la LDC y el art. 1103 del CCCN, la publicidad debe tenerse por incluida en el contrato con el consumidor, y obliga al oferente.

Asimismo, la doctrina consumerista reconoce varios aspectos relativos al mandato preventivo que deben ser atendidos, tales como la necesidad de que el mismo pueda actuar en relación con la protección de los legítimos intereses económicos de consumidores y usuarios. Concretamente, poniendo de relieve su posible implementación como freno a la práctica de imposición de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (21).

De igual manera, se ha brindado especial atención al deber de los proveedores de suministrar al consumidor información de manera cierta, clara y detallada, conforme el art. 4 de la LDC, a fin de prevenir futuros daños y conflictos. Este deber de información es impuesto a quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo, y tratándose de productos o bienes y servicios, desde ya que el fabricante, distribuidor y vendedor se encuentran en mejor posición. En este sentido, se reconoce que la mejor manera de prevenir un daño es brindar al consumidor toda la información necesaria (22).

En nuestro país se encuentra consolidada la doctrina judicial que extendió el ámbito de aplicación de la LDC a situaciones en las cuales no existe vínculo contractual, o se afectan

derechos subjetivos de manera uniforme y plural, los cuales a partir del precedente "Halabi" fueron entendidos dentro de los derechos de "incidencia colectiva" enunciados en el art. 43 de la Constitución Nacional. Este deber público de brindar tutela, al menos desde la perspectiva del activismo estatal en la materia, se entiende que no ha variado con la supresión de la categoría de sujetos expuestos a las relaciones de consumo del art. 1 de la LDC (23).

Es relevante destacar la necesidad de un mandato preventivo con efectos *erga omnes*, es decir, que proteja a la totalidad de consumidores indeterminados que podrían encontrarse en la misma situación. Frente a ello, lo reglado por el art. 54 de la LDC resulta ser un gran acierto. El segundo apartado de la norma brinda posibles efectos expansivos de la sentencia, para el demandado y todos los consumidores o usuarios que reúnan similares condiciones. Es decir, sea en un proceso individual o uno iniciado por varios consumidores o asociaciones de consumidores, la sentencia preventiva puede beneficiar a otros sujetos que se encuentren en afinidad de caracteres (24).

6.- Situación en la Provincia de Buenos Aires

La regulación sobre esta temática en la Provincia de Buenos Aires requiere iniciar su análisis en su propia Constitución, la cual en su art. 38 establece que "Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz. La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al **establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención** y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores" (la negrita me pertenece). En ese sentido, la figura del mandato preventivo contribuye positivamente a la operatividad de la norma constitucional.

Asimismo, es necesario advertir que el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, anterior al Código Civil y Comercial vigente no contempla la nueva función preventiva

consagrada. Sin embargo, la Provincia cuenta con la ley 13.133 (Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios), que en su art. 28 establece respecto del efecto de la sentencia, la existencia de tres supuestos: a) el de admisión de la demanda, estableciéndose que la misma beneficiará a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños; b) el del rechazo de la demanda, disponiéndose que no impedirá la acción de los consumidores y usuarios titulares de un interés individual que no hayan intervenido en el proceso; y c) rechazo por insuficiencia de pruebas, en el que cualquier otro legitimado diferente al actor podrá intentar otra acción valiéndose de nuevas pruebas.

Conforme la citada norma, y en coincidencia con el párrafo segundo del art. 54 de la LDC del ámbito nacional, no caben dudas de que el mandato preventivo ordenado en el marco de la Provincia de Buenos Aires es extensivo a aquellos consumidores y usuarios que no participaron del proceso, pero que se ven igualmente afectados o amenazados por el mismo hecho que lo motivó. La única observación que podrá formularse en este aspecto, es que reconocida doctrina advierte que los alcances de la cosa juzgada no deberían estar legislados por las provincias al tratarse de un instituto reservado al Congreso de la Nación. Afortunadamente, el art. 54 de la LDC se expresa con igual criterio extensivo (25).

7.- El proyecto de reforma de Ley de Defensa del Consumidor (2019)

Resulta imperioso apuntar la última iniciativa de reforma normativa intentada a través del proyecto de derogación y sustitución de la Ley de Defensa del Consumidor por una nueva, en el marco del programa Justicia 2020 y la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor. La misma ha sido presentada en el Senado de la Nación bajo el número S-2576/19, permaneciendo con estado parlamentario.

Este proyecto ha sido duramente criticado, especialmente debido a la falta de participación suficiente de las Asociaciones de Consumidores, no atendiendo sea su experiencia y práctica, lo cual hubiera permitido una aproximación sumamente provechosa a los problemas que ocurren a los consumidores en virtud de la relación de consumo. El proyecto ha sido objeto de serios cuestionamientos desde doctrina calificada, ya que podría traer aparejadas importantes modificaciones que implicarían un retroceso en institutos centrales del Derecho del Consumidor (26).

En lo referido a la función preventiva y mandato preventivo, de manera enunciativa se observa reiterada atención a esta arista de la responsabilidad, en consonancia con la LDC y el CCCN vigente, al punto de enunciar en su art. 5, entre los principios del sistema propuesto al *principio de prevención de riesgos* (debiendo el Estado y los proveedores actuar preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores) y al *principio de precaución* (mediante el cual el Estado y los proveedores deben actuar precautoriamente en las situaciones de controversia científica probada, y en general, frente a la incertidumbre científica fundada respecto de la existencia de una amenaza derivada de un bien o servicio, adoptando las medidas eficaces para evitar el daño a los consumidores).

Sin embargo, el proyecto normativo no hace nuevos aportes en materia de prevención o mandato preventivo a los ya consagrados en el CCCN relacionados específicamente al abuso del derecho -entendida como primera manifestación del deber preventivo del órgano jurisdiccional (27)- o a la acción preventiva contemplada en los arts. 1710 a 1713. A la acción preventiva, el proyecto de ley hace una mera remisión en su art. 107 en los siguientes términos: "Acción preventiva. Todos los legitimados para promover las diversas acciones que se reconocen en esta ley, pueden deducir acciones preventivas en los términos de los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial". A mayor abundamiento, los fundamentos del proyecto

expresan que "la función preventiva se remite a lo establecido en los artículos 1710 a 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación, en donde se regula la problemática con suficiente amplitud y de manera detallada" (28).

En relación con las líneas expuestas debo manifestar que tratándose de una norma con tal grado de especialidad como lo es la Ley de Defensa del Consumidor, con carácter ontológicamente protectorio hacia un sujeto tutelado constitucionalmente, y encontrándonos regularmente frente a derechos de incidencia colectiva en juego, una remisión al Código Civil y Comercial no resulta suficiente. En este sentido, y en oportunidad de adecuar el estatuto del consumidor a lo normado por el CCCN, es fundamental destacar que, si bien el proyecto de ley analizado presenta una armonización con el código de fondo, al menos en el aspecto que nos ocupa, el estatuto protectorio de consumidores y usuarios debería presentar mayor innovación y progresividad en tutela consumeril de prevención.

III.- Conclusiones

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ha consagrado legislativamente la función preventiva del sistema de responsabilidad civil. Esta visión ya se encontraba regulada en subsistemas como el de Derecho del consumidor, y aplicada por recurrente doctrina jurisprudencial.

La función social del Derecho del consumidor ha llevado a caracterizarlo como uno de los típicos derechos de incidencia colectiva, y la desigualdad estructural inter partes que lo caracteriza, ha llevado a la necesidad de una tutela preferentemente preventiva para evitar el proceso de masificación de la producción de daños.

El mandato preventivo es una herramienta poderosa que permite al juez obligar a las partes o a terceros, en el marco de un proceso, a pedido de parte o de manera oficiosa, a adoptar determinados comportamientos con el objeto de prevenir el acaecimiento, repetición, continuación o agravamiento de daños probables.

Para lograr los fines de las leyes tutelares que protegen derechos sociales, es necesario un mayor y más acentuado protagonismo del juez. La sociedad de consumo requiere jueces activistas capaces de prevenir y proteger al hombre moderno.

Los mandatos de prevención no transgreden el principio de congruencia y no violan el derecho de defensa, ya que nos encontramos ante un procedimiento autónomo dentro del que se dispuso. Las vías recursivas son independientes del tema principal debatido y sentenciado.

El estatuto protectorio del Derecho del consumidor contiene regulaciones genéricas en materia de responsabilidad preventiva, así como regulaciones específicas propias de la relación de consumo.

El mandato de prevención puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según sea el caso. El mismo puede utilizarse para proteger derechos patrimoniales e incluso derechos de incidencia colectiva. La medida en cuestión puede ser definitiva o provisoria, y deberá ponderar los criterios de menor restricción posible de derechos y el medio más idóneo para asegurar la eficacia de su finalidad.

La debilidad estructural del consumidor frente al proveedor, la incidencia colectiva de los derechos en juego y la necesidad especial de una tutela preventiva, implican que la regulación del Derecho del consumidor en materia de función preventiva no puede ser una mera remisión a las normas de Derecho común contenidas en los arts. 1710 a 1713 del CCCN.

IV.- Notas

(1) Como aclaración terminológica, es necesario destacar que la conceptualización de esta rama del Derecho como "Derecho del consumidor" en lugar de "Derecho del consumo" no es casual, sino que adhiere a la corriente ideológica mediante la cual se considera que el consumo no resulta ser el objeto de estudio central de esta área del Derecho, sino que su razón de ser es el consumidor, es decir el ser humano dentro del mercado de consumo.

(2) Alterini, J. M. (2017), *Funciones de la responsabilidad civil: Prevenir y resarcir*. La Ley.

(3) Frey, M. C. (2016), "Jurisdicción preventiva en el derecho de daños, en la tutela del consumidor y en el derecho ambiental". En Peyrano, J. W. y Esperanza, S. L. (2016), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 115 y ss. Refiere a precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf SRL y otros" del año 1997 (*Fallos*, 320:1633) y "Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios" de 2006 (*Fallos*, 329:2316).

(4) Galdós, J. M. (2017), "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales yprocesales". En La Ley 2017-E, 1142.

(5) Rusconi, D. (2015), *Manual de Derecho del Consumidor*. Abeledo-Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 26.

(6) Morello, A. M. y Stiglitz, G. A. (1987), "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia". En La Ley 1987-D, 364.

(7) Stiglitz, R. y Stiglitz, G. A. (1985), *Contratos de adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Depalma, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(8) Rusconi, D. Op. cit., pág. 27.

(9) Deberá entenderse, en una aproximación conceptual que nos brinda el art. 1 de la ley 24.240, por consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social; también queda equiparado a aquél quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. El mismo cuerpo legal, en su art. 2 se refiere al proveedor como a aquella persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, desti-

nados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

(10) Rusconi, D. Op. cit., pág. 27. En consonancia con el precedente "Biordo Miguel Ángel c/Rutas al Sur Concesionario Vial s/Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)" de fecha 11/11/15, emanado por la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Azul.

(11) El precedente "Altamirano Elsa c/Cerámica MartinS.A. y otros" fue comentado por Morello, Augusto y Stiglitz, Gabriel en el año 1987 en "Responsabilidad civil y prevención de daños.Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia" cit.

(12) Se trata de la causa "Carrizo, Carlos Alberto y otra c/ Tejeda, Gustavo y otra s/Daños y Perjuicios" de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resuelta el 30 de marzo de 2005.

(13) Peyrano, J. W. (2004), *La acción preventiva.* Lexis-Nexis-AbeledoPerrot, Buenos Aires, página 36; y Peyrano, J. W. (2007), "La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", en Revista de Derecho Procesal, 2007-2, Sentencia - I, pág. 103.

(14) Vázquez Ferreyra, R. (1990), "Función de prevención de la responsabilidad por daños", en Zeus.

(15) Damaska, M. R. (2000), *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado.* Ed. Jurídica de Chile, pág. 128 y ss.

(16) Peyrano, J. W. (2005), "La jurisdicción preventiva civil en funciones". En *Cuestiones procesales modernas,* Suplemento Especial La Ley, pág. 153.

(17) Berizonce, R. O. (1990), "El activismo de los jueces". En La Ley, 1990-E, 920. En consonancia se ha expresado el referido precedente "Carrizo, Carlos Alberto y otra c/Tejeda, Gustavo y otra s/Daños y Perjuicios" de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resuelta el 30 de marzo de 2005.

(18) Rossi, J. P. (2016), "La aplicación temporal del código civil y la tutela preventiva". En *Temas de Derecho Civil, Perso-*

na y Patrimonio, Erreius, pág. 2. En este sentido se expresan los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, disponibles en http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf

(19) Peyrano, J. W. (2007), "La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", cit.

(20) Rossi, J. P. Op. cit., pág. 4.

(21) Frustagli, S. (2017), "El mandato preventivo como herramienta de erradicación de cláusulas abusivas". En el *XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor*, Mar del Plata.

(22) Frey, M. C., op. cit., pág. 115 y ss. En consonancia con el precedente "Greco, Gabriel c/Caminos del Atlántico SA s/ Daños" de la Cámara Nacional Civil, sala F, dictada en el año 2000, entre otras tantas.

(23) Bru, J. M. y Rusconi, D. (2015), "Facultades de la autoridad de aplicación de la LDC para la prevención de afectaciones colectivas". En *Manual de Derecho del Consumidor*. Abeledo-Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pág. 800.

(24) Hitters, J. M. (2015), "La influencia del derecho del consumo sobre el proceso". En *XXVIII Congreso de Derecho Procesal*, Jujuy, 2015, pág. 3.

(25) Ibíd., pág. 3.

V.- Biliografía general

Alterini, J. M. (2017), *Funciones de la responsabilidad civil: Prevenir y resarcir*. La Ley.

Berizonce, R. O. (1990), "El activismo de los jueces". En La Ley 1990-E, 920.

Damaska, M. R. (2000), *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Ed. Jurídica de Chile.

Galdós, J. M. (2017), "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales". En La Ley 2017-E, 1142.

Hitters, J. M. (2015), "La influencia del derecho del consumo sobre el proceso". En *XXVIII Congreso de Derecho Procesal*, Jujuy.

Morello, A. M. y Stiglitz, G. A. (1987), "Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia". En La Ley 1987-D, 364.

Rusconi, D. (2015), *Manual de Derecho del Consumidor*. Abeledo-Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Legislación

Constitución de la Nación Argentina, 1853.

Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. B.O. N° 32985. Buenos Aires. Publ. 08/10/14.

Ley 24.240. Ley de Defensa del Consumidor. B.O. N° 27744. Buenos Aires. Publ. 15/10/93.

Ley 13.133. Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y usuarios. B.O. N° 24859. La Plata. Publ. 05/01/04.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Altamirano Elsa c/Cerámica Martin S.A. y otros" 08/07/1986. La Ley 1987-D, 364.

Corte Suprema de Justicia de la Nación "Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf SRL y otros" 07/08/1997 (*Fallos*, 320:1633).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Halabi, Ernesto c/PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/amparo" 24/02/09 (*Fallos*, 332:111).

Corte Suprema de Justicia de la Nación "Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios" 20/06/08 (*Fallos*, 329:2316).

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires "Carrizo, Carlos Alberto y otra c/Tejeda, Gustavo y otra s/Daños y Perjuicios" 30/03/2005, L.L.B.A. 2006, 451.

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala II de Azul, "Biordo, Miguel Ángel c/Rutas al Sur Concesionario Vial s/Daños y perjuicios", 11/11/2015. Causa nº 59966,www.rubinzalonline.com.ar, RC J 7657/15.

Programa de Extensión UDE - 2020

Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación coordinado por la Abog. Analía Verónica Reyes

A finales del año 2019 y principios del 2020 tuvo lugar uno de los sucesos históricos más importante de nuestros tiempos: se inició la pandemia mundial provocada por el virus denominado comúnmente Codiv-19. Primero repercutió en Asia, luego en Europa y finalmente, llegó a nuestro continente, América.

La pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud no sólo afectó nuestra salud y nuestras vidas sino que arrasó con todas las estructuras sociales que hasta ese momento se encontraban establecidas y venían desarrollándose conforme con un orden normal de los acontecimientos.

En el mes de marzo del año 2020 el Poder Ejecutivo de la Nación Argentina decretó la cuarentena estricta lo cual implicó fuertes restricciones de circulación y la paralización y/o cierre de diversas actividades públicas y privadas en distintos sectores quedando limitada la continuidad a aquellas de carácter esencial, todo ello con la primordial finalidad de proteger la vida y la salud de quienes habitan el territorio argentino y atento que para ese tiempo, a falta de vacuna, no otra medida preventiva era conocida para evitar el colapso sanitario y la muerte de las personas que lamentablemente aquella situación había y estaba provocando en otros lugares del planeta.

Una de las actividades esenciales que, a nivel mundial y también en Argentina, continuó desarrollándose aunque, con muchísimas limitaciones, fue el servicio de Justicia.

Las limitaciones en primer lugar, tuvieron que ver con el desafío de continuar la prestación de aquel servicio esencial cuyo acceso constituye un derecho humano y a la vez, un medio para alcanzar el efectivo y pleno goce de otros derechos humanos.

La presencialidad en el desarrollo de los actos procesales había quedado limitada o más bien, no era una opción viable en algunos casos debido al grave riesgo en que colocaban a

las personas respecto de la posibilidad de contagio del virus Covid-19.

En el sistema de Administración de Justicia penal que viene desarrollándose en América Latina, donde se encuentran en pleno avance las distintas etapas de la reforma procesal para la consagración y efectiva implementación de un sistema acusatorio y adversarial, siendo una de sus características principales la adopción del juicio oral y público y de un proceso por audiencias como metodología de trabajo de mayor calidad y eficiencia para adoptar las decisiones más importantes, aquellas restricciones sobre la realización de audiencias en forma presencial determinó a quienes asumen funciones de gestión y gobierno en los Poderes Judiciales a pensar en formas diversas para posibilitar la realización de los actos procesales en este extraordinario contexto.

De esta manera, las TICs (tecnologías de la información y la comunicación) han sido una herramienta aliada para garantizar la continuidad de numerosas actividades esenciales, entre estas, la Justicia.

Una de las alternativas cuyo uso e implementación se empezó a discutir al inicio de la pandemia durante la primera parte del año 2020 fue el desarrollo de audiencias en modalidad remota y consecuentemente, la realización de juicios orales mediante el uso de plataformas telemáticas.

La sala de audiencias virtual se convirtió en el nuevo lugar de encuentro de los operadores judiciales para el desarrollo de los actos del proceso, garantizar la inmediación, la oralidad, la publicidad y la concentración. Pero sobre todo para brindar una respuesta a quienes requerían de ese encuentro para alcanzar una solución/respuesta a sus pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales.

En este contexto desde el Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación que dirijo en la Facultad de Derecho en la Universidad del Este de la Ciudad de La Plata (Provincia de Buenos Aires, Argentina) se organizaron dos encuentros y un taller en plataforma digital vinculados a la realización de audiencias y juicios orales en modalidad remota.

El primero tuvo lugar el día 19 de mayo y abordó el tema de "Audiencias remotas en el Proceso Penal" y más precisamente se debatieron las siguientes materias: "Litigación. Elaboración de protocolos. Oficina Judicial"; los expositores invitados fueron Leonel González, Director del Área de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA); Leticia Lorenzo, Jueza de Garantías de la ciudad de Zapala, Provincia de Neuquén, Argentina y Raúl Dalto, Juez integrante de la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Argentina y Vicepresidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de La Plata.

Luego, el 4 de junio tuvo lugar el *webinar* más importante sobre realización de "Juicio oral virtual". El encuentro académico contó con más de mil quinientos inscriptos/as de distintos países de América latina, entre éstos, además de asistentes de las distintas provincias de Argentina, tuvimos de Chile, Uruguay, Brasil, Paraguay, México, Ecuador, Panamá, Bolivia, etc.

Actualmente, la grabación de dicho encuentro que, a la fecha cuenta con más de 4.000 vistas [248], lo cual ha representado un récord en cuanto al interés académico del evento, puede ser visto en el canal de la Universidad del Este en la plataforma YouTube, como así, el resto de las actividades celebradas desde el Programa de Extensión.

En esa oportunidad contamos asimismo, con extraordinarios referentes: Dr. Fabián Fradejas, Juez vocal de la Sala V de la Cámara Penal y Presidente de la Cámara Penal del Centro Judicial Capital de la Prov. de Tucumán, Dr. Alejandro Cascio, Juez de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Dpto. Judicial de Quilmes, Prov. de Buenos Aires, Dr. Daniel Carral, Juez del Tribunal de Casación Penal de la Prov. de Buenos Aires, Dra. Carmen Rosa Palacios Arias,

248 Link de acceso a la grabación del encuentro: https://www.youtube.com/watch?v=eEtmSCQYlk0&t=11010s

Jueza del Tribunal en lo Criminal n° 5 del Departamento Judicial de La Plata, Prov. de Buenos Aires, Dr. Daniel Cuenca, Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal, Dr. Víctor del Río, Juez de la Cámara Criminal y Correccional n° 2 de Resistencia, Provincia del Chaco, Dra. Verónica Garganta, Defensora Oficial a cargo de la Unidad Funcional de Defensa Penal n° 6 de La Plata, Prov. de Buenos Aires, Dra. Laura Alejandra Pereyra, Defensora Oficial a cargo de la Unidad Funcional de Defensa Penal de la sede descentralizada de Tres Arroyos, del Departamento Judicial Bahía Blanca, Prov. de Buenos Aires, Dra. Rosalía Sánchez, Agente Fiscal a cargo de la Fiscalía de Juicio n° 11 del Departamento Judicial de La Plata, Prov. de Buenos Aires. Y en el cierre de la Jornada participó el destacado Dr. Jaime Arellano, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

Como resultado de tan valioso encuentro y debate, desde el Programa de Extensión se organizó un concurso de trabajos sobre la temática que resultó en la selección de los artículos que en esta ocasión aquí se publican.

Cabe destacar que han participado autores/ras de distintos países y con experiencias y puntos de vista diversos motivados por sus funciones y preparación académica. En ese sentido, contamos con producciones de quienes participan en la judicatura, actuarios/as, abogados/as en el ejercicio libre de la profesión, integrantes del Ministerio Público y un estudiante de nuestra Facultad.

Para el Programa de Extensión que dirijo es una alegría haber recibido esta tan importante respuesta de quienes asistieron a aquella jornada, ya que de esta manera podemos seguir construyendo y compartiendo conocimiento para la comunidad con la finalidad de aportar a un debate que aún no está cerrado y sigue revistiendo interés práctico, académico y sobre todo social debido a las fundamentales repercusiones que tiene en el efectivo goce del derecho de acceso a la Justicia.

Finalmente, en esta breve introducción a los trabajos que seguidamente se comparten, no quiero dejar de agradecer a

las autoridades de la Facultad que han hecho posible el desarrollo de todas estas actividades desde el Programa de Extensión sobre Juicio por Jurados y Litigación, al Sr. Decano Dr. Germán Rincón, al coordinador de la carrera Dr. Pablo Puente, al coordinador de extensión Dr. Martín Gagliardi y especialmente a quien coordinó esta publicación, el secretario de investigación y extensión Dr. Mauro Leturia.

La Universidad del Este es una institución educativa que cada día crece más gracias a las personas que la integran, al aporte de la comunidad que participa de sus propuestas pero principalmente, gracias a quienes la dirigen desinteresadamente y apuestan a la mejora de la educación universitaria en estos tiempos difíciles para todos y todas.

Mi agradecimiento siempre a toda la comunidad por generar estos espacios y permitirme participar y compartir en ellos.

Y ya para cerrar estas líneas, mis felicitaciones nuevamente a cada uno/a de los/as autores/as de estos valiosos aportes para la mejora del servicio de Justicia en tiempos de pandemia.

El juicio oral en la modalidad de audiencia virtual en el proceso penal peruano

Aníbal Alberto León Zambrano

1. Introducción

El día 21 de julio de 2020, el órgano colegiado "D" de la Sala Penal Nacional del Poder Judicial del Perú realizó una audiencia virtual en el juicio oral por el delito de lavado de activos que se sigue a los hermanos Sánchez Paredes. Al respecto, cabe señalar que el citado juicio data del día 24 de enero de 2017, por lo que presenta más de tres años de antigüedad; sin embargo, el colegiado en la mencionada audiencia resolvió, por un lado, la no interrupción del juicio oral debido a la suspensión del plazo procesal por razón de la emergencia sanitaria decretada por el Estado peruano y, por otro lado, la continuación de las sesiones del plenario mediante la modalidad de audiencia virtual.

Evidentemente, lo resuelto por el citado órgano jurisdiccional no solamente evitó que el juicio oral se interrumpa, sumándose más tiempo a los años que ya lleva realizándose, sino que introdujo en el Perú la práctica de realizar *el juicio oral virtual*.

El análisis de la normatividad que fundamenta las decisiones del colegiado, así como el estudio en torno a si la audiencia virtual respeta los principios y reglas que rigen el proceso penal peruano, como son la inmediación, oralidad, contradicción, concentración y publicidad, y respecto del cual, existen posiciones doctrinarias a favor y en contra, constituyen los objetivos del presente artículo.

2. Análisis de la normatividad peruana referida al COVID-19

2.1 El estado de emergencia nacional y la emergencia sanitaria en el Perú

La legislación peruana exige distinguir el *estado de emergencia nacional de la emergencia sanitaria.* El primero, está regulado en el artículo 137° de la Constitución Política del Perú, numeral 1) y ha sido definido por el Tribunal Constitucional peruano de la siguiente forma: "se relaciona con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción...".

En ese contexto, con fecha 15 de marzo de 2020, el Presidente de la República del Perú, Martín Alberto Vizcarra Cornejo, con acuerdo del Consejo de Ministros, publicó en el diario oficial "El Peruano", el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, en donde se declaró el estado de emergencia nacional por el plazo de quince días calendarios, por la razón constitucional de graves circunstancias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19; plazo que se ha venido prorrogando mediante diferentes decretos supremos, hasta llegar al Decreto Supremo N° 116-2020-PCM, el cual ha fijado el estado de emergencia nacional desde el 01 de julio de 2020 hasta el 31 de julio de los corrientes.

Por otro lado, está *la emergencia sanitaria,* la cual constituye un estado de riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones de extrema urgencia, como consecuencia de la ocurrencia de situaciones de brotes, epidemias o pandemias, de conformidad con el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1156; la finalidad no es la suspensión de derechos constitucionales, dado que ello opera con el estado de emergencia nacional explicado en el párrafo anterior, sino el dictado de medidas de prevención y control.

En medio de este contexto, con fecha 11 de marzo de 2020 se publicó el Decreto Supremo N° 008-2020-SA, declarándose en emergencia sanitaria al Perú por el plazo de noventa días calendarios, por la existencia del COVID-19, dictándose

medidas de prevención y control para evitar la respectiva propagación; asimismo, con fecha 03 de junio de 2020 se publicó el Decreto Supremo N° 020-2020-SA, por el cual se dispuso la prórroga de la emergencia sanitaria a partir del 10 de junio de los corrientes hasta por un plazo de noventa días calendarios.

Frente a lo explicado, al momento de escribirse las presentes líneas, el Perú se encuentra en un estado de emergencia nacional con suspensión de derechos constitucionales como la libertad de tránsito, en los términos de ley y hasta el 31 de julio de 2020; asimismo, se está en emergencia sanitaria hasta el día 10 de setiembre de los corrientes.

2.2 La suspensión de los plazos procesales

Con fecha 15 de marzo de 2020 se publicó el Decreto de Urgencia N° 026-2020 estableciendo, en su segunda disposición complementaria final, que corresponde al Poder Judicial así como a los organismos constitucionales autónomos, disponer la suspensión de los plazos procesales y procedimentales que consideren necesarios, a fin de no perjudicar a los ciudadanos, así como las funciones que ejercen.

Al respecto, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, con fecha 16 de marzo de 2020, publicó la Resolución Administrativa N° 115-2020-CE-PJ, donde se dispuso la suspensión de los plazos procesales y administrativos desde el 16 de marzo de los corrientes y por el plazo de 15 días calendarios; la citada suspensión ha sido prorrogada por diferentes resoluciones administrativas, llegando a la N° 157-2020-CE-PJ, de fecha 25 de mayo de 2020, la cual dispuso la suspensión de los plazos hasta el 30 de junio de 2020, por lo que, en la actualidad ya no está operando la figura de la suspensión, salvo en los distritos judiciales de siete Departamentos del Perú, donde la suspensión de los plazos seguirá hasta el 31 de julio del presente año.

En ese contexto, y de conformidad con el numeral 3) del artículo 360° del Código Procesal Penal de 2004, el juicio oral se desarrollará en sesiones continuas e ininterrumpidas, sin exceder ocho días hábiles entre sesión y sesión, de lo contrario el juicio se interrumpe, dejándose sin efecto, debiéndose señalar

nueva fecha para su realización. Sin embargo, la citada regla no opera en el caso de suspensión de los plazos procesales, figura introducida por el Decreto de Urgencia N° 026-2020, por lo cual, el juicio contra los hermanos Sánchez Paredes por el delito de lavado de activos y cualquier otro juicio en trámite no se ha visto interrumpido ante el estado de emergencia nacional que actualmente vive el Perú.

No obstante, la suspensión de los plazos forma parte del denominado derecho de excepción o de emergencia, cuya primera característica es la presencia de una situación de desastre o grave riesgo para la nación, que en el campo de la salud se ha visto seriamente afectada por el COVID-19, y ha implicado la revisión de las instituciones jurídicas, incluyendo el procedimiento administrativo, así como el proceso judicial, en clave de adoptar medidas de prevención y control, pero a la vez de no afectación de los derechos de los ciudadanos; una segunda característica está dada por la transitoriedad de las medidas normativas, cuya permanencia solamente se justifica mientras subsista la situación de desastre o de grave riesgo.

2.3 El juicio virtual

El Código Procesal Penal peruano de 2004 ha regulado el denominado *método de videoconferencia*, en casos en que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga (artículo 119-A CPP), cuando el testigo no reside en el lugar o cerca de donde debe prestar testimonio, siempre que resulte imposible conseguir su traslado al Despacho judicial (artículo 169 CPP), como medida de protección (artículo 248, numeral [2], literal [g] CPP), cuando en la misma localidad se halla enfermo un testigo o un perito cuyo examen se considera de trascendental importancia (artículo 360 CPP) y, de manera excepcional en el procedimiento de extradición pasiva en la Corte Suprema (artículo 521-C, numeral 2 CPP).

Frente a ello, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió varias directivas con relación al tema y previos a la emergen-

cia sanitaria por el COVID-19, señalando en la Directiva N° 002-2018-CE-PJ, que la videoconferencia es la tecnología que proporciona un sistema de comunicación bidireccional de audio, video y datos que permite que las sedes receptoras y emisoras mantengan una comunicación simultánea e interactiva en tiempo real.

Asimismo, tanto el Tribunal Constitucional como la Sala Penal de la Corte Suprema de la República, señalan que con la utilización de la videoconferencia no se vulnera principio procesal alguno. Sin embargo, consideramos oportuno fundamentar la premisa de que *el juicio virtual está sustentado por los principios procesales nucleare*s.

En este orden de ideas, se debe señalar que *el principio de inmediación*, se convierte en una herramienta procesal valiosa para el Juzgador, pues a través de ésta, quien debe dar la respuesta al derecho, escucha, comprueba, sopesa, pregunta y decide. Puede entenderse la inmediación como la confluencia del principio de contradicción subjetiva y el principio de contradicción objetiva en una sola audiencia. Esto es, el desahogo de los medios de prueba en una sola audiencia, en presencia continua del juez que escucha el interrogatorio y contra interrogatorio de la víctima u ofendido, testigos y peritos, por parte del agente del Ministerio Público y el Abogado Defensor, sin que se haya alejado de la sala el imputado y los demás sujetos o partes procesales.

Ahora bien, resulta interesante la clasificación de Hidalgo Murillo en torno al principio de inmediación, al manejar la taxonomía de: inmediación subjetiva, objetiva, virtual y mediática. Así, se entiende por inmediación subjetiva o formal el desahogo de pruebas ante el Tribunal que va a dictar la sentencia -y/o la resolución que interese, si se ha desahogado prueba-, tomando conocimiento directo -no por secretario, auxiliar o escribiente- y en consecuencia se forma así su convicción -no por convicción de secretario- del material probatorio que -junto con todos los demás sujetos del proceso- ha sido reproducido en su presencia. En contraposición la inmediación objetiva o material comprende que el Tribunal debe obtener el

conocimiento y formar su convicción, utilizando y valorando el medio probatorio más cercano al hecho a probar, entre todos los medios concurrentes.

Asimismo, la inmediación virtual, por el contrario, consiste en la conservación de "medios de prueba" producida por elementos, sujetos u objetos de prueba, aún no desahogados ante el juez, que puede ser directamente conocido por dicha autoridad jurisdiccional, a través de los distintos modos de registro que, sin error, le permiten conocer el dato de prueba. En estos casos, el medio de prueba exige ser registrado conforme se dispone en la ley por los órganos de prueba que hayan sido, igualmente, legitimados para el acto. Es típico, la filmación de un hecho delictivo y/o, cuando se ordena registrar una entrevista, declaración o pericial, entre otros, a través de su filmación. Por otro lado, ingresa dentro de la inmediación mediática, la información probatoria que ofrece al órgano jurisdiccional, posterior a su desahogo, cuando ésta es registrada por un medio de comunicación, una filmación fija -privada y/o pública- en algún establecimiento o zona de paso y control de seguridad y, hasta la que haya sido filmada por un particular, con su cámara de vídeo o fotografía o en su teléfono celular.

En esa inteligencia, lo que usualmente se denomina prueba videográfica o audiográfica debemos de identificar una categoría probatoria superior denominada prueba virtual o tecnológica; con la diferencia de que los medios tecnológicos no solamente se reducen como contenedores de información tendencialmente probatoria, sino que coloca al juzgador en actitud de conocer una o varias afirmaciones fácticas, sin las limitaciones del espacio-tiempo o condicionados a la capacidad económica para el traslado y el desahogo de la prueba; por tanto, desde la inmediación virtual se justifica el desarrollo del juicio mediante videoconferencia.

Respecto del *principio de contradicción*, se debe señalar que el proceso supone la idea de debate, controversia y de contradicción, pues se presenta como un método dialéctico donde la tesis y la antítesis de las partes dan origen a la síntesis, esto es la decisión jurisdiccional. Ello significa que la condi-

ción necesaria para una condena, es la realización del contradictorio. Gimeno Sendra enseña que la decisión final en el proceso moderno no puede lograrse sino mediante la oposición de dos tesis contrapuestas. En el proceso penal la contradicción obedece a la exigencia constitucional de que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído en juicio. La igualdad es el complemento de la contradicción, pues no puede haber una contradicción justa y legal sin que previamente exista igualdad de armas, con las mismas posibilidades de ataque y defensa.

Ahora, es frecuente que en el proceso las partes analicen los hechos, su falta de adecuación al tipo, la nulidad de los medios de prueba, entre otros; asimismo, se avocan a analizar y/o a cuestionar si la prueba es o no suficiente para sostener la existencia del hecho o, en su caso, la probable responsabilidad del imputado. En todos estos casos, la contradicción convoca a la inmediación.

En este sentido, por el *principio de contradicción* es necesario garantizar el desahogo de la prueba bajo el control de todos los sujetos del proceso. Todos ellos deben tener la posibilidad de intervenir en esa recepción de las pruebas, haciendo preguntas y observaciones, solicitando aclaraciones, vigilando la forma en que la prueba se acopia, se introduce, se procesa, se traslada, se incorpora, se admite, se desahoga en las audiencias del proceso, apreciando el modo en que las demás partes también realizan esa labor y luego, garantizando que puedan evaluar las pruebas para apoyar sus conclusiones.

Frente a ello, *el juicio virtual tampoco se opone al principio de contradicción*, más aun si uno de los temores recurrentes es que el testigo o perito esté acompañado por alguien quien le vaya orientando en las respuestas a las preguntas, so pretexto de que el Juez no está presente "físicamente" para poner orden; al respecto, ni la famosa frase: *"testigo mire al Juez al momento de contestar"* nos garantiza que se esté diciendo la verdad, como tampoco lo es su promesa ante un crucifijo; aquí lo relevante es el ejercicio, en sentido amplio, de la prueba de refutación, esto es, el cuestionamiento de la veracidad, auten-

ticidad, integridad o credibilidad de un medio probatorio, y ante cualquier evasiva o comportamiento desleal del órgano de prueba, el juzgador dicte las medidas de apremio correspondientes.

Sin embargo, tanto el desahogo probatorio como los ejercicios de contradicción en el juicio virtual requieren de idóneos recursos tecnológicos; en primer lugar, la existencia de una mesa de partes virtual que nos permita generar la carpeta de investigación así como la judicial digital, incluyendo los elementos probatorios que se presentarán en juicio; en segundo lugar, la mejora de los programas informáticos, tanto en capacidad como en celeridad, máxime para los juicios complejos; en tercer lugar, el desarrollo y la adquisición de un *software* especializado para audiencias judiciales virtuales, debido a que, el zoom, el *google meet* o *facebook live* han sido diseñados si bien para reuniones laborales, no dejan de ser servicios de videoconferencia generalizados o comerciales, mas no especializados para el ámbito judicial; por último, y no menos importante, ampliar la cobertura de la señal del internet y claro está el conocimiento de los abogados en el manejo de la tecnología. Por tanto, hasta que se llegue a este nivel de optimización, lo prudente es una transición paulatina del juicio presencial al juicio virtual, pero que al superarse la emergencia sanitaria se deje de invertir en la Justicia digital constituiría que nuestras sociedades dejaran pasar una enorme oportunidad de modernización y de adecuación a la realidad del siglo XXI.

Por último ¿qué función realizan los principios de publicidad, concentración y continuidad, en el juicio virtual? *La publicidad*, es un derecho del acusado y tiene una doble finalidad: a) Proteger a las partes de una Justicia sustraída al control público; y, b) Mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio uno de los pilares del Estado de Derecho. Este principio también estaría salvaguardado en los juicios virtuales, con la presencia de un boletín virtual público en donde se listen aquellos juicios que se van a iniciar y/o continuar, precisándose la fecha, la hora así como el ID correspondiente; aunque

no se debe ignorar las reservas a la publicidad en razón a la víctima (v.gr. menores de edad) o de la naturaleza del delito (v.gr. violación sexual); también se deben aplicar las reglas normativas de reserva de los datos personales por razón de privacidad y seguridad.

En situación parecida queda *la oralidad*, entendida por el profesor Cubas Villanueva como el principio por el cual quienes intervienen en la audiencia deben expresar a viva voz sus pensamientos. Todo lo que se pida, pregunte, argumente, ordene, permita, resuelva, será concretado oralmente, pero lo más importante de las intervenciones será documentado en el acta de audiencia aplicándose un criterio selectivo. Si esto es así, la realización de una audiencia mediante herramientas tecnológicas, no afecta en nada respeto de este principio procesal, en la medida que todos los sujetos procesales puedan ejercer oralmente la defensa de las pretensiones que corresponde a sus posiciones en el proceso desde el inicio, desarrollo y finalización del juicio.

El *principio de concentración y continuidad* se hace necesario, tanto en la contradicción, esto es, que todos, incluido el imputado, estén presentes y sigan presentes a lo largo de todo el desahogo de los medios de prueba, y que ese desahogo se realice sin interrupciones que impidan darle seguimiento al juicio. Basta tener que recordar qué pasó el día anterior -peor aun la semana pasada- para percatarnos de que se ha violado el principio de concentración. El tiempo que rompe la continuidad es perjudicial para la inmediación, igualmente, porque es necesario que ese juicio que surge de la valoración crítica de la prueba se realice cuando la prueba se ha desahogado, sin interrupción del desarrollo del juzgamiento.

En suma, no es prudente convencer al Juez de su maravillosa memoria o que en un fin de semana se ponga al día de lo sucedido en las sesiones anteriores al revisar los videos de las audiencias; aquí no estamos ante un Juez "Hércules" y menos la tecnología puede ser excusa para romper principios como el de continuidad y concentración.

3. Conclusiones

En la legislación peruana el juicio virtual se encuentra regulado, como excepción y para supuestos normativizados, a lo que en el denominado Derecho de emergencia se ha extendido su aplicación durante la emergencia sanitaria por COVID-19, no mediante una reforma al Código Procesal Penal, sino mediante Decretos de Urgencia, así como Supremos emitidos por el Poder Ejecutivo, complementados con resoluciones administrativas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial peruano.

Sin embargo, el juicio virtual requiere de su especialización, tanto en cobertura, así como en recursos logísticos, humanos y de *software*, por lo que, mientras se llegue a un nivel de optimización, podemos hablar de un tránsito del juicio presencial al juicio virtual o bien el recurso a modelos híbridos, aunque al final no constituyan la imagen de la Justicia del siglo XXI.

La inmediación virtual en sentido amplio justifica el recurso al sistema de videoconferencia para llevar a cabo el juzgamiento de un sujeto de derechos; asimismo, el ejercicio de contradicción no se reduce a la mirada del declarante, la presencia del crucifijo o de cualquier símbolo que nos haga presumir, injustificadamente, que la verdad está garantizada; ni ha servido en el juicio presencial y menos en el juicio virtual: la clave es diferenciar la utilización de técnicas y estrategias no opuestas a las reglas normativas con el conocimiento de los recursos y sistemas tecnológicos como la videoconferencia, que nos exige actualizarnos.

Por otro lado, el juicio virtual tampoco se opone a los principios de publicidad, oralidad, concentración y continuidad, pero no en la manera de colocar al Juez como un ser divino con excelente memoria o que, por "contrabando" revise durante la noche o en algún fin de semana los videos de sesiones de juicio para impresionar a las partes mostrando que se acuerda de todo y para adelante con juicios que duran meses o años: el uso de la tecnología no justifica prescindir de la presencia del juzgador presencial o mediante videoconferencia.

4. Bibliografía

Cubas Villanueva, Víctor, "Principios del Proceso Penal", Revista Jurídica Derecho & Edición 25 Lima Perú.

Hidalgo Murillo, José Daniel, *La Argumentación en la Audiencia Oral y Pública, desde los principios de inmediación y contradicción.* Flores Editores, México, 2012.

Nogueira López, Alba, "Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción". En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 86-87, marzo-abril, Ediciones Iustel, Madrid, 2020.

Ore Guardia, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal.* Editorial Alternativas, Lima, Perú, 1996.

Picó I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997 p. 116.

Juicios virtuales ya-ayer

Ernesto Miguel Murillo Godínez

La búsqueda de *justicia* y *verdad* es sin lugar a dudas una característica fundamental del ser humano; la buscamos con el equilibrio que se encuentra entre el Derecho sustantivo y el adjetivo (Brian Barry, 1991, p. 161); nos interesa encontrarla, analizarla, pensar en lo bueno y lo malo, los pros y los contras, y para ello establecimos procedimientos que han ido adecuándose conforme a la sociedad cambiante; de ahí partimos al análisis de las leyes que rigen el proceso que busca la tan anhelada y en ocasiones incomprendida "Justicia" (Berg, Nancy y Paul, 1975, pp. 183-201), misma que siempre estará detrás del desarrollo y en movimiento de aquellos que buscan su acceso; y el porqué, es porque la constante evolución social humana, su desarrollo y los desafíos que se encuentran día a día, nunca estarán acordes y en armonía plena con las leyes vigentes, por lo tanto debemos de hablar de un Derecho que no es perfecto, pero que busca serlo, obligándolo a estar en constate movimiento y cambio (Sen, 2011, p. 446).

Al inicio de la pandemia nos era imprescindible saber cuándo terminaría y tal parece que, a más de cinco meses (*escrito realizado en el mes de agosto del año 2020*), estamos en las mismas condiciones. El desconocimiento de saber cuándo terminará la contingencia sanitaria y podremos regresar a nuestra vida habitual parece ser una historia sin un final alentador y cercano. De ahí que los gobiernos optaron por establecer cuáles eran las actividades prioritarias, mismas que no deberían de cerrar y deberán estar bajo horarios estrictos, protocolos de accesos y estándares de salubridad (OMS, Comunicado de prensa, marzo, 2020).

La Justicia, el debido proceso, el respeto a los términos constitucionales, el acceso a la Justicia, la reparación del daño, el ser condenado o absuelto de delitos y así podríamos seguir mencionando un sin fin de violaciones fundamentales que ha dejado la *suspensión de labores jurisdiccionales moti-*

vado por la pandemia; con ello *no debemos señalar a la pandemia* como la única responsable, sino también a la falta de leyes que permitan realizar labores jurisdiccionales mediante mecanismos a distancia, aunado a la *falta de voluntad*, porque es a través de la voluntad donde se empiezan a generar rutas o lineamientos, que algunos tienden a bien nombrar "protocolos", que ayudarán a los operadores jurisdiccionales a celebrar audiencias bajo la virtualidad.

Ahora bien, con la explotación de las tecnologías que permitan estar comunicados a distancia y poder percibir con los sentidos de la vista y el oído situaciones, relatos, exposiciones, testimoniales o cualesquier evento que requiera un emisor y un receptor, está sujeto a los lineamientos que marcan las legislaciones aplicables y criterios que empiezan a establecer los Tribunales, tal es el caso que se ha optado por la realización de protocolos orientadores, que para bien o para mal, han marcado la pauta y el rumbo de la virtualidad en las audiencias de índole penal (Reynaldo Escobar. 2020, Artículo*).*

A continuación, haré un análisis de los juicios orales virtuales en materia penal, su implementación, los retos que esto ha derivado y las grandes bondades que nos dejarán las enseñanzas de vivir la primera pandemia en tiempos modernos.

Empezaré mi análisis con el tema que más preocupa a los estudiosos del Derecho, tal y como es el de la *inmediación*, ya que hay quienes consideran que la inmediación es una regla estrictamente presencial, que no podemos hablar de mediación si el Juez no está en contacto directo-presencial con la prueba. Existe también otra corriente (Gustavo Amoni, 2013, Rev. IUS vol.7 no.31*),* que considera que el *animus* del legislador cuando plasmó la inmediación en la norma, era especificar que toda prueba sería recibida, desarrollada y analizada únicamente por el Juzgador y que éste no podía otorgar la facultad a otra persona; por lo anterior el hecho de que el Juez reciba la prueba mediante medios electrónicos, no viola el principio de inmediación, porque si bien es cierto, los Jurisdiccionales son aquellos que, mediante sus criterios de valoración, estiman de mayor valor una prueba con otra, por lo

tanto los medios electrónicos no afectan el conocimiento y la aportación de los testimonios, ya que a preguntas de las parte oferente podremos saber qué vieron, qué escucharon, sus análisis y sus conclusiones, siendo todo lo anterior presenciado en "*tiempo real*" por el Juzgador a través de una pantalla y con ello logrando percatarse de las respuestas y los sentimientos que causa en el testigo cada palabra que surge de su boca, aunado a lo anterior que este ejercicio de prueba testimonial estaría respetando la emergencia sanitaria por la observancia del distanciamiento social y la emergencia sanitaria a la que nos estamos enfrentando.

Considero que un punto sumamente importante durante el desarrollo de los testigos en una audiencia de índole virtual son las *tecnologías aplicables*, por lo que deberán ser confiables y de calidad, contando con imágenes nítidas, audios claros y una banda de internet que permita realizar grabaciones sin interrupciones, ni cortes; es aquí donde encontramos un reto para la Administración de los Tribunales, ya que no cuentan con la mejor banda ancha de internet y no tienen los mejores equipos de cómputo y micrófonos, complicándose aun más la aplicación de audiencias virtuales y el desahogo de sus testigos de índole virtual.

Ahora bien, la inmediación es un principio que no debe ser visto exclusivo de la audiencia de juicio oral; este principio debe ser respetado en todo el transcurso del proceso, por lo tanto, quienes afirmen que el juicio oral viola el principio de inmediación por no ser de manera presencial, estaría afirmando que las audiencias preliminares, las de control o cualquier audiencia que se desarrolle antes del auto de apertura a juicio oral, estaría cursando la misma suerte que aquél.

Estamos bajo un panorama extraordinario y debemos aplicar alternativas extraordinarias, siempre apegadas al marco jurídico; no podemos esperar a que se reincorporen las audiencias presenciales para seguir trabajando bajo los ritmos que teníamos antes de la contingencia sanitaria, porque si bien conocemos los actos ilícitos y su judicialización no fue menor al que teníamos sin pandemia, estableciendo como dato histórico

que la Secretaría de Seguridad Pública y Ciudadana (SSPC) en México, a través de su titular Piedra Ibarra anunció el aumento anual del 0,3 % en los casos de feminicidios en lo que va del trascurso del año 2020; por lo tanto nuestra obligación como operadores jurídicos es y será siempre vigilar el cumplimiento de los mandatos constitucionales, el respeto al debido proceso penal y sus términos fatales; por ello no podemos responsabilizar a una pandemia del no ejercicio de nuestras funciones, cuando podemos encontrar formas o alternativas apegadas al marco jurídico para realizarlas.

Esto nos hace analizar el paradigma de hace algunos años y ya hasta sonar trillado nombrar al proceso penal actual como una "*nueva Justicia penal*", en donde habrá, de nueva cuenta, quien se resista al cambio y quien trate lo antes posible de entenderlo, ya que es una necesidad jurídica y real el esclarecimiento de los hechos que presuntamente cometieron los imputados, los cuales en el peor de los casos se encuentran en prisión preventiva, misma que tiene término de vigencia de dos años, en el caso de la legislación mexicana (Art. 20 Apartado B, Frac. IX C.P.E.U.M.). Al no intentar dar el paso hacia la virtualidad, más allá de los estragos constitucionales y procesales, debemos pensar lo que les estamos enseñando a las futuras generaciones y que estamos plasmando en la historia; lamentablemente los costos de "*no hacer*", siempre serán más grandes que el de "*intentarlo*", porque es ahí, cuando lo intentas, que pudieran surgir rutas que serán de gran ayuda para la tramitología, no solamente penal, sino de todas las ramas del Derecho.

El éxito de los juicios orales virtuales estriba en los protocolos que se realicen y el respaldo que los tribunales les den a los mismos, teniendo como obligación hacer del conocimiento a los intervinientes y que los mismos estén enterados de cómo deberán realizar sus ejercicios y técnicas de litigación. Debemos tener en cuenta que nunca se tendrán contempladas todas las situaciones que se pudieran generar, pero sí podemos prevenir las inevitables y aquellas que la experiencia nos haya dado con el transcurso del tiempo,

porque los protocolos al igual que las leyes serán perfectibles e inacabados.

Establecer, en los protocolos aplicables en los procedimientos jurisdiccionales, aquellos mecanismos electrónicos que usamos en el ámbito social y darles uso como nuestro eje rector laboral, tales como el correo electrónico, aplicaciones como whatsapp, messenger facebook, por mencionar algunas, nos ayudará a lograr una comunicación efectiva; por lo anterior debemos acostumbrarnos a su uso, no solamente para cuestiones personales, sino encontrarles utilidad para la vida profesional. Se puede entender que los protocolos a utilizarse no serán iguales en todos los tribunales, ya que, dependiendo de la ubicación geográfica y jurisdiccional del tribunal, serán sus necesidades y características especiales.

La Administración Judicial desempeña un rol importante, ya que es la encargada de materializar lo ordenado por los Jueces, siendo la encargada de la repartición de audiencias y aquellas causas penales que se encuentran en etapa de enjuiciamiento, obliga a la Administración a crear estrictos tabuladores que se distinguen entre delitos graves, delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa o bien el número de imputados y de pruebas, esto con el fin de establecer un equilibrio y que los jueces confíen plenamente en que no se les está cargando más o menos trabajo que a uno de sus homólogos.

Por parte de la Administración Judicial, que es donde me desempeño como Coordinador de la Unidad de Sala y Causa del Partido Judicial de Tijuana, Baja California, México, estamos seguros y convencidos de que deben realizarse juicios orales virtuales, no solamente por el retraso en la agenda, porque aun sin pandemia, nuestra agenda de juicios orales presenciales va en el mes de marzo del año 2021, sin contar los que están pendientes en agendar, los suspendidos por la presentación de amparos por alguno de los intervinientes y los nuevos Juicios por dictarse auto de apertura durante la pandemia. Teniendo un sistema casi al borde del colapso, la contingencia sanitaria vino a romper nuestras logísticas y planes de trabajo, así por nuestra parte, creamos un protocolo orientador, el

cual fue visto con viabilidad por algunos de los jueces y otros únicamente por el tema de "inmediación" decidieron no entrar al análisis. Por parte de la Administración Judicial estamos convencidos de la viabilidad del juicio oral virtual, ya que contamos con videoconferencias que permitirían el desahogo de los testigos y así lograr técnicas de litigación óptimas que permitirán el sano desarrollo de los juicios orales.

Por lo anterior determinamos elaborar nuestro protocolo orientador, el cual bajo nuestra óptica, requería forzosamente que los testigos realizarán sus interrogatorios en sede judicial, desinfectándose la silla donde brindarán su testimonio, así como todo aquel lugar en donde éste se encuentre antes y después de rendir declaraciones, poniendo a disposición de los testigos gel desinfectante y toma de temperatura antes de ingresar al recinto judicial, así mismo se le preguntará si presenta algún síntoma o ha estado en contacto con alguna persona que haya resultado positiva. En caso de que uno de los testigos presente síntomas, se le informará al oferente de la prueba para que éste decida y analice la necesidad de la testimonial y citarlo dentro de quince días o bien se desista, esto siempre en anuencia del oferente. Los pasillos por los cuales transitará el testigo en sede judicial estarán desinfectados y se les pedirá que, durante su estadía en sede judicial, pertenezcan con mascarilla y únicamente podrán prescindir de ella durante su testimonial.

Uno de los retos que presenta la Administración Judicial es seleccionar aquellos juicios orales que pudieran representar una alta factibilidad de desarrollar a través de las plataformas virtuales, observando la cantidad de pruebas que se admitieron en el auto de apertura a juicio oral y considerando seleccionar aquellos juicios orales que tengan diez testigos como parámetro máximo.

La Administración debe hacer del conocimiento al Juzgador de la factibilidad del juicio oral de manera virtual y propondrá una fecha tentativa para el inicio. Una vez que el juzgador analizó y realizó las consideraciones necesarias para el desarrollo del juicio oral, se le deberá enviar un proyecto de acuer-

do, en el cual se adicionará de manera particular lo siguiente: "…El Agente del Ministerio Público deberá digitalizar en su totalidad la carpeta de investigación para su uso personal o bien, si alguna de las partes así lo considere necesario, con apercibimiento en caso de incumplimiento…".

Se hará de conocimiento a las partes del proceso que el juicio oral fue agendado para desarrollarse de manera virtual y se preguntará si existe algún inconveniente para desarrollarlo por esa vía, otorgándose el término de tres días a partir de la notificación del acuerdo para presentar las manifestaciones correspondientes, lo anterior para no trastocar los principios fundamentales del proceso penal, tal y como lo son el de publicidad, contradicción, continuidad, concentración e inmediación.

La citación de los testigos se hará a través del ministerio público y se les requerirá que acudan a sede judicial con las debidas precauciones, esto es que desde que se ingrese al Juzgado el testigo deberá portar cubre bocas y una identificación. El día del juicio oral la Administración del Tribunal recibirá a los testigos con los debidos protocolos de seguridad e higiene, para conducirlos a la sala en donde rendirán sus testimonios. Los intervinientes el día de la audiencia recibirán una liga de la plataforma Zoom y deberán ingresar veinte minutos antes de la hora señalada, con la finalidad de que la Administración realice las pruebas necesarias para el desarrollo de la audiencia.

Iniciada la audiencia de debate el juez de enjuiciamiento les volverá a preguntar a las partes si es su deseo que su juicio oral se desarrolle de manera virtual y a manifestación expresa de las partes se iniciará la audiencia. En primer término, se le da el uso de la voz a las partes procesales para sus alegatos de apertura, pero es en el desahogo de los testigos y en los ejercicios de *refresco de memoria o evidenciar contradicción* donde encontramos el verdadero desafío. Ya que esos ejercicios se hacen con documentos que los testigos firmaron con prelación al juicio y su exhibición sólo se puede limitar a los intervinientes y a los testigos a realizar el ejercicio, no así para el juez

y el público presente. Es aquí donde el que pretenda realizar el ejercicio, deberá enviar al correo electrónico autorizado por la Administración la constancia y en sede judicial se imprime la misma y se pone a disposición del testigo y se señalará en qué parte del documento el testigo deberá leer en voz para él mismo, el cual podrá continuar con el desarrollo de su testimonial.

Ahora bien, el tema de la objeción a las preguntas a realizar y no obstruir la espontaneidad de las respuestas, antes de cada interrogatorio, más allá de hacerle saber a los testigos de sus derechos que tienen y a su protesta de conducirse con veracidad, se les pide que antes de contestar una pregunta, se tomen tres segundos como máximo entre cada pregunta y respuesta, dando así tiempo a la parte que no está realizando el interrogatorio para realizar las objeciones necesarias.

La exposición de prueba material se hará en sede judicial y contará con las tomas necesarias para establecer las condiciones que requiera el oferente de la prueba y el Juzgador para su análisis. Los operadores deberán estar en sus respectivas oficinas o bien, en donde ellos consideren que pueden desarrollar con efectividad la audiencia virtual, con excepción de los testigos que deberán rendir su testimonio en sede judicial y el acusado quien deberá estar en sala del Centro de Reinserción Social, mismo que en todo momento deberá estar en contacto con su defensor de manera privada a través de medios electrónicos.

En caso de que el área de informática detecte alguna inconsistencia, falla o falta de sonido de los intervinientes, será informado al Juez que presida por conducto del encargado de sala, asimismo se informará cuánto tiempo requiere el personal de sistemas para solucionarlo.

Se recomendará que los operadores estén en espacios libres de sonidos e interferencia para el desarrollo de la audiencia; asimismo deberán privilegiar el uso de audífonos para poder escuchar claramente lo manifestado por los testigos o los diversos operadores.

Los espacios que sean seleccionados deberán contar con una red a internet que sea suficiente para poder desarrollar la audiencia. Deberá privilegiarse el uso de computadores *laptop* o *tablets*, o cualquier dispositivo que pueda acceder a la plataforma Zoom y no así el uso de teléfonos *smart phones*, ya que pudieran recibir llamadas durante la audiencia, interfiriendo directamente en la continuidad de la misma.

Para tener un mejor audio durante la audiencia, se recomienda que los operadores que no estén en el uso de la voz tengan sus micrófonos silenciados. Así mismo, desde la primera audiencia se recomienda establecer reglas de decoro de los intervinientes.

Por todo lo anterior, sin trastocar los derechos fundamentales que tienen todos los justiciables a un derecho pronto y expedito, debemos impulsar el ejercicio de juicios virtuales, porque si bien estamos viviendo una pandemia con la espera de que la misma tenga un final, nadie nos asegura que al pasar los meses no surja una nueva enfermedad o un nuevo virus que nos vuelva a aislar y nos exija de nueva cuenta el distanciamiento social; los virus no están erradicados y al igual que el Derecho están en constante evolución y cambio, es por ello que no debemos dejar pasar que lo que estamos viviendo puede o no ser ajeno a las siguientes generaciones y tenemos en nuestras manos la oportunidad de marcarles la ruta y bien ser pioneros en el ejercicio del Derecho virtual, que si lo vemos tal y como lo es, Derecho y Justicia virtual, no estamos tan alejados de la realidad que hoy vivimos. Debemos evolucionar, cambiar paradigmas y arriesgarnos al prueba y error, porque de ahí el aprendizaje y anécdotas. Tenemos la oportunidad de hacer historia, aprovechémosla y usemos las tecnologías a nuestro alcance para el logro de este objetivo y superar el gran reto que representa pasar de lo presencial a la virtual. La mayoría de las profesiones están emigrando a plataformas electrónicas y las que no lo están haciendo, están siendo obsoletas y por lo tanto reemplazadas; como se mencionó al inicio, el ser humano se encuentra en constante movimiento y cambio. El siguiente paso es la persuasión al sector político

para la creación de normas que den sustentabilidad jurídica al proceso virtual, de aquí la importancia de no imponer un proceso penal con los derechos fundamentales limitados, porque no estaríamos hablando de Justicia, sino de la creación de tribunales especiales, que son inconstitucionales.

El artículo 51 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México, faculta a las audiencias virtuales sin distinción, ya que señala:

"*Artículo 51. Utilización de medios electrónicos.*

Durante todo el proceso penal, se podrán utilizar los medios electrónicos en todas las actuaciones para facilitar su operación, incluyendo el informe policial; así como también podrán instrumentar, para la presentación de denuncias o querellas en línea que permitan su seguimiento.

La videoconferencia en tiempo real y otras formas de comunicación que se produzcan con nuevas tecnologías podrán ser utilizadas para la recepción y transmisión de medios de prueba y la realización de actos procesales, siempre y cuando se garantice previamente la identidad de los sujetos que intervengan en dicho acto". Con ello, al estar las palabras "*todo el proceso*", entendemos que el proceso comienza desde la interposición de la denuncia y querella, hasta que se dicte sentencia condenatoria o absolutoria, sin distinción si se dictó en procedimiento especial abreviado o en juicio oral; por lo anterior están legalmente sustentadas y por lo tanto es factible su instrumentación con protocolos que auxilien al desarrollo de las audiencias virtuales.

Finalmente, considero que el tema de si deben o no realizarse audiencias virtuales debería ser un tema superado y nuestras energías y conocimientos empezar a canalizarlos en el cómo realizarlos. Los justiciables y en sí la sociedad en general necesitan juicios virtuales ya-ayer, para que hoy estemos seguros y confiados en que la verdad y la justicia es y será siempre un ideal a encontrar.

Bibliografía

Brian Barry, *Theories of Justice*, California, EUA, 1991.

Berg, Nancy y Paul Mussen, "The origins of concepts of jus-

tice", Journal of social issues 31, núm. 3 (verano 1975), 183-201.

SEN, Amartya (2011), *La idea de la justicia*, Taurus, Buenos Aires.

Organización Mundial de la Salud, publica directrices para ayudar a los países a mantener los servicios sanitarios esenciales durante la pandemia de COVID-19, https://www.who.int/es/news/item/30-03-2020-who-releases-guidelines-to-help-countries-maintain-essential-health-services-during-the-covid-19-pandemic.

Reynaldo ESCOBAR, "El papel del derecho en relación con el uso de tecnologías de información", http://www.ordenjuridico.gob.mx/congreso/pdf/91.pdf.

Gustavo AMONI, "El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal", Rev. IUS vol.7 no.31 Puebla ene/jun 2013.

Juicios orales. Versión 2.0

Facundo Rodrigo González Busquin

El año 2020 será recordado por todos como el año en que el mundo fue azotado por la pandemia del COVID-19 pero, para los operadores judiciales, será rememorado como el inicio de una nueva realidad en materia de herramientas tecnológicas que coadyuvan a las labores cotidianas.

La República Argentina registró el primer caso positivo de coronavirus el día 3 de marzo de 2020. Como consecuencia de ello, los órganos estatales adoptaron medidas para la preparación y respuesta al incipiente virus. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció, con fecha 11 de marzo de 2020, un régimen especial de licencias para aquellos magistrados, funcionarios o empleados que hubieran regresado al país desde las áreas de circulación y transmisión del coronavirus.

Seguidamente, decretó inhábiles el plazo comprendido entre los días 16 y 31 de marzo, y estableció medidas de seguridad buscando no afectar la prestación esencial del servicio.

El devenir del brote pandémico culminó en el establecimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio por parte del Poder Ejecutivo Nacional. En respuesta, nuestro Máximo Tribunal recurrió a medidas especiales de protección.

Así, a través de la Acordada 6/20 se dispuso la "feria extraordinaria" desde el 20 al 31 de marzo. En dicha acordada, instó a los magistrados a realizar igualmente aquellos actos que no admitieran demora.

Particularmente, en materia penal se indicó que los tribunales deberían tratar: "cuestiones vinculadas con la privación de la libertad de las personas, violencia urbana y doméstica, delitos contra la salud pública -fundamentalmente las conductas que contravengan el sistema normativo de prevención y mitigación dispuesto por las autoridades nacionales competentes en el marco de la presente emergencia-, delitos migratorios, interrupción de las comunicaciones, delitos vinculados

con el aprovechamiento de la calamidad, habeas corpus, delitos contra las personas, contra la integridad sexual, contra la seguridad pública y contra el orden público".

Por razones sanitarias, la Corte habilitó la realización de las labores desde los hogares, para todos aquellos magistrados, funcionarios o empleados que no sean convocados a prestar servicios de guardia en los tribunales.

Así, en un primer momento, toda la actividad penal nacional quedó circunscripta a resolver solamente cuestiones relativas a excarcelaciones o prisiones domiciliarias; sin perjuicio de algunas urgencias menores.

Se avecinaban tiempos difíciles.

Es menester indicar que, gran parte del personal judicial y de los ministerios públicos no contaba con instrucciones precisas de cómo realizar el trabajo a través de medios virtuales. Desconocían los sistemas de carga de escritos, no poseían sus firmas autorizadas, carecían de medios electrónicos idóneos para realizar audiencias, entrevistas, etc.

La falta de alfabetización digital de los operadores judiciales se hizo notar rápidamente.

El día 1° de abril comenzaría una seguidilla de prórrogas de la feria extraordinaria, sin perjuicio de algunas flexibilizaciones que se corresponderían con el avance y retroceso de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio que dispusiera el PEN. La primera prórroga abarcaría desde el 1° al 12 de abril.

Durante dicho período, en la falsa creencia de que las restricciones durarían poco tiempo, todas las audiencias de juicio previstas fueron suspendidas o reprogramadas.

La Acordada 10/20 CSJN incorporó, en el listado de aquellos temas que no admiten demora, el tratamiento de "…causas en las que se encuentre en juego el derecho a la salud y la protección de personas con discapacidad". Asimismo, prorrogó nuevamente la feria extraordinaria hasta el 26 de abril.

Seguidamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobó, para su uso, la implementación de la firma digital y electrónica. Ello trajo a cuenta la falta de necesidad de utili-

zar soporte papel; la Justicia comenzó su largo camino hacia una real digitalización.

Asimismo, extendió su implementación a todos los sujetos que intervienen en los procesos, cualquiera sea el fuero; ello, por cuanto resultaba evidente que las medidas dispuestas por el PEN se extenderían más de lo esperado y resultaba esencial asegurar la continuidad del sistema de forma virtual.

Consecuentemente, se instó a la Dirección de Sistemas de la Corte a que adopte las medidas necesarias para el desarrollo de un sistema que permita la presentación remota de recursos de queja por denegación del recurso extraordinario y de aquellas demandas que resultan competencia originaria.

Sin embargo, nada se decía respecto de las audiencias orales, y a duras penas se realizaban entrevistas en el marco de juicios abreviados.

En este orden de ideas, la Cámara Federal de Casación Penal, en ejercicio de la superintendencia del fuero penal (federal y nacional), se hizo eco de los avances tecnológicos de la CSJN e instó a los tribunales inferiores a extremar las acciones, priorizando el trámite "integral" de los casos con personas privadas de la libertad y aquellas cuestiones que no admitan demora; así como a realizar mayores actividades en el orden jurisdiccional como en el de gestión, ello para evitar la paralización de los casos y no afectar el derecho de las partes.

Particularmente dispuso como condición esencial que se asegure, a las partes, el acceso digital a la información del caso para realizar sus presentaciones; y que no exista oposición fundada y razonable de alguna de ellas.

La Justicia penal puso nuevamente sus motores en marcha. El impacto fue casi inmediato. Si bien los plazos procesales continuaban suspendidos, los juzgados de instrucción comenzaron a elevar a los tribunales orales (previa digitalización) aquellas causas en las que se requirió dicha elevación.

Asimismo, estos últimos comenzaron a citar a las partes a juicio; principalmente en las causas que contaban con personas privadas de su libertad, pero ya no de forma exclusiva. Mas, no se avizoraba cómo podría realizarse un juicio bajo esta

modalidad de trabajo; varios de los operadores se mostraban escépticos sobre dicha posibilidad.

El día 11 de mayo la CSJN, tras prorrogar nuevamente la feria extraordinaria, aprobó diversos protocolos de actuación. Ellos mantuvieron la recomendación del trabajo virtual, restringiendo la prestación presencial para cuando resulte estrictamente necesaria.

Asimismo, se habilitó la posibilidad para que los tribunales de superintendencia penal amplíen las materias a considerarse durante la feria extraordinaria.

El punto más importante de dichos protocolos fue la habilitación para que los jueces pudieran dictar, en forma remota, las sentencias definitivas e interlocutorias en aquellos expedientes que se encontraran en condición de ser resueltos; sin importar la materia.

Y, si bien se habilitó la notificación electrónica de dichos decisorios, se mantuvo la suspensión de los plazos procesales. Ello, sin perjuicio de que las partes podrían solicitar la habilitación correspondiente para el tratamiento de los recursos.

Corolario de ello, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional incorporó para su tratamiento aquellos casos en los que se haya interpuesto recurso de casación contra la sentencia definitiva, si se hubiera celebrado la audiencia correspondiente ante dicha Cámara, y la urgencia del caso así lo requiriera.

Podemos establecer aquí un quiebre definitivo en la actividad judicial. Los tribunales penales nacionales comenzarían lentamente a realizar audiencias de juicios orales, lo cual devino en un sinfín de problemas como enseguida veremos.

Previo a ello, la creciente actividad digital trajo aparejada la necesidad de oficiar a diferentes instituciones, a efectos de requerir informes, pero la posibilidad de hacerlo de forma presencial no era una opción. Frente a ello, a través de la Acordada 15/20 CSJN de fecha 22 de mayo de 2020, nuestro Máximo Tribunal dispuso que -en forma progresiva- desde el 1° de junio los oficios a los organismos públicos o privados deberían tramitarse en forma digital. A tal fin, se aprobó el "Reglamen-

to para el diligenciamiento electrónico de oficios con entidades externas al Poder Judicial -DEOX-".

La actividad judicial tomó un nuevo impulso. Ya no sólo se dictaban sentencias de fondo (en las causas cuyo debate había sido sustanciado) o interlocutorias, sino que se facilitó la posibilidad de ofrecer prueba y obtener informes para avanzar paulatinamente con el trámite de aquellas causas que se encontraban aletargadas.

Los calendarios se comenzaban a llenar con fechas de audiencias virtuales, algo que ni los más vanguardistas hubieran creído posible que sucedería tan pronto en nuestro sistema judicial.

Finalmente, tras reiteradas prórrogas y cuatro meses de vigencia, aquella feria extraordinaria que fuera dispuesta el 20 de marzo llegaría a su fin para los fueros nacionales y federales de la Capital Federal. En diversas jurisdicciones, la feria extraordinaria ya era un cercano recuerdo.

El 20 de julio de 2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso el levantamiento de la feria extraordinaria, establecida en el punto 2° de la Acordada 6/20 -la que resultó varias veces extendida-, respecto de los tribunales orales federales y nacionales; así como de las cámaras de dichos fueros.

Sin perjuicio de ello, para los juzgados de primera instancia, dicha feria culminaría recién el día 27 de julio. Así, la Acordada 31/20 CSJN ratificó el levantamiento definitivo de la feria extraordinaria para toda la Justicia federal (de la Capital Federal) y nacional, y rehabilitó los plazos procesales; ello, empero, sin descuidar la salud de los agentes judiciales y manteniendo las recomendaciones de trabajo remoto.

Ahora bien, la Justicia penal nacional -en particular- ha ido navegando a ciegas por un encrespado mar; empero, la mayoría de las veces ha resuelto en forma rápida y eficiente las incidencias que se suscitaban en el devenir de la tramitación de las causas, mucho antes de que la normativa citada receptara una solución específica.

La organización no se hizo esperar. Rápidamente se implementaron medios de comunicación entre las partes (recurrien-

do al uso de correos electrónicos o a programas de mensajería instantánea); se pactaron acuerdos de trabajo remoto (como la presentación de escritos digitalizados ya desde el 16 de marzo, tanto a través de la carga en el sistema LEX100 como por remisión vía correo electrónico institucional) y se priorizó la resolución de aquellas causas urgentes (principalmente de personas privadas de su libertad).

Sin embargo, el problema devino ante la necesidad de realizar audiencias orales (inicialmente de *visu* tras acuerdos de juicios abreviados).

Las partes -y principalmente los detenidos bajo la órbita del Servicio Penitenciario Federal- no podían (ni pueden) reunirse de forma presencial, carecían de educación digital en el uso de herramientas de videoconferencias y de medios idóneos para su implementación.

A ello se sumó, inicialmente, la falta de un criterio unificador de cuál era la mejor -y más segura- plataforma para realizar una audiencia virtual. ¿Era preferible usar *Zoom*, *Jitsi*, *Google Meet*, *Microsoft Teams*, *WhatsApp*? La lista es extensa, y me animo a aventurar que aún hoy la respuesta no es unánime.

¿Y para realizar los juicios orales? El problema resultó mayúsculo.

Y sin perjuicio de que los casi treinta tribunales orales nacionales tomaron diversas medidas a fin de avanzar (o comenzar) con las audiencias de juicios virtuales, los planteos no tardaron en aparecer.

Las defensas realizaron las primeras observaciones, atendibles, sobre francas violaciones a las garantías procesales de sus defendidos (Bovino y Penna, 2020). La imposibilidad de mantener una comunicación asidua y secreta durante el desarrollo del debate encabezaba el reclamo.

Por su parte, los requerimientos fiscales para que las víctimas presencien las audiencias generaron un tráfico de datos que provocaba latencia en las comunicaciones, ruido e interferencias. ¡Mas no podía excluírselas de ellas!

A todo ello, debe sumarse que la realización de juicios orales por medio de videoconferencias afecta palmariamente el

principio de publicidad. Quien no ingrese a la sala virtual -previa autorización- no podrá tomar conocimiento de lo que en ella suceda (Cafferata Nores, 2002, p. 19).

Resulta menester indicar que la realización de debates orales virtuales contraviene disposiciones expresas del Código Procesal Penal de la Nación en relación a cómo y cuándo debe realizarse el juicio, afectando así la exigencia básica de que el proceso tramite de acuerdo a la ley. Verbigracia de ello, el art. 363 del ritual establece expresamente la publicidad del debate bajo pena de nulidad.

Pocas excepciones se reconocen al requisito de publicidad de los juicios orales, principalmente por razones de orden público, o por afectación a la seguridad o la moral; ¿es, acaso, el distanciamiento social una causal válida para contravenir las disposiciones del Código y las exigencias constitucionales?

El artículo 373 CPPN dispone por regla general que el lugar de la audiencia es la sede del Tribunal, y sólo como excepción podrá desplazarse a un lugar distinto. Esto no importa un permiso para un contacto meramente virtual de jueces y partes ubicados todos ellos en lugares distintos.

El principio de inmediación exige que el Tribunal se "constituya en una sala de audiencias" y compruebe que las partes estén presentes allí, lo mismo que los testigos.

Véase que, la realización virtual desnaturaliza por completo el carácter presencial del juicio, y la interacción real e inmediata entre las partes y el Tribunal, que es lo único previsto por la ley nacional vigente.

Bajo este prisma, se puede afirmar que en pos de asegurar una mayor amplitud del derecho de defensa; la validez, integridad y calidad epistémica de la prueba, de las que dependen la convicción del tribunal; y la garantía que aporta la inmediación, no resulta posible apelar a avances tecnológicos, en detrimento de los derechos de los procesados, para la realización integral de juicios orales a distancia.

Inclusive, atento a la normativa citada, ni siquiera una acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación podría habilitar la realización virtual de los juicios penales. Sólo el

Congreso de la Nación podrá disponer las modificaciones necesarias para ello.

Hay que recordar que el juicio es fuente de múltiples restricciones de los derechos del imputado; por ello se le garantiza un proceso regulado en su totalidad, y de forma detallada. En tiempos excepcionales es necesario que dicho proceso transite por los carriles de la legalidad; no bastan "buenas razones" para justificar de forma abstracta la creación de modalidades alternativas al juicio.

En igual sentido, la falta de publicidad contraviene los fines preventivos generales que se reconocen a los juicios orales, así como también la posibilidad de control de los actos de gobierno por parte de la sociedad. No basta una simple publicación de la sentencia, sino que el control debe poder ejercerse durante toda la producción del juicio.

Hasta aquí hemos discurrido por las acordadas que regularon la actividad jurisdiccional en el marco de la pandemia por la propagación del COVID-19, y las críticas formuladas a la implementación de juicios virtuales en el ámbito de la Justicia penal nacional.

Ahora bien, a modo de conclusión es posible afirmar que todas las cuestiones indicadas tienen una solución, más o menos, rápida y asequible.

En primer lugar, las medidas adoptadas por los diversos órganos de superintendencia han resultado insuficientes en materia de alfabetización digital. No hay forma de poder avanzar hacia la realización de juicios virtuales si los operadores desconocen cómo usar las herramientas disponibles.

Así, por ejemplo, no saber que los audios deben silenciarse durante las audiencias y -sólo- deben habilitarse cuando se requiera el uso de la palabra, es una instrucción básica que no todos los operadores tienen presente. Ello genera ruido en la comunicación y latencia en la transmisión de datos.

En igual sentido, la habilitación de las cámaras genera problemas de transmisión que pueden ser evitadas. ¿Es necesario que todo el público tenga su cámara prendida? Claramente no.

En este sentido, en reporte del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2020) concluye que "Casi la totalidad de países habilitaron la realización de audiencias virtuales, circunstancia que puede aparecer como una decisión trascendental pero problemática dado que: (i) la mayoría de los Poderes Judiciales no contaban con plataformas propias; (ii) las capacitaciones en su uso de operadores internos o externos no se ha generalizado (menos para la toma de una audiencia); (iii) en general, no se crearon protocolos para la toma de audiencias que contengan, más allá de las funcionalidades de la herramienta, reglas sobre cómo compatibilizar el medio al fin. Es decir, cómo la toma de la audiencia a través de ese medio tecnológico, facilita y garantiza los derechos y garantías constitucionales-convencionales. No sólo en un plano dogmático o teórico, sino operativo y pragmático".

Concordantemente a que todos los agentes (internos y externos) sepan cómo usar eficientemente las herramientas virtuales, deviene necesario la implementación de prácticas que permitan resguardar la privacidad en la comunicación entre el imputado y su defensor. Particularmente durante la sustanciación de audiencias de juicios orales virtuales en donde el imputado se encuentra privado de su libertad.

Una solución plausible -para dicho caso, mas no la única- sería la provisión, para el uso exclusivo en la audiencia, de un aparato de telefonía celular con el que pueda comunicarse (vía texto o audio) con su letrado defensor.

Asimismo, podría designarse al abogado defensor como "administrador" de la reunión (según la plataforma que se elija para la realización) para que, tras cada declaración testimonial o acto procesal acontecido, coloque a todos los participantes en la "sala de espera", mientras se entrevista con su asistido. Tras ello, permitiría nuevamente el ingreso de los demás actores para la continuación del debate.

En esta lógica, la virtualidad conlleva asignar un rol administrativo mayor a quien ejercita la defensa técnica durante el debate, por cuanto se carece de vías eficientes de comuni-

cación que aseguren el respeto del derecho de defensa y las demás garantías del imputado.

Respecto al estricto cumplimiento del principio de publicidad, entiendo que la solución es sencilla. Existen medios para la difusión del debate, a efectos de compensar la no realización de una audiencia presencial abierta al público (vgr. el *streaming* por redes sociales, la televisación, etc.), de los que se deberían disponer con la suficiente antelación.

Particularmente, muchos programas de videoconferencias permiten su transmisión vía *streaming* (retransmisión en directo o emisión en continuo); ello permitiría que cualquier persona pueda acceder, desde cualquier parte del mundo. La publicidad se verá potenciada, y anhelo que dicha implementación no se pierda cuando se habilite nuevamente la presencialidad en las audiencias.

Corolario de ello, es menester resaltar que las cámaras que conforman el Poder Legislativo Nacional han implementado canales de transmisión en directo de la actividad parlamentaria (portales web, canales de cable, *streaming* por *YouTube*), lo que ha posibilitado el acceso al público general a los debates, desde sus hogares. Ejemplo que el Poder Judicial está llamado a seguir.

Finalmente, la mayor facilidad para videograbar las audiencias -lo cual es un requisito no siempre cumplido en la Justicia nacional- importa no sólo una herramienta de mejora para las intervenciones de los órganos de revisión, sino también un avance para el cotejo de las partes sobre lo actuado. ¡Y ello sin tener en cuenta el uso académico que se puede dar tan productiva fuente de información!

Pero, no puedo concluir sin realizar una advertencia, probablemente el obstáculo más importante que se debe salvar. Mientras nuestra Constitución Nacional y las leyes procesales no establezcan lo contrario, las sesiones telemáticas de actos de cierta complejidad sólo podrán llevarse a cabo con el consenso de las partes que han de intervenir.

Por ello, resulta menester que el Congreso Nacional dicte, con carácter urgente, normas que regulen el proceso penal de

forma virtual; requisito indispensable a fin de resguardar las garantías que nuestro bloque de constitucionalidad reconoce, no sólo a la persona imputada, sino también a las víctimas.

Una ley que no sólo deberá contener reglas procesales que indique cómo se sustanciará la audiencia, cómo intervendran las partes, y cómo se protegerá el efectivo ejercicio del derecho de defesa; sino que también deberá contener una revisión institucional que permita repensar la concepción tradicional en pos de la incorporación de las TICs como herramientas de uso corriente. Ella, necesariamente tendrá que prever la capacitación del personal en el uso responsable de la tecnología y un plan estratégico en vista al nuevo esenario que se presentará una vez transcurrida la emergencia sanitaria.

La Justicia se debe actualizar, a su versión 2.0.

Bibliografía

Arellano, J., Cora, L., García, C., Sucunza, M. (2020), "Reporte CEJA: Estado de la justicia en América Latina bajo el Covid-19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales", disponible en: https://cejamericas.org/quehace-ceja/estudios-y-proyectos/estudios-y-proyectos/ tecnologia-de-la-informacion -y-comunicaciones-tics/reporte-ceja-estado-de-la-justicia-al/

Bovino, A., Penna, C. (2020), "Juicios Penales virtuales", disponible en: http://nohuboderecho.blogspot.com /2020 /06/ vamos -al-zoom-condenemos-alguien.html

Cafferata Nores, J. I. (2020), *Proceso penal: novedades legislativas y jurisprudenciales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Juicios orales en el marco de la pandemia por el Covid-19

Federico Daniel Martinengo

Objetivo: El presente tiene como finalidad analizar el estado de situación de la Administración de Justicia respecto a la realización de juicios orales donde desempeño mis funciones, esto es el Tribunal en lo Criminal N° 2 de Zárate-Campana, en función de la normativa sanitaria dictada por las autoridades judiciales. Asimismo, el análisis crítico sobre el uso de medios telemáticos para su realización y su compatibilidad con la garantía del debido proceso legal y convencional.

Palabras claves: juicio - telemático - pandemia - inmediación.

I.- Consideraciones preliminares

La Administración de Justicia dentro de todo Estado democrático resulta ser un servicio esencial que como tal no puede privarse de permanecer activo así sea durante situaciones extraordinarias como la pandemia por el Covid-19. Así se ha establecido incluso en el decreto 297 del Poder Ejecutivo (art. 6 inc. 3°).

En este punto las nuevas tecnologías de información y comunicación (TICs) juegan un rol preponderante que, al menos complementariamente, asistirán a la modalidad tradicional para evitar esa parálisis que, antes o después, traerá consigo mayores inconvenientes que los que su uso, para algunos, ocasiona.

A continuación, veremos cómo se ha desarrollado la Justicia en tiempos de pandemia en el Departamento Judicial de Zárate-Campana, luego se expondrán criterios sobre el juicio telemático y su relación con las garantías constitucionales y finalmente daré mi visión personal del asunto.

II.- Estado de situación de la Administración de Justicia respecto a la realización de juicios orales durante la pandemia

Los trámites procesales escogidos principalmente por las partes durante la medida de aislamiento social, fueron primeramente aquellos vinculados con pedidos de libertad, morigeraciones a las prisiones preventivas, *habeas corpus* o planteos relacionados a cuestiones de salud de las personas privadas de su libertad (arts. 108, 159, 163, 169 y 409 del rito).

La defensa -particular o pública- ha dirigido sus esfuerzos en obtener diversos beneficios para su asistidos a fin de que transiten el proceso penal de una manera distinta a la que lo venían haciendo (básicamente, en sus domicilios). La Fiscalía, por su parte, trató de dar sus puntos de vista en cada uno de esos procedimientos, mientras que los órganos de juicio los resolvían.

Con el correr de los días, el Tribunal incentivó a las partes para que avancen en el trámite de los expedientes, invitándolas a que esgriman sus teorías del caso, formulen estipulaciones probatorias sobre hechos no controvertidos, celebren audiencias preliminares de modo virtual, ofrezcan prueba y adopten mecanismos alternativos al proceso ordinario. Primero tan sólo aceptaron limitarse a formular el acuerdo abreviado ante el juez y que se lleve a cabo la audiencia de contacto *de visu* (art. 41 CP y 398 CPP). Después fueron prestando conformidad para el desarrollo íntegro de la audiencia, permitiendo que el Magistrado dictase sentencia verbalmente, en los términos del Plan Piloto oportunamente instaurado por la Suprema Corte. También se llevaron a cabo audiencias preliminares en procesos con jurados en las cuales las partes fueron depurando la prueba a producir en el juicio, formulando acuerdos probatorios al mismo tiempo.

Finalmente, se propuso la realización de audiencias de juicio oral, sean éstas de modo virtual, presencial o mixtas, y en su caso con la adopción de las medidas de cuidado pertinentes, en los términos de lo normado por el artículo 108 del CPP y de

las resoluciones 386 (art. 2), 10 (art. 1.2.b.1.1.4), 14, 18 (art. 4 inc. c), 480 (consid. 2°) y 567 (arts. 1 y 2) y Acda. 3975 de la Suprema Corte de Justicia bonaerense.

Sin embargo, más allá de que la Fiscalía compartió el criterio de llevar a cabo juicios bajo una modalidad mixta (por ejemplo comparecencia al órgano de juicio de las partes, los jueces y el secretario, asistencia virtual del acusado, declaración telemática de las víctimas y peritos, y finalmente testimonios presenciales de los efectivos policiales), la Defensa Oficial manifestó su enfática oposición mientras que algunos abogados particulares variaron su postura según el tipo de proceso del que se tratase, siendo la alternativa mixta la predominante.

En ese orden, se pudo iniciar y concluir una audiencia de juicio oral, la que se desarrolló de manera mixta, es decir en la primera jornada concurrieron todos los intervinientes al órgano de juicio, amplió declaración el acusado, que se hallaba en libertad, comparecieron dos personas a declarar, entre ellos la víctima; luego depusieron telemáticamente otros dos testigos, efectivos policiales, y finalmente en otra jornada, la que se hizo íntegramente por vía remota: en esta ocasión atestiguó un testigo propuesto por la defensa, desde el estudio jurídico del abogado, las partes formularon sus alegatos de cierre y finalmente se le otorgó la última palabra al imputado. La lectura del veredicto también se desarrolló virtualmente. En su transcurso se adoptaron las medidas higiénicas de rigor (destacando que el Área de Seguridad e Higiene en el Trabajo autorizó la realización de dicho acto al que podían concurrir hasta doce personas dadas las medidas de la sala de audiencias) mientras que la tecnología no generó inconveniente alguno.

A su vez, se decidió reanudar otro debate oral que se había visto interrumpido por el inicio de la cuarentena. En este caso significó que, ante el planteo de la Fiscalía por avanzar en el juicio y la oposición férrea de la defensa proponiendo su reanudación una vez terminada la pandemia a pesar de que los dos encausados se encontraban detenidos, el Tribunal de-

cidiese continuar el juicio mediante una modalidad similar al anterior.

III.- Celebración de juicios orales en el contexto actual

El debate oral previsto en el art. 339 del código ritual bonaerense es el núcleo central del proceso: la Fiscalía formula su acusación, se produce la prueba, el acusado puede declarar y junto a su defensa contrainterrogar a los testigos de cargo, las partes realizarán sus alegatos de cierre y el Tribunal dictará su resolución. Es el momento más puro del procedimiento penal a partir de los principios que rigen el juicio como la oralidad, inmediación, continuidad, el contradictorio y la publicidad.

Sin embargo, ante obstáculos extraordinarios como resulta ser la pandemia declarada por el Covid-19, considero que el proceso no puede detenerse hasta que cese el inconveniente suscitado, es decir la extinción del virus o el hallazgo de la vacuna apropiada. Es por eso que, si la tecnología nos permite, repito en este marco de excepcionalidad, contar con una sana alternativa para hacer frente a este problema, no veo por qué deberíamos prescindir de la misma; aunque claro está deberá analizarse en cada caso su vínculo con las garantías constitucionales de los justiciables. Y, si en ocasiones los medios tecnológicos no resultan aptos para dar una solución ajustada a derecho, se podrá recurrir a sistemas mixtos en los que converjan lo presencial con lo virtual.

Es decir, desconociendo cuándo terminará esta realidad mundial que genera idas y venidas en los diversos países del mundo entero, con brotes y rebrotes, lo que da cuenta de que debemos prepararnos para convivir con el virus, es momento de que pensemos en diversas opciones para que la Justicia no se estanque. Es cierto que existen trámites procesales en los cuales, en principio, no existirían mayores inconvenientes para la aplicación de las TICs, pero siendo el juicio oral el punto neurálgico del proceso, advierto diversas modalidades en

que éste pueda celebrarse, lo que deberá coordinarse previamente con las partes y evaluarse en cada caso en concreto en función de la complejidad de la causa, cantidad de intervinientes, de imputados, prueba a producirse, si el acusado se halla detenido o en libertad, entre otras cuestiones. En definitiva, la audiencia podría llevarse a cabo por los siguientes medios: a) Virtual, b) Presencial o c) Mixto.

a.- En las audiencias *virtuales* se utilizaría el sistema *Teams* S.A. proporcionado por la Suprema Corte que ha dado gratas muestras de funcionamiento en audiencias realizadas a tenor de los arts. 22 *bis*, 338, 398, 404 y 412 del código ritual, incluso como anticipé en un par de juicios orales que pudieron realizarse. Los testigos declararían desde dependencias públicas (Municipalidad, Comisaría, Patronato de Liberados o incluso desde el Ministerio Público), con la posible asistencia de funcionarios para un adecuado contralor del testimonio.

b.- Para el caso de los juicios *presenciales*, podrían adoptarse distintas medidas de precaución: 1) higienización y ventilación permanente de la sala de audiencias, 2) suministro de alcohol en gel, guantes y barbijos descartables, 3) control de la temperatura corporal previo al ingreso a la sala de audiencias, 4) distanciamiento social adecuado, 5) desinfección constante y 6) utilización del material y herramientas propias (birome, cuadernos, hojas, etc.); gestionando eventualmente desde el Tribunal el otorgamiento de permisos de circulación; todo ello conforme Resoluciones 10/20, (art. 1.2.b.1.1.4) y 567 (arts. 1 y 2) de la Suprema Corte de Justicia bonaerense.

c.- Finalmente, en cuanto a los debates *mixtos*, establecer la concurrencia de los jueces, el actuario y las partes a la sala de audiencias, la presencia física o virtual del acusado por medio del sistema de video-conferencia, la declaración telemática de las víctimas y los peritos y presencial de los agentes y numerarios pertenecientes a los poderes públicos o a la inversa.

IV.- El juicio telemático y las garantías constitucionales/convencionales

Quizá sea éste el punto más debatible a la hora de evaluar la aplicación de las TICs, dado que como se dijo el proceso penal ha de desarrollarse en respecto de las garantías que impone nuestra Carta Magna (art. 18) y los Tratados Internacionales de Derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), fundamentalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana de Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969 (art. 8) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14).

El Código de Procedimientos bonaerense se encargó de reglamentar esas garantías a la vez de adoptar el proceso acusatorio adversarial con la implementación de los juicios por jurados.

Pero hete aquí que éstas no son absolutas (salvo la dignidad humana), sino que tendrán que ser ponderadas a la luz de los demás derechos en juego como podrían ser la salud de las personas, los intereses de las víctimas o la duración de los procesos, debiendo en todo caso la tecnología adaptarse a las garantías y no a la inversa, aunque sin perder de vista la fecha de suscripción de los Pactos de derechos humanos, a cuyos suscribientes difícilmente podríamos exigirles que hayan contemplado la aplicación de medios tecnológicos en los Pactos, tales como por ejemplo aclarar que la presencia del acusado debe ser física y/o virtual.

Corresponde definir entonces si el debate virtual contrarresta alguna de las garantías allí contempladas, básicamente las relativas con los principios de inmediación, el contradictorio, la oralidad, continuidad y publicidad, evaluando si a partir de su instauración se afectaría el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio. Vamos por parte.

a. La *inmediación*: principio rector de un Derecho Procesal moderno que se vincula con el contacto directo entre el juzgador y la prueba a producirse en la audiencia, pero también entre aquél y las partes, que tiene como predominante la

posibilidad de observar el lenguaje verbal (oral) y no verbal (gestual, gráfico o corporal, conocido como componentes paralingüísticos) de los intervinientes.

Se caracteriza por la proximidad directa entre uno y otros, la ausencia de intermediarios y la bilateralidad. Ahora bien, en un juicio telemático podríamos afirmar que tanto la relación directa con la prueba como el principio de bilateralidad se mantienen incólumes. No creo que pueda equipararse a la pantalla de un dispositivo técnico con su respectivo sistema de audio como intermediario entre el juez y la prueba. De todos modos, no lo veo suficiente como para tachar de inconstitucional la recepción de un testimonio por esa vía ya que el juez y las partes pueden observar, si así lo desean, a los testigos de cuerpo entero a través de visor de la computadora. Es decir, aunque se advierta cierta afectación a la garantía no estamos ante su vulneración absoluta, ya que si bien los sentidos del juzgador se limitan -olfato, tacto y gusto- los trascendentales -vista y oído- se mantienen intactos.

Cabe recordar que la videoconferencia consiste básicamente en un sistema interactivo de comunicación que transmite simultáneamente y en tiempo real la imagen, el sonido y los datos a distancia, permitiendo relacionar e interactuar, visual, auditiva y verbalmente, a un grupo de personas situadas en dos o más lugares distintos como si la reunión y el diálogo se sostuviese en el mismo lugar. Entonces mientras ésta sea integral, simultánea, bidireccional, interactiva, sincrónica y permita reciprocidad en la visión y audición en unidad de tiempo, no se entiende cómo podría afectarse la inmediación. ¿Acaso la exhibición de una videofilmación durante un juicio en donde se reproduce un hecho ocurrido con anterioridad resulta cuestionable para las partes?

No se trata de llevar a cabo un juicio en ausencia del imputado ni de regresar a tiempos inquisitoriales porque, aunque aquél no asiste físicamente a la audiencia sí lo hace de modo remoto, pudiendo aun contrainterrogar a los testigos de cargo, hacer comparecer a los de descargo, proponer prueba, mante-

ner comunicación con su defensor, en definitiva, a ser oído y por consiguiente sus planteos resueltos.

En este punto, es dable destacar que el Estatuto de Roma prevé en sus artículos 63.2, 68.2 y 69.2 la posibilidad de recibir testimonios por medio de la videoconferencia, incluso permitiendo la salida del recinto del acusado quien en determinados casos podría observar la prueba desde un lugar separado al resto. También es modalidad de los Tribunales, en casos puntuales, reubicar al acusado en una sala contigua donde podrá escuchar el testimonio por el sistema de audio, pudiendo evacuar sus consultas a través de su abogado defensor. En este sentido, vale traer a colación el fallo plenario del Tribunal de Casación bonaerense de fecha 27 de julio de 2004, en cuanto se acordó que la exclusión del imputado de la sala de audiencias mientras se celebra el debate no provoca necesariamente su nulidad, siempre que no se menoscabe el derecho de defensa en juicio.

Algo no tan distinto ocurre con el adelantamiento extraordinario de prueba previsto en el artículo 274 del CPP, ya sea que se trate de testigos que deban anticipar su declaración por peligro de fallecimiento por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar o bien para evitar la revictimización de personas afectadas en su integridad sexual (arts. 102 *bis* y 102 *ter* del mismo cuerpo normativo), puesto que en esos casos se prescinde de la identidad de juzgador en aras a no perder la fuente de prueba dado que quien recibe el testimonio (juez de garantías) difiere de quien en definitiva debe valorarlo al instante de dictar veredicto (juez de juicio). La inmediación física se configura en la declaración efectuada en la etapa preparatoria mientras que el órgano de juicio tendrá que conformarse con la videofilmación que se anexa al expediente, ya que ni siquiera podrá percibir en tiempo real aquel testimonio.

Sobre este particular y la posibilidad de dar asesoramiento legal por medios telemáticos, no puedo dejar de citar que en las últimas décadas como también durante parte del siglo pasado ello ha avanzado exponencialmente producto de la asombrosa proliferación de los mismos y de la creciente internaliza-

ción que se observa no sólo en las relaciones comerciales sino también del delito, léase lavados de activos, de dinero, etc., manifestada en el auge de la relación entre particulares situados en distintos lugares de la orbe mundial, que requieren soluciones rápidas y concretas y que los traslados personales a fin de realizar entrevistas presenciales no están en condiciones de darlas, fundamentalmente por la complejidad y pérdida de tiempo en los mismos.

La comunicación permanente con su letrado puede garantizarse a través de conversaciones por un canal privado que ofrezca la plataforma (*Teams, Zoom, Meetgoogle, Jitsi,* etc.), por llamadas telefónicas o por mensajes de *whatsapp*. Al mismo tiempo, la defensa contaría con un lapso de tiempo para consultar con su asistido si, antes de culminar cada testimonio, desea formular otra pregunta o realizar alguna manifestación en particular. Es vital buena fe procesal de las partes.

b. El *contradictorio*: propio del sistema adversarial, en el que las partes cuentan con la misma oportunidad de conocer y comentar las observaciones documentadas y evidencias aducidas por la otra parte, pregonándose de esa manera la igualdad entre aquéllas (igualdad de armas). Con una adecuada coordinación desde la Judicatura no habría motivos para que merme este principio fundamental del proceso penal actual, manteniendo un adecuado equilibrio entre las partes y dotando de mayor calidad a la información introducida al juicio. Es decir, la Fiscalía y la Defensa mantendrán la facultad de preguntar, solicitar precisiones, aclaraciones y de realizar el contraexamen correspondiente.

c. La *oralidad*: celebrar una audiencia remota en nada se compara con un proceso escrito. Las partes se manifiestan verbalmente, más allá que se recurra a un computador. Distinto es el procedimiento abreviado en el que sin lugar a dudas el imputado renuncia a determinadas garantías, entre ellas a ser juzgado en el marco de un juicio oral y público.

d. La *continuidad*: la realización de una audiencia telemática se ajusta a los términos de la continuidad que debe primar en todo juicio oral a los fines de que el jugador mantenga

la información latente, sin interferencia con otros procesos. Además, resultaría de más sencilla organización, ya que cada uno accedería remotamente desde sus propios ordenadores, se respetarían los horarios, en definitiva se aprovecharía de mejor modo el tiempo laboral.

e. La *publicidad*: como opción plausible para garantizar este extremo, el órgano de juicio podrá cursar invitación a familiares de los interesados y a la prensa en su caso para que asistan remotamente a la audiencia. Otra alternativa es la transmisión en vivo por la web. En ambos casos la audiencia quedará, igualmente, videofilmada de modo íntegra, pasando a formar parte del expediente digital (Ac. 3975 SCBA).

Con todos esos resguardos se mantendría la solemnidad del acto, toda vez que la investidura del Magistrado y de los funcionarios intervinientes no se pone en tela de juicio por el solo hecho de que éstos físicamente se encuentren en sitios distintos a un Tribunal; se asegura el pleno derecho de defensa en juicio permitiendo un contacto permanente entre el acusado y su letrado, quienes podrán examinar y contraexaminar a los testigos y peritos que depongan en la audiencia; en suma, se resguarda el debido proceso legal. Con ello también se intensificarían los principios de concentración, economía y celeridad procesal.

En otro orden, se ha mencionado la presión que podrían sufrir los testigos que deban pronunciarse telemáticamente o incluso el aporte externo que pudiesen llegar a recibir, pero más allá que tal postulado, *ex ante*, tildaría de inidóneo o corrupto al sistema penitenciario o policial, tales circunstancias pueden ser contrarrestadas a través de su declaración en la sede de una dependencia pública, la más cercana a su domicilio, dando fe de sus datos y con exhibición de documento de identidad ante autoridad competente, permitiéndosele en todo caso a los funcionarios del Ministerio Público acudir al lugar para un mejor control del testimonio.

En función de lo narrado, considero que es un momento ideal para optimizar la utilización de las audiencias preliminares que contempla el artículo 338 del ritual. Éstas ac-

tualmente son opcionales, salvo aquellas previstas para los procesos con jurados. Pero, independientemente de la cuestión normativa, lo cierto es que resulta sumamente recomendable la implementación de las mismas al inicio del proceso como audiencia preliminar, donde las partes podrán adoptar una salida alternativa al juicio oral (sin necesidad de ofrecer prueba, fijar debate, etc.) o bien esgrimir sus teorías del caso, formular estipulaciones probatorias, ofrecer prueba y en ese mismo acto establecerse fecha de juicio. Cuando se opte por la vía del procedimiento abreviado, el juez dictará sentencia oralmente. El plazo de duración en la tramitación del expediente se abreviaría notablemente. Por el contrario, cuando la causa tramite por el proceso ordinario, se depurará la prueba para celebrar un juicio oral donde se circunscriba la discusión únicamente a hechos controvertidos.

V.- Conclusión

A modo de cierre no tengo dudas de que el Poder Judicial debe continuar con sus funciones por tratarse de un servicio esencial de todo Estado democrático, evitando incurrir en posturas y planteos fundamentalistas.

Con el obrar de la Justicia se busca lograr el justo equilibrio de todas las partes, los derechos y las garantías en conflicto, siendo que por un lado no existen dudas de que deben respetarse las garantías constitucionales de los justiciables, pero por otro los derechos de las víctimas, el derecho a la salud de todas las personas, el interés social de la comunidad en que los casos se resuelvan rápidamente y la obligación estatal a través de la actuación del Juez para velar porque las causas sean juzgadas dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

Efectuada esa ponderación de intereses, reanudados los plazos procesales a través de la Suprema Corte provincial y con el objeto de no privar a la sociedad de una correcta Administración de Justica por tiempo indeterminado, porque lo concreto es que no se sabe -en el mundo- cuándo será el fin

de la pandemia, el proceso debe continuar. Y es aquí donde la tecnología proporciona herramientas válidas para llevar a cabo aquellos actos procesales que producto de la cuarentena, en principio, no podrían celebrarse de manera presencial, habiendo quedado establecido que para nada se violentan los principios de oralidad, inmediación, el contradictorio ni la publicidad a la luz de los demás derechos en juego ya referidos.

Pero, si alguno de los interesados, en algún caso puntual, llegase a advertir que la realización física de determinado acto procesal -por su naturaleza- no puede suplirse por la alternativa telemática, por ejemplo, una rueda de reconocimiento de personas a realizarse en el marco de un juicio oral (a pesar de que entiendo que se trata de una medida típica de la etapa investigativa) lo cierto es que el máximo Tribunal provincial también ha previsto la realización excepcional de audiencias (art. 1 ap. 2.b.1.1.4) con los cuidados preventivos que corresponda, pudiendo recurrirse al Área de Seguridad e Higiene en el Trabajo para que, en ese caso, se pronuncie en función de las dimensiones físicas de la sala de juicios.

VI.- Referencias bibliográficas

* Conferencias de ministros de Justicia de los países Iberoamericanos. Convenio iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre sistemas de Justicia, Mar del Plata, Argentina, 3 de diciembre de 2010.

* Conferencia de ministros de Justicia de los países Iberoamericanos. Protocolo Adicional al mismo relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes, del 24 de agosto de 2016.

* Corte Penal Internacional. Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

* Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Constitución Nacional Argentina, Código de Procedimientos Penal boenaerense.

* Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso, Jesús José Tirado Estrada, octubre de 2017.

* Guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas. Anexo. España, 9 junio de 2020.

* *De los "Estrados Tribunalicios" a los "Estrados Cibernéticos": El Covid 19 y el Cyberjuicio*, José I. Cafferata Nores.

* *El uso de la videoconferencia en el cumplimiento del principio de inmediación procesal*. Gustavo Adolfo Amoni Reverón.

* Taller de Formación en audiencias remotas y juicios. Universidad del Este, La Plata, junio de 2020.

Juicio virtual vs. Debido proceso

Nicolás de la Cruz * y Gabriel Giuliani**

Indice. 1- Planteo del tema. 2- Normas en juego. 3- Normas internas en juego dictadas por la SCJBA.- 4- Una proximidad de respuesta: el fallo "Casal" y su incidencia. 5- Conclusión. 6- Bibliografía

* Profesor Adjunto de la cátedra Derecho Procesal Penal en la carrera de grado de Abogacía y Especialización en Derecho Penal, UNS, ex fiscal del fuero Federal con asiento en la ciudad de Bahía Blanca.

* * Ayudante de la cátedra de Derecho Procesal Penal en la carrera de grado de Abogacía, UNS, Juez en lo Correccional del Departamento Judicial Bahía Blanca.

1. Planteo del tema

En el marco de nuestro Estado de Derecho, se sostiene que el debido proceso penal es una garantía para el imputado, que hace al derecho a ser oído ante un tribunal independiente e imparcial. También la realización de este mismo derecho para la víctima quien ve materializado el acceso a la Justicia. Todo ello de acuerdo la organización estatal para imponer una pena.

Podemos decir que a grandes rasgos, el debido proceso penal legal previsto en el art. 18 CN, se puede dividir en dos etapas o partes: una de investigación y otra de juicio. Ambas con características bien distintas. Nos interesa abordar en este caso, la de juicio, donde se desarrolla el "debate o juicio oral" informado de principios rectores que conforman el juicio acusatorio como realización de aquel juicio previo. Éstos son la oralidad, publicidad (art. 342, 365 del CPPBA), contradicción (art. 354, 368 del CPPBA), igualdad de armas, inmediación (art. 357, 360 del CPPBA), concentración, continuidad y celeridad (art. 344 del CPPBA); identidad física del juzgador (art. 354 del CPPBA.), nula injerencia jurisdiccional (art. 364

del CPPBA) y libre convicción razonada en lo que hace a la valoración de la prueba (art. 209, 210 del CPPBA).

No es propósito de este trabajo analizar cada una de ellas, sino poder dar cuenta de cómo se resolvió y puede llevarse adelante el servicio de Justicia en el ámbito penal en la Provincia de Buenos Aires de acuerdo la incidencia de la pandemia mundial del Covid-19.

Demás está decir que en el contexto referido, se produjo una tensión entre la preservación del derecho a la salud en general por un lado, disponiéndose medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio, y la materialización de propósitos constitucionales como el afianzamiento de la administración de Justicia, que por un lado abarca el derecho de peticionar a las autoridades y la garantía de ser juzgado en un plazo razonable sin alterar parámetros constitucionales.

2. Normas en juego

Las normas que hallamos y que dan cuenta del marco de discusión, las encontramos en el Preámbulo de la Constitución Nacional en relación al afianzamiento de la Justicia; art. 14, 18 y 28 de la CN, art. 135 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. XVIII de la DADyDH; art. 8.1, 8.2 f) de la CADH y art. 14. 3 e) del PIDCyP.

3. Normas internas en juego dictadas por la SCJBA

También la SCJBA ordenó una serie de normas que regularon el trabajo en esta etapa de pandemia en consonancia con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional y el gobernador de la Provincia de Buenos Aires, suspendiendo expresamente la actividad jurisdiccional presencial.

Así se dispuso asueto en la Administración de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a partir del 20/3/2020 a través de la Resolución nro 386/20 dictada el día 16/3/20, situación que fue prorrogada a través del dictado de diferentes resoluciones por presidencia de la SCJBA hasta la normalización

programada para cada departamento judicial. En el caso Bahía Blanca, a través de la Resolución nro. 655/2020; ello de acuerdo la situación epidemiológica de cada departamento judicial.

Entre la normativa dictada por nuestro Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se dispuso la limitación de concurrencia de personas y agentes judiciales a los tribunales, como así también el teletrabajo de estos últimos, la suspensión de las actuaciones procesales no urgentes, de celebración de audiencias fijadas, salvo las urgentes y que no lleven riesgo para la salud de las personas, se ordenó su reprogramación y su sustitución por escritos en los casos que se pudiese hacerlo.

De manera específica, en el fuero penal, se ordenó evitar celebración de las mismas con personas privadas de libertad debiendo ser llevadas adelante mediante videoconferencia, suspendiéndose en forma expresa los debates orales con jurados populares, no el resto de los mismos.

Por tanto hubo que reprogramar audiencias de ratificación de juicios abreviados (ars. 398), de suspensión de juicio a prueba (art. 404) y audiencias preliminares (art. 338), todos del C.P.P.B.A. y debates orales programados por los Tribunales Orales Criminales y Juzgados Correccionales.

Diversas alternativas surgieron; sobre todo la consulta a las partes sobre la propuesta de soluciones alternativas. De allí la mayoría de los casos fueron resueltos a través de los juicios abreviados (art. 395 y conc. Del CPPBA) realizándose audiencias en los términos del art. 398 mediante whatsaap, notificándose el fallo dictado a través del mismo modo. También se realizaron audiencias en los términos del art. 404 del C.P.P.B.A. a través del mismo medio o bien mediante el Microsft Teams.

El punto sobre el que nos toca discurrir, es la posibilidad o no de realizar los debates orales a través de medios virtuales. Y preguntarnos si esto cumple acabadamente los parámetros del debido proceso legal en los términos del art. 18 de la Constitución Nacional.

Somos de la idea de que el juicio debe ser presencial, toda vez que la etapa de juicio es el momento del proceso de mayor importancia, porque la hipótesis sostenida por el fiscal en su Requisitoria, que conformó a través de su investigación, deberá ser demostrada y probada en pos de lograr el convencimiento del juzgador (art. 209, 210 del C.P.P.B.A). Es por ello que el legislador rodeó al juicio oral con diferentes principios que garanticen una preeminente participación del imputado en el debate, de allí la igualdad de armas. El art. 8.1.f del Pacto de San José de Costa Rica prevé *el derecho del imputado a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos como parte de su derecho de defensa.*

El juicio oral y público previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional -garantía del imputado y materialización del derecho de la víctima a ser oída- da cuenta de la realización de un debate que tiene como principio rector la inmediación entre los participantes del mismo, como así también entre éstos y la prueba.

Ahora bien, así como tal modalidad de enjuiciamiento (presencialidad) puede ser renunciada, entiendo que la realización del juicio oral de manera virtual, a través de cualquier plataforma, Microsoft Teams, o whatsaap, existiendo acuerdo de partes daría cuenta de la renuncia a uno de los principios que sustenta el juicio oral la inmediación, siempre y cuando ello no traiga aparejada afectación de otras garantías que compone el sistema penal en su conjunto.

Es decir, renunciar al juicio oral en términos de inmediación implicaría, a su vez, la aceptación de una presencialidad relativa a través de la virtualidad, sin llegar a su supresión en términos de otras soluciones alternativas previstas, como ocurre con el juicio abreviado (art. 395 y conc. del C.P.P.B.A.).

Tal modalidad sería procedente haciendo una evaluación minuciosa de las características del caso, como la escasa complejidad probatoria que se pretenda reproducir en el juicio, siempre y cuando exista una conformidad alcanzada por las

partes. A nuestro juicio éste sería el único supuesto bajo el cual sería viable un proceso virtual, previo al cual le sean debidamente explicados sus alcances al imputado como así también la garantización de la comunicación efectiva on su defensor (art. 8.2, letra "d" de la CADH, art. 18 CN).

En ese esquema y ante la opción de realización de un debate virtual, la pregunta que cabe realizarnos es si el mismo cumple o no con los estándares previstos en el art. 18 de la Constitución Nacional y en las Convenciones internacionales de rango constitucional.

4. Una proximidad de respuesta: el fallo "Casal" y su incidencia

Frente al acotado margen de las exigencias de esta presentación, hemos de dejar fuera de tratamiento aquellos principios propios del sistema de enjuiciamiento acusatorio que no se encuentran perjudicados de modo trascendente por el uso de la virtualidad (vgr. oralidad, publicidad y concentración); y sí enfocarnos en aquel al que consideramos *prima facie* vulnerado por ese sistema: la inmediación.

Cuando la Corte Suprema de Justicia, en el ya paradigmático fallo "Casal" incorporó a nuestro sistema procesal la teoría alemana del "máximo rendimiento" lo hizo con el único objetivo de resguardar el principio básico que consagra a cualquier juicio como tal; esto es el de la inmediación.

Si entendemos que esta inmediatez importa una garantía para que el imputado y su defensa tengan acceso directo al juzgador y con ello a la incorporación, producción y valoración de la prueba, se hace muy difícil, por no decir imposible, argumentar en pro de la validez de cualquier juicio que no la respete.

Ahora bien, debe destacarse que esa exigencia de máximo rendimiento, fue importada para poner dentro de los límites convencionales que aseguran la garantía de la doble instancia, en lo que a la revisión del fallo se refiere. Es decir, partiendo de la base de que ella no significa ni puede significar un

nuevo juicio, la instancia de verificación del fallo de grado bien puede admitir el déficit que obligadamente exige la no participación de quien lleva a cabo ese nuevo examen. Y, conforme lo declaró la Corte, ese perjuicio que provoca la falta de inmediatez propia de la revisión, es la prueba; siendo allí donde debe apuntalarse la aplicación de dicha teoría, en tanto y en cuanto que es la prueba la médula que da vida, sentido y garantía al debido proceso.

En este contexto, ciertos medios probatorios, tales como la documental o pericial (según el caso) son fáciles de cumplir con el requisito revisionista amplio, pero otros, como la prueba testimonial, imposibilitan ese máximo rendimiento, ya que los gestos, la fuerza de la palabra, escapan a cualquier acta fría.

Ahora bien, si ésta es la doctrina procesal que rige para la revisión de cualquier instancia, dar crédito a la posibilidad de llevar adelante un juicio oral no presencial o virtual, ha de significar contrariarla.

Es que el máximo rendimiento de la doble instancia, con la flaqueza que conlleva el reconocimiento de revisar sin aquella inmediación, no puede aplicarse a la instancia de grado, porque llevaría consigo el reconocimiento de una doble falencia.

En cualquier juicio virtual no hay inmediación, sino, simplemente una falsa inmediación o inmediación relativa.

La inmediación como garantía es mucho más que la mera presencia. Para el imputado y su defensa significa la posibilidad permanente de un diálogo y asistencia; la posibilidad de que el imputado pueda interrogar, afirmar o cuestionar declaraciones; realizar aclaraciones o valorar. De eso se trata el debido proceso.

Pero también es esencial para la víctima. Ella tiene el derecho como parte a las mismas posibilidades que conlleva la presencia y además, el innegable derecho de mirar a los ojos a quien él indica como responsable de la violación de su derecho. El art. 8 apartado 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así se lo reconoce

Referimos anteriormente el problema de la prueba testimonial a los ojos de la revisión. Imaginemos ahora ese mismo

problema en juicio virtual. ¿Puede el Juez evaluar aquellos gestos, el alcance de la palabra o simplemente una mirada del testigo a través de una computadora o cualquier otro medio tecnológico? Afirmamos que no. ¿Y cómo se resguardaría esa inmediación virtual en pruebas tales como el reconocimiento de personas, o la reconstrucción del hecho?

Estos son sólo algunos de los ejemplos que pueden imaginarse como conspirativos para el proceso probatorio, simplemente porque la prueba exige presencia y la exige porque necesariamente debe ser gestionada desde el contradictorio, el cual desaparece o al menos pierde su esencia en un desarrollo virtual.

Piénsese por un segundo de qué modo inmediato (hablando de inmediatez) cualquiera de las partes pueda impugnar las manifestaciones de la contraria: mediante un chat; un signo que aporte como recurso la herramienta del caso, etc., pero nunca la palabra; lo que traduce a la herramienta como inadecuada. Es que la palabra lleva un valor adicional que lo escrito en un chat que de "x" caracteres, no brinda.

Otro factor importante y que no puede desatenderse para negar la validez de lo virtual, es la situación que se generará en aquellos casos en que el imputado y su defensor se encuentren en distintos lugares. La necesidad de consulta y asesoramiento permanente de uno al otro significará la obligada decisión de establecer un cuarto intermedio cada vez que se lo precise. De esta manera, no sólo se verá perjudicada la continuidad del juicio, sino la congruencia de un hilo conductor en la producción de la prueba.

Imagínese la declaración de un testigo varias veces interrumpido por la necesidad de repreguntar por parte del imputado con la exigencia de un asesoramiento previo. La declaración testimonial dejará de ser una declaración para ser capítulos de una serie televisiva. Queda claro que el juicio en tales condiciones carece de los elementos sustanciales para ser un verdadero juicio.

Pero, por cierto, quienes avalan la posibilidad de realizar juicios virtuales está argumentada sobre la base de una ex-

cepcionalidad que impida la realización de un juicio "normal". Una pandemia como la que el mundo atraviesa comporta, sin dudas, una circunstancia excepcional.

La pregunta que corresponde formular entonces es, ¿puede una circunstancia excepcional como la que atravesamos permitir la realización de un juicio virtual?

Si como sostenemos, esa virtualidad "desgarantiza" el debido proceso, la respuesta es no. No obstante, un presente dificultoso para el obrar de cualquier proceso, lo cierto es que no hay excusa posible para no respetar la esencia misma del juzgamiento penal.

En base a esta pandemia y sus características propias, nada impide que se pueda realizar el juicio en lugares cuya amplitud permita guardar distancia preventiva y aplicar todos y cada uno de los protocolos que el caso requiere, incluso mediante la prevención de aquellas personas de riesgo que deban participar de una u otra manera en el juicio.

Entendemos que el sistema no debe resignarse a no pensar en alternativas que permitan la minusvalía de cualquier garantía procesal, en lugar de remedios cómodos que no incluyen adecuadamente las consignas más elementales de un contradictorio.

Quizás la única posibilidad viable para la virtualidad, sea la renuncia del imputado a su garantía y aceptar las condiciones deficitarias que esa virtualidad le ofrece. Mas esta alternativa debe estar corroborada por el Juez de la causa, a fin de cerciorarse en audiencia previa de que el renunciante sabe lo que deja de lado y a lo que se expone, así como que su voluntad en tal sentido, se encuentra libre de cualquier influencia. Tal procedimiento lo hallamos reflejado en la renuncia que hace el imputado ante el Juez de Garantías cuando renuncia al juicio por jurados y opta por el juzgamiento ante un tribunal colegiado letrado (art. 335 del CPPBA) o bien en los casos en que el imputado opta por el juicio abreviado y el juez antes de dictar el fallo debe velar en audiencia que la decisión ha sido tomada con absoluta libertad y con el debido entendimiento de los alcances de la misma (art. 398 del C.P.P.B.A.).

Será el juzgador quien evalúe esta posibilidad atendiendo no sólo a la decisión del imputado sino también a las características que el caso presenta para permitir que la virtualidad afecte en la medida menor al desarrollo del juicio.

Si por el contrario, se tratara de uno que exigiera mayor producción probatoria en función de un caso complejo, somos de opinión que aun renuncia mediante del imputado, la virtualidad debe ser rechazada.

Nada obsta, en cambio, a que esa virtualidad se aplique en audiencias de menor entidad durante la etapa de investigación preparatoria, pues en esos casos la inmediación no sufre mayor perjuicio, ya que se trata de una discusión jurídica y no de producción probatoria propiamente dicha. Audiencias de excarcelación, prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar, la suspensión del juicio a prueba, incluso el juicio abreviado o la fundamentación de recursos, así lo permitirían.

5. Conclusión

De lo expuesto surge una suerte de aparente confrontación entre la posición extrema al rechazo de la virtualidad y el "permiso" otorgado por la SCJN bajo cumplimiento de determinados requisitos y sólo para casos específicos.

Sin embargo y en pro de hallar un punto intermedio que dé solución razonable a la problemática del caso, bien puede afirmarse que la virtualidad hallaría un grado de admisión si se presentan conjuntamente los siguientes requisitos para garantizar en modo pleno el debido proceso:

1. Una situación de excepcionalidad que impida la realización del juicio oral de modo presencial;

2, Una situacional de excepcionalidad que impida la realización parcial de algunos medios probatorios durante el juicio oral;

3. Que se trate de juicios en los cuales el imputado no se encuentre privado de libertad;

4. Que se trate de una causa con escasa producción de prueba;

5. Que la causa reúna idénticos requisitos a los previstos para la realización de juicios abreviados, incluyendo en el acuerdo al particular damnificado;

6. Que el imputado renuncie de modo personal y expreso ante el Juez o Tribunal de la causa a la audiencia presencial;

7. Que dicho Juez o Tribunal, sin perjuicio del acuerdo de partes, tenga la facultad de rechazar la audiencia virtual, cuando advierta la mengua de alguna o algunas garantías del debido proceso. Dicho rechazo sólo será recurrible por la parte imputada.

8. Que la virtualidad permita permanentemente durante la sustanciación de la audiencia la comunicación entre el imputado y su defensa;

9. Resguardar tecnológicamente la exigencia que se deriva del cumplimiento de la doctrina del "máximo rendimiento" a fin de permitir sin mengua, la revisión del fallo, en su caso.

Bajo tales parámetros es posible concluir en la posibilidad de *fijar normativamente* esta alternativa para situaciones similares, evitando demoras y "preocupaciones" al ya tan criticado sistema judicial.

6. Bibliografía

MAIER, Julio B. J.,*"Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1999, 2da edición 1era reimpresión. p. 195.

BERTOLINO-SILVESTRINI, *Proceso y Procedimientos penales de la Provincia de Buenos Aires*, *Segunda Edición actualizada corregida y ampliada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015.

BERTOLINO, Pedro, *El debido proceso* penal, 2da edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2011.

FAVAROTTO y otro, *El juicio penal bonaerense,* Ediar, Buenos Aires, 2013.

CORTAZAR, María Graciela y otros, *Procesal Penal 2. Garantías y principios procesales,* Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2013.

La videoconferencia o audiencia virtual en el proceso penal peruano.
(Breves reflexiones sobre su uso y aplicación de los procesos telemáticos)

Galileo Galilei Mendoza Calderón

Sumario. I. Introducción. II. Principios de la audiencia virtual. 1. Dirección de la audiencia virtual. 2. Buena fe y lealtad procesal. 3. Buen uso de los recursos. 4. Interacción simultánea. 5. Comunicación eficaz y colaboración procesal. 6. Inmediación, contradicción y publicidad del proceso. 7. Flexibilidad y antiformalismo. 8. Máximo rendimiento procesal virtual. III. La Justicia actual y la videoconferencia. IV. El Poder Judicial y la audiencia virtual. V. La videoconferencia. 1. Antecedentes. 2. Definición. 3. Marco legal. 4. Objeto y finalidad. 5. Alcance. 6. Efectos de la videoconferencia. 7. Características. 8. Tipos de videoconferencia. 9. Requisitos. 10. Preparación de la audiencia virtual. 11. Audiencia virtual. VI. Justificación de la videoconferencia en el ámbito de la Administración de Justicia penal. VII. Pronunciamiento jurisdiccional de la videoconferencia. VIII. Conclusión. IX. Referencias bibliográficas.

Resumen

La videoconferencia, en estos últimos días, ha ganado un mayor protagonismo, esto sobre todo debido a una necesidad vital en primer lugar de no estancar el aparato económico de un país (esto a través del trabajo remoto), y segundo por una necesidad incuestionable de administrar justicia en un plazo razonable y debido, sobre todo en las causas donde hay personas privadas de su libertad (presos preventivos), los cuales están envueltos del principio constitucional de presumírseles inocentes; en ese orden de ideas la videoconferencia, teleconferencia, videollamada, juicio o proceso telemático o simplemente audiencia virtual, es una forma actual y moderna de comunicación simultánea, en tiempo y espacio real, mediante la cual se garantiza el mensaje entre un emisor y un receptor,

a través de una conexión alámbrica o inalámbrica, la cual tiene por objeto garantizar una comunicación de audio y video entre las partes, de una litis.

Palabras claves: Audiencia virtual- Dirección de audiencia virtual - Videoconferencia- Poder judicial.

I. Introducción

Los alcances y límites del derecho de penar del Estado, en un tiempo y lugar determinado, responden, necesariamente, a la naturaleza y esencia del sistema político imperante. Si el régimen es autoritario, su sistema penal también lo será; por el contrario, si el sistema político es democrático sus instituciones jurídicas también lo serán o tendrán como meta serlo. En síntesis, la decisión política que defina el sistema, debe optar básicamente por dos alternativas: *i)* primar el interés público y fortalecer el poder del Estado en la persecución penal, aun negando los derechos del individuo, o *ii)* otorgarle al individuo las suficientes garantías para que enfrente a ese poder punitivo, representado por el trinomio estatal (policía, fiscalía y Poder Judicial), preservando su dignidad de persona, en un plano en el que no se vea absolutamente desprotegido frente al *ius puniendi* estatal, representado por las instituciones públicas de la persecución penal. Así las cosas, el modelo procesal penal propuesto, se caracteriza por afirmar los principios básicos de un proceso penal respetuoso de los derechos humanos, y protector de la seguridad ciudadana, conforme lo afirma la Constitución Política del Estado, en los: *i)* artículo 1; "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", y en el *ii)* artículo 44, "(…) son deberes primordiales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (…)". Se debe tener en cuenta que, en el proceso penal se enfrentan los intereses colectivos con los individuales, siendo dirimidos éstos durante dicho proceso.

Sin embargo, a la fecha en la que estamos y ante la pandemia que ataca a toda la humanidad, esto es el COVID-19, el Estado, el día 15 de marzo del 2020 mediante Decreto Supremo Nº 044-2020-PCM, declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, esto por el plazo de 15 días calendario, y así sucesivamente (se ha venido ampliando el mismo), disponiéndose en el plano judicial la suspensión de los plazos procesales; sin embargo el Poder Judicial emitió la resolución administrativa Nº 000121-2020-CE-PJ, de fecha 17 de abril de 2020, en la que resuelve, en su *artículo primero,* establecer que la suspensión de plazos procesales y administrativos, dispuesto por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial como consecuencia del Estado de Emergencia Nacional, no se aplica para el cómputo del plazo de: a) Las detenciones preliminares y prisiones preventivas u otra medida similar, emitidas por los órganos jurisdiccionales a nivel nacional (…). Siendo que este poder del Estado con único fin de salvaguardar los procesos penales, sobre todo con reos en cárcel, emitió una serie de resoluciones administrativas (que ya lo veremos más adelante), estableciéndose (…) "en los casos que se requiera realizar una audiencia, esta se llevará a cabo virtualmente o mediante el uso de un medio tecnológico idóneo que permita garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso". Estableciéndose como aplicativo formal y legal, el *google hangouts meet*, el mismo que a la fecha estaría siendo utilizado por los jueces penales, en su afán de administrar justicia, en el plazo y forma legal establecido en la ley.

Es así, que no podemos desconocer que el uso de la tecnología, conjurado siempre con los derechos fundamentales para el individuo, no pueden ser dejados de lado, ya que su aplicación no es nueva (esto ya habría sido regulado anteriormente), pero a su vez han surgido diversas críticas sobre si la "Videoconferencia o Teleconferencia", de una u otra forma menoscaba los derechos de las personas a ser procesadas ante la presencia de los tribunales, y que las partes interactúen en el proceso penal, con todas las garantías y principios que enar-

bolan el mismo, esto es la inmediación, oralidad y publicidad, de sus causas; no olvidemos que ya el Estado peruano, en su momento fue sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), en los tristemente casos antiterroristas de los jueces sin rostro. Sin embargo, lo que se busca con el presente es establecer que la videoconferencia (legislada, y establecida en diversas directivas), garantizaría o no, a los procesos judiciales, lo principios señalados *supra*, sobre todo la inmediación, principio ligado y arraigado de manera más fuerte en el juicio oral, en donde se actúa, aprecia y contradice la prueba, e inclusive ésta podría limitar a que el juzgador no tenga la misma interacción con la actuación probatoria, sobre todo la de los testigos, agraviados e imputado, significando que éste ya no pueda percibir de manera directa la misma, y así pueda llegar a sus conclusiones con la vetusta aplicación del criterio de conciencia, sana crítica, y la menos famosa psicología del testimonio; por ello con la videoconferencia o teletrabajo, algunos consideran que se buscaría lograr una Justicia más real, donde el juez tenga contacto directo con la fuente probatoria en lugar de acceder a ella mediante la lectura de un papel; o incluso para reducir costos y lapsos, así como también para incrementar la participación procesal, en especial de las personas alejadas de la sede judicial; esto lógicamente sin menoscabar la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

II. Principios de la audiencia virtual

La globalización ha traído diversos cambios en pleno siglo XXI; uno de los más importantes ha sido el considerable avance tecnológico, del cual la Justicia no puede quedar relegada, es así que las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC), vienen jugando un papel muy importante, ahora se habla de inteligencia artificial (usada por algunas compañías de telefonía), el expediente electrónico, la mesa de partes virtual, entre otras bondades más que servirán mejor para facilitar o efectivizar la Justicia actual, sobre todo en la

coordinación y desarrollo de la audiencia virtual, las mismas que serán entendidas, por el órgano jurisdiccional, partes y abogados y cualquier persona que interviniera en ella por mandato judicial, y todo este novísimo procedimiento ha sido preparado y abordado a través de la Resolución administrativa Nº 0173-2020-CE-PJ, de fecha 25 de junio del 2020; el cual aprobó el Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria; el mismo que establece tener en cuenta los siguientes principios, los cuales pasaremos analizar:

1. Dirección de la audiencia virtual

La dirección de las audiencias virtuales estará a cargo del Juez o del Presidente de la Sala, siempre que se garantice a las partes el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, garantía que está señalada en el art. V, del título preliminar en cuanto a la competencia judicial, y en el art. 363° del NCPP, en cuanto a la dirección del juicio.

3. Buena fe y lealtad procesal

Las partes, abogados y todo aquel que intervenga directa o indirectamente en el proceso, deberán colaborar de buena fe y con lealtad procesal con los órganos jurisdiccionales para que las audiencias virtuales se puedan coordinar y llevar a cabo sin contratiempos.

Efectivamente esto quiere decir que sobre todo las partes procederán como garantes para el proceso, conforme también lo señala el art. 84°.10 del NCPP; en el caso se utilizan mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, de advertir una situación contraria a las normas morales o un acto delictivo, no sólo corresponderá el envió de copias a la instancia administrativa pertinente, sino de ser reiterativo a la fiscalía de turno.

3. Buen uso de los recursos

Al existir menor capacidad de oferta de audiencias virtuales por la escasez y congestión de recursos tecnológicos, para la programación de audiencias virtuales el órgano jurisdiccional deberá priorizar las audiencias más apremiantes y urgentes en razón de la ponderación del bien jurídico en conflicto.

En este caso no cabe duda de que se está refiriendo básicamente a aquellas cuyos procesos son tramitados con detenidos, requisitoriado, presos preventivos, o toda situación en la que se resuelva la situación jurídica de una persona que linde con la libertad, incluido lógicamente *habeas corpus* y homonimia.

4. Interacción simultánea

Es un derecho y deber tanto del órgano jurisdiccional como de las partes asegurar las garantías razonables para los participantes teniendo acceso a una plataforma digital técnicamente adecuada, en calidad de sonido y video, sincronización, eliminación o control de imágenes congeladas o interrumpidas, acceso previo a los registros oficiales, posibilidad de conferencias privadas con las partes, identificación debida de los participantes, publicidad, transferencia y garantizar un entorno no influenciable. La plataforma tecnológica a utilizar deberá asegurar la incorporación a la transmisión compartida en simultaneo por los participantes de videos, audios, documentos, imágenes y otros elementos que eleven sustancialmente la calidad de información introducida al debate.

El juez antes y durante el desarrollo de la audiencia, buscará que se allane o supere todo tipo de obstáculo (en la audiencia virtual), esto para que las partes del proceso puedan ejercer todas las facultades y derechos, del cual éstos gozan, conforme se infiere del art. I.3, del Título preliminar del NCPP; en ese sentido si alguna de las partes no cuenta con una plataforma digital adecuada, previo al acto del juicio telemático, deberá ponerlo en conocimiento, a fin de que en la sede judicial se le habilite un equipo informático, y así se pueda llevar a cabo la audiencia; *contrario sensu*, se debe entender que todo está superado para la iniciación de la misma.

5. Comunicación eficaz y colaboración procesal

Es derecho y obligación de los abogados poseer una preparación previa para exponer argumentos de defensa, informes orales, sustentación de argumentos y otras participaciones en audiencia teniendo un mensaje, claro, sencillo, breve, determinando puntos de debate, objetivos o conclusiones, ayudados de documentos, aplicaciones u otros métodos audiovisua-

les compatibles con la audiencia para garantizar la calidad de información que se transmite al órgano jurisdiccional y la contraparte; así como el uso eficiente de los recursos virtuales.

En pocas palabras, el defensor debe ejercer una defensa eficaz de acuerdo a los derechos que ésta posee, en la secuela del proceso, art. 84° y 85° del NCPP, de advertir lo contrario se procederá a excluirlo, tomando en cuenta el Recurso de Nulidad 1432-2018, Lima, que en el fundamento décimo señaló:

Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la discrepancia no sustancial con la estrategia de defensa o con el resultado de un proceso no será suficiente para generar implicaciones en cuanto al derecho a la defensa, sino que deberá comprobarse una negligencia inexcusable o una falla manifiesta. En casos resueltos en distintos países, los tribunales nacionales han identificado una serie de supuestos no exhaustivos que son indicativos de una vulneración del derecho a la defensa y, en razón de su entidad, han dado lugar como consecuencia la anulación de los respectivos procesos o la revocación de sentencias proferidas: a) no desplegar una mínima actividad probatoria; b) inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado; c) carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal; d) falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado; e) indebida fundamentación de los recursos interpuestos; y f) abandono de la defensa (Frank Valle. 2020. p. 01).

6. Inmediación, contradicción y publicidad del proceso

En la audiencia virtual se deberá: *i)* Garantizar la preservación de la interacción fluida, y especialmente reservada entre el abogado defensor y el procesado en los procesos penales, para permitir una adecuada entrega de información y evaluar opciones procesales. *ii)* Asegurar a la defensa el acceder a los registros del expediente judicial de manera remota para elaborar su teoría del caso, generar espacios de negociación, e intervenir de modo informado. *iii)* Garantizar la posibilidad de diálogos y conferencias reservadas entre el representante del Ministerio Público y el abogado defensor para evaluar fór-

mulas alternativas de acuerdos procesales. *iv)* Asegurar que la confrontación de posturas se realice en el tiempo y forma, previa información introducida al proceso por la contraparte. *v)* Generar las condiciones para que las audiencias sean públicas, registradas y grabadas. *vi)* Garantizar que los abogados puedan hacer uso de las técnicas de litigación oral pertinentes en el desarrollo de la audiencia virtual. *vii)* Garantizar la facultad del órgano jurisdiccional de controlar y resolver las incidencias planteadas para resolver los debates.

Claro está, lo que se busca es garantizar que toda persona tenga derecho a un juicio previo, oral, público, a la inmediación y contradictorio, no olvidemos que estos principios rigen el desarrollo de todo el proceso penal, de la actividad probatoria y del juzgamiento. También rigen el desarrollo de las audiencias previas, como aquellas en que se determinará la prisión preventiva, el control del plazo el control de la acusación y del sobreseimiento, etc. En suma, éstos son parte de los principios rectores del sistema procesal penal acusatorio, que posibilitan un proceso, con la vigencia de las garantías procesales, y que tienen una injerencia directa en la realización y/o tramitación de la videoconferencia, como mecanismo actual y virtual para la actuación judicial, el mismo que se desarrollará conforme a las normas procesales vigentes, conforme a lo señalado en el art. I.2, del Título preliminar, así como también lo estatuye el art. 356°, sobre los principios del juicio, y de lo señalado del art. 357°, en cuanto a la publicidad del juicio y sus restricciones, dispositivos señalados en el NCPP; claro está que el Protocolo para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria es temporal, manifestando desde ya que para el suscrito sólo podrían darse audiencias previas en la fase preparatoria, intermedia (con alguna excepción en casos difíciles), y en fase de ejecución, pero para juzgamiento sólo en casos fáciles (delitos leves y de bagatela).

7. Flexibilidad y antiformalismo

Es obligación del órgano jurisdiccional que, en la coordinación y realización de la audiencia virtual, cuando haya una forma no observada, pero no sea de naturaleza sustancial, y

el acto procesal produzca efectos, optar por la continuación del proceso, y la realización de la audiencia teniendo en consideración los sub principios de gradualidad, conservación del acto procesal, subsanabilidad, razonabilidad y no genere una situación de indefensión a la contraparte.

Lo que se busca es maximizar la realización de las audiencias virtuales, tratando de superar todo tipo de obstáculo, y de asegurar a su vez el irrestricto derecho de defensa tanto material, como formal, esto quiere decir que las partes actuaran en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala; conforme se infiere del art. IX, del título preliminar del NCPP, por lo tanto, la audiencia virtual no deberá ser obstáculo para garantizar estos derechos que se les confiere a las partes.

8. Máximo rendimiento procesal virtual

Se deberán aprovechar todas las potencialidades de las nuevas tecnologías, en la coordinación y desarrollo de la audiencia virtual, procurando desarrollar todos los actos procesales que otorguen mayor utilidad a las partes y reducir los costos del acceso a la Justicia a través de una solución rápida y efectiva.

En anteriores oportunidades han sido utilizadas un serie de aplicativos móviles o redes sociales como WhatsApp, Skype, entre otras maneras alternativas de videoconferencia, las cuales tenían un propósito, llevar a cabo el acto procesal (ello con la anuencia de las partes), sin embargo la actual aplicación tecnológica que usa el Poder Judicial, para llevar a cabo las audiencias virtuales es la de Google Hangouts Meet, la cual ha sido señalada y reiterada, a través de la Resolución corrida Nº 00021-2020-CE-PJ, de fecha 30 de abril de 2020, la cual reitera a los señores jueces del país, que el único aplicativo informático para realizar audiencias virtuales en el Poder Judicial, es la Solución Empresarial Colaborativa denominada "Google Hangouts Meet"; la que no genera ningún costo a las partes, en la invitación, actuación y desarrollo de la mis-

ma, véase que el anfitrión o quien crea la reunión en el poder judicial, de generarse gastos en la misma estas deberán será asumidas por esta entidad estatal.

III. La Justicia actual y la videoconferencia

Actualmente el mundo y sobre todo nuestro país han dado un giro inesperado: el uso de la tecnología ha calado tanto en nuestras vidas, que ya no cabe pensar que alguien no tenga un correo electrónico, un WhatsApp, o una cuenta de Facebook, como condición mínima de comunicación de extremo a extremo con cualquier ciudadano en el orbe, salvo lógicamente en aquellos lugares (sobre todo de la sierra y selva peruana), que aún no cuentan con internet, o que el servicio es pésimo, e inclusive la ONU ha declarado al internet como un derecho humano; en ese orden de ideas, y dada la coyuntura actual, la Justicia peruana no ha sido ajena a este cambio brusco de ver las cosas, y sobre todo la de administrar justicia, es así que los operadores de Justicia (unos preparados, otros no y otros con ayuda), han tenido que adecuar sus procesos cronológicamente en pleno siglo XXI, a; *i)* de la *escrituralidad*, *ii) a la oralidad,* y de esta última *iii)* a la virtualidad; a las famosas audiencias *online*, sobre todo en el área penal, y esto porque para el preso preventivo, los plazos no pueden suspenderse, ni mucho menos dejar de computársele la prisión preventiva que éstos puedan tener, salvo los casos legalmente establecidos de conformidad con lo señalado por el artículo 145 del NCPP.

Es así que la videoconferencia o teleconferencia, nace como una necesidad a fin de que este tipo de causas se resuelvan en un plazo y tiempo de acuerdo a los plazos señalados en nuestra norma procesal; sin embargo, algunos juristas señalarían que este tipo de procedimiento virtual violaría los principios procesales, señalados *supra*. Lo cierto es que ante una situación excepcional en la que lo principal es, sin duda, salvar vidas, cualquier fórmula de trabajo debe reciclarse, o, en nuestro caso, potenciarse con recursos ya creados o en

marcha. Aunque parezca mentira, la digitalización de la Justicia es un reto desde hace varios años en los cuales se han generado legislación y pautas internas de funcionamiento *ad hoc,* sobre todo del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (en adelante CEPJ); con esto se busca adaptar las formas de la Justicia a la realidad social actual; pero sin desconocer como lo venimos diciendo el derecho de defensa material y formal que todo imputado (preso o no), lleva consigo desde el inicio de la investigación, teniendo en cuenta que ésta ha llegado para quedarse o en todo caso para afianzarse; véase desde ya, las propuestas del expediente electrónico, la mesa de partes virtual, las notificaciones electrónicas, instrumentos que a la fecha gozarían de un buen soporte electrónico, que da al mismo la garantía debida, para que lo requerido, o resuelto, se ajuste a las necesidades de las partes, y que éstas vean satisfechas sus pretensiones; *contrario sensu*, se atentaría contra la tutela jurisdiccional efectiva.

IV. El Poder Judicial y la audiencia virtual

Como lo señalamos *supra*, se han emitido diversas pautas internas de funcionamiento y operatividad de la videoconferencia por parte del Poder Judicial, esto es por el órgano de gobierno, que es el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ello con el fin de que este instrumento procesal agilice las diligencias judiciales en los procesos cuyos actores se encuentren en lugares diferentes y distantes entre sí; ésta es la génesis y objeto que tuvo bien, este poder del Estado para la ejecución de las Audiencias Virtuales, siendo principalmente a; *i) temas de seguridad en traslado de internos a la sala de audiencias,* y *ii) internos recluidos en distintos penales fuera del lugar del juzgado o sala, iii) temas de onerosidad en cuanto al traslado de las partes;* y ahora último *iv) temas de pandemia, y evitar el quiebre de los juicios (sobre todo en reos privados de libertad),* en ese sentido veremos cronológicamente las principales resoluciones administrativas y directivas que este poder estatal, habría dado:

1. Resolución administrativa Nº 042-2013-CE-PJ, de fecha 13 de marzo del 2013; en ésta se aprueba la Directiva Nº 001-2013-CE-PJ, que aprueba el "Procedimiento para la ejecución de audiencias virtuales"; lo principal de ésta la podemos resumir en:

i. *Declaración de un requisitoriado*; cuando un ciudadano sea detenido en un lugar distante del órgano jurisdiccional que lo requiere como consecuencia de una requisitoria, a excepción del Mandato de Detención, se procederá de la forma siguiente: a. El personal policial comunicará al requisitoriado que tiene la posibilidad de declarar a través de una Audiencia Virtual. Si el detenido no opta por esta alternativa, se procederá a ejecutar su respectivo traslado. b. Si el detenido opta por la Audiencia Virtual, formalizará su solicitud a través del formato correspondiente; en este caso, el personal policial informará de dicha solicitud al Juez Requirente, empleando el medio de comunicación más apropiado que garantice su celeridad, así como el debido respeto a los derechos fundamentales del detenido.

ii. Para otras diligencias judiciales. Por la naturaleza del acto jurisdiccional, el Juez Requirente podrá disponer de oficio o a petición de parte que la diligencia se ejecute mediante Audiencia Virtual, para lo cual procederá de la forma siguiente: a. Audiencia Virtual de Oficio: el Juez Requirente fijará fecha y hora de la Audiencia Virtual, según lo detallado en el punto 7.3 de la presente Directiva. Debiendo notificar a las partes procesales que correspondan. b. Audiencia Virtual a Pedido de Parte: recibida la solicitud de parte interesada, el Juez de considerarlo pertinente, podrá disponer la ejecución de la Audiencia, sujetándose al procedimiento señalado para la Audiencia Virtual de oficio.

2. Resolución administrativa Nº 004-2014-CE-PJ, de fecha 07 de enero del 2014; en ésta se aprueba la Directiva Nº 001-2014-CE-PJ, que aprueba el "Lineamientos para el uso de la Videoconferencia en los procesos penales", cuyo objeto es regular la debida utilización del medio tecnológico de videoconferencia para la realización de audiencias en los procesos

penales, conforme al ordenamiento normativo vigente, cuando por determinadas circunstancias no sea posible la presencia física de un testigo, perito, víctima e incluso del propio imputado.

i. En caso de víctimas, testigos y peritos; el Juez, de oficio o a pedido de parte, podrá mediante resolución motivada disponer en cualquier etapa del proceso, el uso de la videoconferencia de la víctima, testigo y/o perito cuando no sea posible su presencia física en la sede judicial por dificultades por la distancia, seguridad personal, afectación de la salud; o por cualquier otra causa de análoga característica que haga difícil o muy gravosa la comparecencia de las víctimas, testigos y/o peritos a la sede del órgano judicial. Tratándose de procesos vinculados a delincuencia organizada, violencia de género o cuando existan víctimas menores de edad, el órgano jurisdiccional competente deberá considerar preferentemente como medida de protección la videoconferencia, sin perjuicio de disponer otras medidas de forma concurrente.

ii. En caso de imputados recluidos en centros penitenciarios; excepcionalmente *a* pedido del Fiscal, del imputado o por disposición del Juez, mediante resolución motivada, podrá utilizar la videoconferencia cuando el imputado se encuentre privado de su libertad en un centro penitenciario y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia, seguridad personal, afectación de la salud o porque exista peligro de fuga. En este caso, se tendrá en cuenta lo siguiente: a) para la declaración del procesado o condenado por videoconferencia deberá considerarse preferentemente que el abogado defensor se encuentre físicamente a su lado, y b) tratándose de procesados o condenados por delitos graves vinculados a organizaciones criminales el Juez deberá considerar los parámetros legales de peligro de fuga.

iii. Cooperación judicial internacional; la videoconferencia deberá sustentarse en los Convenios bilaterales o multilaterales suscritos por el Perú, en las normas generales de Cooperación Judicial Internacional, y en el principio de reciprocidad, según corresponda (…).

3. Resolución administrativa Nº 069-2015-CE-PJ, de fecha 12 de febrero del 2015, el mismo que aprobó el proyecto denominado "Implementación del Sistema de Notificaciones Electrónicas (SINOE) en el ámbito nacional y en todas las especialidades"; amparándose en la Ley N° 30.229, que, entre otros, dispone la obligatoriedad de la notificación electrónica, en todos los procesos contenciosos y no contenciosos tramitados ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. Siendo que, en la Segunda Disposición Complementaria de la precitada Ley, establece que la Notificación Electrónica se aplicará progresivamente a los procesos que se inicien en la Corte Suprema de Justicia y en los diferentes Distritos Judiciales de la República, de acuerdo al calendario oficial que apruebe el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Esta aplicación progresiva considera el avance tecnológico y la penetración del servicio de telecomunicaciones e internet en el país; el mismo que hasta la fecha ya casi en todos los distritos judiciales está habilitado.

4. Resolución administrativa Nº 084-2018-CE-PJ, de fecha 14 de marzo del 2018, en su fundamento cuarto señaló: "Que con el avance de la tecnología y el mundo globalizado, el Poder Judicial y la administración de justicia no debe ser ajeno a ello, debiendo para tal efecto la justicia penal estar a la vanguardia de estos avances; por lo que, se debe adecuar e implementar las audiencias judiciales a las mismas, mediante el uso de la Tecnología de la Información y las Comunicaciones (TIC), entre ellos las redes sociales. Dentro de estas herramientas sincrónicas se tiene a la audioconferencia y videoconferencia, a fin de programar e instalar audiencias bajo los lineamientos del Código Procesal Penal. El empleo de tecnología permite el uso del skype, whatsapp y cualquier otro aplicativo tecnológico, que permita y facilite la comunicación e instalación de la audiencia judicial en tiempo real, bajo los parámetros ya establecidos y validados por el Tribunal Constitucional"; en su fundamento quinto establece (…) "y, de este modo, evitar las frustraciones, suspensiones o reprogramaciones de audiencia judiciales, logrando una comunicación en tiempo real".

Se aprueba la Directiva N° 002-2018-CE-PJ, "Lineamientos para el Desarrollo e Instalación de Audiencias Realizadas en los Procesos Penales bajo los Alcances del NCPP, mediante el Uso de Videoconferencia y otros Aplicativos Tecnológicos de Comunicación - Redes Sociales". Dejándose sin efecto la Directiva N° 001-2013-CE-PJ, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 042-2013-CE-PJ.

i. Infraestructura y logística requerida; para instalar audiencias virtuales se requiere, en lo posible, contar con las siguientes condiciones que permitan su óptimo desarrollo: ambiente idóneo (acústico, iluminado y seguro), pantalla Smart TV o proyector multimedia y ecran, cámaras de video, micrófonos, parlantes, impresoras multifuncionales, celular que deberá contar con plan de datos y/o conexión a través de wifi y kit de bluetooth (parlante micrófono -manos libres para auto), servicio de comunicación que soporte la transmisión de datos (audio y video) en tiempo real, permitiendo una interacción fluida entre las partes procesales, además se debe crear un directorio en el servidor para los videos de las audiencias virtuales de acceso exclusivo del Administrador de Sala de Audiencia Virtual y demás equipos que permitan el normal desarrollo y grabación de la Audiencia Virtual.

ii. Diligencias judiciales que se puedan ejecutar a través de la audiencia virtual; se puede convocar, programar e instalar cualquier audiencia judicial a todas aquellas en las que se requiera la presencia física de la persona o sujeto procesal, siempre que tenga efectos personalísimos. Considerándose que la utilización de la videoconferencia no deba ser la regla general sino una medida excepcional, (…). El requerido deberá estar acompañado, física o virtualmente, durante el desarrollo de la diligencia con su abogado defensor de su elección, o en su defecto si fuere el caso con la asistencia de un defensor público, (…). Asimismo, el órgano jurisdiccional y área administrativa velarán por la debida instalación de la audiencia, con la asistencia de las partes procesales necesarias conforme a la naturaleza de la misma.

iii. Para la declaración de un requisitoriado; cuando un ciudadano sea detenido en un lugar distante del órgano jurisdiccional que lo requiere como consecuencia de una requisitoria, a excepción de la prisión preventiva, se procederá de la siguiente forma: a.- El personal policial comunicará al abogado y al requisitoriado, que tiene la posibilidad de declarar a través de una Audiencia Virtual. Si el detenido no opta por esta alternativa, se procederá a ejecutar su respectivo traslado. b.- Si el detenido opta por la Audiencia Virtual, formalizará su solicitud conjuntamente con su abogado a través del formato correspondiente, en este caso el personal policial informará de dicha solicitud al Juez Requirente, a través del Módulo Penal o sede judicial de destino; empleando el medio de comunicación más apropiado que garantice su celeridad, así como el debido respeto a los derechos fundamentales del detenido. Recibida la solicitud del requisitoriado, el Juez Requirente podrá aceptar o rechazar la realización de la Audiencia Virtual, comunicando a través de los conductos pertinentes, en el día su decisión a la dependencia policial a cargo del detenido.

iv. Para otras diligencias judiciales; por la naturaleza del acto jurisdiccional, el Juez Requirente podrá disponer de oficio o a petición de parte que la diligencia se ejecute mediante Audiencia Virtual (…).

v. Audiencias internacionales vía cooperación judicial internacional; la videoconferencia deberá sustentarse en los convenios bilaterales o multilaterales suscritos por el Perú, en las normas generales de Cooperación Judicial Internacional, y en el principio de reciprocidad, según corresponda.

5. Oficio circular Nº 063-2020-CE-PJ, de fecha 23 de marzo del 2020, en que hace de conocimiento el Acuerdo N° 482-2020; el mismo que aprobó el uso de la Solución Empresarial Colaborativa denominada "Google Hangouts Meet", en los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial, hasta que permanezca la emergencia sanitaria declarada en el país.

6. Resolución administrativa Nº 0123-2020-CE-PJ, de fecha 24 de abril del 2020, la cual autoriza el uso de la Solución Empresarial Colaborativa denominada "Google Hangouts Meet"

para las comunicaciones de abogados y litigantes con los jueces y/o administradores de los módulos básicos de justicia y módulos corporativos de las Cortes Superiores de Justicia del país.

7. Resolución corrida Nº 00021-2020-CE-PJ, de fecha 30 de abril del 2020, la cual reitera a los señores jueces del país, que el único aplicativo informático para realizar audiencias virtuales en el Poder Judicial, es la Solución Empresarial Colaborativa denominada "Google Hangouts Meet"; y por ultimo;

8. Resolución administrativa Nº 0173-2020-CE-PJ, de fecha 25 de junio del 2020, en la que se resuelve en aprobar el Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria.

V. La videoconferencia

La videoconferencia, en estos últimos días, ha ganado un mayor protagonismo, sobre todo debido a una necesidad vital en primer lugar de no estancar el aparto económico de un país (esto a través del trabajo remoto), y segundo por una necesidad incuestionable de administrar justicia en un plazo razonable y debido, sobre todo en las causas donde hay personas privadas de su libertad (presos preventivos), los cuales están envueltos del principio constitucional de presumírseles inocentes; en ese orden de ideas la videoconferencia, teleconferencia, videollamada, juicio o proceso telemático o simplemente audiencia virtual, es una forma actual y moderna de comunicación simultánea, en tiempo y espacio real, mediante la cual se garantiza el mensaje entre un emisor y un receptor, a través de una conexión alámbrica o inalámbrica, la cual tiene por objeto garantizar una comunicación de audio y video entre las partes, de una litis.

1. Antecedentes

Esta nueva manera de afrontar un proceso no es novísima, como ya lo hemos visto *supra*, sino ya paulatinamente se ha

venido fortaleciendo en nuestro sistema de Administración de Justicia, siendo:

A. La Ley N° 30.229, de fecha 12 de julio de 2014, adecua el uso de tecnologías, en los Remates Judiciales y en los Servicios de Notificaciones de las Resoluciones Judiciales, modificando Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil, el Código Procesal Constitucional y la Ley Procesal del Trabajo.

B. La Resolución Administrativa N° 214-2008-CE-PJ, instaura el Servicio de Notificaciones Electrónicas - SINOE en el Poder Judicial.

C. La Resolución Administrativa N° 336-2008-CE-PJ, aprueba la Directiva N° 015-2008-CE-PJ. "Sistema de Notificaciones Electrónicas del Poder Judicial - SINOE", entre otras normas administrativas señaladas *supra*.

2. Definición

La videoconferencia es un mecanismo de ayuda o soporte que va a posibilitar y garantizar la realización de un determinado acto procesal, en este caso una audiencia o juicio telemático; otros consideran que la videoconferencia es un sistema de comunicación cerrada punto a punto. Cualquiera que posea los medios necesarios (antena satelital) puede ver la señal y ver la teleconferencia, pero nadie, excepto los participantes, puede ver las transmisiones de videoconferencia. En ese sentido al sistema que nos permite llevar a cabo el encuentro de varias personas ubicadas en sitios distantes, y establecer una conversación como lo harían si todas se encontraran reunidas en una sala de juntas se le llama sistema de "videoconferencia"; reafirmando en consecuencia que esta audiencia virtual es una forma actual y moderna de garantizar la administración de justicia, sobre todo en los plazos establecidos por ley; y en los diversos tipos de procesos judiciales, sobre todo de índole penal (reos en cárcel), salvaguardando así también la vida e integridad de los operadores judiciales en mérito, por las condiciones actuales de la Covid-19.

3. Marco legal

El marco legal de la videoconferencia lo hallamos en los planos nacional e internacional.

A. Marco nacional; la encontramos en el código adjetivo, en los siguientes artículos; 119°-A.2, 169°, 248°.G, 360°.4, y 381°.2 del NCPP.

B. Marco internacional; *i)* El Convenio Europeo relativo a la asistencia judicial en materia penal, artículo 10°; *ii)* Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su reglamento artículo 51°; *iii)* Convención Interamericana sobre asistencia mutua en materia penal, artículo 2°, *iv)* Estatuto de Roma artículos 63°.2, 68°.2 y 69°.2, *v)* Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 24°.

4. Objeto y finalidad

No cabe duda de que el objeto será viabilizar la actuación judicial, a través de la audiencia virtual, esto es que el proceso judicial continúe conforme sus procedimientos, de acuerdo a esta actuación judicial excepcional. Siendo entonces su finalidad esencial la de alcanzar justicia en un debido momento y oportunidad, utilizando la tecnología, con el fin de brindar a las partes la debida tutela judicial efectiva.

5. Alcance

El alcance de las mismas será a todas las audiencias que se realicen a nivel local, nacional e internacional, con independencia de la materia e instancia, según las normas procesales aplicables en cada caso; y le alcanza a las partes y/o sus abogados, la defensa pública, fiscales y procuradores públicos; incluidos testigos, peritos y otras personas; sin embargo nosotros consideramos que ésta se podría dar para casos fáciles o en todo caso para audiencias previas.

6. Efectos de la videoconferencia

Los posibles efectos jurídicos serán darle legitimidad a la actuación judicial, que pueda realizar el órgano jurisdiccional competente lógicamente con las debidas garantías para la instalación, conectividad y utilización de estas herramientas, esto también en el entendido que toda causa deba resolverse en un plazo razonable.

7. Características

La videoconferencia presenta las siguientes características:

A. Subsidiaria o Residual; porque sólo procede cuando no se dispone de otro medio para que se pueda llevar a cabo una actuación judicial, en este caso una audiencia presencial.

B. Inmediata; porque su realización está relacionada a los plazos procesales, que precluyen en todo proceso judicial, sobre todo los relacionados con privados de libertad.

C. Formal; puesto que sólo participaran de la misma las partes legitimadas del proceso.

D. Especifica; porque se contrae a los requisitos establecidos en el NCPP, en cuanto a las diversas audiencias previas y de juzgamiento establecidas, así como a las del Reglamento General de Audiencias bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado por Resolución Administrativa N° 096-2006-CE-PJ.

E. Eficaz; porque en la audiencia virtual, posibilitará la actuación procesal de las partes de manera local, nacional e internacional.

F. Veraz; los sujetos procesales deberán actuar como garantes del proceso, mostrando en su actuación probidad y buena fe, en sus actuaciones virtuales.

G. Pública; puesto que la audiencia será grabada en soporte, pudiendo posibilitar el control de la misma por la ciudadanía.

8. Tipos de videoconferencia

Podríamos decir que en el mundo de la informática existen muchos tipos, sin embargo, para fines judiciales nos limitaremos a clasificarlas en:

A. Videoconferencia grupal o académica; es aquella reunión en la que se invita a más de una persona, ésta es utilizada muchas veces con fines académicos, sin embargo, en ella no habrá posibilidad de interactuar con el expositor o quien dirige la misma.

B. Videotelefonía; aquella que es usada por las partes en sus aplicativos móviles, con el fin de llevar a cabo la actuación judicial, si hay posibilidad de interacción entre las partes, pero ésta será limitada.

C. Videoconferencia individual o de cara a cara; en la que un organizador invita a una reunión (en este caso audiencia

virtual), con el fin de poder establecer una comunicación *online* (en línea), la cual garantiza la interacción de cara a cara, y tiempo real, entre un emisor y un receptor, siendo dirigida por el organizador de la misma; en éste el juez de la causa, quien bajo su conducción posibilitará a las partes la participación en vivo de acuerdo a sus intereses, siendo que el juzgador será aquella persona que controlará la misma.

9. Requisitos

En este caso el citado protocolo temporal de audiencias virtuales ha establecido las siguientes:

A. Una PC, laptop o cualquier otro dispositivo similar con cámara y con accesos a internet.

B. Una conexión de banda ancha a Internet.

C. Una cámara que permita una definición nítida en la transmisión

D. Un micrófono integrado o conectado que permita el reconocimiento de voz preciso en la transmisión.

E. En caso de utilizar un dispositivo móvil, previamente se deberá descargar el aplicativo Google Meet. En el caso del órgano jurisdiccional ésta deberá ser descargada por el personal técnico informático de cada dependencia, y en el caso de las partes bajo su responsabilidad.

F. Tener un ambiente iluminado, sin tránsito de personas ajenas a la audiencia y con el menor ruido posible.

Véase que básicamente se han establecido ciertas condiciones, desde un punto de vista técnico o tecnológico; el mecanismo que se utilice deberá permitir la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes. Se garantiza así la posibilidad de contradicción de las partes. En ese sentido la utilización de este proceso telemático debe ser previamente establecida por el juzgador, en su debido momento y oportunidad, esto conforme lo veremos más adelante.

10. Preparación de la audiencia virtual

Al ser novísima es mecanismo digital el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de la Resolución administrativa

Nº 0173-2020-CE-PJ, de fecha 25 de junio del 2020; en su *Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria,* en su acápite V, ha establecido algunas reglas que pasaremos a analizar:

Objeto de los actos previos para la preparación de la audiencia virtual, en los procesos judiciales en trámite, el órgano jurisdiccional notificará electrónicamente la resolución que señala la fecha y hora de la audiencia virtual y en la misma convocará a los abogados de las partes a una coordinación o conferencia de preparación previa a la audiencia virtual que tiene como finalidad verificar la factibilidad, compatibilidad y evitar fallas antes del inicio de la audiencia, así como establecer medidas alternativas en caso de que éstas se produzcan, para que la audiencia virtual se realice sin afectar el derecho de defensa de las partes. En esta conferencia o en estos actos de coordinación, que estará a cargo del auxiliar jurisdiccional designado para tal efecto, cada parte deberá ser representada por un solo abogado, debiendo deshabilitarse la participación de terceros. No es necesaria la participación de las partes en esta conferencia o en los actos de coordinación. Sin embargo, los abogados deberán informar sobre el motivo de la no participación de las partes, lo cual se pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional.

Antes de la entrada en rigor de este protocolo, se estuvo efectivamente notificando a las partes, a fin de que en el plazo de 24 horas, indiquen si iban a participar de la audiencia por *i)* vía remota (esto desde cualquier lugar), siendo que deben proporcionar un correo electrónico o email con la extensión gmail.com, a fin de que personal de informática, genere el link de ingreso, invitándolas a la audiencia; o *ii)* vía presencial, presentándose en la sala de audiencias, a fin de que se instale la audiencia, esto con el fin de que previamente se de pautas para la iniciación de la misma**.**

Invitación a la conferencia o a los actos de preparación; en la resolución de señalamiento de la audiencia virtual que contiene la invitación a la conferencia o a los actos de preparación, se deberá detallar, con relación a éstos lo siguiente: a)

La fecha y hora de la conferencia o del inicio de los actos de preparación, y la vía a utilizar telefónica o virtual; b) El plazo para que los abogados proporcionen un número de celular y un correo o correos electrónicos; c) Las indicaciones para unirse a los actos de preparación o a la conferencia; d) El día y hora de la audiencia virtual; e) El correo electrónico (con la extensión gmail.com o pertenecer a este dominio) y el número de celular del auxiliar jurisdiccional designado, para comunicarse en caso surja alguna duda con relación a las indicaciones técnicas para la utilización del aplicativo. Para efecto de las invitaciones se consignará el número de expediente como nombre del evento o reunión. Todo esto como lo repetimos con el objeto de maximizar la realización de la audiencia virtual a desarrollar.

Obligación de señalar correo electrónico y número telefónico en demandas y denuncias nuevas; en las nuevas demandas y denuncias, además de los requisitos señalados por ley, para los fines de la realización de la audiencia virtual, los abogados deberán indicar un número de teléfono celular, y un correo o correos electrónicos (con la extensión gmail.com o pertenecer a este dominio), siendo éste un requisito para el trámite de las mismas bajo responsabilidad del solicitante. Esto quiere decir que inclusive se puede excluir a la defensa si es que el mismo es renuente al mandamiento judicial.

Desarrollo de la conferencia o de los actos de preparación. En la conferencia o en los actos de preparación, el órgano jurisdiccional, a través del auxiliar jurisdiccional encargado, en coordinación con los abogados de las partes, se deberá definir: a) Que la aplicación a ser utilizada durante la audiencia virtual será Google Meet, en tanto se incorpore el aplicativo institucional del Poder Judicial. En forma excepcional, de acuerdo a las circunstancias del caso, previa autorización del órgano jurisdiccional y con acuerdo de partes se podrá utilizar otro aplicativo (asegurándose que este permita la grabación de la sesión y no tenga problemas referidos a la seguridad de la información) o por vía telefónica; b) La duración que tendrá cada etapa de la audiencia virtual, teniendo en cuenta el número de participantes; c) La relación de

personas que participarán de la audiencia virtual; así como el momento y la forma en que sus documentos de identidad y poderes serán enviados al órgano jurisdiccional, en caso no obren en autos; d) La forma como deberán proceder las partes y abogados, en caso se produzca algún problema con la conexión a la audiencia virtual o se desconecten de ésta abruptamente. En todo caso se deberá establecer la obligación de comunicar telefónicamente de forma inmediata al auxiliar jurisdiccional designado y hacer las coordinaciones necesarias para que la audiencia virtual se reanude en el más breve plazo; e) La necesidad de acuerdo al caso de generar "salas privadas" para conferencias reservadas entre el procesado y el abogado defensor, el representante del Ministerio Público y las víctimas, las negociación o conciliación directa entre las partes, o debate del órgano colegiado en caso de emitir resolución en audiencia.

Registro de los acuerdos de la conferencia o de los actos de preparación

A. Los acuerdos tomados en el artículo precedente serán registrados en audio o video o, en su caso, en un resumen elaborado por el especialista a cargo, quien dará cuenta de modo oportuno al juez o Presidente del Colegiado, y con su aprobación será notificada electrónicamente. La conferencia o actos de preparación será grabada, lo que se informará de ello a los participantes.

B. En el registro de la conferencia o en los actos de preparación de la audiencia virtual se recogerá el compromiso de los abogados de las partes al desarrollo de la audiencia en un entorno virtual.

C. De no participar, el abogado o las partes, en la conferencia o actos de preparación o de no efectuarse ninguna observación en el registro de los acuerdos de conferencia de preparación, se entenderá que se tienen a disposición los recursos tecnológicos adecuados para la realización de la audiencia virtual, siendo de estricta responsabilidad su participación en la audiencia virtual y asumiendo responsabilidad por la falta de recursos tecnológicos.

11. Audiencia virtual

Quien pone las pautas, en la conducción y moderación de la audiencia virtual, será el juez que convoca a la misma, lógicamente que son las mismas pautas que para una audiencia presencial, si bien el protocolo ya citado *supra* ha establecido que el auxiliar jurisdiccional designado tendrá la función de moderador, pero sólo en cuanto a que éste se pueda cerciorar debidamente de que las invitaciones hayan sido notificadas a las casillas electrónicas o, en su caso, a los correos proporcionados por los participantes y los magistrados, bajo responsabilidad; mejor dicho que dé cuenta de la efectiva notificación a las partes.

Ingreso a la audiencia virtual; los participantes deberán ingresar a través del enlace web remitido en la resolución de señalamiento de la audiencia virtual, a través de la plataforma establecida, o la acordada de modo excepcional, en la conferencia o en los actos de preparación. Como ya se dijo de no contar con los medios técnicos, inclusive el órgano jurisdiccional puede proveer dicha situación excepcional.

Grabación y acta de la audiencia virtual; la audiencia virtual será grabada por el órgano jurisdiccional. Las partes y sus abogados no están autorizados a grabar la audiencia virtual. Sin prejuicio de lo precedente, las principales actuaciones serán recogidas en un acta, la cual será notificada electrónicamente a las partes. Considero que no se limitaría derecho alguno, ya que es el órgano jurisdiccional el que tendría dicha facultad, porque sólo al organizador de la reunión o evento se le está permitido hacer la grabación, la cual puede ser requerida por las partes

Acreditación y registro de asistencia

A. La verificación de la asistencia a la audiencia virtual será realizada por el moderador, y por su parte el Juez verificará la acreditación e identificación de los presentes; el moderador compartirá en pantalla con los participantes el contenido pertinente del acta que recoge estos datos, dando cuenta al órgano jurisdiccional cualquier observación y de su conformidad.

B. Desarrollo y problemas de conexión o transmisión en la audiencia virtual.

C. Son aplicables a las audiencias virtuales las reglas de conducta de las partes y sus abogados previstas para las audiencias presenciales. El órgano jurisdiccional está habilitado para aplicar las sanciones de ley, en caso de incumplimiento de las mencionadas reglas o actúen con temeridad o mala fe procesal.

D. La audiencia virtual se desarrollará en los tiempos y formas acordadas en el acta de conferencia o actos de preparación, siguiendo las reglas procesales señaladas para cada materia.

E. El órgano jurisdiccional determinará, en virtud de la información proporcionada por la parte o la que obre en autos, si la parte que no se conecta o se desconecta abruptamente, está simulando o está aprovechándose indebidamente del entorno virtual, en cuyo caso deberá aplicar las sanciones por temeridad o mala fe procesal.

F. Si durante la audiencia virtual se produjeran problemas técnicos o de conectividad, y la parte no pudiera reconectarse, el órgano jurisdiccional se comunicará telefónicamente con la parte afectada a efecto de que ésta continúe por esa vía de comunicación; en todo caso, deberá agotar todos los medios a su alcance a efecto de impedir la suspensión o frustración de la audiencia virtual;

G. Los participantes deben ingresar a la audiencia virtual con el micrófono desactivado, y sólo activarlo cuando sea requerida su participación, luego de lo cual deben deshabilitarlo hasta una siguiente intervención. Todo esto para evitar que se filtren ruidos que perturben la realización de la audiencia.

VI. Justificacion de la videoconferencia en el ámbito de la Administración de Justicia penal

Esta medida lógicamente es estrictamente excepcional, más aun si así lo ha afirmado el Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergen-

cia Sanitaria, aprobado por el Poder Judicial; en suma lo que hace este poder del Estado, es brindar ciertas directrices, reglas y pautas, que servirán para el desarrollo de la audiencia virtual, en todos sus aspectos; en ese sentido algunos podrían considerar que este procedimiento es violatorio de ciertos derechos y garantías procesales, sobre todo el principio de inmediación, lo cual nosotros consideramos que no sería así (dependiendo de la actuación judicial a desarrollar), pero considerándolo como un mecanismo excepcionalísimo, en el entendido de que sólo a través de esta audiencia virtual, se lleven a cabo audiencias previas, en donde no se actúen medios probatorios, esto es audiencias de control, prisión preventiva y cese de prisión, prolongación de prisión, o aquellos actos donde el Juez de Garantías deba dar fiabilidad a las actuaciones hechas por el fiscal, en fase preparatoria (en cuanto a garantizar medias limitativas de derecho), o en fase intermedia como ya se señaló *supra*, o incluso en fase de ejecución, por ejemplo una audiencia de revocatoria. Sin embargo en juzgamientos podría tener mis reparos, sobre todo para determinados juicios: en el caso de delitos leves y de bagatela, considero que no habría problema, pero en el caso de procesos complejos o de criminalidad organizada, o en todo caso, en la actuación de audiencias previas (con esta misma naturaleza), se tendría que exceptuar, este procedimiento de audiencia virtual, esto conforme ya fue abordado, en las causales de no Procedencia del Proceso Inmediato, según Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02 - 2016/CIJ- 116; en la que se estableció la no procedencia del proceso inmediato, cuando se trate de: *i) Hechos complejos;* en virtud a su variedad de circunstancias, a la posible inicial equivocidad de determinados actos de investigación y/o a la presencia de vacíos en la acreditación de determinados pasajes importantes de los hechos; *ii) La complejidad;* no sólo está vinculada a la naturaleza interna del acto de investigación -a lo complicado y/o extenso del mismo-, sino también a las condiciones materiales referidas a la ejecución del acto de investigación o en su incorporación a la causa; *iii) La gravedad del hecho objeto de imputación desde la perspectiva de la*

conminación penal -en pureza, la pena esperada en atención a la culpabilidad por el hecho y por la culpabilidad del autor-. A mayor gravedad del hecho, (…); ello como se indica acertadamente en el plenario que estos delitos graves demandan, en sí mismos, un mayor y más profundo nivel de esclarecimiento, y una actividad probatoria más intensa y completa -tanto en el ámbito de su configuración típica como en las exigencias de la medición de la pena (causales de disminución o incremento de punibilidad, circunstancias cualificadas o privilegiadas, circunstancias específicas, circunstancias genéricas y reglas de reducción punitiva por bonificación procesal)-. Basta que el delito sea especialmente grave y que, por las características específicas de su comisión concreta, requiera algún tipo de esclarecimiento acentuado respecto a una categoría. *iv) La determinación de lo que debe estimarse como "delito especialmente grave";* no permite, por falta de una norma definidora, una respuesta o conclusión exacta o categórica. Es del caso, sin embargo, tener presente que bajo esta lógica, y a un mero nivel ejemplificativo, el Código Penal -en adelante, CP- y las leyes penales complementarias, en atención al grado de afectación al bien jurídico y a su propia entidad o importancia, y en algunos supuestos fundados en una lógica de mayor gravedad del hecho e intervención delictiva, reprime ciertos delitos *a)* con *pena de cadena perpetua* (…); *b) con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años* (…), *c) con pena privativa de libertad no menor de quince años*; sin embargo en el Acuerdo Plenario 01-2019, sobre prisión preventiva; presupuesto y requisitos en su fundamento 22, ha señalado como delito grave una pena que podría fijarse en 10 años de pena privativa de la libertad, por lo tanto, ya dependerá del caso en concreto y la naturaleza o bien jurídico a discutir en el proceso o juicio, más aun en punto 7.8, del Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria, se ha establecido que las audiencias presenciales se podrán realizar de manera excepcional, siempre que, por su naturaleza, el daño o perjuicio irreparable lo justifique, y no exponga la salud de los participantes, decisión que esta-

rá a cargo del órgano jurisdiccional, debiendo tomarse todas las medidas sanitarias que se requiera, previa coordinación con el área administrativa de cada Corte, por lo tanto en ese sentido vemos que está abierta más que la posibilidad, sino la necesidad, de poder abarcar conscientemente un adecuado razonamiento probatorio, el que se pueda hacer este tipo de audiencias presenciales, con el fin de garantizar plenamente los derechos del imputado.

VII. Pronunciamiento jurisdiccional de la videoconferencia

Nuestro sistema procesal, ha optado por un sistema de *numerus apertus*; esto quiere decir que deja la posibilidad al juzgador de poder adecuar los procedimientos o actuaciones judiciales, a su interpretación y necesidad de administrar justicia, primero en la forma y modo establecidos por ley, y segundo adecuando los procedimientos en cuanto a los vacíos y deficiencias que pueda encontrar, para lo cual deberá allanar todos los procedimientos, para el fin que busca; en ese sentido ya con anterioridad el máximo órgano de interpretación constitucional en el Expediente N° 02738-2014-PHC/TC, Ica, de fecha 30 de julio de 2015, en su fundamento 20, estableció:

Corresponde analizar ahora si con el uso del sistema de *videoconferencia* se lesiona el principio de inmediación como elemento del derecho a la prueba. Al respecto, el Tribunal aprecia que el sistema de videoconferencia permite la *comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido*, en tiempo real, sin obstaculizar la percepción sensorial que puedan tener las partes de las pruebas, admitiendo la *interacción visual y auditiva*. Por ende, este mecanismo tecnológico no puede ser rechazado por el hecho de que literalmente "no se encuentre presente físicamente" una persona, pues dicho sistema tiene el efecto de adecuar la audiencia de tal manera que puede considerarse al procesado presente activamente. En ese sentido, el Tribunal considera que su utilización no es

incompatible con el principio de inmediación que informa al proceso penal.

Por otro lado, también se tiene lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la República, esto es de la Sala Penal Permanente, en el Recurso de Nulidad N° 999-2016, Loreto, de fecha 20 de junio del 2017, en la que en su fundamento 6.2.6, estableció:

El uso de la videoconferencia, *per se*, no resulta incompatible con los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación (principios del juicio oral); antes bien, dicho medio tecnológico constituye una forma de entrelazar de manera real a los intervinientes en una audiencia judicial, contribuyendo a la celeridad del proceso en determinados casos. No obstante, su utilización -cuando corresponda- no puede significar la vulneración de garantías básicas del proceso penal, como sucede con el derecho de defensa; lo cual, se presentaría si no se permite que el acusado conferencie con su abogado defensor en el lugar donde se encuentre y/o que sea asesorado por el mismo. Contrariamente, un órgano jurisdiccional que garantiza el respeto de derechos procesales básicos como el referido, coadyuva a que la legitimidad de la videoconferencia se optimice.

Es así que podríamos afirmar que mientras no se vulnere en sentido estricto el derecho de defensa, este mecanismo servirá para aquellas actuaciones que su misma necesidad deban de actuarse, esto porque también, favorece el cumplimiento del principio de concentración de las actuaciones procesales, al evitar aplazamientos, suspensiones o demoras en los señalamientos de las diferentes actuaciones judiciales por motivos de distancia física, lo que acaba redundando en una mejor organización del trabajo en los Juzgados y Tribunales, siendo que su utilización de la videoconferencia permite salvar los inconvenientes que plantea la quiebra de los principios de concentración e inmediación que se produce en los supuestos, excepcionales, en los que se admite que la prueba se practique a través del auxilio judicial, tanto nacional como internacional. Abundando en las ventajas,

permite evitar el problema de la victimización secundaria, especialmente relevante en supuestos de violencia de género y en aquellos procedimientos penales en los que la víctima es un menor.

VIII. Conclusión

i. No cabe duda de que el Código Procesal Penal se afianza al irrestricto respeto de los derechos fundamentales de todas las partes, y en especial al del imputado; este garantismo procesal, lógicamente dentro de un Estado Constitucional de Derecho, significa la constitucionalización del proceso penal, reflejado en el esfuerzo por parte de los Órganos Jurisdiccionales de respetar escrupulosamente los mandatos de un debido proceso constitucional, afianzado al proceso penal, sin perder la eficacia y eficiencia en la solución de los conflictos en un tiempo razonable, y sin vulnerar las garantías de los justiciables.

ii. La videoconferencia es un mecanismo de ayuda o soporte que va a posibilitar y garantizar la realización de un determinado acto procesal, en este caso una audiencia o juicio telemático; otros consideran que la videoconferencia es un sistema de comunicación cerrada punto a punto. Cualquiera que posea los medios necesarios (antena satelital) puede ver la señal y ver la teleconferencia, pero nadie, excepto los participantes, puede ver las transmisiones de videoconferencia.

iii. Es así que la videoconferencia o teleconferencia nace como una necesidad a fin de que este tipo de causas, sobre todo penales, se resuelvan en un plazo y tiempo de acuerdo a los plazos señalados en nuestra norma procesal; sin embargo, algunos juristas señalarían que este tipo de procedimiento virtual violaría los principios procesales, inmediación, publicidad, concentración y contradicción. Es por ello que debe prevalecer sobre todo el derecho de defensa de las partes, tanto material como formal, esto en la misma forma y condiciones como si se tratara de una audiencia presencial. Considero que no se afectan estos principios, sin embargo tengo mis reparos

en establecer ciertas causas de acuerdo a su gravedad o sobre todo en casos difíciles.

iv. Se han emitido diversas pautas internas de funcionamiento y operatividad, de la videoconferencia por parte del Poder Judicial, ello con el fin de que este instrumento procesal agilice las diligencias judiciales en los procesos cuyos actores se encuentren en lugares diferentes y distantes entre sí; ésta es la génesis y objeto que tuvo bien, este poder del Estado para la ejecución de las Audiencias Virtuales, siendo principalmente a; *i) temas de seguridad en traslado de internos a la sala de audiencias,* y *ii) internos recluidos en distintos penales fuera del lugar del juzgado o sala, iii) temas de onerosidad en cuanto al traslado de las partes;* y ahora último *iv) temas de pandemia, y evitar el quiebre de los juicios (sobre todo en reos privados de libertad.*

v. Éste es un mecanismo excepcionalísimo, en el entendido de que sólo a través de esta audiencia virtual, se lleven a cabo audiencias previas, en donde no se actúen medios probatorios, esto es audiencias de control, prisión preventiva y cese de prisión, prolongación de prisión, o aquellos actos donde el Juez de Garantías deba dar fiabilidad a las actuaciones hechas por el fiscal, en fase preparatoria (en cuanto a garantizar medidas limitativas de derecho), o en fase intermedia como ya se señaló *supra*, o incluso en fase de ejecución, por ejemplo una audiencia de revocatoria; sin embargo en juzgamientos podría tener mis reparos, sobre todo para determinados juicios, en el caso de delitos leves y de bagatela, considero que no habría problema, pero en el caso de procesos complejos o de criminalidad organizada, o en todo caso, en la actuación de audiencias previas (con esta misma naturaleza), se tendría que exceptuar este procedimiento de audiencia virtual.

IX. Referencias bibliográficas

Acuerdo Plenario Extraordinario N° 02 - 2016/CIJ- 116. II Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Per-

manentes y Transitorias de la Corte Suprema de la Republica, de fecha 01-06-2016, fundamento 09 - 10.

Morales Vargas, A. (2005). *Nuevo Código de Procedimiento Penal: Redefinición y Fines del Proceso Penal. En Implementando el Nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos*, publicado por Fundación para el Debido Proceso Legal y Fundación Esquel. (01) pp. 48-65.

Schönbohm, H y Lösing, N. (1988). *El proceso penal, principio acusatorio y oralidad en Alemania. Un nuevo sistema procesal penal en América Latina*. Buenos Aires: Ciedla (p.39).

Páginas web:

Amoni Reverón, G. (2012). *El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal*. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100005

Computer - Hoy. (2016). *La ONU declara el acceso a Internet como un derecho humano*. Recuperado de: https://computerhoy.com/noticias/internet/onu-declara-acceso-internet-como-derecho-humano-47674

Cubas Villanueva, V. (2015). *Principios del Proceso Penal en el Nuevo Código Procesal Penal*. Derecho & Sociedad N° 25 [25]. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/?query=los+proceso+especiales&amount=0&blogid=1411.

Diaz Cappa, J. (2020). *Justicia digital: De reto a la necesidad*. Confilegal. Recuperado de: https://computerhoy.com/noticias/internet/onu-declara-acceso-internet-como-derecho-humano-47674

Fragello, G. (2013). *Sistema de videoconferencia*. Monografias.com. Recuperado de: https://www.monografias.com/trabajos12/sistvid/sistvid2.shtml

Pandemia y Justicia

Graciela Elizabeth Gómez (Corrientes. Argentina)

Introducción

La pandemia del coronavirus y el aislamiento social obligatorio, decretado para evitar la rápida expansión del virus y el consecuente colapso del sistema sanitario, paralizó muchas actividades estatales de manera abrupta. Una de ellas fue el servicio de Justicia en todo el territorio de nuestro país. Es por ello que muchas innovaciones se tuvieron que planificar en tiempo récord con normativas de emergencia y los jueces, funcionarios y agentes de la administración de la Justicia se vieron obligados a implementarlos.

Hace tiempo que la ciudadanía reclama un mejor servicio de Justicia. Pese a algunos esfuerzos, la imagen general sigue siendo que el Poder Judicial está en deuda con la sociedad. Con este cuadro de base, la repentina aparición de la pandemia de Covid-19 plantea ahora un nuevo y delicado desafío. El funcionamiento del Poder Judicial debe ser garantizado no sólo en situaciones normales, sino también -y con más razón- en situaciones de emergencia, para velar por el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y controlar la actuación de las autoridades públicas. Así lo ha exigido recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución Nº1 titulada "Pandemia y Derechos Humanos". Desde hace tiempo se ha planteado la necesidad de modernizar y transparentar la administración de Justicia mediante la implementación de herramientas tecnológicas que permitan brindar más y mejores soluciones a los problemas de la sociedad, pero por distintas causas no se ha concretado.

Como tantas veces se ha dicho, situaciones excepcionales requieren remedios excepcionales. Es así que, ante la pandemia, todos debemos agudizar nuestro ingenio y redoblar esfuerzos para cumplir nuestras tareas con la mayor dedicación y eficacia posible. La pasividad o la insensibilidad de un po-

der del Estado nunca puede ser la respuesta para una crisis. Afianzar la justicia y promover el bienestar general; eso es lo que nos exige la Constitución.

Así, en cuatro meses, el COVID-19 hizo más por el Derecho Procesal informático que cualquier otra circunstancia en la historia, hemos adelantado cinco años esta situación que nos toca atravesar y sin duda marca un antes y un después en la manera de acceder a la Justicia, permitiéndonos revalorizar las posibilidades que nos brinda la tecnología, consiguiendo superar la barrera del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio.

Ciertamente, se deberá contar con un adecuado sistema electrónico que contemple el efectivo desarrollo del proceso y garantice un adecuado derecho de defensa en juicio, dando respuestas tanto al imputado como a las víctimas.

La tutela judicial efectiva nos incita a promover un rápido servicio jurisdiccional que, con ayuda de la tecnología, permita la solución de los conflictos que surjan durante el Aislamiento, no sólo de aquellos urgentes.

En el presente se realizó una investigación exclusivamente sobre el manejo y decisiones que se tomaron en cuenta en los tribunales de la Ciudad de Corrientes durante el periodo de marzo a junio de 2020 por motivos de la pandemia por Covid-19.

Informe sobre el estado de la Justicia en mi provincia

Corrientes tiene formada su Organización Judicial en consonancia con los preceptos de la Constitución Nacional como así también con las demás provincias que integran el Estado Nacional. Cabeza de la misma es el Superior Tribunal de Justicia integrado por cinco Miembros Titulares, un Presidente que se elige anualmente por el Cuerpo y cuatro Ministros con un orden de subrogación preestablecido.

En cuanto a la competencia territorial la Provincia se encuentra dividida en cinco Circunscripciones Judiciales.

Medidas tomadas a nivel nacional y local

La velocidad en el agravamiento de la situación epidemiológica a escala internacional requirió la adopción de medidas excepcionales para hacer frente a la emergencia, dictando el gobierno nacional a tal efecto el DNU N° 297/20 (BO N° 34.344 del 31-03-2020), por el cual se dispuso el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" durante el plazo comprendido entre el 20 y el 31 de marzo inclusive del corriente año, que fue adherido por la Provincia, a través del decreto del PE Provincial N° 588/20 (BO N° 28.028 del 20-03-2020). Asimismo, por el citado decreto, el PE Nacional reguló la forma en que las personas debían dar cumplimiento de abstenerse de concurrir al lugar de trabajo y la obligación de permanecer en la residencia donde cada persona realizaría el aislamiento. Esta medida se adoptó, frente a la emergencia sanitaria y con el objetivo primordial de proteger la salud pública, por ser una obligación indeclinable del Estado y atento a que no existe un tratamiento antiviral efectivo, ni con vacunas que prevengan el virus, considerándose que el aislamiento y distanciamiento social era lo apropiado para hacer frente a la situación epidemiológica y mitigar el impacto sanitario del Covid-19.

La Administración de Justicia, antes del inicio de la pandemia era muy tradicional, en la cual para la mayoría de trámites era necesario la presencia en el tribunal ya sea para presentar escritos o documentales, realizar una audiencia, notificarse, retirar algún oficio o mandamiento, lo que implicaba gran aglomeración de personas sobre todo a media mañana, horario pico, dentro de todos los edificios de tribunales; las ventanillas de juzgados colapsaban de personas a la espera de su turno, lo cual con el inicio de la pandemia eso no se podría hacer atento la peligrosidad de contagio que conlleva el hacinamiento de personas.

La Justicia de Corrientes cuenta con un sistema informático que permite efectuar sus funciones denominada IURIX, facilitando y simplificando el trabajo que realizan los empleados judiciales, porque podían realizar las providencias en computadoras; lo que fue un avance respecto de proveer a mano so-

bre el expediente y también a la utilización de máquinas de escribir, pero este sistema no fue completo, si bien permite que los abogados se puedan notificar de providencias o resoluciones, al publicar listas en PDF, no muestra los escritos que son presentados en los juzgados, por ende no llega a ser un expediente digital, que es lo que en otras provincias se aplica. Solo se pueden ver las providencias realizadas por el juzgado.

Si bien mucho se habló y se discutió sobre informatizar un poco las causas judiciales, no se logró ese objetivo, pero sí hubieron algunos avances, por ejemplo, como dije, a partir del año 2006 la implementación del sistema IURIX; desde el año 2017/2018 el Poder Judicial a través de un convenio con el Banco de Corrientes puede acceder a través de usuarios y claves a todas las cuentas judiciales de cada juzgado, ver los movimientos de las cuentas, los saldos y realizar trasferencias evitando así la confección de cheques judiciales, los denominados ahora transferencias judiciales. También a partir del año 2019 se pudo digitalizar en materia de oficios, a través del sistema IDENT, se puede requerir informe de alguna persona sin necesidad de librar un oficio, solamente enviando un mail solicitando informe, luego se imprime y es agregado al expediente, como también todo informe o comunicación entre dependencias judiciales puede hacerse a través de correos institucionales, los que antes debía hacerse por oficios entre dependencias, aun estando en el mismo edificio. Todo esto simplificó un poco el proceso, pero obviamente, fue insuficiente frente a la pandemia.

El inicio de este flagelo, que implicó un aislamiento obligatorio de personas en virtud a la alta peligrosidad en su contagio, llevo al STJ a establecer el Acuerdo Extraordinario N° 5/2020 el que decretó feria judicial para todos los juzgados de Corrientes desde el 17 de marzo al 31 de marzo de 2020, en el cual se designó a las autoridades que iban a quedar a cargo de la feria y se ha establecido que no podrán ser convocados a cumplir funciones en feria judicial aquellas personas que integren lo que se ha denominado de grupos de riesgo (mayores de 60 años, hipertensos, diabéticos, enfermos cardiovascula-

res, enfermos pulmonares crónicos, cáncer, inmunodeficientes, embarazadas), debiendo cada Magistrado comunicar a la Dirección de Recursos Humanos respecto del personal convocado. Asimismo, en caso de que alguno de los Magistrados y/o Funcionarios designados estén comprendidos dentro de grupos vulnerables, debían comunicar su reemplazo.

Por lo que se decretó una feria activa, que luego de pasar los días y el aumento en los casos en la Provincia, se resolvió que esa feria sea pasiva, el personal sólo debía presentarse al lugar del trabajo si presentaban algún escrito que debían resolver en forma inmediata, por lo que se redujo en cantidad el personal que se presentaba a trabajar. Durante la feria judicial, la prestación del servicio de Justicia era mínima, en el marco de la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y que tenía por objeto la atención de los asuntos de urgente despacho o que por su naturaleza no admitan postergación o demora alguna, habida cuenta de que el servicio de Justicia es una actividad esencial del Estado.

Luego, la feria judicial se prorrogó por Acuerdo Extraordinario desde el 31 de marzo al 12 de abril del corriente año, con nuevas designaciones de autoridades en feria, con posterioridad se volvió a postergar por otro Acuerdo Extraordinario hasta el 26 de abril de 2020.

A partir de esta fecha, se dispuso la vuelta progresiva del personal que trabaja en la Justicia. La primera semana los que volvieron fueron únicamente los miembros del STJ, los señores jueces de todas las instancias con sus correspondientes secretarios actuarios y relatores, luego de esta semana, iba a poder reintegrarse el personal administrativo, respetando un límite para evitar nuevamente el aglomeramiento de personas; así se estableció que solamente podía volver el 30% del personal, en la primera fase, luego se amplió al 40% del personal transcurridos unos días, hasta llegar a ampliar al 50% del personal; a partir del 26 de junio el Superior Tribunal ordenó el reintegro de todo el personal, salvo las personas de riesgo. Es menester aclarar que en esta fase de reintegro, de pasar a casos urgentes que se trataban en la

feria judicial, ahora todos los juzgados tenían sus materias restringidas, por ejemplo:

a) Penal: cuestiones vinculadas con la privación de la libertad de personas; violencia de género y doméstica, delitos contra la salud pública -fundamentalmente las conductas que contravengan el sistema normativo de prevención y mitigación dispuesto por las autoridades sanitarias durante la emergencia sanitaria por la pandemia y que resulten de competencia provincial-, delitos contra las personas, contra la integridad sexual, contra la propiedad, contra la Administración Pública, contra la seguridad pública y contra el orden público, hábeas corpus.

b) No penal: asuntos de familia urgentes; resguardo de menores; pedidos de exclusiones y restricción del hogar en procesos de violencia familiar, violencia de género; pedidos de alimentos; medidas autosatisfactivas relacionadas con la salud y la vida; transferencias electrónicas pendientes para las partes, los abogados, peritos o demás auxiliares de justicia; pedidos de embargos, inhibiciones, medidas de no innovar y otras medidas cautelares o su levantamiento que no admitan demora; amparos.

c) Concursos: medidas urgentes en el marco de la Ley 24.522 y sus modificatorias, como ser: Art. 11 pedidos de apertura; Art. 14 apertura de concurso preventivo; Art. 16 pronto pago laboral y actos sujeto a autorización; Art. 20 contratos con prestaciones recíprocas pendientes; Art. 43 período de exclusividad y prórroga; Art. 181 medidas urgentes de seguridad; Art. 183 fondos del concurso; Art. 184 bienes perecederos.

d) Cámaras de Apelaciones: todas las apelaciones vinculadas con las materias urgentes de su competencia.

e) Tribunales Orales Penales: deberán realizar las audiencias indispensables y urgentes en el marco de su competencia legal y reglamentaria, sin presencia de público, con las restricciones y recaudos mínimos establecidos para las audiencias, como así también, continuar o finalizar los juicios en tràmite; a partir del 4 de mayo de 2020, las audiencias fueron sus-

pendidas con motivo de las medidas adoptadas por la crisis sanitaria.

Se decidió la suspensión de los plazos procesales, y en consecuencia, los procesos jurisdiccionales y procedimientos administrativos en trámite ante los tribunales o áreas administrativas del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, desde 17 de marzo de 2020 -fecha de inicio de la feria judicial decretada por Acuerdo Extraordinario N° 05/2020, con sus respectivas prórrogas y hasta el tiempo que dure la atención extraordinaria administrada por pandemia Covid-19-, salvo para las causas que se habiliten expresamente para tramitar durante el período y su notificación sea consentida por las partes.

También desde el STJ se tomaron medidas para evitar el cúmulo de personas en todos los edificios de Tribunales de Justicia, como ser:

- Solamente podían ingresar a los juzgados a realizar trámites, personas con turnos solicitados, en el día y hora que le fueran asignados. Así con turnos de media hora se evitaba la aglomeración de personas.

- A los juzgados se les hizo entrega de productos de limpieza e higiene.

- En los espacios comunes de los Tribunales, donde hay desplazamiento de personas, marcaron con franjas y líneas hasta dónde podían llegar las personas y dónde debían ubicarse a fin de mantener la distancia.

- En las ventanillas de atención, colocaron vidrios para tener el mínimo contacto entre personas.

- En los edificios que cuentan con ascensores, solamente permitían el ingreso de tres personas por vez a los ascensores.

- En el ingreso, había personal que controlaba el ingreso de personas únicamente con turno y procedía a su desinfección.

- La más importante, es que permitieron que los escritos presentados al juzgado sean enviados al correo institucional de cada juzgado para evitar la presencia del abogado en los juzgados y el formato papel.

- Las audiencias pudieron ser realizas por plataformas de video como Zoom, pero en forma muy restringida, sólo las estrictamente necesarias.

Luego, los plazos fueron reanudados en materia penal desde el 18 de mayo de 2020 y en materia no penal desde el 1 de junio de 2020. A partir del 3 de junio del 2020 se implementó un programa para recepción de escritos digitales denominado FORUM, que permite recibir escritos y también la notificación del escrito al profesional, es como un sistema de mensajería por el que el profesional puede enviar el escrito y el juzgado puede enviar la contestación, pero el inconveniente de este programa es que no se vincula con el IURIX, que a mi parecer es lo que se necesita, un programa que permita ver escritos presentados y proveídos firmados tanto para profesionales como para el juzgado y que también permita la recepción de escritos en manera *online*. Por lo que se presentan dos programas diferentes, cada uno con sus funciones, pero que en definitiva no dan una solución definitiva. Otro punto que hay que tener en cuenta es que los escritos enviados por FORUM, deberán ser presentados en soporte papel en el plazo de 5 días desde que fueran enviados, bajo apercibimiento de tenerlos como no presentados.

A partir del 16 de junio de 2020, en el edificio de calle San Juan y 9 de Julio se establecieron 5 mesas de recepción de escritos en el subsuelo del edificio, de acuerdo a sus materias, es decir, cada materia tendrá una mesa de recepción de escritos, sin importar el juzgado o secretaría, verbigracia, se constituyó una mesa de juzgados de conocimiento, otra de juzgados laborales, otra de juzgados de ejecución, etc, y se reciben los escritos que luego serán enviados a los juzgados correspondientes, para evitar al mínimo el ingreso de personas al edificio.

No puede soslayarse que el servicio de Justicia en la Provincia de Corrientes realizó lo mejor que estuvo a su alcance, pero ese esfuerzo no fue suficiente para manifestar que el servicio de Justicia no se vio afectado por la pandemia. Indudablemente se afectó el acceso a Justicia ya que la misma no pudo seguir funcionando normalmente, por ejemplo no todos

los abogados pudieron seguir litigando, ante la imposición de una feria donde sólo se tramitan causas urgentes, y los plazos se encontraban suspendidos, algunos abogados se vieron muy limitados en sus actividades y por ende en sus ingresos mensuales, cuando muchos de ellos, que viven únicamente de ese ingreso o que tienen causas pequeñas o pocas causas, se vieron perjudicados, situación que sería otra si el sistema fuera actualizado y digitalizado como en otras provincias. Creo que la prestación del servicio de Justicia no se hubiera afectado tanto y/o no se hubiera prolongado tanto tiempo esa incertidumbre de cómo resolver esta paralización que afecta a todos los sistemas de Justicia. Pero se necesitaría para ello una plataforma segura y eficiente, con excelente conectividad, prever los cortes de luz, que es muy común en Corrientes en periodos de verano etc. Así se realizó, sin dudas, un gran esfuerzo por parte del STJ de dar soluciones a esta problemática que es nueva con aciertos y desaciertos en sus acordadas; algunas por contradecir lo que el P.E.N. disponía paulatinamente, fueron dejadas sin efecto, de otras realmente se notaba que las soluciones que brindaban eran precarias (por ejemplo, en la primera fase del retorno progresivo no había listas de notificaciones, sino que se enviaba el PDF del proveído al profesional en su cuenta de mail, implicando esto realmente una notificación escueta); con la implementación del sistema informático FORUM, se dio un paso adelante, pero se impone la instalación de un sistema único y no sistemas complementarios al IURIX por separado que no terminan de satisfacer las necesidades de los justiciables.

También es necesario abandonar con las viejas prácticas inquisitivas del sagrado expediente, dejando de lado al papel, que aún en este siglo XXI se sigue cosiendo, lo que requiere un gran cambio cultural de todos los operadores del sistema.

Análisis crítico del uso de los medios telemáticos

En cuanto a las audiencias virtuales o el ciberjuicio, en palabras de Cafferata Nores, constituye una verdadera revolución judicial que ha dividido a la doctrina en dos aguas

totalmente diferentes: los que aceptan y los que lo aceptan sólo excepcionalmente como los tiempos en que estamos viviendo, pero para cierto tipos de audiencia donde el límite es la audiencia de juicio, el primer problema que se plantea es la regulación de esta novedad procesal, cualquier proceso debe ser reglado por ley, por lo que el Poder Legislativo debe dar una respuesta inmediata; otro de los problemas es que la tecnología no puede aplicarse a todos los juicios, sí a audiencias previas al juicio, de medidas cautelares, juicio abreviado etc., pero no podría utilizarse y se impone reagendar en casos complejos, juicios donde se arriesga una pena privativa de libertad del imputado ya que éste debe consentir este tipo de audiencia renunciando a su derecho a un juicio oral y público, debiendo garantizar la comunicación real y efectiva entre el imputado y el defensor, entrando estrictamente al juicio sin dudas se viola la inmediación, la publicidad, la contradicción, el lugar donde se realiza el juicio, ello implica un símbolo social, la audiencia y su ritualidad, su formalidad, la misma no puede realizarse en una pizzería.

En relación a las formas ¿cómo formalizamos los juramentos de testigos?, ¿cómo hacemos para garantizar el principio de contradicción? Para que sea eficiente, ¿cómo refrescamos memoria o evidenciamos contradicción?, ¿cómo se tramitaríamos las objeciones, cómo incorporar documental y objetos materiales, cómo hacemos gráficos, dibujos para persuadir al tribunal?, ¿qué pasa si el imputado quiere declarar, cómo garantizamos la comunicación con su defensor? ¿y lo relacionado con la credibilidad del testigo? ¿y su lenguaje verbal y no verbal? Evidentemente ninguna cámara puede reemplazar la presencia física de las partes del proceso.

Por todo ello la presencialidad en el juicio es el principio, la excepción serían las audiencias virtuales en tiempos excepcionales, no es lo mismo prepararse para un juicio presencial que virtual, no podemos sacrificar garantías por la pandemia ya que "no hay justicia cuando los derechos están limitados". Debemos garantizar la igualdad de armas con la igualdad de tecnología, lo cual es una utopía ya que la selectividad del sis-

tema penal tiene al 95 % de imputados pobres sin posibilidad de contar con una computadora y mucho menos con wifi.

Sin embargo todo los que nos aporta la tecnología tiene que servir para tener una Justicia más eficiente, más equitativa, más ágil y más justa.

Conclusion: propuestas de soluciones

A nadie puede atribuírsele la titularidad absoluta de las soluciones precisas y omnímodas a aplicar en esta transición hacia la "nueva normalidad en la Justicia", todo es incierto aùn. Dicho esto, no es menos incuestionable que el Poder Judicial, vector indispensable de la triada democrática, no puede continuar sumergido en una falsa dicotomía: "Apertura irresponsable vs. Cuarentena eterna".

Algunas propuestas de soluciones serían aferrarnos a los principios ya conocidos y un poco olvidado como la buena fe, instrumentación en nuestro plexo normativo, más que nunca aplicar los principios de economía y celeridad procesal, reperfilar a los nuevos tiempos el principio de inmediación, entrega de escritos por vía digital, realización de audiencia telemática en la medida en que sea posible, dividir los horarios de oficina en matutino y vespertino, adecuar las estructura edilicias, con medidas sanitizantes, demarcando lugares de distanciamiento, pantallas separadoras entre el personal judicial y los profesionales, higiene de manos, uso obligatorio de tapabocas, control de temperatura, instalación de cabinas sanitizantes, aplicación inmediata de protocolos ante casos sospechosos o positivos, presupuesto a fin de afrontar los gastos que estos cambios edilicios demanden y por sobre todo la colaboración y predisposición de los operadores judiciales, entre otros.

Para terminar podemos decir que toda esta problemática nos es sólo propia de la Argentina, sino de todos los países del mundo y en particular de nuestra América morena, ya que el Superior Tribunal de España declaró inconstitucionales a la audiencias virtuales de juicio, lo propio hizo la Corte Suprema de Colombia el 09/07/20; mucho más queda por expresar, pero

en tan sólo doce páginas es imposible abarcar toda la temática que nos ocupa en este tiempo de pandemia.

Bibliografia

I Congreso Digital de Pandemia y proceso realizado por la Escuela procesal del Nordeste y la Universidad Nacional del Nordeste.

Congreso Internacional del Foro Iberoamericano de Juristas: implicancias jurídicas del Covid 19 realizado por plataforma de la Universidad del Madgalena de Colombia.

Conversatorios virtuales del Dr. Moreno Holmann, Cafferata Nores, Jaime Arellano, Cassio, Cristian Pena y Leticia Lorenzo.

Justicia en tiempos de pandemia

Marcelo MUSARRA

1.- Introducción

Es de público conocimiento que tras la declaración de la emergencia por la pandemia, la Justicia debió adoptar protocolos para la continuidad de su labor.

La Justicia, pilar máximo de un Estado de Derecho, debe seguir operando. La Administración de Justicia, debe funcionar de acuerdo con los principios de eficacia, eficiencia y en consecuencia debe adaptar sus estructuras y su organización, haciendo de ella una Justicia eficaz, pronta y expedita.

La Justicia argentina, fue destacada propulsora ante el impulso digital, comenzando por el uso de la digitalización de sus expedientes electrónicos, el uso de la firma digital para jueces y la posibilidad de presentar documentos firmados digitalmente por las partes, sin necesidad de la presentación en soporte papel (en algunos casos).

Pero, en el ámbito de la oralidad judicial, aún continuamos en una etapa inicial.

Es sabido que el *debido proceso* es un conjunto de garantías procesales que tienen por objeto asistir a los individuos durante el desarrollo del proceso. "Un proceso que persiste ilimitadamente o por tiempos desmedidos no es un juicio justo, a pesar de que se cumplan con las otras condiciones. En tal sentido, el tiempo se erige en un derecho a que los conflictos ventilados en la Justicia, sean resueltos en un plazo razonable. En el Derecho interno, la Constitución histórica lo receptaba de manera implícita en la idea de debido proceso, en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en función del principio de razonabilidad previsto en el artículo 28 de la misma, siendo así aplicado por nuestro Máximo Tribunal a partir del caso Mattei, en el año 1984.

Fue a partir de la *reforma de 1994,* cuando aquellos postulados de los pactos se convierten en una garantía con rango

constitucional, a partir de lo establecido por el *art. 75, inc. 22,* de nuestra Carta Magna. De esta manera, y en tal orden normativo, la tramitación de las causas judiciales en tiempos razonables, se erige en una obligación internacional que asume el Estado argentino al aprobar los instrumentos internacionales aludidos y hacerlos partícipes de nuestro Derecho interno"

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires lo menciona en el artículo 15 diciendo "La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave".

Respecto al Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto al plazo razonable del proceso contemplado en el art. 8.1 de la Convención Americana, ciertamente la Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso:

A) la complejidad del asunto, B) la actividad procesal del interesado, y C) la conducta de las autoridades judiciales.

No obstante, la pertinencia de aplicar esos tres criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias de cada caso. Esto es, dadas las particularidades del caso, la Corte analizará la razonabilidad de la duración de cada uno de los procedimientos, cuando ello resulte posible y pertinente.

"La privación de la libertad y derecho a una duración razonable del proceso, contemplados en el articulo 7 cap.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconoció el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, o en su defecto, a ser puesto en libertad".

Consecuencia de toda esta situación que nos apremia, los abogados defensores no están pudiendo ejercer el derecho a

defensa. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Poder Judicial dispone de sistemas para que los abogados carguen los escritos y los empleados judiciales resuelvan. Pedir una excarcelación vía digital, por ejemplo, es posible.

2.- Análisis crítico sobre el uso de medios telemáticos en juicios orales

En este punto, vamos a analizar destacadas experiencias sobre juicios orales virtuales, durante el "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (ASPO).

Poder Judicial de Tucumán: Mayo 8 de 2020. "La Sala Vª de la Cámara Penal *condenó a once años de prisión* a un hombre por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual, en el que fue el primer juicio oral realizado íntegramente mediante videoconferencia en el Centro Judicial Capital. La modalidad fue aplicada en el marco de las disposiciones sobre trabajo remoto que ordenó la *Corte Suprema de Justicia de Tucumán* a raíz del aislamiento social preventivo y obligatorio. El debate oral encabezado por el tribunal unipersonal integrado por el Vocal, *Dr. Fabián Fradejas*. En las dos jornadas que insumió el juicio oral, declararon el imputado y cuatro testigos; estos últimos prestaron declaración desde la Guardia del edificio del Fuero Penal, mediante un teléfono celular provisto por la OGA Capital. También se reprodujo la Cámara Gesell de la víctima y se dio la palabra a la Defensoría de Niñez. Las audiencias no fueron transmitidas en vivo debido a la naturaleza del delito que se juzgó. Por el mismo motivo, no se brinda mayor información acerca de la causa. La representante de la Oficina de Asistencia a Víctimas de Delitos (que depende de la Oficina de Derechos Humanos de la Corte) en este juicio explicó que se adaptaron las estrategias que normalmente se desarrollan para brindar acompañamiento a las víctimas a la modalidad virtual.

La incorporación del acompañamiento a las víctimas, es una visión innovadora en estos últimos tiempos. En este caso,

fue un desafío trabajar en forma remota durante el juicio oral, pero considero que los resultados fueron óptimos, aseguró Beltrán".

3.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA): junio 10 de 2020

Se llevó a cabo el primer juicio oral completamente *online* de la Argentina. Fue en una causa por distribución de material de explotación y abuso sexual infantil; y su tenencia para distribución y comercialización. La titular del Juzgado Penal Contravencional y de Faltas N°13, Lorena Tula del Moral, accedió al pedido efectuado por la Fiscal Dupuy, para llevar adelante el proceso judicial de manera *online*, debido a la urgencia de juzgar al acusado y considerando la situación sanitaria actual. Ambas partes elaboraron un protocolo de actuación donde también se admitió la prueba digital durante la audiencia virtual. El mismo establece un marco común homogéneo que puede ser modificado según cada caso particular.

El titular del Consejo de la Magistratura de la Ciudad, el Dr. Alberto Maques, afirmó que la Justicia porteña "es pionera en implementar el uso de la tecnología y la modalidad virtual para todas las instancias de un proceso judicial". En ese sentido, recalcó que la misma "es la más moderna del país y con la implementación de herramientas tecnológicas lo demuestra día a día". El Fiscal General de la Ciudad, Juan Bautista Mahíques, sostuvo que para la realización de esta audiencia "se tuvieron en cuenta diversos documentos y experiencias que han tenido lugar en otros países para asegurar que los actos procesales se desarrollen con las debidas garantías".

4.- Propuesta y solución en torno a la realización de juicios orales virtuales

La tecnología ha evolucionado, pero no todos cuentan con acceso al servicio de internet y las herramientas adecuadas para el caso (computadora con cámara para la comunicación

audio visual). El primer problema que se nos presenta, es la *conectividad*.

Es de público conocimiento que las Unidades Penitenciarias no cuentan con esos servicios, por lo tanto, es necesario utilizar medios que solucionen esta problemática.

Dentro del proceso, el principio de *preclusión*, debe desarrollarse en forma sucesiva, mediante clausura de cada una de las etapas. Es fundamental que tanto la *oralidad* como la *inmediatez*, tengan una fluida continuidad en las presentaciones orales. Por ejemplo, en audiencias preliminares, la *contradicción* entre las partes, alegatos, testimonios, comentarios, etc. Respecto al cumplimiento del principio de *publicidad*, es factible la posterior publicación por parte del Poder Judicial, haciendo uso de aplicaciones existentes en la web.

Audiencia preliminar (articulo 338 CPP): recibida la causa, e integrado el tribunal conforme las disposiciones legales comienza la etapa de juicio. Siendo fundamental y obligatoria para las partes, la existencia de la misma. En ella se podrá:

A. Interponer recusaciones.

B. Teoría del caso por parte de la Fiscalía.

C. Teoría del caso por parte de la Defensa.

D. Lograr acuerdos respecto al análisis de la prueba de previo que se utilizará en juicio (sobre pruebas materiales, el lugar del hecho, fecha, etc.).

E. El número de testigos intervinientes, peritos, etc. (de ambas partes). "Esta Audiencia Preliminar, será el filtro entre el discurso de la discusión técnica jurídica y la discusión fáctica del juicio. Obligación estricta sobre qué prueba ingresa y cuál no. Surge la necesidad de que el Fiscal, haga un breve ensayo de alegatos de apertura, para que la Defensa, manifieste si tiene cuestionamiento de insuficiencia fáctica a lo dicho por el Fiscal. Que se discuta la calificación penal. Y lo concerniente a la prueba y legalidad de la misma".

Recepción de la prueba: las partes recibirán por medios electrónicos, toda la prueba, confirmando de su parte la recepción de todo lo que se utilizará en el juicio. Y aquella prueba material, en donde el/los imputado/s deban efectuar opinión,

durante la Audiencia Preliminar, será el momento de manifestarse sobre ella. O sea, cotejar elementos de prueba que *a posteriori*, no puedan evaluarse por su materialidad en el ámbito virtual.

*Representante judicial***:** un representante deberá estar presente (haciendo de fedatario) en toda la instancia del juicio, en donde el/los acusado/s y el abogado defensor se encuentren, para garantizar la identidad por medio de documentación y que los citados no se asisten de una copia de su declaración de la instrucción, durante el debate.

El abogado defensor, por su parte, lo asistirá y estará presente en todo momento del juicio, donde el acusado se encuentre.

Los testigos deberán declarar presencialmente en los estrados, donde los Magistrados, puedan tener una debida identificación de los mismos, valoración de los testimonios e incomunicación con otras personas que vayan en calidad de testigos.

Teniendo en cuenta los debidos protocolos sanitarios específicos, podrá utilizarse en la Sala un sector provisto con mampara acrílica, para protección anti-contagio.

En casos puntuales, en que sean personas de riesgo, deberán declarar en una dependencia judicial más cercana.

5.- Utilización de vehículos de retransmisión de contenidos audiovisuales mediante satélite

Este trabajo de investigación cree conveniente como herramienta tecnológica, la utilización de retransmisión de contenidos audiovisuales mediante satélite. Éstos ofrecen una prestación de conectividad estable, segura y continua. La posibilidad de juicio oral telemático disminuye la necesidad de desplazamiento de personas a sedes judiciales. Cuando nos referimos a la comunicación telemática, estamos haciendo referencia al conjunto de servicios y herramientas que facilitan la relación interpersonal a través de Internet u otro medio audio visual por señal satelital. Para eliminar las deficiencias

y evitar así una discriminación socio económica, para las partes, por falta de elementos tecnológicos.

Las unidades móviles para transmisión por satélite (DSNG) Digital Satélite News Gathering (traducido seria), *vehículo diseñado para la retransmisión de contenidos audiovisuales mediante satélite*. Una vez que la imagen entra y es tratada por el equipo, pasa a un codificador que comprime el material audiovisual a un formato óptimo para su transmisión vía satélite. La elección de un formato de compresión u otro, dependerá de factores como la duración de la transmisión o el número de receptores finales. Una vez que, tenemos la señal preparada para ser enviada, la antena ubicada en la parte superior de la unidad móvil se alinea con el satélite para conseguir la mejor calidad posible de envío. Esta antena es móvil y durante los traslados suele estar protegida dentro de un compartimento a tal efecto. En definitiva, una unidad móvil DSNG garantiza la máxima calidad y eficacia, en cualquier retransmisión debido a su sistema de conexión por satélite.

Los pasos fundamentales para llevar a cabo una transmisión de vídeo por satélite son tres:

Primero, el vehículo diseñado para la retransmisión de contenidos audiovisuales mediante satélite, estará posicionado en el establecimiento, donde el acusado y su abogado se encuentren. En esa localización se filmará la Audiencia, pudiendo utilizarse varias cámaras de tal forma que la imagen del imputado y su abogado defensor no difieren a la presencial. *Segundo*, se transmitirá la señal al satélite. Y *tercero*, la estación receptora de señal del satélite (antena parabólica instalada en el Tribunal), recibirá las imágenes en vivo y las acoplará a una pantalla gigante instalada en la Sala del Tribunal Oral Penal interviniente.

Datos técnicos sobre modelo de subida: el enlace de subida consiste en modular una señal de FI en banda base a una señal de frecuencia intermedia modulada. Por último la señal pasará por un amplificador de potencia (HPA), el cual le dará la potencia necesaria para que la señal llegue hasta el satélite. *Elementos del modelo de subida*: *cámara*, elemento de toma de

imagen en alta definición (HD) o definición estándar (SD) *Procesador/distribuidor***,** se encarga de la amplificación y ecualización de la señal de video, restaurando los niveles de dicha señal afectados por la distancia a la cámara. Además distribuye dicha señal a los diferentes dispositivos de presentación, medida y transmisión envío al satélite. *Antena parabólica*, en sus diferentes tipos, de Foco Primario, Offset, concentran el haz de ondas para su envío al satélite.

Satélite: el transponedor está constituido por un filtro pasa bandas (BFP), el cual se encarga de limpiar el ruido que la señal adquiere en la trayectoria de subida y seleccionar el canal, ya que cada canal satelital requiere un transponedor. Le sigue un amplificador de bajo ruido (LNA) y un desplazador de frecuencia, el cual tiene la función de convertir la frecuencia de banda alta de subida a banda baja de salida, después seguirá un amplificador de baja potencia el cual amplificará la señal de RF para el enlace de bajada, la señal será filtrada y enviada hacia la estación terrena.

Datos técnicos modelo de bajada: el receptor de la estación terrena contiene un filtro (BFP), el cual limita la potencia de entrada que recibe el LNA, una vez amplificada la señal en bajo ruido, será descendida de RF a una frecuencia intermedia por medio de un convertidor descendente, después la señal será desmodulada y entregada en banda base. *Receptor*: se encargará de desmodular y restaurar la señal recibida, proporcionando video y audio en banda base para su utilización en los diferentes equipos del estudio.

En este orden de ideas y concluyendo el tema, la implementación de la retransmisión de contenidos audiovisuales mediante satélite, mejoraría las deficiencias del sistema de comunicación que actualmente nos afectan.

6.- Palabras finales

La emergencia judicial debe vencer la resistencia al cambio, que ralentiza la modernidad de la Justicia. Todos los esfuerzos y técnicas que se intentan desarrollar respecto a la

oralidad y la digitalización, pueden ser complementarios a futuro, con la oralidad presencial.

Que el hecho histórico que estemos transitando una pandemia, sea el motor propulsor positivo, para la implementación de grandes cambios y buenas ideas.

Bibliografia

Juan Martín Nogueira (Fiscal Ad Hoc de la Unidad Fiscal Federal de la Ciudad de La Plata). (2018 agosto 3). La razonabilidad del tiempo en el proceso penal. 2020 junio 8, de Revista jurídica Recuperado de www.amfjn.org.ar

Gelli, María Angélica. (2004). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, p. 223, Buenos Aires, La Ley.

Dirección de comunicación pública. Excma Corte Suprema de Justicia de Tucumán. (2020 mayo 08). Primer juicio oral realizado íntegramente por videoconferencia. 2020 mayo 08, de Corte Suprema de Justicia. Poder Judicial de Tucumán. Recuperado de www1.justucuman.gov.ar/direccion-comunicacion/noticia/juicio-oral-virtual-1

García, Jorge. (2020 junio 10). Ciudad: se llevó a cabo el primer juicio oral completamente online de la Argentina. 2020 junio 10, de Diario Ámbito Recuperado de www.ambito.com.ar

Lorenzo, Leticia. Directora escuela judicial de Neuquén. (2017 agosto 13). Audiencia preliminar en juicio por jurados. 2020 junio 10, de Centro de capacitación. Ministerio público Provincia de Buenos Aires Recuperado de https://cec.mpba.gov.ar/index.php/taxonomy/term/257

Reyes, Analía Verónica. (2020 junio 04). Juicio oral virtual. Análisis de experiencias. Compatibilidad con el debido proceso. 2020 junio 04, de Universidad del Este Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=eEtmSCQYlk0&t=240s.

El juicio oral en tiempos de pandemia: la videoconferencia en tensión con el debido proceso

Autores: María Laura Maidana y Leandro Valentín Álvarez

I. Introducción

Con motivo del aislamiento social preventivo y obligatorio decretado por el Poder Ejecutivo Nacional en el contexto de la pandemia de COVID-19, los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acordaron una serie de disposiciones sobre pautas de trabajo para asegurar el cumplimiento de las medidas dictadas por la autoridad sanitaria y, a la vez, sostener la continuidad de la prestación del servicio de Justicia, las cuales fueron replicadas por la Procuración General de la Nación (PGN) y la Defensoría General de la Nación (DGN). Esto implicó la limitación del servicio de Justicia a cuestiones excepcionales, privilegiándose la actividad a distancia por sobre la concurrencia a los lugares de trabajo, que debió reducirse a cuestiones estrictamente necesarias. Más recientemente se dispuso el levantamiento de la feria judicial extraordinaria, reanudándose los plazos procesales para todos los casos en trámite y manteniéndose la modalidad de trabajo a distancia como pauta general.

Así, para que los operadores pudieran llevar a cabo su labor, se admitió la utilización de diversas tecnologías. El Poder Judicial de la Nación cuenta, desde antes de esta situación, con el Sistema de Gestión Judicial, al que se accede a través de un portal web y aunque su uso estaba extendido entre los operadores de los fueros no penales, no era así para la Justicia Penal, donde se observó un notorio incremento. En este sistema se opera con la misma lógica del expediente en soporte papel, es decir, hay una reproducción del sistema escriturario en el formato digital con la presentación de escritos. La novedad es que se habilitó la posibilidad de que las presentaciones sean firmadas de manera electrónica, sin la necesidad de que posean respaldo en soporte papel. Además, los operadores se

han valido de distintas plataformas de videoconferencia para cumplir con aquellos actos procesales que deben celebrarse en audiencia y los acuerdos de tribunales colegiados. Entre esos actos se encuentran las audiencias de los juicios orales y públicos regulados por el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN, ley 23.984).

Este panorama visibiliza -tal vez como nunca- las tensiones existentes entre los deberes del Estado de juzgar en un plazo razonable, de proveer a la tutela judicial efectiva a la víctima y de garantizar el derecho de defensa; en particular y como derivación de los dos últimos, el derecho de las partes a participar de una manera efectiva en el proceso y a interrogar o hacer interrogar a los testigos.

Nos proponemos aquí, entonces, dar nuestra mirada sobre si el juicio oral y público celebrado por videoconferencia respeta el derecho al debido proceso, según las disposiciones constitucionales y convencionales, como así también los estándares jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

II. ¿La videoconferencia respeta el principio de publicidad?

La adopción en el artículo 1 de la Constitución Nacional del sistema republicano de gobierno determina que los juicios criminales sean públicos, a fin de que la sociedad tenga la posibilidad de controlarlo, dado que es un acto de gobierno. La publicidad en un Estado democrático de Derecho es esencial para que la ciudadanía conozca los actos que se realizan. En consonancia con ello, los artículos 24, 75 inc. 12 y 118 de la CN establecen, como mecanismo de participación democrática, que los juicios criminales deben ser realizados por jurados.

A su vez, la publicidad es una garantía para el acusado, de acuerdo con lo previsto por la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10; el art. 26 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.5.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "[e]l derecho al proceso público en el art. 8.5 de la Convención es un derecho esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el/la juez/a y las pruebas y que facilite el acceso al público. 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".

Por su parte, la CSJN ha dicho que "la justicia debe ser administrada públicamente, con expresión de sus motivos, pues el propósito de su publicidad -garantía de garantías- consiste en controlar a los gobernantes para que no abusen de su ejercicio en daño del pueblo, que es el verdadero titular de la soberanía".

En el art. 363 de la ley procesal se estableció la realización de un juicio con características tan esenciales que, de no realizarse bajo la modalidad de la oralidad y publicidad, será nulo. De esa norma y la siguiente -art. 364 del CPPN-, surgen las formalidades con que deben celebrarse los juicios, es decir, se hace referencia a una sala de audiencias, con condiciones determinas, con la presencia de las partes, a la restricción del acceso a personas menores de 18 años, a los condenados y procesados por delitos reprimidos con pena corporal, a los dementes y a los ebrios. Establece un orden, cierta ritualidad que caracteriza al juicio para los testigos, peritos y partes del proceso penal, como el símbolo social y transparencia de los actos de gobierno que es una característica básica de una república y la Administración de Justicia es uno de los pilares que estructuran el sistema republicano, en concordancia con el art. 5 de la CN.

Sin embargo, a pesar de que la ley procesal no lo admite, en distintas jurisdicciones se desarrollaron juicios orales a través de plataformas de videoconferencias. Es probable que el legislador no regulara ese medio porque lo desconocía y no previó el avance tecnológico; era una tecnología inexistente en la época de la sanción de la ley procesal.

No advertidos incompatibilidad de la videoconferencia con la publicidad. Al contrario, consideramos que supone un progreso en esta materia ya que la utilización de la videoconferencia permite un control más estricto sobre los sujetos que participen del mismo y, a su vez, posibilita su transmisión por medios masivos como canales de televisión o plataformas de *streaming*. La masividad de éstas rompe con los límites físicos de una sala de audiencias tradicional, dado que por más grande que sea, jamás podrá contener la casi ilimitada cantidad de conectados. Además, esto también otorga la posibilidad de que participen habitantes de sitios distantes a la sede del tribunal que jamás hubiesen presenciado un juicio en otra jurisdicción territorial.

III. ¿La videoconferencia respeta el principio de inmediación?

El principio de inmediación garantiza a las partes que el juzgador tome contacto directo con la prueba que se produce durante el juicio. Esto permitió dejar atrás el proceso inquisitivo, en el cual las actas escritas eran reproducidas en juicio. El modelo acusatorio permite la valoración y contradicción de los elementos probatorios de forma inmediata para todos los sujetos procesales.

Tal como lo sostiene ROXIN, la inmediación implica dos cosas distintas:

1. "El *tribunal* que dicta la sentencia debe *observar por sí mismo* (inmediación formal); en principio, no puede dejar la recepción de la prueba a cargo de otras personas, p. ej., a cargo de un juez comisionado o requerido.

2. El tribunal debe extraer los hechos de la fuente, por sí mismo, es decir que no puede utilizar *equivalente probatoria alguno* (inmediación material)".

Existe una excepción a la regla general del principio, que es la contenida en el art. 391 del CPPN. Dicha norma establece que las declaraciones testimoniales en juicio no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción y permite la incorporación por lectura, con el acuerdo de las partes, ante el desconocimiento del paradero o fallecimiento de un testigo, cuando se pretenda demostrar contradicciones, como ayuda para la memoria del declarante y, por último, cuando el testigo hubiese declarado por medio de exhorto o informes. En este sentido, la CSJN y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han sido categóricos al señalar que la incorporación por lectura de ciertas evidencias sólo es posible si las partes tuvieron oportunidad de controlar su producción o en una oportunidad ulterior.

La inmediatez permite no sólo la contradicción y valoración de la prueba por las partes, también permite observar las acciones verbales y no verbales de los testigos, estas cuestiones no son menores a la hora de realizar una valoración sobre la credibilidad del testigo. Desde el punto de vista de la psicología del testimonio, se ha defendido la importancia de la inmediación judicial en aquellos medios de prueba de evidente calor humano como la confesión y el testimonio, en donde también serán susceptibles de valoración los gestos y actitudes que acompañan a la declaración testifical, la comunicación no verbal o el metalenguaje y que, en la práctica, son de gran valor para fundar convicción acerca de la verdad del declarante, ya que subrayan su contenido, lo ilustran o lo contradicen.

La videoconferencia lesiona al principio de inmediación porque impide al juzgador tomar conocimiento directo con la prueba, quien no puede confiar en la interpretación que los litigantes presentan, porque ésos son meros indicios (incompletos, vagos, de baja calidad); "para que el tribunal considere acreditada una proposición fáctica la fuente de información deberá concurrir y enunciarla en forma directa, para cumplir con el principio de inmediación con la prueba".

Aun cuando logren superarse los desperfectos técnicos que pudiesen presentarse, la barrera tecnológica para algunos ope-

radores -tanto por falta de conocimiento, como por carencias materiales- y se garantice la seguridad entre ambos extremos de la conexión, la videoconferencia *mediatiza* la percepción del juzgador con el elemento probatorio.

De esa manera, la videoconferencia lejos de constituir un avance en el modo de litigación es, en realidad, un retroceso porque vulnera el debido proceso legal.

IV. ¿La videoconferencia permite la contradicción plena?

La posibilidad de contradecir la prueba es uno de los pilares de un juicio oral. Al referirnos al principio de contradicción no estamos haciendo otra cosa que hablar de la igualdad de armas entre las partes. Es la posibilidad cierta y efectiva de ejercer el derecho de defensa en el ámbito más apropiado que es el juicio oral para resolver el litigio con carácter definitivo. Es decir, aquellos elementos probatorios que ingresaron al juicio, sin la posibilidad de haber sido discutidos en la etapa preliminar, podrán ser confrontados durante el debate oral donde será tarea de los litigantes sostener sus hipótesis del caso, a través del lenguaje de la prueba.

Como lo sostiene RÚA, cada testigo presenta un relato que es coincidente sólo en parte con otras narraciones brindadas por otros testigos. La prueba material, la pericial, la documental y la informativa, que se presenta a través de los testigos, también brinda un relato sobre determinados hechos que coincidirá solamente en parte con el relato que se adquiera con otras pruebas. Y ello es así porque, como dice BERGMAN, las creaciones verbales provienen de seres humanos cuyas capacidades de observación y de memoria son falibles y porque incluso las descripciones a través del lenguaje tienen un limitado poder para reflejar los hechos.

Entonces ¿es posible un contradictorio eficiente y eficaz a la luz de las reglas de la litigación oral a través de la videoconferencia? Imposible no lo es, pero parece muy difícil de lograr. Será posible siempre y cuando el Poder Judicial asegure a las

partes intervinientes estándares mínimos que garanticen la calidad en la conexión, es decir, inviolabilidad del sistema tecnológico utilizado, la calidad en sonido e imagen, el acceso previo al registro oficial, la publicidad y la transparencia del proceso penal. En las declaraciones de testigos y peritos deberá garantizarse que los testigos no estén siendo influenciados y no tengan comunicación con personas ajenas al juicio durante su examinación.

Sin embargo, pese a que no sea imposible, la eficacia y eficiencia del contradictorio van de la mano de la inmediatez que presentan las audiencias de juicio oral en su desarrollo; en este aspecto entendemos que aún queda por lo menos un largo camino por andar. Otro punto central del contradictorio es el trabajo de la prueba material, donde advertimos varias dificultades a la hora de exhibir al tribunal los elementos materiales secuestrados en el caso, recordemos que en esta etapa los litigantes hablan a través de los elementos probatorios.

Las audiencias presenciales no pueden ser suplidas en su totalidad por audiencias virtuales, son dos situaciones distintas que requieren de preparaciones distintas por el solo hecho de realizarse en ámbitos distintos. No es lo mismo para el imputado estar conectado de manera telefónica o interrumpir la audiencia para comunicarse con su defensor, que transitar el juicio oral cuerpo a cuerpo con su asesor legal.

Todas estas cuestiones se encuentran ausentes en la legislación actual en materia procesal penal. El territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires padece la realidad de convivir con tres normas procesales diferentes. Por un lado, el CPPN y algunos pocos artículos del Código Procesal Penal Federal (ley 27.063) regulan el enjuiciamiento de un tipo de delitos. Por el otro, el CPPCABA rige para aquellos delitos cuya competencia fue transferida a la Justicia de la Ciudad. Imaginemos que a este panorama le sumemos la realización de juicios orales, a través de plataformas virtuales. Claramente tendremos un servicio de Justicia cada vez más lejos de sus ciudadanos.

V. Reflexiones finales

La situación de emergencia sanitaria, con el aislamiento necesario para el resguardo de la salud, nos puso frente a la necesidad de repensar las condiciones actuales de prestación del servicio de Justicia y, fundamentalmente, las tensiones con las garantías del proceso penal que provocan la utilización de tecnologías, como así también las colisiones entre los derechos de acceso a la Justicia, a obtener un pronunciamiento jurisdiccional dentro de un plazo razonable, de defensa y el debido proceso legal.

El tiempo transcurrido en emergencia y el desconocimiento de cuándo se podrá retomar las tareas de manera presencial, llevó a que la Justicia Penal haya comenzado a celebrar juicios orales y públicos mediante la modalidad remota o semipresencial. Ello se justificó, entre otros argumentos, en la existencia de casos en que la demora en celebrar dichos actos podría acarrear graves violaciones a garantías constitucionales que asisten no solamente a los imputados sino también a las víctimas de ciertos hechos delictivos. En esta situación se encuentran los casos de personas en prisión preventiva o también aquellas situaciones en que la víctima requiere de la celebración del debate para ver, de alguna forma, reparados sus derechos, como pueden ser los casos de lesa humanidad. A ello se suma también aquellos casos en los que exista riesgo de inminente prescripción de la acción penal.

El modelo de enjuiciamiento acusatorio y adversarial se caracteriza por su oralidad, inmediatez, contradicción y publicidad. Todos esos principios se encuentran interrelacionados y se derivan de la exigencia constitucional y convencional del debido procesal legal. Así como no es posible explicar uno sin el otro, la lesión a uno repercutirá en el resto.

El debido proceso legal establece límites y condiciones al ejercicio del poder punitivo estatal frente a los individuos, por ello representa una protección fundamental y es una garantía irrenunciable. Para que un proceso satisfaga esta garantía,

será preciso que se le permita al individuo la oportunidad de participar con utilidad en dicho proceso

Para poder afirmar que un proceso, regulado por la ley satisface esta garantía que denominamos debido proceso legal, tiene que cumplir el requisito indispensable de otorgarle al individuo la oportunidad suficiente de participar con utilidad en dicho proceso. Esta exigencia es mucho más que el mero cumplimiento de formalismos, sino que su utilidad tiene la misma importancia que aquél. Por supuesto que esto no implica que las pretensiones de las partes deban obtener una decisión favorable, sino que dichas decisiones estén debidamente fundadas y ajustadas a ciertos parámetros mínimos de razonabilidad. Para que una decisión esté ajustada a un criterio básico de razonabilidad, debe tener como mínimo: a) sustento fáctico suficiente; b) proporcionalidad del fin perseguido a los hechos que lo sustentan; y, c) congruencia y proporcionalidad de los medios empleados tanto con el fin razonablemente perseguido como con el sustento fáctico suficiente que los fundamentan.

El uso de la videoconferencia en el proceso penal, más allá de ser presentada como una ventaja beneficiosa y símbolo de modernización en el servicio de Justicia, carece de regulación en el sistema procesal vigente. Si bien la CSJN posee facultades de ordenamiento sobre el funcionamiento de los tribunales inferiores, tiene vedado legislar sobre la materia procesal penal, aun cuando se advierta un vacío normativo para afrontar una situación excepcional. La celebración de un juicio oral por videoconferencia afecta los principios de inmediación y contradicción, que se derivan del derecho al debido proceso legal, lo cual es posible que la Corte deba tratar en algún caso concreto, al final del camino recursivo que escoja transitar alguna de las partes. De esa manera, se vería en la situación paradojal de analizar la validez constitucional de sus propios actos.

Consideramos que los principios de oralidad y publicidad podrían no verse afectados con la utilización de la videoconferencia: en cambio, observamos que llevar a cabo juicios orales a través de esta tecnología lesiona los principios de inmediatez y contradicción. Nuestra concepción del derecho al debido

proceso legal nos lleva a considerar que aun cuando medie acuerdo o consentimiento entre las partes para la celebración del juicio por este medio, no es posible acceder a ello, ya que se trata de una garantía irrenunciable. Así como si una persona imputada guarda silencio sobre el abogado que ejercerá su defensa, el Estado tiene la obligación de proveer uno para esa función, de la misma manera, cuando consienta llevar a cabo un juicio oral por videoconferencia, el tribunal deberá denegarlo, ya que es su deber cumplir y hacer respetar el debido proceso, y no facilitar su vulneración.

No queremos que nuestra opinión se entienda como una posición conservadora o una adhesión a las viejas prácticas, por el contrario, consideramos que la Justicia Penal necesita la incorporación de tecnología y una profunda reforma de su estructura y sistema de enjuiciamiento, pero ello no debe implicar la desnaturalización de los principios que rigen el juicio oral y público. En ese sentido, si el CPPF (ley 27.063) sancionado y vigente se hubiese puesto en práctica, muchas de estas discusiones estarían zanjadas. De esa manera, aunque no exista una legislación que lo admita, no observamos agravios concretos en la celebración de audiencias por los mecanismos técnicos descriptos en las que no se requiere la producción de prueba y en las que el contradictorio puede ser ejercido de modo argumentativo, a partir de la información ya contenida en los legajos de investigación o juicio. Es decir, audiencias en la que los propios litigantes proporcionan la información al/a la juez/a, sin perjuicio de que ella se sustente en los registros existentes -medidas de coerción, implementación de salidas alternativas, control de salidas alternativas, etapa intermedia, juicio abreviado, etc.-.

La videoconferencia es una herramienta que permitió la realización de encuentros de negocios y sociales con sujetos distantes, lo que posibilitó la reducción de plazos y costos. Fue desarrollada con otro fin y para otro ámbito distinto al juicio oral y público, por esa razón es que carece de los requisitos mínimos e indispensables para su realización. Un juicio oral y público que se lleve a cabo por videoconferencia será sólo un

simulacro malo de aquel que el cumplimiento del debido proceso legal exige en un Estado democrático de Derecho.

Bibliografía

Bergman, Paul. *La defensa en juicio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

Bidart Campos, Germán. *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

Binder, Alberto M. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

Bovino, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2018.

Cafferata Nores, José I. *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino.* 2ª ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

Calvo Cabellom J. L., "La valoración de la prueba en el juicio oral", Cuadernos de Derecho Judicial, 1996.

Muñoz Sabaté, L. *Técnica probática*, Praxis, Barcelona, 1993.

Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

Rúa, Gonzalo. *Examen directo de testigos*, Buenos Aires, Didot, 2015.

El juzgamiento en época de pandemia. El caso peruano

Miguel Toyohama Arakaki

1. Nuevo modelo procesal penal en el Perú

En gran parte de las Regiones del Perú, se encuentra vigente el Código Procesal Penal de 2004, que contiene principios y normas que implican una ideología del modelo acusatorio con ciertos rasgos adversariales; no se trata de un modelo adversarial puro, conforme lo resalta Salinas Siccha. El modelo procesal penal acusatorio se erige como contraposición al modelo inquisitivo del cual es signatario el Código de Procedimientos Penales de 1940, acorde con las tendencias procesales de la época, y próximamente estará en vigencia en todo el territorio nacional.

Frente al nuevo modelo procesal penal, se debe tener en cuenta lo que señala el Juez Supremo César San Martín Castro, "la pretendida oposición *garantías vs. eficacia* es falsa en sí mismo y genera discursos perversos desde una óptica conservadora. Un Código debe tomar en cuenta ambas perspectivas y buscar la forma más adecuada para que la obligación o deber social del Estado -garantizar la seguridad ciudadana sancionando a los delincuentes- sea eficaz, pero sin mengua del respeto de los derechos fundamentales de la persona".

2. Proceso penal y normatividad de emergencia

Con la declaración efectuada por la Organización Mundial de la Salud, respecto a la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19), es que el Poder Ejecutivo de nuestro país decretó el Estado de Emergencia Sanitaria, y dispuso un confinamiento obligatorio, que fue prorrogada sucesivamente hasta el 30 de junio del presente año, y a partir del mes de julio se reabrieron ciertas actividades económicas, pese a que se mantenía la situación de emergencia sanitaria, y no se observaba un descenso en el nivel de personas infectadas,

conforme informan los medios de comunicación oficiales y no oficiales (redes sociales reconocidas, *twitter* de científicos y especialistas en materia sanitaria y epidemiológica).

El estado de emergencia, las medidas de confinamiento estricto y todo lo que ello conlleva ha sido pasible de análisis desde el ámbito epidemiológico, antropológico, económico, político y jurídico, observándose que ha causado mayor impacto a nivel sanitario, económico y jurídico, pero estos dos primeros aspectos no serán materia de análisis en el presente *paper*.

En cuanto al Ministerio Público, tenemos las normas administrativas que ordenaron la suspensión de los plazos procesales, así mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación Nº 588-2020-MP-FN del 16/03/2020, se suspendió las labores y actividades del Ministerio Público, a partir del 16 de marzo del 2020 y por el plazo de 15 días calendario, con excepción del personal fiscal y administrativo que ejerza funciones en las Fiscalías Penales y Fiscalías provinciales de Familia de Turno y Post turno, y se dispuso la suspensión de los plazos procesales, así como la suspensión de los plazos en los trámites administrativos que se encuentren en curso durante el Estado de Emergencia Nacional, situación que fue prorrogada mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 593-2020-MP-N del 29/03/2020, Resolución de la Fiscalía de la Nación N°605-2020-MP-N del 12/04/2020, Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 614-2020-MP-N del 26/04/2020, Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 632-2020-MP-N del 10/05/2020, Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 668-2020-MP-N del 24/05/2020, Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 733-2020-MP-N del 29/06/2020, Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 748-2020-MP-N del 30/06/2020, Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 668-2020-MP-N del 24/05/2020, y en esta última se suspenden los plazos hasta el 16/07/2020, en el Distrito Fiscal de Lima, manteniéndose en otros.

En lo que concierne al Poder Judicial, se emitieron las disposiciones administrativas de cumplimiento obligatorio, siendo que por Resolución Administrativa N° 115-2020-CE-PJ del 16/03/2020, se suspenden los plazos procesales desde

el 16/03/2020 por 15 días, situación prorrogada por Resolución Administrativa N° 117-2020-CE-PJ del 30/03/2020, Resolución Administrativa N° 118-2020-CE-PJ del 16/03/2020, Resolución Administrativa N° 61-2020-CE-PJ del 26/04/2020, Resolución Administrativa N° 62-2020-CE-PJ del 10/05/2020, Resolución Administrativa N° 157-2020-CE-PJ del 25/05/2020, Resolución Administrativa N° 000179-2020-CE-PJ del 30/06/2020, y Resolución Administrativa N° 90-2020-P-CE-PJ del 27/07/2020.

3. El juzgamiento en el Perú en época de pandemia

En cuanto al derrotero asumido en el sistema de Justicia penal peruano desde la fecha del Estado de Emergencia Sanitaria, tenemos que las diligencias preliminares en casos penales, se desarrollan actualmente y hasta setiembre del presente año, debido al Estado de Emergencia Sanitaria, empleando las tecnologías de información y comunicación (TIC's).

Se emitieron protocolos de actuación conjunta en el Distrito Fiscal de Lima y en toda la República, suprimiéndose las diligencias o actos de investigación presenciales (salvo excepciones), donde la normalidad -por lo menos en estos tiempos- significa practicar actos de investigación vía plataformas digitales, como *Google Meet* (videoconferencia), el empleo de firma digital, o en su defecto solamente se deja constancia de las personas que participaron en las diligencias. A nivel de juzgamiento, se desarrollan los juicios orales mediante videoconferencias, incluso desde el mes de abril del presente año.

Para efectos de tener un mayor conocimiento de la realidad problemática en el sistema de Justicia penal peruano, y contrastar la doctrina procesal penal con la práctica en los órganos jurisdiccionales y fiscales, se efectuaron entrevistas por videoconferencia del sistema *Whastapp* a magistrados y especialistas, quienes brindaron sus opiniones sobre el tema materia de análisis.

Se entrevistó al Dr. Luis Alberto Pajares Rubiños, que litiga ante la Tercera Sala Penal de Lima (especializada para reos en

cárcel), precisando en cuanto a la inmediación que "desde inicio de la etapa de emergencia sanitaria que vive nuestro país, su despacho participa en juicios orales en procesos judiciales bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 (juicio orales), y con el Código Procesal Penal de 2004 (audiencias de apelación fundamentalmente)", "los juicios orales, con anuencia de las partes, se han desarrollado con normalidad, y se ha reemplazado lo presencial por lo virtual, mediante el empleo del sistema Google Meet", "cada sujeto procesal se encuentra en su domicilio, es decir, los Jueces Superiores, Fiscal, Procurador Público, y los imputados en el establecimiento penitenciario", uno de los problemas advertidos es con respecto "a la declaración de los órganos de prueba, especialmente con los testigos ofrecidos por la defensa, debido a que no se puede observar en toda su amplitud la conducta que adopta cuando presta su testimonio en el plenario (nerviosismo, movimientos involuntarios, etc.), ya que cuando presta su declaración se encuentra sentado y mirando a la cámara". No obstante, señala que "se subsana esa aparente falta de inmediación cuando enfoca directamente al rostro del testigo y puede observar nítidamente sus expresiones al momento de declarar". Además refiere que "existen situaciones que perturban el juicio oral a nivel virtual, pero que se han subsanado progresivamente, en un ánimo de la judicatura de actuar con eficacia y con respeto de las garantías fundamentales, así señala que existen casos donde el testigo no posee el servicio de internet en su domicilio, y para brindar su testimonio ha tenido que recurrir a una cabina pública de internet, que fue declarado válido, y sirvió para fundamentar la sentencia condenatoria". De igual forma "se presenta en el caso de testigos que son miembros de la Policía Nacional, que brindan su testimonial desde el interior de un vehículo policial, ya que en aquel momento están prestando servicio policial". En cuanto a la publicidad, señala que "el Tribunal acepta la participación de cualquier persona que desee observar el juicio oral (en los delitos de acción penal pública), sólo que previamente tiene que solicitarlo al auxiliar jurisdiccional, y de esa forma se le brinda el código

de acceso a la videoconferencia y puede presenciar todo el plenario". Con todo, para el magistrado mencionado "se respetan las garantías del juicio oral de publicidad e inmediación, ya que se emplea la videoconferencia para suplir tal carencia, y si bien implica un flexibilización, no existe otra forma más idónea de desarrollar los juicios orales y respetar los principios de inmediación y publicidad, además teniendo en cuenta la carga procesal que afronta su oficina (más de 50 juicios orales desde mediados de marzo del presente año), se han obtenido sentencias condenatorias, varias impugnadas, pero ninguna fundamentada por vulnerar los principios de inmediación y publicidad".

También se entrevistó al Dr. César Augusto Vásquez Arana, en cuanto al principio de inmediación, quien señaló "el Colegiado que integra desarrolla los juicios orales con apoyo del sistema Google Meet, con anuencia de las partes procesales", "que lo virtual es la única forma de suplir la concurrencia física al Tribunal de los acusados, testigos y peritos", "personalmente tiene sus reparos a esta forma de actuación, ya que no hay inmediación física, pero se debe flexibilizar en esta época de pandemia", incluso "propone que si en un futuro las partes no estén conformes con dicha forma virtual, en que se comisione al auxiliar jurisdiccional a que concurra al domicilio del testigo y del perito y de fe de que declaran sin ayuda, o que el Tribunal concurra al domicilio del testigo y perito para la actuación procesal", además precisa "que desde abril de este año -en pleno aislamiento obligatorio decretado por el gobierno- y hasta la actualidad, se han desarrollado múltiples juicios orales, sin mayor objeción de los sujetos procesales".

Se efectuó una entrevista al Dr. Jorge Rosas Yataco, quien indicó: "que por la pandemia se ha afectado el sistema de Justicia penal, se paralizaron las audiencias, pero en nuestro país se han reactivado, como en el caso de los juzgamientos; la realización virtual de éstas, si no afectan el debido proceso, su continuidad y culminación no serán pasibles de planteamiento de nulidad alguna. Esto es que se garantice correctamente la defensa eficaz del imputado, y la comunicación entre ambos

no sea interferido o afectado en tiempo real, del mismo modo, a los demás sujetos procesales", y a su criterio, "lo importante es que el imputado esté acompañado físicamente de su abogado defensor, y desarrollarse de esa manera el juicio oral, ya que se preserva el derecho a la defensa".

4. Análisis crítico sobre el uso de medios telemáticos y su compatibilidad con la garantía de un debido proceso legal.

A. El juzgamiento y los principios de inmediación y publicidad

El juicio oral es la etapa principal del proceso penal, conforme se advierte de la normatividad procesal y lo remarcan los especialistas. A criterio de Rosas Yataco "se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, e identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor".

Cafferata Nores señala que "el proceso penal no se lleva a cabo porque se haya cometido un delito, sino para permitir que los órganos de la acusación demuestren ante los tribunales de Justicia, y en las condiciones de garantías constitucionales preestablecidas, que un delito en realidad y probadamente se cometió y, en caso afirmativo, se disponga (si corresponde) la aplicación por parte de los tribunales, de la sanción prevista por la ley penal para el responsable. El imputado no deberá probar su inocencia o circunstancias eximentes o atenuantes de culpabilidad, pero podrá hacerlo, por lo que esta posibilidad también debe ser considerada como uno de los fines del proceso". Según García Rada "la

audiencia es la discusión de la prueba reunida en el proceso. Se lleva a cabo en forma acusatoria: y según los dictados del contradictorio, de la publicidad, de la oralidad, de la inmediación y de la continuidad".

El Juez Supremo José NEYRA FLORES señala que "un sistema acusatorio otorga la importancia debida a la inmediación del juez con la prueba, razón por la que inclusive si se trata de un testigo clave y no aparece en el juicio oral, el fiscal o defensa que lo requiera no podrá presentar como prueba la declaración que éste prestó en la fase de investigación o instrucción, ya que se realizó de forma escrita y reservada. Ya que al aceptarla, la Sala sólo tendrá una inmediación con el papel y no con el órgano de prueba, y ésta vendría a ser un contrasentido. La única excepción a esta regla viene a ser la prueba anticipada y la prueba pre-constituida, quienes tienen su fundamento en la necesidad y la urgencia, la inmediación rige plenamente para el resto de la actividad probatoria. Los jueces no son jueces de papel". Al respecto, el Fiscal Supremo SÁNCHEZ VELARDE, señala que el juez del juicio debe ser el mismo que conoce de la prueba de manera directa.

Para MIXÁN MÁSS la inmediación facilita principalmente tanto al acusado como al juzgador conocerse *de visu*; el juzgador puede conocer directamente la personalidad, las actitudes y las reacciones psicosomáticas del interrogado (acusado, testigo, perito, agraviado, tercero civilmente responsable). Además "es conveniente hacer constar que la inmediación se aplica también en la etapa investigatoria en todas las diligencias que, por su naturaleza, exigen la presencia física de los sujetos procesales y terceros citados a ellas. La diferencia está en que la etapa del juzgamiento oral (audiencia) la inmediación es de aplicación indeludible: quienes deben o pueden intervenir en audiencia tendrán que acudir en persona; esto es, no pueden, valerse, por ejemplo, de un medio técnico de comunicación a distancia para eludir su presentación en audiencia, *salvo que en el futuro el avance tecnológico permitiere tratar directamente sin interpósita persona, pero a distancia con el acusado citado".*

B. El uso de las tecnologías de la información y comunicación

El Poder Judicial y el Ministerio Público han dictado diversas normas administrativas con respecto al desarrollo de los actos de investigación y de juzgamiento en estos tiempos de pandemia, así ambas instituciones priorizan el trabajo remoto, y las audiencias se desarrollan con el aplicativo *Google Meet*, y para los actos administrativos se emplea la firma digital.

C. Análisis

En el desarrollo de los juzgamientos penales, sea con el Código de Procedimientos Penales de 1940 o con el Código Procesal Penal de 2004, se observa claramente el principio de oralidad y el principio de inmediación, como pilares fundamentales y garantías de una tutela procesal efectiva y del derecho a la defensa.

En la época de pandemia que nos toca vivir, en el caso del Perú, los magistrados han replanteado la forma de desarrollar los juzgamientos penales con las garantías procesales posibles, utilizando la tecnología y los programas de conferencias en tiempo real *(Google Meet)*, como sucedáneo de la inmediación "física". En dicha audiencia pública o privada se conectan digitalmente en la fecha y hora previamente programada todos los sujetos procesales (jueces, imputado, abogado, fiscal, procurador) conformando una sala de audiencias virtual. En cuanto a la publicidad del juzgamiento, salvo excepciones legales como delitos contra menores de edad, se autoriza que pueda participar cualquier persona (familiares, periodismo, estudiantes), para lo cual se les facilita el código de acceso a la audiencia pública.

El desarrollo de audiencias y juzgamiento virtuales no vulneran los principios de oralidad e inmediación, siempre que se permita que el imputado se encuentre acompañado y asesorado por su abogado -que puede ser físicamente con

medidas sanitarias maximizadas o de manera virtual-, y tratándose de juzgamiento virtual se permita que el público en general tenga acceso libre y sin restricciones al código de ingreso de la sala de audiencias. Estimo que estos parámetros se cumplen en la actualidad en los juzgamientos desarrollados en el sistema de Justicia peruano en época de pandemia, y se preserva el debido proceso judicial y el derecho a la defensa.

Han surgido opiniones respecto a que el empleo de la tecnología y la videoconferencia puede servir únicamente para los casos simples, y no para los que impliquen personas vinculadas a presuntas organizaciones criminales. Esto no lo considero adecuado, ya que no podría efectuarse una diferenciación en el tratamiento del juzgamiento por tipos de casos penales; lo suficiente y básico es respetar los principios de oralidad, publicidad, inmediación y garantizar el derecho a la defensa del imputado, independientemente de que los casos sean catalogados como simples, trágicos y difíciles.

En los casos observados, los Tribunales nacionales procuran al máximo respetar los principios de inmediación y publicidad, así el juzgamiento y los exámenes a los órganos de prueba se efectúan de manera virtual, de la misma forma que los demás actos procesales que integran el juzgamiento, con lo que se respetan las garantías de un debido proceso judicial. Tal es así que los magistrados sometidos a entrevista señalaron que ningún abogado defensor se opuso al desarrollo del juzgamiento de la manera planteada, y finalmente, los medios impugnatorios en casos de sentencias condenatorias desfavorables para sus clientes, no han sido sustentados en violación a los principios de inmediación y publicidad, con lo que se brinda legitimidad a dicha forma de actuación procesal de emergencia. Siendo así las cosas, la solución asumida por los Tribunales peruanos resulta adecuada, preservándose los derechos del persecutor penal, del imputado y del agraviado, con lo que nos encontramos respetando los parámetros establecidos en las garantías procesales señalados en los instrumentos internacionales.

Con todo lo citado, en el juzgamiento o plenario se deben respetar los principios de inmediación y publicidad, y al no haberse previsto la existencia de una pandemia u otra situación extraordinaria que dificulte la concreción de dichos principios, estimo que la solución debe adecuarse razonablemente al estado de emergencia sanitaria, por medio de las audiencias y juzgamientos mediante videoconferencias.

De otro lado, es imprescindible en estos tiempos de trabajo remoto y juicios orales virtuales, que el sistema de Justicia encuentre la modernidad digital, por ello es necesaria la implementación del expediente o carpeta virtual, donde todos los actos se encuentran digitalizados, no sólo por tratarse de un tema de emergencia sanitaria, más bien como parte de la anhelada modernización del sistema de Justicia del siglo XXI.

5. Conclusiones

A. Al encontrarnos en imposibilidad material de desarrollar juicios orales y audiencias de manera presencial, debido a la pandemia provocada por el coronavirus SARS-CoV-2 (COVID-19), se deben emplear sucedáneos que garanticen el respeto de los principios de publicidad e inmediación, recurriéndose a las TIC's (*Google Meet*, *Zoom*, redes sociales).

B. En cuanto al juzgamiento, se debe preservar de mejor manera el derecho a la defensa del imputado, siendo lo ideal que el abogado se encuentre junto a su patrocinado, desde el establecimiento penitenciario o domicilio real, con las medidas sanitarias respectivas, a fin que aplique una defensa eficaz, aunque todo el juzgamiento sea desarrollado de manera virtual; o que el defensor se encuentre en su domicilio u oficina, y se conecte virtualmente a la sala de audiencias, como se realiza actualmente, sin mayores objeciones.

C. Los planteamientos deben ir por el sentido de preservar las garantías del juzgamiento, audiencias y del proceso penal en general, matizados por la situación que nos convoca a nivel mundial, y detectar la solución mediante el empleo de la tecnología en tiempo real u otros sucedáneos que garanticen

dicha inmediación y publicidad. No se trata de una sala de audiencia en físico, pero se deben tomar las previsiones para que se reproduzca en la mayor medida posible, y para esto ayuda la tecnología.

D. Las demandas de aplicación radical de los principios procesales -entre ellos de inmediación- durante el estado de emergencia sanitaria resultan irrazonables, por temas de distanciamiento social y evitar aglomeraciones de personas. Estas demandas significarían prácticamente la paralización de juzgamientos y del sistema de Justicia penal hasta que se invente la vacuna para la COVID-19, lo cual afectaría los derechos de los sujetos procesales (acusado y agraviado), que necesitan se resuelva su situación jurídica dentro de un plazo razonable, más aun en el caso de los presos preventivos que ingresan al proceso penal como presuntos inocentes.

E. En caso de no existir consenso en los sujetos procesales sobre el desarrollo del juicio oral vía *Google Meet*, el Tribunal puede concurrir al domicilio del testigo, perito, testigo experto y proceder con el examen, y si desean pueden asistir los demás sujetos procesales, con las medidas sanitarias respectivas, o seguir el juicio oral vía virtual. Si se desea ser mucho más garantista, se podría comisionar al auxiliar jurisdiccional para que previas medidas de higiene y distanciamiento social, concurra al domicilio del testigo y perito u otro órgano de prueba, para efectos de las conexiones tecnológicas, proporcione servicio de computadora con internet, y supervise que el órgano de prueba no esté coaccionado o se intente actos de mala fe al momento de brindar su declaración.

F. Finalmente, no debemos olvidar lo que señaló el gran procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, respecto a que *"dentro de las imperfecciones humanas, el proceso constituye el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres",* por ello los Jueces y Fiscales deben respetar los principios del Código Procesal Penal de 2004, en la época de pandemia que nos toca vivir y cautelar las reglas del juzgamiento en la mayor medida de lo posible, en especial los prin-

cipios de publicidad e inmediación, valiéndose de las tecnologías de la información y comunicación.

6. Bibliografía

Arocena, Javier. "Oral litigación de técnicas. Adversarial proceso". En: *Luces y sombras de los procedimientos penales en América Latina*, Javier Arocena y Sergio Cuarezma - Directores, Servicios Gráficos, INEJ, Managua, 2016, versión en línea: http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2017/06/Luces_sombras.pdf

Cafferata Nores, José y otros. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ciencia, Derecho y Sociedad Editores, Córdoba, 2004.

Neyra Flores, José. "El juicio oral en el nuevo Código Procesal Penal". En: *Academia de la Magistratura, Código Procesal Penal. Manuales Operativos*, Editorial Super Gráfica, Lima, 2007.

Romero Saavedra, Ismael. "El covid-19, nosotros, el país, latinoamérica, su gente", En: https://www.khipudata.org.pe/l/el-covid-19-nosotros-el-pais-latinoamerica-su-gente-1ra-parte/

Rosas Yataco, Jorge. *Derecho Procesal Penal*, CEIDES, Lima, 2018.

Salinas Siccha, Ramiro. "La etapa intermedia en el Código Procesal Penal del 2004". En: http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/25/la-etapa-intermedia-en-el-codigo-procesal-penal-del-2004/

La gestión y realización de los juicios orales en tiempos del Covid 19, en la República del Perú

Nayko Techy Coronado Salazar

a. Aspectos previos de organización

En la República del Perú, el sistema de Justicia es ejercido por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, conforme así lo señala la Constitución Política del Estado Peruano.

El Poder Judicial tiene su sede central en la capital del país, Lima, en donde funciona el máximo órgano jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia, y el máximo órgano de gobierno, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Asimismo, en la extensión del territorio peruano, se tienen 35 distritos judiciales, que a su vez, comprenden diversos órganos jurisdiccionales (Salas Superiores, Juzgados Especializados, Juzgados de Paz Letrado) cada uno, y en diferentes materias (penal, civil, laboral, familia, etc.).

En relación a los juicios orales en materia penal, son los jueces unipersonales o colegiados (dependiendo del *quantum* de pena legal del delito) quienes lo dirigen, ante quienes se actúa la prueba y quienes emiten las sentencias correspondientes.

b. Referencias de salud pública en el contexto de la pandemia

En la República del Perú, se declaró la Emergencia Sanitaria a nivel nacional, con efectos de inmovilización social para evitar la propagación del Covid-19, a partir del 16 de marzo de 2020. Posteriormente, en los siguientes meses, de forma gradual, se fue flexibilizando la inmovilización social y con ello una parcial reactivación de la dinámica económica.

Lo señalado anteriormente, como en todas las esferas sociales del país, ha tenido también incidencia en el servicio de

administración de Justicia, en un primer momento, con la activación de órganos jurisdiccionales de emergencia a nivel nacional para atender casos de detenidos y de reos en cárcel, y posteriormente con la reactivación parcial de los demás órganos jurisdiccionales, siempre sujeto a los lineamientos de política de salud pública.

c. Aspectos normativos que inciden en la gestión y realización de juicios orales

El Consejo Ejecutivo (CE) del Poder Judicial, como máximo órgano de gobierno, ha emitido una serie de Resoluciones Administrativas en el marco de la emergencia sanitaria, que podemos vincularlas, por su propio contenido, a los juicios orales, así tenemos las siguientes:

N°	Fecha	Descripción
115-2020-CE-PJ	16.03.2020	Se suspendieron las labores y los plazos procesales y administrativos, estableciendo que las Cortes Superiores de Justicia a nivel nacional designen órganos de emergencia para que en materia penal, conozcan los casos graves, relacionados a los procesos con detenidos y otros casos de urgente atención.
118-2020-CE-PJ	11.04.2020	
Acuerdo del CE 531-2020	21.04.2020	Se determinó que el aplicativo informático para realizar audiencias virtuales en el Poder Judicial, es a través del *Google Hangouts Meet*.
129-2020-CE-PJ	27.04.2020	Se precisó que la realización de audiencias sea de forma virtual y por excepción de forma presencial. Además que la sentencia será resumida en sus fundamentos, se leerá el fallo y posteriormente será notificada a las partes (según el Código Procesal Penal, la sentencia es leída de forma íntegra y notificada a las partes en el acto de su lectura).

69-2020-CE-PJ	06.06.2020	Se aprueba el trabajo remoto en los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial a fin de evitar el riesgo de contagio del Covid-19.
173-2020-CE-PJ	25.06.2020	Se aprueba el Protocolo Temporal para audiencias judiciales virtuales durante el período de Emergencia Sanitaria. Se resalta la realización de una conferencia de preparación previa a la audiencia virtual para coordinarse temas técnicos de conexión.
191-2020-CE-PJ	16.07.2020	Se reactivan los plazos procesales y administrativos a nivel nacional (salvo algunas jurisdiccionales territoriales), a partir del 17 de julio de 2020.

d. Estado situacional sobre la realización de los juicios orales en la República del Perú

Conforme al marco normativo anteriormente descrito, podemos distinguir algunos tipos de juicios orales en torno a su particularidad, así tenemos:

- *Por la situación jurídica del acusado*

Se tienen los juicios orales con procesados internos en centros penitenciarios (reos en cárcel), a los cuales no ha operado la suspensión de plazos procesales y por tanto han venido desarrollándose conforme a la exigencia normativa de plazos (los juicios orales en Perú, no pueden suspenderse por más de 8 días hábiles, pues de lo contrario se produciría la suspensión o quiebre del mismo, y por tanto volver a ser reiniciados), esto es, que conforme a las disposiciones del Consejo Ejecutivo, aquellos juicios han proseguido conforme a los plazos procesales.

Por otro lado, en los juicios orales que comprenden acusados en libertad (no internos), los plazos procesales fueron suspendidos desde el inicio de la declaración de la emergencia sanitaria nacional, 16 de marzo de 2020; y posteriormente, a partir del 17 de julio de 2020, reactivados en la gran mayoría de distritos judiciales del país.

- Por su forma de prosecución

Se pueden distinguir los juicios orales que posteriormente a la suspensión de plazos procesales, se fueron reactivando a partir del 17 de julio de 2020, prosiguiendo conforme a los plazos establecidos en el Código Procesal Penal, de no superación de 8 días hábiles entre sesiones; de tal manera que en ellos ha habido premura de coordinación y notificación (electrónica y telefónica) para la normal reactivación de los juicios suspendidos, así por ejemplo, si cuando se inició la emergencia sanitaria habían transcurrido 5 días de la última sesión, al reiniciarse los plazos procesales, sólo se tenía hasta 3 días para su realización.

Así también se tienen los juicios orales que no fueron instalados antes de la declaración de la emergencia sanitaria, y que por tanto la proyección de su inicio ha tenido en cuenta variables diversas como la ponderación entre no dejar de avanzar los casos, la forma de realizarlos, en muchos casos, de forma totalmente virtual, y la consideración de su complejidad o no (multiplicidad de hechos imputados, sujetos procesales o medios probatorios).

- En cuanto a su forma de realización

En este acápite distinguimos los juicios orales que en tiempos de pandemia se han venido realizando con tendencia total a la virtualidad y los que han venido desarrollándose de forma mixta, esto es, con una combinación de lo virtual en mayor medida que lo presencial, según marcado por la presentación de algunos sujetos procesales o testigos en la sala de audiencias físicas (con las respectivas previsiones o medidas de seguridad) o por la naturaleza del acto procesal o probatorio que ha exigido el factor presencial (por ejemplo un debate pericial determinante o un careo).

Asimismo, en el ámbito de las audiencias de juicio oral realizadas de forma virtual, se utiliza la plataforma del *Google Hangouts Meet*, conforme a las directivas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sesiones que son grabadas en la propia plataforma y posteriormente registradas en video en los sistemas informáticos del Poder Judicial. Y en el caso de las cone-

xiones virtuales con los centros penitenciarios para la participación de acusados internos, también se utiliza la plataforma en mención, con la respectiva habilitación de ambientes en cada establecimiento penitenciario.

Por otro lado, en relación a los juicios en forma virtual se ha tenido que cambiar un tanto la perspectiva en relación a los juicios orales que se venían llevando de forma presencial antes de la pandemia; así por ejemplo el considerar una sala de audiencias física con una virtual en la que la no conexión de los sujetos procesales convocados o de los testigos notificados, es sinónimo de una "inconcurrencia", la que al ser injustificada, acarrea la ejecución de apercibimientos como subrogaciones, imposición de multa, declaración de contumacia o la conducción compulsiva, según sea el caso.

Así también, en relación a actos probatorios o procesales por sí mismos, las pautas o desarrollo de aquéllos están sujetos a la discrecionalidad del juzgador con aporte de las partes, así por ejemplo en temas del control de espontaneidad de los testigos que deban declarar de forma virtual; o el modo de presentación de documentos en la sesión virtual (si lo hace la parte que los ofreció o el personal de apoyo del juzgado), entre otros.

Análisis crítico sobre el uso de medios telemáticos para la realización de juicios orales y su compatibilidad con la garantía de un debido proceso, en la República del Perú

a. En relación al principio de publicidad

Un aspecto relevante es cómo garantizar el principio de publicidad del juicio oral realizado de forma virtual, si se tiene en cuenta que en el caso del juicio oral presencial, cualquier ciudadano o medio de comunicación puede ingresar a la sala de audiencias de cualquier juzgado que esté realizando un juicio, ubicarse en la zona del público y presenciar la audiencia de forma directa.

En el caso de la sesión virtual se halla cierta limitación a esta denominada accesibilidad física y espontánea, pero

que es salvada por otros mecanismos a efectos de garantizar este principio. Así, las sesiones virtuales sólo tienen vinculación para su participación, a los sujetos procesales comprendidos en el juicio, a quienes el personal técnico respectivo remite a sus correos electrónicos los enlaces correspondientes para la conexión virtual el día y hora señalados por el Juzgado; con lo cual la participación de terceros de forma directa a la sesión virtual, requiere una previa autorización de accesibilidad (compartirle el enlace), además que está sujeto a la autorización del juzgado, puesto que ingresaría a la conexión de la sesión tal como cualquier otra parte procesal.

Por lo que se han visto mecanismos tales como la publicación de los enlaces a través de la gestión administrativa, para conocimiento del público interesado; o el acceso a medios de comunicación institucional (en el Perú se cuenta con el portal "Justicia TV"), que de forma directa y en vivo transmite audiencias de juicio en sus plataformas digitales y por un canal de televisión (dependerá de la trascendencia del caso); o la entrega de los videos registrados en el sistema sobre la grabación de la audiencia, a las partes o ciudadanos que así lo soliciten. De tal manera que se garantice el principio de publicidad de las audiencias de juicio oral.

b. En relación al principio de inmediación

Si bien hay aspectos debatibles en cuanto a una efectiva inmediación por medios virtuales entre el testigo que declara y el juez que debe evaluar dicho testimonio, en el sentido de que no se pueda visualizar el contexto integral en el que se ubica el testigo así como signos de lenguaje no verbal que pueden ser mejor observados en la sala de audiencias del juzgado; sin embargo, hay también aspectos favorables en cuanto a la inmediación por medios virtuales, y es que todas las partes pueden apreciar el rostro del que declara de forma cercana y directa, apreciado en las mismas condiciones por todos los sujetos procesales; con lo que se mejora la observación del lenguaje no verbal o gesticulaciones al momento de declarar.

c. En relación al principio de contradicción

Es sobre esta temática que surgen los mayores cuestionamientos en tanto que se hace mucho más difícil la dirección y control del debate, o el control del testigo por el contrainterrogador, cuando nos encontramos ante una declaración que representa un alto contenido de contradicción para la contraparte, como por ejemplo en el caso de un testigo que sindica al acusado, o uno que ha presenciado los hechos, o peritos cuyo examen resulta transcendental en la definición del caso (especialmente en los delitos de contenido técnico).

En estos casos específicos, consideramos que el factor de presencialidad se hace necesario sobre el de virtualidad, de tal manera que de forma excepcional, en medio de la coyuntura de salud pública, se pueda realizar alguna sesión o sesiones de audiencia de juicio oral de forma presencial, al menos en cuanto al juzgador, el testigo, quien efectué el interrogatorio directo y el contrainterrogador, puesto que si hay más partes procesales podrían participar de forma virtual. Ello siempre en el análisis particular del caso concreto y sin dejar de considerar la mayor o menor incidencia en la sociedad, de la propagación del Covid-19.

d. En relación al derecho de defensa

El aspecto más resaltante en debate es la limitación que tiene el abogado defensor con su patrocinado cuando este último se encuentra interno en un establecimiento penitenciario. Y es que el acceso de visitas, abogados o terceros, en tiempos de pandemia, en el país, está suspendido para efectos preventivos de propagación del Covid-19 o para aminorar el impacto de la enfermedad al interior de los centros reclusorios; lo que acarrea que los abogados defensores tengan dificultades en la comunicación con aquéllos.

Sobre el particular, y para efectos de garantizar el derecho de defensa de que gozan los acusados, se han determinado acciones como las siguientes:

*Previamente a la instalación y con posterioridad a las sesiones de audiencia de juicio, ante pedidos para resguardar conferencias privadas entre abogado y patrocinado, se ha emi-

tido comunicación al Instituto Nacional Penitenciario a cargo de los establecimientos penitenciarios en el Perú, a efectos de que faciliten una conexión virtual vía *Google Hangouts Meet* entre ambos, gestionada por el juzgado para la comunicación y preparación de la defensa.

*Durante el acto de audiencia de juicio oral, ante pedidos de la defensa o su defendido de conferenciar de forma privada entre ambos para atender algún tema de necesaria resolución o pronunciamiento, se dispone que todas las partes se desconecten de la sesión virtual por un tiempo determinado (puede ser unos 10 o 15 minutos) para luego volver a la reconexión con el enlace y proseguir la sesión conforme al procedimiento. Es de anotar que para efectos de evitar vulneración a la reserva de la comunicación entre abogado y defendido, se dispone que durante dicha entrevista, se detenga la normal grabación de la sesión o audiencia que luego es registrada en el sistema.

Asimismo, para facilitar la comunicación entre las partes, abogados y defendidos (libres), defensas conjuntas, interconsultas, o incluso la comunicación reservada entre los jueces del colegiado que participan también de forma virtual, se ha recurrido a las salas privadas virtuales, a través de plataformas como el *WhatsApp*, que incluye por un ejemplo, al margen de las anteriores citadas, una comunicación grupal entre los sujetos procesales y el personal del juzgado a cargo del caso, para efectos de coordinación procedimental en el caso sea necesario.

Conclusiones

En la República del Perú, los juicios orales se han venido realizando en su mayoría por el sistema virtual *Google Hangoust Meet*, de forma ininterrumpida desde que se determinó la emergencia sanitaria (marzo de 2020) en casos de acusados reos en cárcel; y en casos de acusados libres, se ha retomado la realización de juicios orales a partir del mes de julio de 2020, con el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales.

El Consejo Ejecutivo, órgano máximo de gobierno del Poder Judicial, ha venido dictando una serie de resoluciones administrativas en torno a la propensión de audiencias virtuales en general, que comprende los juicios orales, y por excepción audiencias presenciales; además de enfatizar el trabajo remoto a fin de evitar la exposición de los trabajadores y jueces al riesgo de contagio del Covid-19.

A través de la propia experiencia práctica en torno a los juicios realizados en su mayor contenido por la vía virtual, se ha buscado arribar a soluciones concretas en torno a salvaguardar y garantizar los principios del juicio oral, como el de publicidad, inmediación y contradicción, así como el derecho de defensa, que enfrentan nuevas perspectivas en el marco de la virtualidad.

Bibliografía

Asencio Mellado, José. *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, 7ª. edición, Valencia, 2015, pp. 382.

Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 601.

Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal*, tomo I, 2ª. edición, Buenos Aires, 2004, pp. 917.

El juicio oral por videoconferencia en el Perú y el protocolo temporal para audiencias judiciales virtuales

Renato Martín Escobedo Marquina

1. Introducción

El aislamiento social obligatorio que vivimos en el Perú obligó a suspender las labores en el Poder Judicial desde el 16 de marzo del 2020 y posteriormente el Instituto Nacional Penitenciario a partir del 18 de marzo del mismo año dispuso la suspensión total de las visitas en todos los establecimientos penitenciarios peruanos.

Bajo este contexto, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió diferentes resoluciones, siendo la Resolución Administrativa N° 157-2020-CE-PJ del 25 de mayo del 2020, la que prorroga la suspensión de las labores del Poder Judicial y los plazos procesales y administrativos, a partir del 25 de mayo al 30 de junio de 2020; en concordancia con el Decreto Supremo N° 094-2020-PCM, siendo que la Resolución Administrativa N° 157-2020-CE-PJ en su artículo tercero dispone que en los procesos en que se constate que los plazos de prisión preventiva estén por vencer, se dé atención prioritaria a la realización de los juicios orales por los jueces penales o mixtos competentes del país a cargo de la etapa de juzgamiento; debiéndose programar las audiencias respectivas de inmediato.

Esta disposición del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, obliga a los órganos jurisdiccionales penales del Perú a realizar los juicios orales a través de videoconferencias utilizando herramientas virtuales como *Google Meet*.

2. Normas que respaldan la realización de un juicio oral mediante el uso de una videoconferencia, informe sobre el estado de situación

1. ¿Qué es una videoconferencia?

Por "videoconferencia", se define un sistema interactivo de

comunicación que transmite, de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presten declaración, ubicadas en un lugar distinto de la autoridad competente, para un proceso, con el fin de permitir la toma de declaraciones. La Directiva N° 002-2018-CE-PJ define la videoconferencia como la tecnología que proporciona un sistema de comunicación bidireccional de audio, video y datos que permite que las sedes receptoras y emisoras mantengan una comunicación simultánea e interactiva en tiempo real.

2. Fundamento legal

La utilización de la videoconferencia para la realización de un juicio oral tiene fundamento legal, no sólo en el Derecho Internacional, también en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema del Perú, pero además se encuentra autorizada y configurada desde hace mucho en el Código Procesal Penal Peruano (desde ahora CPP) y su utilización se encuentra reglamentada en lineamientos establecidos por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú (desde ahora CE)

3. Derecho Internacional

En el Derecho Internacional tenemos el Estatuto de la Corte Penal Internacional del 17 de julio del año 1998, en el inciso 2) de su artículo 63°. En la Unión Europea, el uso de la videoconferencia se regula, de forma expresa y de manera detallada, en el artículo 10° del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea del 29 de mayo del año 2000. También tenemos la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de octubre del año 2012, la Directiva 2013/48/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de octubre del año 2013, el artículo 24° de la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 3 de abril del año 2014, entre otras.

4. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú

El Tribunal Constitucional del Perú en el Expediente N° 02738-2014-PHC/TC, ICA, ha señalado que la ausencia física

que desencadena el empleo de la videoconferencia no impide la presencia virtual del procesado y, por tanto, la oportunidad para que pueda, por sí mismo o con el patrocinio de un abogado de su libre elección, ejercer su derecho a ser oído. Estableció además que el sistema de videoconferencia permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido, así como la interacción visual, auditiva y verbal entre dos o más personas geográficamente distantes, en tiempo real, otorgando con ello un diálogo personal y directo entre los intervinientes. Por último, establece que la utilización de la videoconferencia no debe ser la regla general sino una medida de empleo excepcional, en los términos que la ley procesal penal le asigna, y siempre que no impida la interacción directa, personal y cercana de un medio probatorio que tenga directa incidencia en cuestiones de hecho relacionadas a la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado.

A su turno, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del Perú ha dejado establecido en el Recurso de Nulidad N° 999-2016-Loreto que, la videoconferencia, *per se*, no resulta incompatible con los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación (principios del juicio oral); antes bien, dicho medio tecnológico constituye una forma de entrelazar de manera real a los intervinientes en una audiencia judicial, contribuyendo a la celeridad del proceso en determinados casos. No obstante, su utilización -cuando corresponda- no puede significar la vulneración de garantías básicas del proceso penal, como sucede con el derecho de defensa.

5. El Código Procesal Penal del Perú

El CPP regula el uso de la videoconferencia en los artículos 119°-A.2, en el artículo 169°.1, en el artículo 248°.2 literal "g", en el artículo 360°.4 y en el artículo 381°.2.

6. Directivas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú

a. Directiva N° 001-2013-CE-PJ

La Directiva N° 001-2013-CE-PJ, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 042-2013-CE-PJ del 13 de marzo del año 2013, es denominada "Procedimiento para la Ejecución

de Audiencias Virtuales" y tiene como objetivo normar el uso del sistema de videoconferencia, como instrumento procesal que agilice las audiencias judiciales en los procesos cuyos actores se encuentren en lugares diferentes y distantes entre sí, y su finalidad es realizar audiencias o diligencias judiciales mediante el uso del sistema de videoconferencias.

b. Directiva 001-2014-CE-PJ

La Directiva N° 001-2014-CE-PJ, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 04-2014-CE-PJ del 7 de enero del año 2014, es denominada "Lineamientos para el uso de Videoconferencia en los Procesos Penales" y tiene como objetivo regular la debida utilización del medio tecnológico de videoconferencia, para la realización de audiencias en los procesos penales, conforme al ordenamiento normativo vigente, cuando por determinadas circunstancias no sea posible la presencia de un testigo, perito, víctima e incluso del propio imputado.

c. Directiva 005-2015-CE-PJ

La Directiva N° 005-2015-CE-PJ, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 233-2015-CE-PJ del 15 de julio del año 2015, es denominada "Procedimiento para el uso de equipos de videoconferencias por personal de los órganos jurisdiccionales y administrativos del Poder Judicial en las salas de audiencias de las Cortes Superiores y sala de audiencias pertenecientes al Poder Judicial ubicadas en los establecimientos penales".

d. Directiva 002-2018-CE-PJ

La Directiva N° 002-2018-CE-PJ, aprobada mediante Resolución Administrativa N° 084-2018-CE-PJ del 14 de marzo del año 2018, es denominada "Lineamientos para el desarrollo e instalación de audiencias realizadas en los procesos penales bajo los alcances del nuevo Código Procesal Penal, mediante el uso de videoconferencia y otros aplicativos tecnológicos de comunicación-redes sociales" y tiene como objetivo regular el uso de videoconferencia y otros aplicativos tecnológicos análogos (*whatsapp, Skype, google hangouts*) y otras redes sociales, a fin de convocar e instalar válidamente las audiencias judi-

ciales programadas bajo los lineamientos del nuevo Código Procesal Penal, y de este modo evitar frustraciones, suspensiones o reprogramaciones de audiencias judiciales, asimismo lograr una comunicación en tiempo real.

3. Posibilidad de realizar el juicio oral por videoconferencia en el Perú sin afectar el debido proceso y pautas obligatorias para su realización, análisis crítico

Llegado a este punto, debemos estar convencidos de que la utilización de la videoconferencia para la realización de un juicio oral en el Perú, tiene fundamento legal y el CPP permite esa posibilidad; pero dada la actual situación de inmovilización y aislamiento por la pandemia, se hace imprescindible, teniendo como fundamentos las normas legales mencionadas que, para la realización del juicio oral mediante videoconferencia, se implementen, para que no se afecte el contenido esencial del derecho fundamental del debido proceso y dentro de él, el derecho de defensa, los siguientes procedimientos de obligatorio cumplimiento:

Pautas de obligatorio cumplimiento para realizar el juicio oral mediante videoconferencia

a. Consentimiento del procesado o acusado

La realización del juicio oral a través de videoconferencia debe contar con el consentimiento expreso del procesado o acusado (Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo).

b. Derecho de defensa

La confidencialidad y privacidad de las comunicaciones y/o conversaciones entre un procesado o acusado y su abogado defensor es indispensable para garantizar el contenido esencial del derecho de defensa, y constituye una parte esencial del derecho a un juicio justo (Directiva N° 001-2014-CE-PJ), ésta debe hacerse efectiva antes del inicio del juicio oral y durante el desarrollo del mismo.

Los órganos jurisdiccionales deben respetar, sin excepción alguna, la confidencialidad y privacidad de las reuniones y

otras formas de comunicación entre el abogado defensor y el procesado (Directiva N° 001-2014-CE-PJ).

c.Debido proceso

i. La resolución que dispone la realización y desarrollo del juicio oral mediante videoconferencia, debe estar debidamente motivada, en cuanto a su urgencia y necesidad, debiendo establecer los procedimientos a seguir y el cumplimiento de protección del derecho a la defensa.

ii. El órgano jurisdiccional tiene la obligación de verificar las condiciones de los instrumentos tecnológicos para un óptimo desarrollo del juicio, en especial que permita de manera independiente la comunicación fluida del procesado o acusado con su abogado defensor; de no contarse con las condiciones óptimas o de surgir cualquier interrupción de la comunicación durante el desarrollo del juicio y que no puedan ser resueltas, deberá suspenderse la audiencia hasta la solución de los defectos de comunicación.

iii. El órgano jurisdiccional debe cumplir con la debida notificación a las partes y con la protección al derecho de defensa, a la prueba y a la contradicción.

iv. Luego de la instalación del juicio oral, el juez unipersonal o los jueces unipersonales que integran el juzgado penal colegiado, deben mostrarse todo el tiempo de forma ininterrumpida a través de la cámara, así se cumplirá lo estipulado por el inciso 1) del Artículo 356° del CPP y el inciso 1) del Artículo 359° del CPP.

v. El desarrollo de la audiencia debe ser grabado en audio y video y documentado en acta, cumpliendo lo establecido en los incisos 1) y 2) del Artículo 361° y el inciso 3) del Artículo 366° del CPP y las Directiva N° 001-2014-CE-PJ y N° 002-2018-CE-PJ.

vi. Se deben identificar a los testigos, de conformidad con el inciso 1) del artículo 378° del CPP y las Directiva N° 001-2014-CE-PJ y N° 002-2018-CE-PJ.

vii. Finalizada la audiencia, se debe entregar copia del audio y video.

4. El protocolo temporal para audiencias judiciales virtuales

Hasta este momento hemos concluido que un juicio oral mediante videoconferencia no afecta ni vulnera los principios de oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción, pero el 25 de junio del 2020, se ha publicado en el Portal Institucional del Poder Judicial del Perú la Resolución Administrativa 000173-2020-CE-PJ que resuelve aprobar el "Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria" (desde ahora PT)

El PT tiene como objetivo servir de guía para la realización de audiencias judiciales en el entorno virtual mediante el uso de herramientas tecnológicas, respetando las medidas de distanciamiento social y se aplicará a todas las audiencias que se realicen a nivel nacional, con independencia de la materia e instancia, mientras subsista el período de emergencia sanitaria y no sea posible la realización de audiencias judiciales de forma presencial, garantizando el derecho a la salud pública de magistrados, trabajadores, abogados, litigantes y público en general, aplicando las nuevas tecnologías al desarrollo de las actividades jurisdiccionales.

1. Principios que rigen en el Protocolo

El Protocolo establece en su numeral 4.1.a y 4.1.b. que la dirección de las audiencias virtuales estará a cargo del Juez y cualquier persona que interviene por mandato judicial, deben colaborar de buena fe y con lealtad procesal. El Protocolo en el numeral 6.5.1. y 6.5.3 prescribe que el órgano jurisdiccional cuando observa que la parte no se conecta o se desconecta abruptamente o está simulando o aprovechándose indebidamente del entorno virtual, puede aplicar las sanciones por temeridad o mala fe procesal; sanción perfectamente aplicable en el juicio oral penal en concordancia con el artículo 85 del CPP.

El Protocolo en su numeral 4.1.d privilegia la interacción simultánea, señalando que e**s** un derecho y deber tanto del órgano jurisdiccional como de las partes, el asegurar las garantías razonables para los participantes.

Igualmente, en su numeral 4.1.f, para cautelar los principios de inmediación, contradicción y publicidad del proceso, el Protocolo obliga a garantizar la preservación de la interacción fluida, y especialmente reservada entre el abogado defensor y el procesado en los procesos penales.

El PT en su numeral 5.4.1.e, determina que en la conferencia o en los actos de preparación de la audiencia virtual, el órgano jurisdiccional, a través del auxiliar jurisdiccional encargado, en coordinación con los abogados de las partes, deberá definir la necesidad de generar "salas privadas" para conferencias reservadas entre el procesado y el abogado defensor.

Lo novedoso que plantea el Protocolo lo observamos en sus numerales 4.1.g y 4.1.h, cuando permite aprovechar nuevas tecnologías para el desarrollo de la audiencia virtual, procurando desarrollar todos los actos procesales que otorguen mayor utilidad a las partes y reducir los costos del acceso a la Justicia a través de una solución rápida y efectiva y si existiera una forma no observada que no sea de naturaleza sustancial para que un acto procesal produzca efectos, se debe utilizar esta tecnología y optar por la continuación del proceso y la realización de la audiencia.

2. Actos de preparación de la audiencia virtual

Otro aspecto novedoso nos brinda el numeral 5.1 del Protocolo estableciendo que, en la resolución que señala la fecha y hora de la audiencia virtual, también se convocará a los abogados de las partes a una coordinación o conferencia de preparación previa a la audiencia virtual para verificar la factibilidad, compatibilidad y evitar fallas antes del inicio de la audiencia, así como establecer medidas alternativas en caso de que estás se produzcan.

En el numeral 5.5.3 del Protocolo se establece que de no participar el abogado o las partes en la conferencia o actos de preparación o de no efectuarse ninguna observación en el registro de los acuerdos de conferencia de preparación, se entenderá que tienen a disposición los recursos tecnológicos adecuados para la realización de la audiencia virtual, siendo de estricta responsabilidad su participación en la audiencia

virtual y asumiendo su responsabilidad por la falta de recursos tecnológicos.

3. Audiencia virtual

La audiencia virtual será grabada por el órgano jurisdiccional. Las partes y sus abogados no están autorizados a grabar la audiencia virtual.

Esta decisión de no permitir a las partes y sus abogados grabar la audiencia limita las facultades establecidas en el artículo 138 del CPP; hubiera sido suficiente con primero identificar qué parte está grabando la audiencia y luego prohibir la publicación parcial o total de la audiencia virtual, de conformidad con el artículo 139 del CPP; en todo caso se desconoce que los medios tecnológicos permiten la grabación en tiempo real y que esto minimiza los costos administrativos judiciales y el costo de acceso a la Justicia.

Un punto muy importante es la verificación de la asistencia a la audiencia virtual siendo el juez o presidente del colegiado quien verifica la acreditación e identificación de los presentes; para esto el moderador (se entiende que es el auxiliar jurisdiccional encargado) compartirá en pantalla con los participantes el contenido pertinente del acta que recoge estos datos (se entiende documento de identidad), dando cuenta al órgano jurisdiccional cualquier observación y de su conformidad.

Excepcionalmente se podrán realizar audiencias presenciales, siempre que, por su naturaleza, el daño o perjuicio irreparable lo justifique, y no exponga la salud de los participantes, decisión que estará a cargo del órgano jurisdiccional, entendiéndose que debe expedirse una resolución debidamente motivada y tomándose todas las medidas sanitarias que se requiera.

5. Conclusión

Llegado a este punto, podemos afirmar que el Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria aprobado mediante Resolución Administrativa 000173-2020-CE-PJ puede aplicarse de mane-

ra satisfactoria en el juicio oral penal, porque no afecta los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, pero obliga a los abogados litigantes a estudiar y capacitarnos en los nuevos medios y herramientas que nos brinda la tecnología virtual.

Bibliografía

Código Procesal Penal Peruano.
Directiva N° 001-2013-CE-PJ.
Directiva N° 001-2014-CE-PJ.
Directiva N° 005-2015-CE-PJ.
Directiva N° 002-2018-CE-PJ.
Protocolo Temporal para Audiencias Judiciales Virtuales durante el Período de Emergencia Sanitaria - Resolución Administrativa 000173-2020-CE-PJ.

Celebración de Juicio Oral y Público a partir de la utilización de medios telemáticos. Servicio de Justicia como horizonte superador. Análisis integral en la Provincia de Buenos Aires

Rodrigo Aitra

I. Contextualización de la temática. 'Juicio oral, público' y ¿virtual? Beneficios y desventajas del interrogante

Con fines meramente introductorios y sin ánimo de realizar definiciones poco significativas, cuando me refiera en adelante al concepto de 'Juicio Oral y Público', lo haré para identificar el diseño consagrado por la Constitución Nacional para llevar a cabo la etapa más trascendente de cualquier proceso penal, la cual, por otro lado, encuentra resguardo (o al menos lo intenta, incluso a pesar de la normativa ritual local) en ciertos principios y garantías que gozan de la mayor jerarquía constitucional e internacional, todo ello a los fines de salvaguardar y hacer efectivos, de forma íntegra y plena, los derechos que le asisten al imputado. A modo de ejemplo, podemos citar la garantía de 'debido proceso', 'principio de inocencia', 'irretroactividad de la ley penal', 'aplicación de ley penal más benigna', 'inadmisibilidad de la persecución penal múltiple' por mencionar sólo algunas máximas generales, y, circunscribiendo el campo de análisis exclusivamente a la etapa de juicio, los principios que se ven involucrados son los de oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, entre otros.

En este marco descriptivo, el avance de la tecnología en tiempos modernos ha interpelado al sistema jurídico en su conjunto acerca de la viabilidad (o no) de llevar a cabo un 'juicio oral y público' a partir de medios telemáticos o, al menos, discutir la posibilidad de su realización en forma "virtual" (utilizando dicho concepto en contraposición de "presencial"). Así, las discusiones se han centrado en determinar cuáles son los beneficios y cuáles las desventajas respecto de la utilización

de este tipo de medios informáticos al momento de celebrar las audiencias.

Sin apreciar demasiadas posturas "negacionistas" con relación a las audiencias preliminares y de ejecución (ello con motivo de que en las mismas se tratan, en su gran mayoría, cuestiones meramente técnicas que no imposibilitan su desenvolvimiento a través de cualquier medio, incluso telemático), la mayor discrepancia pareciera encontrarse en el ámbito de las audiencias de juicio propiamente dicho. Allí es donde surgen las más diversas posturas (muchas veces antagónicas) respecto de su admisibilidad, procedencia, eficacia e incluso, de implementarse la "virtualidad", su armonía con las garantías constitucionales referenciadas en párrafos anteriores.

Para citar algunos ejemplos, dentro de las posturas más receptivistas encontramos la del Dr. Fabián Fradejas, quien en oportunidad de la conferencia sobre "Juicio Oral Virtual", expuso con sólidos argumentos los motivos por los cuales considera factible la realización de audiencias de juicio a través de medios telemáticos, compartiendo incluso con los oyentes algunas experiencias de debates celebrados bajo esas modalidad, alcanzando gratos resultados. Por otro lado, en el marco de la misma conferencia, el Dr. Cascio hizo explícitos los motivos por los cuales creía dificultosa su implementación, aportando su vasta experiencia en la materia. Allí, resumiendo sus argumentos (y pidiendo las disculpas del caso por ello), fundó sus reparos en que dicha aplicación traería aparejada la vulneración de numerosos principios y garantías constitucionales y procesales, destacando entre ellos el principio de inmediación (sobre todo al momento de producción y valoración de la prueba), contradicción (entre las partes y para con testigos), y en menor medida, el principio de publicidad. Añadió que, a un segundo nivel de relevancia, la simbología propia del lugar y las formas donde se lleva a cabo el debate se verían afectadas, y complementó su exposición refiriendo a los problemas de conexidad que podrían sucederse a lo largo de una audiencia, concluyendo que, en definitiva, la prueba introducida al

proceso seria en el mayor de los casos de mala calidad, lo que derivaría lógicamente en una sentencia del mismo tenor.

Expuestas algunas de las diversas posturas que pueden surgir en un marco teórico a partir del interrogante, lo cierto es que el avance de la tecnología resulta imponente y avasallador, lo que obliga imperiosamente a los operadores jurídicos a brindar el debate acerca de la implementación de la tecnología en las prácticas judiciales cotidianas de forma concreta y sincera, realizando miradas introspectivas críticas y marginando obstáculos propios de la comodidad de lo "viejo y conocido".

II. Tecnología. Su utilización como herramienta en la 'Administración de Justicia'. "Desarraigo" de la concepción como finalidad en sí misma

Para continuar con el abordaje de la temática, resulta imperioso a esta altura del presente trabajo conceptualizar el término *'tecnología'*. La RAE define a la tecnología como el *"conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico"*. A partir de dicha apreciación, podemos aparejar metódicamente al uso de la tecnología con el de un "vehículo" o "canal", pretendiendo entender al mismo como una herramienta que permite un mejor y más abarcativo conocimiento de, en el caso que nos involucra, el proceso penal, y más precisamente, su etapa de juicio oral y público.

Este acercamiento teórico conceptual nos permite desarraigar y desprender de la utilización de la tecnología como "fin" en sí mismo. Podemos decir entonces, como primera conclusión, que la tecnología, por definición, no puede ser adjetivada como buena ni mala, sino que para ello es necesario un contexto de análisis determinado donde se evalúe, según el rigor escogido, el mayor o menor provecho de su "utilización" (y remarco el término) en un ámbito específico y para un fin concreto. Es en ese plano de análisis y evaluación donde los innumerables métodos tecnológicos deben ser ponderados para, una vez establecido su provecho, puedan ser incorporados a un determinado sistema,

no ya por su adaptación a "tiempos modernos" si no por la mejora que provocarían al servicio público como tal.

Ahora bien, adentrándome en la temática especifica que nos ocupa, el avance abrumador de la tecnología en los tiempos que corren no escapa a la 'Administración de Justicia', y en ese sentido, el contexto de pandemia en el que nos encontramos resulta una buena oportunidad para repensar de forma integral, a partir de un aporte conjunto de todos los operadores jurídicos, la viabilidad de su implementación en las practicas judiciales cotidianas. Ello conlleva necesariamente un gran esfuerzo para evadir cuestionamientos meramente teóricos, a los fines de sincerar la discusión en pos de alcanzar alternativas productivas, practicables y eficientes, las cuales a su vez respeten en su totalidad el diseño de juicio oral y público ideado por nuestros constituyentes.

Hecha la propuesta, florecen nuevos interrogantes. ¿Es necesaria la adaptación del proceso a la digitalización que se avecina? ¿Estamos predispuestos a inmiscuirnos como operadores jurídicos en el mundo tecnológico? En ese caso, ¿está preparado el sistema para un cambio de tal magnitud? ¿Contamos con los elementos necesarios para que un cambio de paradigma de tal envergadura resulte eficaz? Al menos, enhorabuena, el debate está abierto.

III. El avance de la "digitalización" en tiempos modernos. Implementación y aplicación en la Provincia de Buenos Aires a partir de la excepcionalidad

Como es de público conocimiento, la aparición del virus COVID-19 y la consecuente declaración de pandemia por la Organización Mundial de la Salud pusieron en vilo al mundo entero. En ese marco, el Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020 estableció el 'confinamiento social, preventivo y obligatorio' para todo el territorio de la Nación, con la salvedad de que sólo continuarán desarrollando sus labores y/o prestaciones aquellos servicios considerados por el propio Decreto como "esenciales", razón por la cual el art. 6 inc. 3 dispuso que el

'servicio de Justicia' fuera una de las excepciones contempladas, y a partir de ese momento, la propia 'Administración de Justicia' debió replantearse internamente el ¿cómo?

Circunscribiendo el ámbito de análisis a la Provincia de Buenos Aires, la SCBA dictó, en virtud de propias facultades como Superior Tribunal y cabeza del Poder Judicial local, varias resoluciones (entre ellas, se destacan la Resolución Nº 386/20, SPL N° 10/20, SPL N° 12/20, SPL Nº 15/20, SPL Nº 19/20) a partir de las cuales procuró combinar la difícil tarea de, por un lado, cumplimentar lo normado por el DNU nacional, y por otro que, en aras de dicho cumplimiento y a partir de las herramientas tecnológicas a disposición, los operadores jurídicos (funcionarios, abogados, empleados, etc.) no se hagan presentes en las instalaciones judiciales en función de las recomendaciones sanitarias tendientes a evitar aglutinamientos significativos de personas en un mismo espacio físico.

Pudo observarse entonces cómo el órgano jurisdiccional encargado de diagramar el esquema de funcionamiento del servicio de Justicia en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires introdujo en este contexto una serie de medidas en el marco de la excepcionalidad, las cuales, llevadas a la práctica, gozaron de mayores o menores éxitos dependiendo del lugar donde se las evalúe. Pero aun en este contexto de avance hacia la "digitalización" (quizás precipitado por dicho marco de excepcionalidad pero que sin dudas llegó para quedarse), la mayor dificultad acerca de la implementación de la tecnología en el sub-mundo judicial continúa reposando en la posibilidad de celebrar audiencias de juicio de forma "remota".

IV. Servicio de Justicia como horizonte. Principio dispositivo ¿posible solución? Método composicional como esquema penal integrador. Inclusión de la víctima en la búsqueda de una solución retributiva

El análisis que aquí se propone reposa en tres ejes:

Contextualizar el campo de evaluación respecto de la aplicación de herramientas tecnológicas en los juicios orales a los

fines de determinar concretamente las posibles afectaciones y vulneraciones constitucionales.

Concordar entre los operadores jurídicos el objetivo del proceso penal como parte de un servicio público de Justicia encaminado a la búsqueda de una solución integral del caso para todos los interesados, lo que incluye a la víctima.

Aplicación del principio dispositivo (de utilización atenuada en el proceso penal) en la etapa previa a la celebración de la audiencia, a los fines de que sean las partes las que decidan, una vez informadas del protocolo elaborado al efecto por la SCBA y a partir de la evaluación de, entre otras, la prueba a producir y la consecuente información que de ella surgirá para resolver el proceso, la conveniencia acerca de la realización del debate a partir de medios telemáticos.

A los fines de aportar un mejor desarrollo de los lineamientos descriptos, resulta necesario como punto de partida, apartarnos de conjeturas o hipótesis abstractas para luego, en un segundo orden no menos importante, determinar concretamente el ámbito de análisis para evaluar los beneficios y los perjuicios acerca de la implementación de la tecnología en el marco de las audiencias de juicio oral (aunque podría caber como metodología para todas sus variantes).

Con este planteo inicial no pretendo quitar importancia a los debates acerca de las potenciales violaciones de ciertos principios y garantías constitucionales al momento de celebrar audiencias de juicio oral a partir de medios telemáticos, sino que, por el contrario y en pos de un debido resguardo de aquéllas como aspecto sustancial, lo que intento esbozar es una necesaria contextualización de la discusión (tiempo, lugar, tipo de proceso, real existencia de las herramientas tecnológicas a disposición de los operadores, eficiencia y alcance de estas últimas) para evaluar pormenorizadamente las posibles y concretas afectaciones, en tanto, siendo tan diversa la realidad judicial a lo largo y a lo ancho del país (incluso dentro de una misma jurisdicción), encuentro sumamente complejo y abstracto exponer algún tipo de análisis general del asunto. De nada sirve entonces lograr 'unanimidad' (por cierto, irra-

zonada) acerca de la posibilidad de realizar este tipo de audiencias sin atentar contra principios constitucionales, si en un determinado ámbito territorial no se cuenta, a modo de ejemplo, con antenas que permitan la prestación del servicio de internet. En ese orden de ideas, se impone también la necesidad de diferenciar las reservas doctrinarias fundadas en posibles violaciones a principios constitucionales de aquellas que refieren al modo de ingreso defectuoso de información al proceso (la cual requerirá, en su caso, un mayor esfuerzo de valoración por parte del sentenciante, pero que no debiera por ello confundirse en el análisis).

Ahora bien, tan necesario como ello deviene establecer, recordar y concordar la finalidad del 'servicio de Justicia', no debiendo perder de vista en ningún momento el objetivo del proceso penal (y dentro de éste, la de juicio oral y público, que configura su etapa más importante) como instrumento indispensable en un sistema republicano para alcanzar la solución de un conflicto existente y, a partir de entonces, no anteponer posturas tendientes a resguardar en mayor dimensión el tránsito a recorrer para al alcanzar el fin que al fin en sí mismo (perdón por el simplismo). De esa forma, una visión lo suficientemente abarcativa del concepto de "Justicia" como servicio público, que resulte contemplativa del método composicional como propuesta de solución de conflictos en búsqueda de resultados satisfactorios integrales y otorgue un rol activo a la víctima como sujeto interesado, pareciera ser, en los tiempos que se avecinan, una propuesta sistémica válida como objetivo de un proceso penal que debe necesariamente tener como horizonte la obtención de resultados coherentes con esta finalidad y no quedar atrapado en discusiones abstractas que, a pesar de sus jugosos contenidos, muchas veces escapan del ámbito de lo cotidiano.

En este contexto, sería recomendable al menos pensar en la posibilidad de otorgar a las partes, en virtud del 'principio dispositivo', la decisión informada acerca de la conveniencia (o no) de la realización de la audiencia (luego de una evaluación del estado procesal del imputado, la prueba ofrecida y

su viable producción, la opinión de la víctima y de los demás intervinientes, entre otras cuestiones), para ser el juez quien, en última instancia, contando con la opinión interesada de las partes, decida finalmente si la misma puede llevarse a cabo sin ver siquiera mínimamente vulnerada alguna garantía constitucional, ya que de lo contrario deberá oponerse y posponer la misma hasta tanto las condiciones de salubridad pública lo permitan. Esta solución resulta lógica incluso a partir de que el propio imputado puede, arribado un acuerdo de juicio abreviado y siempre que el juez lo admita, desistir de la celebración de la audiencia de juicio oral.

A tales fines, se requerirá en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la intervención activa de la Suprema Corte para, por un lado, y en virtud de las facultad consagrada por el art. 5 del CPP para el dictado de normas prácticas complementarias, la redacción de un protocolo de actuación para la realización de audiencias de juicio oral por medios telemáticos (el que debe contemplar, sin alterar su competencia, la utilización de plataformas únicas para adaptación del sistema, confidencialidad de los códigos de acceso, mecanismos de registro y autenticación de usuarios, salas separadas para defensa e imputado, verificación de conexiones previas y publicidad por medios alternativos, y por sobre todo, la estandarización de soluciones ante posibles deficiencias en la conexión, entre otras), y por otro, la realización de capacitaciones obligatorias para el personal judicial en el uso de esta herramienta, con el objetivo de que la misma tienda a colaborar con el desarrollo y la eficiencia del servicio y no, por contrario, a complejizarlo.

V. Conclusiones

El Covid-19 y la consecuente declaración de pandemia descolocaron de nuestras vidas el concepto de "normalidad". En ese marco y gracias a la utilización de la 'tecnología' como herramienta, novedosas técnicas fueron puestas a disposición de los operadores jurídicos para la continuidad de los procesos en marcha (o incluso, para la iniciación de los mismos), lo que in-

trodujo un interrogante que permanecerá latente incluso una vez finalizada la enfermedad: ¿es posible llevar a cabo una audiencia de juicio oral y público de forma "virtual"? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿no se verían vulnerados ciertos principios y garantías constitucionales?

Para evacuar estos interrogantes, surgen una serie de conclusiones que, en orden de lo ya expuesto, serán resumidas a continuación:

Amigarnos con la circunstancia de que, en los tiempos que corren, la "modernización" avanza a pasos agigantados, y en ese sentido, el proceso que lógicamente devendrá, orientado hacia la "digitalización" de todos los aspectos de la vida, no puede ser ocultado. Eso incluye al servicio de Justicia, que debe imperiosamente dar el debate incluyendo necesariamente a todos los operadores jurídicos en su conjunto. Comprender al mismo tiempo que el concepto de "tecnología" carece de valoración positiva o negativa *per se*. Ella debe ser entendida como una herramienta y no como un fin en sí misma, y su implementación en las prácticas judiciales no será ni buena ni mala por su mera adaptación sino porque la misma ha sido valorada a partir de su utilización para mejorar a la "Justicia" como servicio público.

Definir o redefinir el proceso penal como un marco formal en búsqueda de un objetivo final (ulterior y superador) vinculado con la resolución de un conflicto, a partir de la utilización de métodos composicionales, que incluyan a todas las partes y otorguen a la víctima un rol activo en pos de obtener una solución retributiva para restablecer la paz social.

Circunscribir territorial y temporalmente el análisis acerca de la posibilidad de celebración de audiencias por medios telemáticos para ponderar recién en ese plano sus ventajas y contrapuntos en atención de las distintas y muy diversas realidades que presenta a lo largo y a lo ancho la Provincia de Buenos Aires.

En este marco de excepcionalidad y a los fines de poner en marcha las mismas, definir aquellas en donde *a priori* (ya que pueden surgir ciertas vicisitudes una vez iniciada) se discutan

cuestiones meramente técnicas y no se presenten mayores dificultades de índole probatoria, para luego dirimir en la órbita de cada proceso, la posibilidad concreta y efectiva de realizar la audiencia de juicio oral por medios telemáticos, siempre que no se vean afectadas, siquiera mínimamente, ninguna de las garantías constitucionales de las partes (no sólo las del imputado).

Otorgar a estas últimas la información concreta y precisa respecto de la intención del órgano jurisdiccional de llevar a cabo la audiencia por medios telemáticos en pos de no posponer y dilatar indebidamente el proceso, ello en complemento del protocolo de realización ideado al efecto, a los fines de que sean éstas quienes, en virtud del "principio dispositivo" (desinsaculado como se dijo anteriormente del concepto de carga procesal propio del mismo en el fuero civil, para entenderlo adecuadamente como una expresión de voluntad decisiva), manifiesten su intención o desacuerdo para llevar adelante la misma, ponderando todas las consecuencias que de ello derivarían (lo que incluye las posibles afectaciones a las garantías constitucionales), siendo que, en última instancia, es el propio juez de la causa quien dispondrá su fijación o bien, entendiendo que no se encuentran dadas las condiciones, y luego de escuchados los interesados, pospondrá su realización para el momento en que las recomendaciones sanitarias lo permitan.

En última instancia, la SCBA jugará un rol trascendente en este sentido, ya que no sólo debe idear un protocolo uniforme para todo el ámbito de su jurisdicción en virtud de la facultad conferida por el artículo 5 del CPP para el dictado de normas practicas (con el debido cuidado de no violentar las facultades legislativas propias de otro Poder de Estado en materia procesal), contemplando en este sentido todas las circunstancias que pudieran acontecer en el marco de la celebración de una audiencia por medios telemáticos, sino que además debe, por un lado, tener una postura activa en la capacitación del personal en pos de jerarquizar el sistema en su conjunto, y por otro, invertir en la adquisición e implementación de la tecnología

necesaria, propiciando un mejoramiento esencial en la prestación del "servicio de Justicia" como servicio público.

VI. Bibliografía

Introducción al Derecho Procesal Penal. Alberto M. Binder.

http://www.scba.gov.ar/descargas/contextopandemia/informegestion.pdf

http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5654/Documentodetrabajo_Tecnolog%c3%ada_ProcesoPenalAudienciasyJuicioOral.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

El juicio oral virtual como práctica emergente. Reflexiones y prospectivas para un Poder Judicial post pandemia

Sara N. Castiglioni

I. Introducción

En vistas de que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus como una pandemia, el Gobierno Ejecutivo Nacional dispuso la adopción de ciertas medidas con el fin de mitigar su propagación e impacto sanitario, entre ellas la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" (en adelante aislamiento) (Decreto n.º 297, 2020). En concordancia con lo dispuesto por el Poder Ejecutivo Nacional y acompañando las decisiones de las autoridades sanitarias competentes la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispuso el 20 de marzo de 2020 la "feria extraordinaria" respecto de todos los tribunales federales y nacionales y demás dependencias que integran el Poder Judicial de la Nación (Acordada nº 6, 2020). En la misma línea, las Supremas Cortes provinciales establecieron medidas similares. Esa situación obligó a los Poderes Judiciales a replantear en tiempo record sus dinámicas de trabajo.

En este contexto, surgen algunas preguntas respecto de cómo los magistrados, funcionarios y empleados dieron continuidad al servicio de Justicia, y en particular, qué estrategias implementaron a la hora de realizar audiencias y qué desafíos enfrentaron para la realización de los juicios orales. Para responder a estas preguntas se presentará primero la situación del Juzgado de Paz Letrado de Lobos, con asiento en la Provincia de Buenos Aires, a cargo del Dr. Laureano Della Schiava. Para luego realizar un análisis detallado de los temas principales con relación a las restricciones que plantean el uso de las tecnologías de la información a la hora de realizar audiencias en modalidad virtual o telemática. Para realizar este análisis se utilizarán tres escenarios con el objetivo de

abrir posibilidades de uso maximizando las garantías constitucionales. Estos escenarios se abordarán desde la distopía, utopía y protopía. En términos de continuidad y aprendizaje individual y organizacional este artículo se propone describir de manera densa (Geertz, 2003) las estrategias y tecnologías que los Poderes Judiciales implementaron para gestionar audiencias durante el periodo de pandemia, compararlas con modelos de aprendizaje organizacional y reflexionar sobre la posibilidad de capitalizar los aprendizajes generados durante este momento histórico y utilizarlos como punto de apalancamiento (Meadows, 1999) para la incorporación de tecnologías en el servicio de Justicia en un futuro cercano y de alguna manera allanar el camino hacia un servicio de Justicia que aproveche los beneficios que ofrece la tecnología sin dejar de lado las garantías constitucionales y el debido proceso.

II. Toda persona tiene derecho a ser oída

Toda persona tiene derecho a ser oída. Y se podría agregar, aun en situación de aislamiento. La adhesión al Pacto de San José de Costa Rica, con rango constitucional supremo de conformidad al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, le confiere a los Poderes Judiciales de la República Argentina tutela judicial, y reconoce que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un período razonable de tiempo por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (Ley nº 23.054, 1984).

Como resultado de esta adhesión este mandato le confiere a cada Poder Judicial de la Argentina la autoridad y la obligación de proveer a todos los ciudadanos de un servicio de Justicia en tiempo y forma. Estos ciudadanos hoy se encuentran interpelados por la pandemia. Dos de las problemáticas principales que definen la excepcionalidad de esta pandemia son

la situación de aislamiento y la restricción a la circulación de una gran parte de la población. Esta excepcionalidad genera la necesidad de revisitar las prácticas judiciales y aventurarse a establecer otras nuevas. Este aventurarse supone una situación de equilibrio pivotante entre, por un lado, proteger al personal de los juzgados (magistrados, funcionarios, empleados y auxiliares) y, por otro lado, continuar con la labor judicial brindando una tutela efectiva bajo condiciones excepcionales. A lo largo y ancho de la República Argentina, haciendo uso de las herramientas que tuvieron a la mano, muchos jueces y juezas de diferentes fueros tomaron la decisión de continuar celebrando audiencias, pero no de forma presencial, como era el medio habitual, sino en forma virtual también llamada telemática o por videoconferencia. Este cambio en la forma de celebrar las audiencias supone un cambio radical en la forma de conducir las mismas y fundamentalmente en la forma en que los diferentes actores del proceso interactúan y la relación que se tiene con la producción de la prueba. Estas interacciones al ser mediadas por tecnologías en lugar de ser cara a cara han generado y generan dificultades comunicacionales que podrían, de no ser salvadas, entorpecer el proceso y perjudicar injustamente a alguna o a ambas partes.

En la Provincia de Buenos Aires, a fin de posibilitar la celebración de las audiencias se han planteado una serie de protocolos para facilitar el proceso. En el marco de las Resoluciones de Corte n.10/2020 y 12/2020 la Subsecretaría de Tecnología Informática (STI) desarrolló una Guía de Uso para la toma y participación de audiencia de forma remota, con el objetivo de detallar los pasos necesarios para realizar las configuraciones mínimas que permitan su implementación. Esta guía incluye tres instructivos destinados a usuarios internos, usuarios externos con PC (computadora personal) y usuarios externos con dispositivo móvil. La Provincia de Buenos Aires optó por la plataforma *Microsoft teams*, que a criterio de las STI cumple con todos los requisitos para la mencionada función y además reviste grado corporativo, lo que permite recolectar y tratar de manera orgánica la infor-

mación de las audiencias celebradas a distancia (Dirección de comunicación y prensa. Suprema Corte de Justicia de la Prov. de Buenos Aires, 2020).

En el lapso entre la puesta en vigencia de esta resolución en el Juzgado de Paz Letrado de Lobos se han celebrado de manera virtual cuatro tipos de audiencias: de conciliación, para designación de administrador en un proceso sucesorio, entrevistas con niños y audiencia preliminar. En casi todos los casos se utilizó la plataforma *Microsoft teams*, mientras que en un caso se celebró utilizando la plataforma *WhatsApp*. Dentro de los inconvenientes principales destacados por el juez se pueden destacar la baja calidad de las imágenes (video) que opera como limitante para la comunicación no verbal y la falta de entrenamiento tecnológico, que se evidencia por las demoras que se producen para que las partes ingresen a la videoconferencia. Por otro lado, la calidad de la conexión también repercute en la comunicación, volviéndola por momentos asincrónica, y en otros casos dificulta escuchar con claridad (Della Schiava, 2020). Si de ventajas hablamos, Della Schiava destaca que ambas plataformas les permitieron continuar con el proyecto de Generalización de la Oralidad en un contexto de aislamiento social, lo que no es poco, las considera herramientas útiles para dar continuidad al proyecto y, también continuar con la prestación servicio. Por otro lado, para los que cuentan con los medios tecnológicos, permite acceder sin mayores desplazamientos ahorrando costos de traslado y tiempos.

III. Los Poderes Judiciales y la situación previa a la pandemia

"Cuando la gente dice, justicia lenta no es justicia, tienen razón", esta frase fue pronunciada por el Juez Ricardo Lorenzetti -expresidente de la Corte Suprema de Justicia- en septiembre de 2010. Diez años después, y tras una gran cantidad de mejoras e innovaciones introducidas en el sistema judicial, la falta de celeridad continúa en agenda junto con los desafíos

de las modernización de las organizaciones que integran los Poderes Judiciales (C. E. J. Gómez, 2014).

En un intento de cambiar la situación, muchos Poderes Judiciales comenzaron a modernizarse para dar respuesta a los requerimientos de los ciudadanos y el paradigma de gobierno abierto (C. E. J. Gómez, 2014; Lillo, 2013; Moore & Hartley, 2008; Muller & Barendrecht, 2013; Roberto Benegas Lynch (h), 2016). Dentro de las modernizaciones se destacan la implementación de manera generalizada de la oralidad en procesos civiles a nivel nacional para la fase probatoria en los procesos de conocimiento (Chayer & Marcet, 2018; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2018; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, s/f) y la generalización el uso de tecnologías de la información y comunicación (TIC) y expediente digital (Lillo, 2013) en distintas medidas.

Ahora bien, cuando se habla de Poderes Judiciales y la adopción de tecnologías, es imposible hacerlo desde una postura generalista ya que se trata de sistemas independientes y sumamente heterogéneos y únicos, en especial cuando se habla de la Provincia de Buenos Aires. Dentro de los aspectos más relevantes se encuentran la territorialidad y la densidad de población, al mismo tiempo dentro de la Provincia las condiciones en los conglomerados urbanos no son las mismas que en las zonas rurales. A esta situación de territorialidad, se suman las características propias de cada tribunal y su historia de adopción de tecnologías.

Los principales aspectos mencionados en la bibliografía como responsables por la situación de los Poderes Judiciales de manera general incluyen recortes de presupuestos, métodos lentos y obsoletos de trabajo, confusión de actividades, anarquía en la Administración, ausencia de nuevos métodos en las unidades judiciales, falta de procesamiento y uso de información, debilidades en la carrera de abogacía, falta de capacitación teórica en cuestiones relacionadas a la Administración, falta de una infraestructura apropiada, demoras en el sistema de notificaciones y tácticas dilatorias empleadas por

los abogados (Chayer, Marcet, & Soto, 2018; Infobae, 2018; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2018; Palma, 2017).

Ahora bien, cuando hablamos de adopción de tecnologías a los aspectos anteriores se les suman otros cuatro aspectos particulares. El primero, está ligado a las características de los individuos, su *Weltanschauung* (Checkland, 1981). El segundo aspecto, es la llamada brecha digital que toma relevancia cuando se habla de TIC. Se denomina brecha digital al conjunto de obstáculos que existen para el acceso y uso igualitario de las TIC. Estos obstáculos se definen en cuanto a los siguientes puntos: i) la disponibilidad de recursos tecnológicos y de una infraestructura y telecomunicaciones y redes, ii) la accesibilidad a los servicios tecnológicos y la calidad de éstos (por ejemplo, la calidad de la conectividad) y, iii) las habilidades y conocimientos necesarios para el uso adecuado de las TIC (P. Gómez, 2020). Ahora bien, cuando estos obstáculos afectan a los usuarios (en el caso de estudio los usuarios del sistema de Justicia), surgen desigualdades que abren brechas, divisiones por inequidad en el uso y acceso a las TIC. Este aspecto fue resaltado por el Juez Della Schiava mencionando la existencia de una parte de la población, especialmente en nuestro país que no dispone de los medios tecnológicos para acceder, y esto se puso en evidencia durante estos cuatro a cinco meses, porque, "en muchos casos, las partes, muchos de ellos no podían acceder, y las audiencias las celebradas sólo con los abogados. Quienes manifestaban eso mismo, que las partes no podían acceder por falta de medios" (Della Schiava, 2020).

Si bien Gómez (2020) destaca que las brechas digitales tienen su correlato en las desigualdades socioeconómicas y de infraestructura, es válida tanto para los sistemas de puestos al servicio por las Cortes, como para los sistemas remotos que utilizan jueces y juezas (muchas veces desde sus hogares), así como para los sistemas que utilizan los usuarios externos como mencionaba Della Schiava. Gómez señala también que estas brechas digitales se producen por diferencias generacionales. En este punto, se habla de nativos e inmigrantes digita-

les, haciendo referencia a quienes nacieron y se desenvuelven con holgura con los dispositivos y plataformas digitales, en contraste y tensión con aquellos que pertenecen a otras generaciones y, que por falta de familiaridad o, a veces, por desconocimiento, experimentan más dificultados para usar las TIC (Prensky, 2001), situación que es frecuente en los juzgados. (Agster, Mejias-Aponte, Clark, & Waterhouse, 2013). Por otro lado, el tercer aspecto está asociado a la madurez de la herramienta en un cierto entorno. Esta madurez es función de la cantidad de años que una determinada herramienta lleva implementada, y refiere a que a medida que pasa el tiempo los procesos se estabilizan y pasados los momentos de desconcierto iniciales propios de todo cambio, los operadores conocen el proceso y lo realizan con cotidianeidad. Y, por último, el cuarto aspecto está relacionado con la flexibilidad que se adquiere con los cambios. El proceso de adaptarse a los cambios flexibiliza tanto a los operadores como a la organización en sí, y, por lo tanto, se encuentra íntimamente relacionado con el aprendizaje organizacional y la adopción y propuesta de innovaciones.

IV. Aprendizaje organizacional y adopción de innovaciones y tecnologías

Por su parte Revilla Gutiérrez señala que, a nivel individual, existe un tipo de aprendizaje que se conoce como "*aprender a aprender"*, que proviene del concepto de "deutero-aprendizaje" como segundo nivel de abstracción del aprendizaje (Bateson, 1972). Comúnmente se define aprendizaje como "la adquisición de conocimiento o habilidades". Esta definición engloba dos significados: la adquisición de una habilidad o *know-how*, que implica la habilidad física de producir una acción, y la adquisición del *know-why*, que implica la habilidad de articular el entendimiento conceptual de una experiencia. Más tarde, Kolb presenta el concepto de aprendizaje como: "el proceso por el cual el conocimiento es creado a través de la transformación de la experiencia" (Kolb, 1984, p. 38). Y,

basado en las ideas de Kurt Lewin, Kolb introduce la idea de un aprendizaje experiencial, cuyo objetivo es reflexionar sobre los elementos anteriores, revisar experiencias tanto de éxito como de fracaso, y aprender a realizar este proceso cada vez más eficientemente.

Argyris y Schön (1996) identifican el proceso de aprendizaje organizacional -OL por sus siglas en inglés *organizational learning*- de dos formas: aprendizaje de bucle (ciclo o circuito) simple y de bucle doble. En las de bucle simple la organización obtiene información de su entorno, y ésta es aprovechada para tomar decisiones de características adaptativas al entorno. Mientras que el aprendizaje de bucle doble incrementa los mecanismos de aprendizaje de la organización trasladándolos desde el nivel operativo al nivel estratégico (Argyris, 2004).

Por otra parte, Fiol y Lyles (1985) al referirse al OL diferencian dos niveles: el aprendizaje de "nivel bajo o adaptativo" (*lower-level learning*) y el de "nivel alto o generativo" (*higher-level learning).* El primero se corresponde con un aprendizaje de "bucle simple", es decir, aquel que no altera los rasgos centrales de la "teoría en uso". Mientras que, por otro lado, el aprendizaje de "alto nivel" se identifica con el de "bucle doble" e implica la modificación profunda de la "teoría en uso" de la organización (Fiol & Lyles, 1985; McGill, Slocum, & Lei, 1992). El aprendizaje "generativo" supone comportamientos proactivos que producen cambios radicales en la estrategia, estructura, sistemas de la organización y, especialmente, en la cultura organizacional (Zapata & Ramírez, 2007). En ambos niveles -individual y organizacional- es posible que tanto los modelos mentales individuales como los modelos mentales compartidos operen como facilitadores del aprendizaje organizacional o como barreras frenando dicho aprendizaje. Es frecuente que frente a la introducción de innovaciones las organizaciones reaccionen desarrollando rutinas defensivas (Argyris, 2004).

En este punto, los juicios orales y las audiencias -como parte fundamental de éstos- mediados por tecnologías de la información serán introducidos como una innovación emergente en

la Administración de Justicia (Elena & Mercado, 2019), que, si bien se había realizado de manera esporádica en la República Argentina, cobro trascendencia durante la pandemia por el virus SARS-COV-2 (Alaimo, 2020; Berto, 2020; Naufal Obed, 2020; Sondergaard & Manterola, 2020).

V. Los juicios orales virtuales: utopía, distopía o protopía

Las palabras del profesor Vincenzo Ferrari nunca más oportunas que para este momento de la historia: "estamos experimentando un cambio de paradigma" (Ferrari, 2020). Este cambio incluye experimentar mediante la virtualidad: la transición de lo escrito a lo oral, de lo inquisitorio a lo adversarial y de los jueces a los juicios por jurados (Sabelli, 2020). Y todo esto en situación de pandemia. Imaginemos por un momento que hace un año alguien nos contaba que se estaban haciendo audiencias y hasta juicios mediados por videoconferencias, que estábamos haciendo *homeoffice* y que los documentos se firmaban en forma digital. Seguramente hubiéramos pensado que nos estaban relatando un capítulo distópico de la serie *Black mirror*. El problema es que no estamos hablando de una serie de ciencia ficción, sino que es el relato del trabajo de muchos juzgados en situación de pandemia. Este tsunami de cambios en tiempo record generó en los operadores una tensión entre el cumplimiento de las garantías constitucionales y al mismo tiempo velar por el debido proceso. En este estado los operadores de Justicia fueron forzados a ingresar y a participar, sin posibilidad de prepararse, con TIC que en muchos casos han sido utilizadas, pero no son las óptimas, no por la TIC en sí, sino por la brecha digital. Bajo el estrés, no solamente por no poder cumplir, sino por el miedo a los contagios. Bajo estas condiciones estamos evaluando la factibilidad de realización de audiencias y juicios virtuales, cuestionando la formación de una relación de confianza (*rapport*) con los representados (Sabelli, 2020), la falta de solemnidad de la celebración cuando éstas se celebran en sitios diferentes a los tribunales, la

fatiga por zoom (Callahan, 2020) y ni hablar de la producción de la prueba (Maldonado, 2020) y el respeto a las garantías constitucionales (Cassio, 2020; Riego Ramírez, 2020). Debido a la excepcionalidad de la situación se apela a la voluntad de las partes para la realización de los mencionados actos procesales. Esta situación no puede ser evaluada como una situación normal de aprendizaje organizacional, porque simplemente no lo es. Las organizaciones han mostrado aprendizaje de primer orden o adaptativo, ya han realizado por lo menos una vuelta al ciclo de Kolb, sin embargo, muchos siguen pensando que se trata de una situación transitoria y, apegados al "*path dependency*" -entendido como la resistencia de dejar hábitos y costumbres para adaptarse al cambio- (Garud & Karnoe, 2001), no les permite hacer una reflexión más profunda que les permita utilizar los conocimientos adquiridos a futuro para mejorar el servicio de Justicia. Bajo las condiciones de contorno antes mencionadas, sería utópico pensar en juicios mediados por tecnologías que cumplan con absolutamente todos los requisitos, que la tecnología nos va salvar, en otras palabras que vamos a ser salvados por los robots (Shermer, 2015). Por otro lado, cabe preguntarse si no les estamos pidiendo demasiado, inclusive más que a los juicios presenciales. Ahora bien, la propuesta de este artículo es pensar en la posibilidad de realizar a futuro juicios y audiencias mediadas por tecnología en las que el juzgador dedique su tiempo a lo que mejor sabe que es juzgar y la tecnología sirva de complemento para enriquecer el proceso. En esta propuesta, en lugar de analizar la situación desde el estrés, lo hacemos desde el conocimiento de las tecnologías emergentes y la planificación de un sistema que soporte técnicamente las garantías. Pensando ahora en protopía, el progreso de una forma incremental donde cada año es mejor que el anterior, pero no por mucho, sólo por una micro cantidad (Shermer, 2015). Un futuro en el que para verificar la identidad de las personas que testifican se utilice un algoritmo de reconocimiento biométrico y que para saber si un testigo miente se utilicen algoritmos de reconocimiento de emociones en tiempo real, que para visitar la escena de un

crimen baste con enviar a un dron de reconocimiento o visitar la mencionada escena caminando en un entorno de realidad virtual sin movernos de nuestro escritorio. Que, para poder cotejar una prueba física, como por ejemplo el arma que se utilizó para cometer un ilícito, sea posible hacerlo utilizando anteojos de realidad virtual y aumentada.

VI. Conclusiones y palabras finales

Estos recursos ya se encuentran disponibles, al menos en fases de prototipo, quizá no todos en Argentina, pero esto no debería impedirnos, pensar y planificar su uso en un futuro cercano.

En las condiciones actuales de pandemia, entiendo que cada juzgador es el único que se encuentra en condiciones intelectuales de decidir hasta qué punto va a celebrar las audiencias y/o juicio de manera virtual, basado en el conocimiento de su situación particular.

Considero que hay otras formas de pensar el futuro y tenemos que explorarlas para poder evaluarlas desde el conocimiento. Podemos y tenemos que planificar un sistema de Justicia robusto y moderno.

Esta crisis fue y es una oportunidad de aprendizaje, de acelerar cambios que fueron resistidos durante muchos años y de dar continuidad e impulso a las transiciones que se encuentran en curso.

VII. Referencias bibliográficas

Acordada nº 6. (2020). *Feria extraordinaria.* B.O. Buenos Aires, 26 de marzo de 2020.

Alaimo, R. (2020, julio 14). "La experiencia del Teletrabajo judicial en Mendoza-Audiencias virtuales". Presentado en Congreso Virtual "Buenas Prácticas en los Poderes Judiciales", virtual.

Argyris, C. (2004). *Reasons and rationalizations: The limits to organizational knowledge*. Oxford ; New York: Oxford University Press.

Bateson, G. (1972). *Steps to an ecology of mind* (1st ed.). New York: Chandler Publishing Companies.

Checkland, P. (1981). *Systems thinking, systems practice*. Chichester [Sussex] ; New York: J. Wiley.

Decreto nº 297. (2020). *Aislamiento social preventivo y obligatorio*. B.O. Buenos Aires, 20 de marzo de 2020.

Della Schiava, L. (2020, agosto 14). Entrevista [Comunicación telefónica].

Geertz, C. (2003). *La interpretación de las culturas*. Barcelona, Gedisa.

Gómez, C. E. J. (2014). "Desafíos de la modernización de la Justicia en tiempos del Gobierno Abierto". Revista Digital de Derecho Administrativo, (12), 225-239.

Gómez, P. (2020). "Módulo 3: Cultura de la conectividad y subjetividades actuales en la relación estudiantes-Docentes. Pedagogía crítica y didáctica en la enseñanza digital". Buenos Aires, Ministerio de Educación de la Nación.

Riego Ramírez, C. (2020, agosto). "Virtualidad en el juicio y en audiencias previas. Experiencias en Chile, EE. UU., Argentina". Ponencia presentada en Ciclo de encuentros virtuales-Temas actuales del proceso penal, virtual- organiza Universidad del Este, La Plata.

Roberto Benegas Lynch (h). (2016, diciembre 11). "La cultura de la inmediatez". Recuperado el 22 de enero de 2019, de Infobae website: https://www.infobae.com/opinion/2016/11/12/la-cultura-de-la-inmediatez/

Sabelli, M. (2020, agosto). "Virtualidad en el juicio y en audiencias previas. Experiencias en Chile, EE. UU., Argentina". Ponencia presentada en Ciclo de encuentros virtuales-Temas actuales del proceso penal, virtual- organiza Universidad del Este, La Plata.

Justicia en tiempos de pandemia: sobre la viabilidad del juicio oral virtual en Idaho

Víctor Beltrán Román

1. Introducción

La propagación del COVID-19 ha puesto grandes desafíos a la Administración de Justicia en todo el mundo. Aunque las respuestas han sido diversas, es evidente que el acceso a la Justicia es esencial en todo Estado de Derecho y, a pesar de la situación de excepción, los tribunales deben continuar prestando sus servicios a la ciudadanía. A raíz de lo anterior, uno de los debates centrales es el de la realización de audiencias de juicio través de medios tecnológicos y la compatibilidad de dicha práctica con las garantías del debido proceso.

Este documento entrega, en primer lugar, un breve panorama de las medidas adoptadas por los tribunales criminales de Idaho para administrar justicia durante la pandemia. Luego, a la luz de las garantías del debido proceso, se presentan los principales problemas que pueden surgir de la realización de audiencias de juicio a través de medios tecnológicos. Finalmente, se presentan algunas reflexiones en torno a los problemas levantados y eventuales consideraciones para administrar justicia bajo las circunstancias actuales.

2. Administración de Justicia en Idaho durante la pandemia

Idaho tuvo su primer caso de COVID-19 el día 13 de marzo de 2020 en la ciudad de Boise, capital del Estado. Ante el incremento de casos positivos, el 22 de abril de 2020 la Corte Suprema dictó una orden reduciendo los servicios presenciales y la limitación de acceso a dependencias de tribunales, entre otras medidas.

En lo pertinente a este estudio, la orden dispuso que no se iniciarán *jury trials* en materia penal hasta el 3 de agosto de

2020, plazo posteriormente extendido hasta el 14 de septiembre en una segunda orden. Ahora bien, la segunda orden de la Corte Suprema veda cualquier posibilidad de juicio completamente remoto, al exigir presencia física de intervinientes. Aunque nada se dice sobre la realización o no de los *bench trial*, se pudo constatar que dichas audiencias se están llevando a cabo en modalidad *online*.

Luego, la orden se hace cargo de la postergación de juicios y el paso del tiempo. En primer lugar, se impide solicitar el sobreseimiento de un caso basado en el transcurso del tiempo, dejando en suspenso la sección 19-3501 de los estatutos de Idaho. En segundo lugar, el hecho del aplazamiento del juicio se considerará por el juez entre los factores para determinar la fianza y la elegibilidad del imputado para la libertad durante la etapa previa al juicio.

Finalmente, para asegurar el acceso a la Justicia de parte de quienes no cuentan con acceso a internet, se habilitó un edificio con computadores que permiten comparecer a las audiencias virtuales.

3. Juicio virtual y debido proceso

A continuación, se intentará responder la pregunta sobre si un juicio por jurados realizado a través de medios remotos de comunicación cumple o no con las garantías básicas del debido proceso, para ello se exponen los principales valores, normas y estándares que deben ser ponderados, de acuerdo con la legislación pertinente.

3.1 El panorama desde la perspectiva del acusado

3.1.1 Derecho al juicio por jurados

Toda persona sometida a un proceso penal tiene derecho a ser juzgada por sus pares, a través de un juicio por jurados, con las demás garantías que la Constitución y la ley establecen. Lo relevante de ser llevado ante un jurado, es que desde el *Voir Dire* hasta los alegatos de clausura, cada segundo cuenta para persuadir, desde la forma de vestir del acusado, la manera de comunicarse, su postura corporal, etc. El defen-

sor, por su parte, siempre intentará humanizar a su cliente para que los jurados empaticen con él. El mismo propósito es prácticamente imposible de conseguir a través de un juicio virtual, pues quien juzga únicamente verá al acusado en un pequeño recuadro en la pantalla, en lugar de verlo a tan sólo unos metros de distancia, como ocurriría en el tribunal. De ese modo, podría producirse un fenómeno de despersonalización del rol del jurado, como se verá *infra* en *3.3.7* a propósito de los jueces.

En definitiva, desde el comienzo del juicio, el acusado estará en desventaja al no tener las mismas chances para lograr persuadir al jurado, como sí las tendría en un juicio presencial.

3.1.2 ¿Es suficiente una confrontación virtual?

Uno de los aspectos que más preocupa a los litigantes es la eventual afectación de la cláusula de confrontación. En general, la cláusula de confrontación requiere que el acusado y los testigos de cargo se encuentren *face-to-face*, esto es, que estén en posición de hacer contacto visual durante la declaración. Con todo, el propósito histórico de esta garantía es más bien funcional, pues fue establecida para evitar condenas en base a testimonios escritos, carentes de confiabilidad y que no pudiesen ser confrontados por el acusado; así como también asegurar la precisión en la determinación de la verdad en el proceso.

Entonces, se trata de un derecho funcional al propósito de promover la confiabilidad en un enjuiciamiento, lo que se consigue a través del efecto combinado de los elementos de la confrontación, a saber, presencia física, toma de juramento, contraexamen y la observación del juzgador -de primera fuente- del comportamiento del declarante.

Aunque no es un derecho absoluto y excepcionalmente puede haber ausencia de confrontación *face-to-face* por consideraciones de política pública, siempre debe estar asegurada la confiabilidad del testimonio por otros elementos de confrontación, preservando también las demás garantías que existirían en un testimonio prestado en la corte.

Ahora bien, a través de un sistema de comunicación remota el único elemento de la confrontación que realmente se asegura es la toma de juramento del declarante, pues además de no haber presencia física, también se afecta considerablemente el derecho a contraexaminar y la posibilidad de que el juzgador observe el comportamiento de los declarantes. Por una parte, el derecho a contraexaminar pasa a ser algo meramente ilusorio, pues aunque se pueden dirigir preguntas al testigo, el abogado no está realmente mirándolo a los ojos, no puede acercarse a él, ni apreciar el lenguaje no verbal con toda la claridad que lo haría en el tribunal. Por otro lado, el jurado o juez, según corresponda, no podrá observar el comportamiento del declarante como lo haría en un tribunal, pues en lugar de observarlo a unos pocos metros y analizar su comportamiento, únicamente lo verá en un pequeño recuadro en la pantalla, cuestión que no permite valorar adecuadamente la credibilidad del deponente y su testimonio.

En el mismo sentido, la confrontación es un valor fundamental del sistema que busca promover decisiones tomadas en base a información confiable y de alta calidad, producida en los ojos del juzgador. Así, al no someterse la prueba al mismo estrés que ante un tribunal físico, no sólo se afecta una garantía del acusado, sino también se menoscaba un valor del sistema, pues con nulos elementos confrontacionales, la cláusula se vuelve meramente ilusoria ya que no está asegurando en realidad la precisión en la búsqueda de la verdad en el proceso.

Lo razonable entonces, sería optar por un modelo que garantice mayores elementos confrontacionales, mejorando tanto la calidad de las decisiones que se van a tomar, así como también garantizando la protección del acusado en su juzgamiento.

3.1.3 La comunicación con el abogado

El debido proceso otorga al acusado el derecho de ser representado por un abogado durante el juicio, lo que necesariamente implica la comunicación libre y privada entre el acusado y el abogado durante el desarrollo de la audiencia, a fin

de trabajar activamente en la defensa del caso. En un juicio virtual surgen barreras más o menos relevantes para desarrollar una comunicación privada entre ambos a medida que se va desarrollando la audiencia.

Si bien existe la posibilidad de realizar recesos para que éstos tengan una conferencia en privado, es poco práctico detener un examen directo o un contraexamen para facilitar la comunicación, especialmente en momentos cruciales del caso. Una solución razonable sería que tanto el acusado como su defensor se encuentren necesariamente en un mismo lugar. Con todo, pueden surgir problemas para quienes enfrentan el juicio estando privados de libertad, pues el defensor se vería obligado a participar de la audiencia desde el recinto de detención o desde el tribunal si se trasladase al acusado.

3.1.4 Publicidad del juicio

La publicidad del juicio, además de un derecho del acusado, es uno de los valores y manifestaciones democráticas más relevantes del sistema de Justicia criminal. En Idaho, a raíz de la pandemia, la publicidad en audiencias preliminares se ha visto menoscabada pues éstas se están llevando a cabo mediante plataformas que no permiten el acceso al público.

En todo caso, no parece tan complejo encontrar solución. Por una parte, puede admitirse público en las salas virtuales, siempre y cuando la seguridad de la plataforma sea tal que no permita que éstos intervengan o que de cualquier forma afecten el desarrollo de audiencias. Por otro lado, se puede hacer *streaming* o transmisiones en vivo de las audiencias, lo que permite seguir el desarrollo de éstas en tiempo real, *a priori*, sin riesgos de intervenciones indebidas. Una última alternativa, es que todas las audiencias sean grabadas y publicadas a través de plataformas institucionales, permitiendo su revisión de manera posterior.

3.1.5 Speedy trial *y el paso del tiempo*

Una eventual vulneración al *speedy trial* vendría dada no por la realización del juicio virtual, sino por la postergación de éste, como ocurre actualmente en Idaho. Ahora bien, por tratarse de una pandemia, parece ser que la dilación del juicio

más allá de los límites establecidos en la ley es constitucionalmente permisible, pues una pandemia es una razón válida para no llevar adelante el juicio, por todos los riesgos sanitarios que ello conlleva. En todo caso, la demora en el juicio debe analizarse más cuidadosamente en aquellos casos de imputados privados de libertad a la espera del juicio, pues la postergación, en ningún caso puede significar privaciones de libertad injustificadas o excesivas, considerando que se trata de medidas cautelares y no de penas.

Como nota adicional, el paso del tiempo y la postergación del juicio pueden ser un arma de doble filo. Por una parte, puede jugar a favor de los intereses del acusado, ya que el paso del tiempo naturalmente provocará que la memoria de los testigos y peritos no esté tan fresca a la hora de declarar, menoscabando de ese modo la prueba de cargo, aunque también la de descargo. Por otro lado, el paso del tiempo y la postergación indefinida del juicio puede llevar a que el acusado decida negociar con la fiscalía, aceptando su culpabilidad.

3.2 La situación de las víctimas

Ahora, corresponde preguntarse de qué manera los derechos de las víctimas se podrían ver menoscabados a raíz de la realización de un juicio virtual. En primer lugar, debe considerarse que en Idaho las víctimas no cuentan con tantos derechos en el marco de un proceso penal, a diferencia de otros sistemas jurídicos. Así, no se vislumbran mayores inconvenientes en la realización del juicio virtual para las víctimas, ya que no existen barreras u obstáculos para que éstas puedan ejercer sus derechos a estar presentes en todas las etapas del proceso, a ser oídas durante las audiencias, a comunicarse con la fiscalía, a ser tratadas con respeto, dignidad y asegurando su privacidad durante el proceso penal, etc.

Por el contrario, lo que realmente parece menoscabar ciertos derechos de las víctimas es el paso del tiempo por la postergación de juicios. En ese sentido, el derecho a la disposición oportuna del caso y el derecho a la restitución podrían verse demorados. Ahora bien, la orden de la Corte Suprema de Idaho entrega garantías y la protección necesaria a las vícti-

mas, quienes no verán frustradas sus expectativas de condena y justicia, desde que se impide a los imputados solicitar el sobreseimiento definitivo del caso debido al paso del tiempo, como se indicó *supra* en **2**. Asimismo, el paso del tiempo es considerado un criterio por el juez para estimar que hay peligro de fuga y así ordenar la prisión preventiva o fijar fianza.

En definitiva, más que la realización de un juicio virtual, es la postergación de éste lo que podría estar afectando o demorando derechos de las víctimas. Sin embargo, por el momento la orden de la Corte Suprema de Idaho parece brindar adecuada protección y garantías.

3.3 Otros desafíos a considerar

3.3.1 Inmediación y valoración de la prueba

Un elemento de la confrontación es la inmediación, esto es, que el jurado o el juez, dependiendo del tipo de juicio, se impongan del conocimiento de la prueba de manera directa en el tribunal. Es una idea general instalada en los litigantes que a través de la cámara se es menos persuasivo y que las emociones de la sala de audiencia no son las mismas que a través de una pantalla.

En el tribunal, los abogados generalmente se desplazan libremente a la hora de hacer sus alegatos y sus contra-exámenes, así como también utilizan técnicas de comunicación no verbal, inflexiones de voz, lenguaje corporal, etc. Todos estos aspectos son estratégicos, persuasivos y funcionales al caso, pues buscan impactar de alguna forma al juzgador. Naturalmente, un juicio virtual impone restricciones más o menos relevantes para que lo anterior ocurra de igual forma a como ocurriría en un tribunal. Así las cosas, con una inmediación reducida, las posibilidades de persuasión también decrecen.

En el mismo sentido, como se explicó *supra* en *3.1.2* el jurado o el juez se verían dificultados de valorar adecuadamente la credibilidad de un testigo o de un perito, pues no apreciarán el testimonio de la misma manera que lo harían en el tribunal. Lo mismo ocurre en la incorporación de evidencia material, pues es imposible que los jurados sostengan entre sus manos el arma homicida o que vean de cerca objetos incautados, a

través de una pantalla no es lo mismo. Sin embargo, este argumento debiera validarse a través de estudios que determinen cuáles son los aspectos que los juzgadores consideran en la valoración de una evidencia y, junto a ello, determinar si los jueces o jurados actúan o valoran diferente la presentación de evidencia de manera virtual en contraposición a lo que ocurre en el tribunal.

3.3.4 Litigación virtual

En un juicio virtual, existen barreras no menores para el desarrollo de ciertas destrezas de litigación. Así, ejercicios de *impeachment* o confrontación y de refrescar memoria, se prevén complejos de realizar a través de una videoconferencia, por los diferentes pasos que se siguen en su realización. Aunque dichos pasos podrían suplirse a través de la función de "compartir pantalla", no existe manera *a priori* de controlar exactamente qué exhibirá el abogado al testigo o perito, para confrontarlo o refrescar su memoria y, en el mismo sentido, no existe manera de impedir que el jurado conozca aquello que se le muestra al testigo antes de que sea siquiera admisible como información en juicio, cuestión que en la corte no ocurre.

Lo propio ocurre con las objeciones, donde es complejo controlar o evitar que ingrese información inadmisible al juicio a través de argumentaciones de abogados. Con todo, podría pensarse en el uso de una sala virtual que simule el *sidebar*, esto es, el área en frente de estrados donde los litigantes discuten con el juez la admisión o rechazo de una objeción, evitando que dichas argumentaciones -de información eventualmente inadmisible- sean oídas y contaminen a los miembros del jurado.

En cualquier caso, desde el punto de vista de la litigación, el ambiente que se da en la corte está lejos de ser igualado al de una videoconferencia. El litigante sabe cómo y cuándo desplazarse por la sala, cuándo acercarse al jurado y hacer contacto visual con algún miembro en particular, cuándo acercarse al testigo, etc., todo lo cual es parte de su puesta en escena y de la persuasión que lleva adelante. En un juicio virtual, no se puede apelar a los mismos recursos.

3.3.5 Los testigos y peritos

Es complejo garantizar que testigos y peritos no estén siendo influenciados o guiados por un tercero detrás de cámara o que no estén utilizando papeles o recordatorios sobre lo que deben o no declarar, cuestión que naturalmente menoscaba la confiabilidad en las condiciones de su declaración. La alternativa más segura y practicable, para evitar además problemas de conectividad e infraestructura, es que testigos y peritos necesariamente declaren desde el tribunal o ante algún ministro de fe.

3.3.6 Problemas respecto a los jurados

Luego de elegidos los jurados, éstos están vedados de comunicarse o discutir en relación con el caso que juzgan, pues sólo deben basar su veredicto en la evidencia rendida a lo largo del juicio. Así entonces, un primer nivel de preocupaciones se da en torno a cómo controlar la conducta de éstos y evitar cualquier tipo de influencia externa, esto es, que cualquier persona intente tomar contacto con ellos, amenazarlos, sobornarlos, entregarles información, etc.

Un segundo nivel de problemas es de control por parte del juez, quien no cuenta con herramientas para controlar qué hacen los jurados mientras están conectados a internet. Así, no existe forma de evitar que los jurados busquen en internet conceptos legales, antecedentes del caso, información del acusado, etc. Así como tampoco hay forma de controlar o asegurar que éstos están exclusivamente prestando atención a la rendición de la prueba.

Un tercer problema se da respecto a la conectividad e infraestructura. Por problemas de conectividad puede ocurrir que un jurado deje de escuchar aspectos claves del juicio, un argumento de un litigante, alguna respuesta a una pregunta crítica en un contraexamen, las reacciones de testigos, del acusado, etc. Por problemas de infraestructura, puede ocurrir que la persona no pueda estar completamente a solas observando el juicio, que existan otras personas que causen ruido, desconcentración y con ello se afecte la percepción de la prueba.

Por último, las mismas complicaciones se vislumbran en el proceso de deliberación de los jurados una vez concluida la rendición de prueba y argumentos finales. Todo lo anterior, hace más conveniente que los jurados necesariamente desempeñen su rol desde el tribunal.

3.3.7 Problemas respecto al juez

Aunque durante el juicio el rol del juez es más bien de orden y control del debate, si el jurado llega a un veredicto condenatorio el juez tomará un rol central, pues le corresponderá llevar adelante la audiencia de *sentencing* o de determinación de la pena. En Idaho, estas audiencias se están llevando a cabo a través de videoconferencia.

De acuerdo a la evidencia disponible, el fenómeno que ocurriría es una suerte de despersonalización de la función del juez. Un estudio reciente da cuenta de que los acusados obtienen peores resultados en procedimientos a través de video que en procedimientos presenciales. Por otro lado, a propósito de la determinación de la fianza, estudios han demostrado que los jueces que sólo veían al imputado a través de un monitor fijaban montos más altos que para aquellos imputados que veían en persona. Aunque no se cuenta con información concreta respecto a audiencias de *sentencing,* podría anticiparse la misma lógica, por lo que sería recomendable que éstas se realicen de forma presencial.

4. Consideraciones finales

Sin dudas es viable realizar juicios orales a través de medios remotos de comunicación. Sin embargo, en ello surgen dificultades importantes a la luz del debido proceso, por lo que parece no ser lo más aconsejable. En todo caso, se valora el uso de medios tecnológicos, lo que probablemente seguirá ocurriendo incluso acabada la pandemia en ciertas clases de audiencias.

Aunque Idaho descarta, por ahora, la realización de juicios virtuales, un modelo híbrido podría solucionar varios de los problemas que se anunciaron. Por ejemplo, jueces y jurados

en el tribunal, testigos y peritos en salas contiguas o ante algún ministro de fe y los demás intervinientes participando de forma virtual. Así se superan problemas de control, conectividad, infraestructura, comunicación, etc. La meta, en todo caso, es garantizar mayores elementos confrontacionales, especialmente en caso de pruebas fundamentales, las que debieran rendirse necesariamente en presencia de todos los intervinientes. En ello, el *case management* debiese tomar un rol protagónico para flexibilizar las prácticas de acuerdo con la naturaleza de los casos.

Es importante, en todo caso, que los sistemas de Justicia estén preparados para funcionar bajo condiciones de excepción. Así, debieran dictarse normas de funcionamiento bajo condiciones de excepción que perduren en el tiempo, a las cuales se recurra cada vez que se produzcan eventos similares, para que nunca más se encuentre a los tribunales poco preparados y tengan que improvisar soluciones sobre la marcha.

Bibliografía

Black, Henry (1891): *Black's Law Dictionary* (St. Paul, Minneapolis: West Publishing, 6ta Edición).

Boggs, Danny (1998): "The Right to a Fair Trial", en: University of Chicago Legal Forum (Vol. 1998, Iss. 1,Article 2), pp. 1-24.

Bowman, Locke, Diamond, Shari, Wong, Manyee, Patton, Matthew (2010): "Efficiency and Cost: The impact of Videoconferenced Hearings on Bail Decisions", en Journal of Criminal Law and Criminology (vol. 100, nº 3), pp. 869-902.

Gifis, Steven (2017): *Law Dictionary*. (China: Barron's Legal Guides, 7th Ed.).

Hutchins, Renée, Simmons, Ric (2015): *Learning Criminal Procedure* (Minnesota, United States of America: West Academic Publishing).

Perry, Hadley (2008): "Virtually Face-to-Face: The Confrontation Clause and the Use of Two-Way Video Testimony",

en: Roger Williams University Law Review (vol. 13, nº 2), pp. 565-594.

Tokson, Matthew (2007): "Virtual Confrontation: Is Videoconference Testimony by an Unavailable Witness Constitutional?", en: The University of Chicago Law Review (vol. 74), pp. 1581-1614.

Jurisprudencia citada

Mattox v. U.S., 156 U.S. at 244 (1895).
Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).
California v. Green, 399 U.S. 149 (1970).
Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012 (1970).
Barker v. Wingo, 407 U.S. 514 (1974).
Ohio v. Roberts, 44 U.S. 56 (1980).
Crawford v. Washington 541 U.S. 36 (2004).
United States v. Gigante, 166 F3d 75, 80 (2d Cir 1999).

Resumen de las actividades de Extensión a cargo del Dr. Martín Gagliardi

En mi carácter de Coordinador de la Secretaría de Extensión, realizaré una breve síntesis de las jornadas que se realizaron a lo largo del año 2020, previo a ello pasaré a explicar de qué se trata esta tarea que tanto esfuerzo y trabajo nos lleva al equipo que conformamos en el Decanato de la Facultad de Derecho de la UDE.

La Extensión Universitaria procura generar y mantener la relación de la Universidad con la sociedad, siendo el mecanismo de interacción que permite dinamizar la vinculación entre los diferentes actores universitarios y el medio, con el fin de proponer respuestas alternativas a cuestiones de la sociedad.

Si bien la Universidad no tiene como función la resolución directa de los problemas sociales, sanitarios, educativos o económicos de las regiones próximas, sí tiene la responsabilidad de generar nuevas ideas que permitan hacerlo. Pensar hoy la Universidad y sus sentidos implica pensarla hacia sí misma y, al mismo tiempo, hacia la realidad social en que ella despliega sus prácticas. Intervenir en el campo de las necesidades sociales puede ser una elección, pero para quienes estamos en las universidades públicas es también un deber.

¿Cuál es el rol que le corresponde desempeñar a la Extensión Universitaria en el contexto de la sociedad contemporánea? ¿Qué papel juega en la sociedad del conocimiento y de la información que se está configurando y en un contexto dominado por los fenómenos de la globalización y la apertura de los mercados?

Y en esos nuevos escenarios educativos, agregamos nosotros, el paradigma de la educación permanente, del aprendizaje permanente, es el que nos permitirá disponer de la llave para ingresar en el nuevo milenio.

Todo proyecto de Extensión Universitaria que se promueve desde esta Facultad constituye prácticas de educación formal

e informal, académicas, basándose en el conocimiento disciplinar, cultural, artístico, humanístico, deportivo, etc.

Definir una política de extensión y vinculación con la sociedad que oriente las actividades, integre a todas las unidades académicas y áreas centrales y promueva la participación de profesores, alumnos y miembros de la comunidad.

Por, último no puedo dejar de lado el gran desafío con el que nos encontramos el año pasado producto de la pandemia, tuvimos que reinventarnos como lo hizo la sociedad, adaptar nuestra dinámica presencial a lo virtual y remoto, dejar de tener esa inmediación en el área de extensión fue sumamente complejo no obstante gracias a la gran ayuda de nuestro cuerpo docente y a las diferentes áreas programáticas de nuestra querida Universidad del Este pudimos salir adelante y lucirnos como Unidad Académica ya que muchas de las jornadas contaron con expositores extranjeros y lo que es mucho más importante con alumnos y asistentes de todo el mundo.

Logros de la gestión que se plasmaron exitosamente en las siguientes actividades de extensión durante el año 2020

PRIMER CUATRIMESTRE

-19/5/20 Audiencias remotas en el proceso penal, docente responsable: Analía Reyes.

-2/6/2020 Impactos de la pandemia en las Organizaciones del Deporte. Coordinador / Docente responsable: Dr. Germán Ricardo Rincón y profesor Alberto Marino.

-4/6/20 Conferencia juicio oral virtual. Docente responsable Analía Reyes.

-11/6/20 el transporte aéreo frente al covid-19. Docente responsable Rita Cordera.

-25/6/20 taller de formación sobre audiencias remotas y juicios penales, docente responsable: Analía Reyes.

-25/6/20 diálogo entre el Derecho Administrativo y el Derecho Tributario Financiero. Docente responsable: Mercedes Sastre, Franco Gambino.

-15/7/20, La actualidad del contencioso admnistrativo en el ámbito federal, CABA y Provincia de Buenos Aires, docente responsable Franco Gambino.

16/7/20 valoración de la prueba testimonial penal, docente responsable, Santiago Irisarri.

SEGUNDO CUATRIMESTRE

-10/8/20 Jornada virtual sobre la ley 27.551, alquileres, docente responsable Pablo Puente y María Lis Amaya.

-11, 13, 18 y 20 de agosto Temas actuales del proceso Penal, docente responsable, Analía Reyes.

-27/8/20 Género y Tributación, docente responsable, Mercede Sastre.

-28/8/20. Precongreso argentino de Justicia constitucional, docente responsable. Francisco Lopez Smpsons.

-3/9/20 Cibercriminalidad, problemas actuales: Docente responsable. Victoria Huergo.

-8/9/20 Violencia Familiar y de género, ley n° 12.569, docente responsable Camila Pereyra.

-10/9/20 Tributación de la economía digital, docente responsable Mercedes Sastre.

-17 y 24 de septiembre del año 2020, Delitos económicos, desde su aspecto práctico, docente responsable. Victoria Huergo.

-1 de octubre, "La carga probatoria en el proceso civil y penal", docente responsable Analía Reyes y Leandro Gianini.

-5 de octubre, "Aspectos relevantes de la reforma procesal civil", docente responsable, Dr. Pablo Puente y Lis Amaya.

-13 de octubre, "Jornadas sobre compliance en el Derecho Penal", docente responsable, Dra. Victoria Huergo y Jorge Paolini.

-19 de octubre, Jornada sobre el análisis de las obligaciones en el Derecho Civil, docente responsable, Dr. Marcelo Lopez Mesa y Dr. German Rincon.

- 19 y 26 de octubre, "La Justicia va a la escuela", docente responsable, Analía Reyes y Raúl Dalto.

-28 de octubre Convenio de colaboración académico y científico entre la Universidad del Este y el colegio de Magistrados de Quilmes, docentes responsables, Dr. Pablo Puente y German Rincon.

-29 de octubre, Jornadas del observatorio de Derecho Tributario y Financiero, docente responsable, Dra. Romina Gongora y Mercedes Sastre.

-10 de noviembre, Jornadas sobre la quiebra del consumidor, docente responsable, Dra. Rita Cordera,

- 24 de noviembre, Jornadas sobre juicio por jurados, docente responsable, Dra Analía Reyes,

-2 de diciembre, Jornadas sobre justicia restaurativa, docente responsable, Dra. Analía Reyes.

Resumen de las actividades de gestión y coordinación a cargo de Dr. Pablo Federico Puente

Temas generales que se trataron en las reuniones con docentes: VIRTUAL

*Biblioteca: En este punto la mayoría de las cátedras se comprometieron a hacer una visita a la biblioteca a ver que bibliografía hay con respecto a su materia y en caso de necesitar solicitarla al decanato u a biblioteca.

*CVAR: Ingresar y adjuntar cualquier cambio en su CV

*CONEAU: se les informo a todas las cátedras que la carrera, esta en etapa de acreditación, por lo que necesitaremos de su colaboración permanente.

*Horarios de Cursada: se les informo el horario de la cursada y su estricto cumplimiento. VIA FORMATO DIGITAL

* Campus: Cargar todo Tipo de actividad

*Asistencia de los Docentes: se les informo a los docentes que previo a la clase pasen a firmar por alumnos y que la asistencia es fundamental, que el docente debe pasar lista y cargarla al SIU GUARANI, no puede agregar alumnos manualmente ni en la lista de asistencia, ni en el acta de examen final.

*Promoción de la cursada y notas: Notificadas a todas las cátedras.

*Programas solicitados: hemos solicitado los programas a las cátedras junto con la organización de las clases a todas las cátedras.

*Extensión e Investigación: Aquí la mayoría de las cátedras se comprometió a realizar actividades en este ciclo lectivo.

*Aula Virtual: Todas las cátedras han sido anoticiadas de la plataforma del aula virtual de nuestra universidad.

En conclusión, la mayoría de las cátedras, se han mostrado agradecidas y satisfechas con las entrevistas, han prestado su conformidad y casi ninguna ha dejado observaciones, la experiencia fue altamente favorable.

Paso a detallar Segundo cuatrimestre, Entrevista con Profesores Segundo Cuatrimestre Vía ZOOM:

Materia: Mediación

Profesora entrevistada: Laura Guevara

Materia: Derecho Ambiental

Profesora entrevistada: Florencia Vechiati

Materia: Obligaciones

Profesora entrevistada: Pablo Puente

Materia: Instituciones del Derecho Civil

Profesores entrevistados: Homero Picone y Nicolas Troncoso

Materia: Familia y Sucesiones

Profesores entrevistados: Mauro Cerda y Juan Troncoso

Materia: Derecho Internacional Privado

Profesora entrevistada: Rodolfo Vizcarra

Materia: Derecho Notarial

Profesora entrevistada: Javier Moreyra

Materia: concursos y quiebras

Profesora entrevistada: Rita Cordera

Materia: Derecho Administrativo I

Profesora entrevistada: Hernan Lombardia

Materia: Derecho Administrativo II

Profesora entrevistada: Evangelina Cardoso

Materia: Derechos Reales

Profesor entrevistado: Dr. Matias Quiroga

Materia: Derecho Publico Provincial Y Municipal

Profesora entrevistada: Dr. Tenaglia

Materia: Derecho Tributario

Profesora entrevistada: Mercedes Sastre

FUNDAMENTACIÓN DEL CURSO DE INGRESO

CRONOGRAMA: SEMANA del 16 de marzo al 20 de marzo de 2020

La implementación del Ciclo de Ingreso responde al interés y preocupación de esta Institución por ofrecer a los estudiantes un espacio cuyo propósito general es trabajar en la etapa de transición del nivel medio al primer año de la carrera, y les permita o facilite la iniciación, prosecución y finalización de una carrera universitaria, que supone el abordaje de un conocimiento que se profundiza y complejiza progresivamente.

Se trata de acompañar al ingresante en su labor de apropiación tanto del espacio geográfico, como del conjunto de normas y valores que regularán su vida universitaria; de las características conceptuales de la carrera que encarará; la familiarización progresiva con el vocabulario específico de la disciplina y la adquisición de estrategias cognitivas que le permitan resolver adecuadamente las situaciones de aprendizaje que tendrá que afrontar en esta etapa de su proceso de formación.

El ingreso a los estudios universitarios es entendido como un proceso en el que intervienen múltiples factores. Entre ellos es de destacar que, las representaciones sociales sobre la educación universitaria y sobre las prácticas de lectura y estudio ocupan un lugar central como aspectos que, muchas veces, obturan las posibilidades de una buena inserción académica de los ingresantes.

Las representaciones sociales, al operar como marco de interpretación del entorno, regulan las vinculaciones con los otros y orientan y organizan las conductas y comunicaciones. En este sentido, la representación de la educación aparece asociada a elementos simbólicos que connotan valoraciones positivas como los referidos a futuro, formación, aprendizaje y enseñanza, estudio, responsabilidad, dedicación, sacrificio,

compromiso; pero involucran, también, aspectos negativos como lo son los temores frente a un ámbito y disciplina desconocidos, poca confianza respecto de la propia capacidad de estudio, incertidumbres, dudas relacionadas a la elección vocacional, entre otros.

Ello implica considerar, en primera instancia, tanto el conocimiento institucional de este ámbito de estudios y la oferta académica general, como así también la exploración vocacional a nivel personal.

Las cuestiones hasta aquí expuestas hacen que el eje vertebrador del presente curso se sitúe en el compromiso de posibilitar que los ingresantes se sientan activamente comprometidos con la puesta en común, desarrollo y resignificación de sus concepciones y representaciones previas, a fin de facilitar su inserción y permanencia en la universidad.

Objetivos

• Posibilitar una adecuada ambientación del estudiante a la dinámica del espacio universitario.

• Acompañar a los ingresantes en el esclarecimiento de sus dudas, incertidumbres, temores, confusiones.

• Afianzar la comprensión de la relación entre la elección vocacional y la vida universitaria.

• Favorecer la creación de espacios de trabajos críticos y reflexivos en un contexto de participación e intercambio de experiencias.

• Contribuir al posicionamiento del alumno como actor de su propio proceso de aprendizaje.

• Presentar los contenidos que serán considerados afines a las materias del primer año de cursada de la carrera.

• Propiciar que los ingresantes puedan problematizar sus estrategias de aprendizaje en orden a mejorar las competencias básicas de lectura, comprensión y producción de textos.

Justificación de la organización curricular

A fin de responder a lo precedentemente señalado, la organización curricular estará centrada en torno a tres ejes, a saber:

• Conocimiento del ámbito universitario y del rol profesional elegido.

• Familiarización en contenidos afines a las primeras materias de la carrera.

• Orientación vocacional y ocupacional.

De este modo, se ha diseñado:

• Dos módulos de trabajo de carácter teórico y práctico, centrado en contenidos de derecho y de historia, a fin de acercar a los estudiantes a los ejes temáticos de las primeras materias de la carrera y situarlos en la línea espacio temporal. También se procura ofrecer en estos encuentros un posicionamiento epistemológico respecto de la ciencia jurídica.

• Un espacio de orientación en relación a la elección de la carrera, el desempeño académico y la práctica profesional futura. Se han diseñado dos encuentros uno a cargo de un abogado especialista en ciencias de la educación para tratar el tema de la adaptación del estudiante que proviene del nivel medio a los estudios superiores. Un segundo módulo está destinado a ofrecer un panorama de la vida profesional del abogado.

Cursos Organizados:

- ***Organizador del encuentro sobre el Quinto Aniversario de la Reforma Del Código Civil y Comercial (septiembre de 2020) UDE***

- ***Organizador del encuentro sobre la nueva Ley de Alquileres (agosto de 2020) UDE. (Dr. Lipovetzky, Dr. Leturia,,Dr. Morzone, Dra. Amaya y Dr. Puente)***

Graduados del año 2020 informados por la Coordinadora del programa de apoyo y seguimiento de los estudiantes: María Isabel TRYBALSKI EICHHOLZ

ABOGADOS

- **Amodio, Romina Raquel**
- **Araoz, Ana Lucía**
- **Bimercati, Gerónimo Osvaldo**
- **Cabeza, Juan Agustín**
- **Fernández, Ruiz Gloria Analía**
- **Ferreyra, Alan**
- **Goñi, Jorgelina Luján**
- **Haile, Brenda**
- **Ibarrola, Carlos Abel**
- **Koda, Iris**
- **Kumar, Carlos Martín**
- **Lantella, Florencia**
- **Leguia, Ricardo**
- **Marioli, Patricio Leonardo**
- **Maugeri, Matías Nahuel**
- **Militello, Gastón Emir**
- **Rondina, Valentín**
- **Rosa, Sebastián**
- **San Guino, María Isabel**
- **Sosa, Mauricio Gabriel**

PROCURADORES:

- **Beltramo, Bárbara**
- **Caruso, Jorge Daniel**
- **Casano, Magalí Ayelén**
- **Echevarria, Leidy**
- **Manfredi, Tatiana**
- **Neves, Sandra**