

**Anuario.
Principales
actividades
de la Facultad
de Derecho
y Ciencias
Sociales de la
Universidad
del Este
Año 2021**

Anuario

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

Año 2021



UNIVERSIDAD
DEL ESTE
LA PLATA

Director:
Prof. Mauro Fernando Leturia

FDCS

*Edición al cuidado de
Enrique Horacio Bonatto*

*Director Académico
Profesor Mauro Fernando Leturia
mpleturia@hotmail.com*

© *Librería Editora Platense S.R.L.*
Calle 15 n° 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: año 2021 / Mauro Leturia.

1a ed. - La Plata: Librería Editora Platense, 2022.

494 p.; 23 x 16 cm.

1. Derecho. I. Título.

CDD 340.0711

ISBN 978-950-536-566-1



LIBRERÍA
EDITORIA
PLATENSE

Índice

Presentación de la tercera edición del Anuario.....	13
Palabras de señor Decano.....	17
El proceso de acreditación de la carrera de Abogacía en la Universidad del Este Ricardo Germán RINCÓN.....	21
Resumen de actividades de Investigación a cargo del Secretario de Investigación y Extensión Dr. Mauro Fernando LETURIA.....	53
Proyecto: “Emprendimientos socio-productivos y desmanicomialización” Director: DODDS, Mariano Ricardo GUARESTI, Guadalupe - HARRISON, Melissa.....	55
Proyecto: “Derechos Intelectuales- Acto de creación. Derechos de Autor- Marcas y designaciones” Director: Profesor Mauro Fernando LETURIA. Co-director: Pablo PUENTE. Investigadora: MONGELOS, Victoria Antonella.....	113
Trabajos del tercer Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2021 161	
Primer lugar: 1- “El auge de las economías de plataformas en épocas del Covid-19. La juventud en el epicentro de la precarización laboral y la necesidad de una regulación de la actividad” MONGELOS, Victoria Antonella-GARCÍA, Jeremías-RIVAROLA, Pilar.....	165
Segundo lugar: 2- “Martillos para cocinar. Cuando los procesos de juzgamiento les dan la espalda a los avances científicos” IRISARRI, Martín-PEREYRA, Camila Denisse.....	203
Mención especial: 3- “Transversalizar la perspectiva de diversidad sexual en el acceso a la Justicia y la asistencia judicial: prevalencia de la discriminación, victimización por violencias basadas en razones de género y representaciones de odio hacia la comunidad LGBT+” LIBERA MEDINA, Sergio Oscar.....	217
Mención especial: 4- “Sesgos de género en la Inteligencia Artificial: la lucha feminista en la cuarta revolución	

industrial” GISVERT, María Victoria.....	253
5- “El consumidor hipervulnerable. Análisis teórico, normativo y jurisprudencial” GOCHICOA, Adrián Emir- CORTÉS, Serena.....	277
6- “¿Es la superficie un acto de disposición? Análisis de la autonomía municipal a la luz del régimen de administración de los bienes inmuebles municipales en territorio bonaerense” RINCÓN, Ricardo Germán.....	299
7- “Violencia de género durante la pandemia de COVID-19: estándares interamericanos de derechos humanos para combatirla” BASAURE MIRANDA, Isaac Marcelo.....	319
8- “Neoextractivismo en el Alto Valle patagónico: análisis en clave ecofeminista con propuestas desde el ‘buen vivir” QUINTANA THEA, Abril.....	351
9- “Las personas y el derecho a la salud, una dúo realidad” POURREUX, María Florencia –AMAYA, María Lis.....	373
Trabajos doctrinarios de Profesores e Investigadores “Violencia contra la mujer y legítima defensa” IRISARRI, Santiago Martín.....	395
“Crowdfunding y crowdlending en Argentina. Aspectos conceptuales y normativos” GOCHICOA, Adrián Emir-Mauro Fernando LETURIA.....	409
“Los Consumidores y las ‘100 Reglas de Brasilia” LÓPEZ SIMPSON, Francisco- GISVERT, María Victoria.....	427
La prueba del dolo GONZÁLEZ VILLAMIL, Bárbara.....	449
Resumen de las actividades de Extensión Dr. Martín GAGLIARDI.....	471
Resumen de las actividades de gestión y coordinación Pablo Federico PUENTE.....	481
Graduados del año 2021.....	491

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

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 tercera edición del anuario

- Palabras del 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 y presentación del llamado a presentación de proyectos 2022.
- Publicación de los Proyectos de investigación finalizados.
- Publicación de los trabajos del Segundo Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2021.
- Trabajos doctrinarios de Profesores e Investigadores.
- 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 2021 e informe de la Coordinadora del programa de apoyo y seguimiento de los estudiantes: María Isabel Trybalski Eichholz.

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 año



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. Autor de la obra *Responsabilidad en la administración de consorcios* (2021) Librería Editora Platense.

Estimada/os lectora/es

Siento una gran alegría por escribir estas palabras de salutación y bienvenida a esta edición del Anuario 2021 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este.

La publicación que hoy llega a sus manos es el tercer anuario consecutivo producido por nuestra Facultad y refleja el trabajo desarrollado y sostenido en el tiempo por su Equipo de Gestión integrado por el Sr. Secretario de Extensión e Investigación Dr. Mauro Fernando LETURIA, el Sr. Coordinador de Extensión Dr. Martín GAGLIARDI y los Sres. Coordinadores Académicos de la carrera de Abogacía Dr. Pablo Federico PUENTE y de la carrera de Corredor de Comercio y Martillero Público Dr. Marcelo AZZARRI. Resulta sumamente importante resaltar que a pesar de las dificultades que nos impuso la pandemia de covid19 y sus derivaciones nos conservamos enfocados, centrados en la continuidad del trabajo académico y científico y con el norte puesto en la mejora y optimización de las tareas que debimos desarrollar.

El Anuario, nacido en 2020 con la pretensión de ofrecer a nuestros docentes investigadores un espacio concreto en el cual divulgar el resultado de sus investigaciones y dar a conocer las actividades de nuestra Facultad, se ha consolidado ya en 2022 como una expresión del esfuerzo de nuestros Equipos de Investigación y Extensión coordinados por la Secretaría de Extensión e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. La publicación, sin perjuicio de lo expuesto, está abierta también a la presentación de trabajos, reseñas y contribuciones de nuestro cuerpo académico, de nuestros estudiantes y graduados y de expertos externos.

En esta oportunidad el Anuario ofrece la publicación de los trabajos presentados al Tercer Concurso de Artí-

culos de Investigación y Divulgación Jurídica, instancia que también se encuentra consolidada dentro de la dinámica de fomento de la investigación y apertura al mundo científico promovidas por esta Gestión.

Estas palabras no pueden soslayar que la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria CONEAU acreditó nuestra carrera de abogacía presencial mediante la RESFC-2020-493-APN-CONEAU#ME y recomendó el otorgamiento de la autorización por parte del Ministerio de Educación de la Nación a nuestra propuesta de carrera de abogacía a distancia mediante el IF-2022-31496585-APN-CONEAU#ME. En sus valoraciones positivas los evaluadores reconocieron los avances que la institución realizó en materia de extensión e investigación incluyendo, entre éstas, al Concurso Anual y al Anuario.

También es éste el espacio propicio para agradecer el apoyo recibido de parte de las autoridades de la Universidad en la persona de su Rectora Dra. María de las Mercedes REITANO, del vicerrector Lic. Bruno DÍAZ, del Presidente de la Fundación Ing. Carlos ORAZI, de la Secretaria Académica Mg. Silvia VON KLUGES, y del Consejo de Administración que acompañaron y apoyaron al Equipo de Gestión de nuestra Facultad. Corresponde, asimismo, incluir en este reconocimiento al Dr. Luis SUJATOVICH quien se desempeñara como Secretario de Extensión e Investigación de la Universidad hasta fines de 2021.

Confiamos en que nuestra comunidad reciba con beneplácito este nuevo producto que ofrecemos y que docentes, estudiantes y graduados se sientan estimulados por ella a integrarse a 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 prospere y se reproduzca, me despido de Ustedes y les saludo con la más distinguida consideración,

Ricardo Germán RINCÓN
La Plata, mayo de 2022.

El proceso de acreditación de la carrera de Abogacía en la Universidad del Este

Por Ricardo Germán RINCÓN

A modo de introducción

Las organizaciones en general, verdaderos organismos multiformes, atraviesan diferentes situaciones a lo largo de su existencia. Algunas de estas podrían calificarse como verdaderas situaciones de estrés que afectan de manera notable a las mismas y que deben ser enfrentadas por los responsables de la gestión en cada momento dado.

En el caso de las instituciones superiores de educación superior universitaria (en adelante IESU) una de esas situaciones es el llamado PROCESO DE ACREDITACIÓN por el que tienen necesariamente que atravesar aquellas IESU que ofrecen a la comunidad el cursado de las carreras que se encuadran en las disposiciones del art. 43 de la Ley de Educación Superior (ley 24.521, en adelante LES) conforme lo desarrollamos seguidamente.

Esta circunstancia ha constituido una novedad para la carrera de Abogacía, toda vez que la convocatoria a presentar la primera acreditación de la carrera se produjo en 2017, dando inicio al proceso que ha cerrado el 1 de agosto de 2021.

La ley de Educación Superior

La ley de Educación Superior se aprobó el 25 de julio del año 1995 bajo el número 24.251 durante la presidencia de Carlos Saúl Menem en un contexto caracterizado

por las leyes de convertibilidad y de reforma del Estado que signaron la década de los noventa a fines del siglo XX en Argentina.

La ley vino a llenar un vacío normativo generado por la falta de atención al subsistema de educación superior y estableció un formato de organización para toda la educación superior en el país por cuanto sus disposiciones se extienden tanto a las instituciones universitarias como a las no universitarias. Distinguió las responsabilidades jurisdiccionales en la materia y las funciones básicas de los distintos tipos de instituciones. Si bien algunas de sus disposiciones nunca han sido llevadas adelante (como los Colegios Universitarios), otras como las referentes a las titulaciones otorgadas y la distinción entre carreras que afectan el interés público y las que no han tenido centralidad y dado como consecuencia profundos procesos de transformación y reorganización al interior de las IESU.

En relación a los títulos expedidos por las IESU la ley dispone:

ARTICULO 40. — Corresponde exclusivamente a las instituciones universitarias otorgar el título de grado de licenciado y títulos profesionales equivalentes, así como los títulos de posgrado de magister y doctor, los que deberán ser expedidos en un plazo no mayor a los ciento veinte días corridos contados a partir del inicio del trámite de solicitud de título ².

ARTICULO 41. — El reconocimiento oficial de los títulos que expidan las instituciones universitarias será otorgado por el Ministerio de Cultura y Educación. Los

² (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.002 B.O. 5/1/2005).

títulos oficialmente reconocidos tendrán validez nacional.

ARTICULO 42. — Los títulos con reconocimiento oficial certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional, sin perjuicio del poder de policía sobre las profesiones que corresponde a las provincias. Los conocimientos y capacidades que tales títulos certifican, así como las actividades para las que tienen competencia sus poseedores, serán fijados y dados a conocer por las instituciones universitarias, debiendo los respectivos planes de estudio respetar la carga horaria mínima que para ello fije el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades.

ARTICULO 43. — Cuando se trate de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes, se requerirá que se respeten, además de la carga horaria a la que hace referencia el artículo anterior, los siguientes requisitos:

a) Los planes de estudio deberán tener en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica que establezca el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades:

b) Las carreras respectivas deberán ser acreditadas periódicamente por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria o por entidades privadas constituidas con ese fin debidamente reconocidas.

El Ministerio de Cultura y Educación determinará con criterio restrictivo, en acuerdo con el Consejo de

Universidades, la nómina de tales títulos, así como las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ellos.

Como se aprecia claramente, la ley distingue entre dos tipos de titulaciones: las que corresponden a profesiones ***reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes***, y las que no. Las que corresponden al art 43, además de tener que cumplir con las cargas horarias mínimas y los contenidos que fija el Ministerio de Educación en cuadro con el Consejo de Universidades que menciona el art. 42 deben cumplir con dos requisitos adicionales:

a) Tener en consideración los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica (establecidos también por el Ministerio de Educación en acuerdo con el Consejo de Universidades); y

b) Ser acreditadas periódicamente por la agencia estatal creada al efecto por la citada LES o por las agencias privadas constituidas para tal fin ³ y debidamente reconocidas ⁴.

La idea de la acreditación se incorporó a la regulación de la educación superior en nuestro país como reflejo de

3 Ésta es la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria que comenzó con sus actividades en 1996 (a partir del Decreto Reglamentario N° 173/96 que fija las normas reglamentarias, modificado por el Decreto N° 705/97).

4 Corresponde señalar que, a la fecha (mayo de 2022), no se han creado agencias de acreditación además de la CO-NEAU.

situaciones similares que se estaban desarrollando en el mundo, especialmente en Europa a partir del llamado proceso de Bolonia y en los Estados Unidos de Norteamérica, Brasil, Chile, Colombia y México en América, y Australia y Nueva Zelanda en Oceanía.

En 2017, se produjo la incorporación de las carreras de ABOGACÍA y CONTADOR PÚBLICO al listado de carreras acreditables ⁵ dando lugar a la primera de las etapas comprendidas en dicho proceso que es la AUTOEVALUACIÓN.

ETAPA 1. La autoevaluación

La autoevaluación se lleva adelante mediante la carga de datos en un formulario electrónico preestablecido por el organismo de control. Allí se deben completar tres tipos de información:

- a) respecto de la institución
- b) respecto de la unidad académica
- c) respecto de la carrera

A su vez, la información solicitada cubre diferentes campos:

1. Datos generales
2. Estructura de Gobierno
3. Plan de Estudios
4. Cuerpo Académico
5. Alumnos y Graduados

⁵ El hecho de que hubiese transcurrido tanto tiempo desde el inicio del proceso hasta la incorporación de estas carreras al lote de las carreras acreditables se debió a unas circunstancias que se desarrollan en el cuerpo del trabajo.

6. Autoevaluación: en este campo se abren sub-secciones que incluyen el contexto institucional, los planes de estudio y de formación, cuerpo académico, alumnos y graduados, infraestructura y equipamiento y planes de mejora.

Este proceso culminó en diciembre de 2018. Como dato relevante, cada información respecto de los docentes emite un reporte en el sistema que debe ser aceptado por los mismos. Para ello, previamente cada profesor/a debió generar su Currículum Vitae en el sistema Co-neau-Global. Los docentes son valorados en función de sus titulaciones, designaciones y actividades pudiendo constatarse en los reportes del sistema cómo los datos se van integrando en cuadros generales que se vuelven en insumos para la etapa siguiente que es la visita de los pares evaluadores.

ETAPA 2. Los pares evaluadores

En 2017, la CONEAU solicitó a las IESU que elevaran para su consideración un listado de candidatos a ser designados pares evaluadores. Sobre dichos listados se produjo la elección de quienes visitarían cada institución. En relación con nuestra Facultad, la visita se produjo en mayo de 2019 y durante el transcurso de la misma los evaluadores se reunieron con el decano, el coordinador académico, el secretario de extensión e investigación, un grupo de docentes, un grupo de estudiantes de diferentes años y un grupo de graduados. También se reunieron con el Consejo Académico, con la responsable del Programa de Apoyo y Seguimiento al Estudiante y con el Comité de Seguimiento del Proceso de Acreditación creado *ad hoc*.

La visita dio como resultado un documento en el cual los expertos emitieron su análisis y dieron traslado a la Universidad de sus observaciones. Debe tenerse presente que allí donde los evaluadores identifican un déficit se formula un requerimiento para que sea subsanado por la institución.

Los planes de estudio de las distintas carreras de Abogacía fueron analizados considerando su adecuación a los contenidos mínimos aprobados por el Ministerio de Educación, la cantidad de horas asignadas al desarrollo de las carreras ⁶, a los criterios sobre intensidad de la formación práctica, las actividades de investigación y vinculación ⁷, los convenios con otras instituciones y la promoción de la movilidad docente y estudiantil.

El informe de los pares habilitó la instancia denominada RESPUESTA A LA VISTA que se cumplió en marzo/abril de 2020.

ETAPA 3. La “respuesta a la vista”

La evaluación de los pares, dada a conocer a fines de 2019, abrió la puerta para que las instituciones adecuaran sus propuestas a las recomendaciones y observaciones formuladas. Esta etapa de la acreditación llamada RESPUESTA A LA VISTA estaba prevista para completarse al 15 de marzo de 2020 pero los hechos

6 Para una carrera de grado se establece un piso de 2600 horas. En la FDyCS de la UDE la carrera de Abogacía compromete 3296 horas de trabajo académico.

7 Tradicionalmente en las universidades se utiliza el vocablo “extensión” para referirse a lo que en la ficha CONEAU se denomina “vinculación”.

derivados por la brutal irrupción del covid-19 hicieron que el plazo de respuesta se extendiera hasta casi fines de abril.

Una estrategia de gestión desarrollada desde el decanato fue poner en marcha los Planes de Mejora ⁸ que se habían propuesto a fines de 2018 como parte de la autoevaluación en la cual se habían señalado los déficits respectivos ⁹.

Consecuentemente se procedió a designar a docentes con mayores dedicaciones con el objetivo de desarrollar las áreas de investigación y de extensión y se puso en marcha el concurso anual de artículos de divulgación e investigación jurídica. Se impulsó el desarrollo de las vinculaciones con instituciones del medio académico, social, económico y cultural y se dio inicio al Consultorio Jurídico Gratuito ¹⁰. Se impulsó la creación de espacios institucionales como los Observatorios que permitieron dar un lugar a las inquietudes de diferentes docentes que han hecho crecer la extensión en la Facultad. La coordinación académica trabajó con los equipos de cátedra y se decidió la adopción de la plataforma *moodle* como herramienta de gestión académica considerando que ya la CONEAU había aprobado la conformación del SIED de la Universidad ¹¹. Y también

8 Ver Anexo 2.

9 Ver Anexo 1.

10 Inicialmente en la Municipalidad de Ensenada a partir de la firma del convenio correspondiente.

11 La idea inicial era que algunas materias a título experimental iban a adoptar un formato no presencial (Sociología, Optativa 4 -Informática Jurídica y Derecho Notarial)

desde la secretaría de Extensión e Investigación se decidió comenzar a dejar un registro de las actividades desarrolladas en cada año a partir de la publicación de una Anuario ¹².

Con estas actividades en marcha se dio respuesta a los requerimientos de los expertos. La evaluación de los mismos se dio a conocer en diciembre de 2020 y el resultado fue negativo para nuestra carrera. Los evaluadores consideraban que aún seguían sin subsanarse algunas cuestiones que darían lugar a la última instancia de trabajo en pos de la acreditación: el RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

ETAPA 4. El “recurso de reconsideración”

En esta última instancia fue necesario extremar los análisis por cuanto una respuesta negativa por parte del organismo implicaba el cierre progresivo de la carrera de Abogacía a partir de la imposibilidad de matricular estudiantes para el primer año en 2022 y así siguiendo hasta que los estudiantes terminasen de cursar o se fueran de pase a otras instituciones.

La tarea demandó muchas horas de trabajo conjunto en orden a:

- comprender la lógica de cada requerimiento

durante el año 2020 mientras que otras iban a enriquecer su “producción” centralizando los recursos a través del *campus*. La pandemia cambió todo y el plan experimental gradual se transformó en una experiencia masiva.

12 Precisamente este informe forma parte del tercer Anuario consecutivo publicado por la FDyCS-UDE.

- revisar nuestras prácticas internas para verificar si ya estábamos en línea con lo solicitado
- aprobar la normativa necesaria para que cada decisión tuviese el respaldo institucional correspondiente
- dialogar con los diferentes actores institucionales
- aprobar los Planes de Mejora correspondientes

Terminada toda esta actividad, finalmente se hizo la carga en la plataforma el 30 de julio de 2021 para la carrera de Abogacía presencial y el 29 de septiembre para la carrera de Abogacía bajo la opción pedagógica de la modalidad de educación a distancia. Los resultados se hicieron esperar y finalmente fueron recibidos para fines de marzo de 2022 otorgando a la carrera de Abogacía presencial la acreditación por 3 años con la generación de dos compromisos ¹³, y a la carrera de Abogacía a distancia la recomendación al Ministerio de Educación de la Nación para la emisión de la resolución que apruebe la carrera.

Conclusiones

El proceso de acreditación generó un gran estado de ansiedad entre los diferentes actores de nuestra comunidad institucional y contribuyó a aceitar los mecanismos de colaboración entre los diferentes sectores.

El resultado, favorable o no, no es atribuible a una única variable (a menos que nos encontremos frente a un plan de estudios inviable, reñido con las orientaciones proporcionadas oportunamente por el Ministerio) sino que es la conjunción de las diferentes dimensiones que conforman la institución, la unidad académica y la carrera.

13 Se ofrecen en el Anexo 4.

El proceso ha sido una buena ocasión para mirar hacia adentro y revisar con ojos críticos nuestras prácticas. El proceso puso en tensión los resortes institucionales y necesitamos del aporte de todos los estamentos y organismos de la UDE considerando al Consejo de Administración, el Consejo Superior Académico, la Rectora, el Vicerrector y las Secretarías Académica y de Extensión e Investigación de la Universidad.

Finalmente, es muy importante tener presente que los estándares contra los cuales fueron evaluadas las IESU no son el resultado de las elucubraciones de un círculo dorado, sino que se construyen participativamente ¹⁴ y son públicas. En este sentido, mejorar no se vuelve una opción sino una obligación.

Anexo 1.-

1 a) Déficits según ficha CONEAU en la autoevaluación

Con motivo de la autoevaluación fueron señalados los siguientes déficits:

14 En mayo de 2022 ya se han reunido los secretarios académicos de las facultades de derecho de las Universidades nacionales para avanzar sobre los estándares para la carrera de Abogacía de cara al próximo proceso de acreditación.

Exportación de CONEAU Global							
Aspecto	Normativa, procedimientos o diseño curricular	Coordinación institucional, planificación y seguimiento	Organización interna	Recursos humanos	Recursos físicos y presupuesto	Desarrollo del currículum	Otros
Dimensión: 1. Contexto institucional							
	1. Investigación y desarrollo tecnológico				Poco grave	Poco grave	
	2. Vinculación con el medio				Poco grave	Poco grave	

	3.Actualización y perfeccionamiento docente		Poco grave						
	8. Convenios		Poco grave						
Dimensión: 2. Planes de estudio y formación									
	4.Articulación horizontal y vertical		Poco grave						
Dimensión: 3. Cuerpo Académico									
	1.Formación		Poco grave					Poco grave	

	3. Dedicaciones					Grave		
Dimensión: 4. Alumnos y graduados								
	2. Mecanismos de seguimientos de graduados		Poco grave					
Dimensión: 5. Infraestructura y equipamiento								
	3. Biblioteca					Poco grave		
Generado por CONEAU Global - Área de Sistemas de la CONEAU								

ANEXO 2

Planes de Mejora 2018

Planes 2018: En dicha oportunidad se presentaron los siguientes planes de mejora:

1. Convenios:

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
<p>Fortalecer los convenios con otras asociaciones públicas de la Región e incorporar a empresas y/o estudios privados. A su vez, establecer nuevos vínculos de intercambio con Universidades nacionales e internacionales.</p>	<p>Secretaría Académica</p>	<p>Participarán de estas actividades integrantes de diversas áreas de la Universidad. Integrantes del Decanato de la Facultad, Área de Relaciones Institucionales y Claustro de Graduados, siendo estas últimas dos áreas específicas de reciente creación y surgidas en el interés de dar solución a este y otros aspectos deficitarios de la Institución.</p>	<p>Todos los recursos de los que dispone la Universidad del Este.</p>

No se informaron recursos financieros ni cronograma

2. Dedicaciones:

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
Otorgar mayores dedicaciones para poder incrementar las actividades de Extensión, Investigación y Vinculación con el medio.	Secretaría de Extensión e Investigación / Secretaría Académica/Consejo de Administración	Durante el año 2019 se otorgarán cuatro dedicaciones semiexclusivas para que los integrantes de Cátedra que oportunamente se las adjudiquen puedan comenzar a desarrollar actividades de extensión, investigación o vinculación con el medio. En el año 2020 se agregarán dos (2) dedicaciones semiexclusivas llevando el total a seis (6), mientras que para el año 2021 proyecta el otorgamiento de dos (2) dedicaciones exclusivas que se sumarán a las dedicaciones anteriormente mencionadas.	No menciona

Recursos financieros: se comprometieron \$ 3.606.000 de fondos propios de acuerdo al siguiente cronograma.-

	2019	2020	2021
1 semestre	\$ 43.700	\$ 54.600	\$ 82.000
2 semestre	\$ 43.700	\$ 54.600	\$ 82.000



3. Formación del Cuerpo Académico, actualización y perfeccionamiento del cuerpo Docente

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
Formación de Posgrado: promover la formación disciplinar de posgrado de los Docentes mediante el otorgamiento de diez (10) becas en el próximo trienio. A tales fines se establecerá un convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata y u otras Universidades del país.	Secretaria Académica	Secretaria Académica/ Área de Relaciones Institucionales/ Decanatos	No se informan

Anuario. Principales actividades de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales - Año 2021

<p>La Universidad posee una sólida política de capacitación para sus docentes, en primer lugar por intermedio de becas del 100% para todos quienes deseen realizar el Profesorado Universitario, del 50% para la Licenciatura en Gestión Educativa y del 25% para los diferentes tramos de formación pedagógica que se dictan en la institución.</p> <p>Por otra parte, durante todo el ciclo lectivo se dictan cursos cortos sobre distintos tópicos del quehacer docente, en distintos días y horarios, para que una mayor cantidad de docentes puedan asistir (a cargo del Departamento de Capacitación Docente). El objetivo estará dado en generar tareas de incentivación para que los docentes aprovechen estas oportunidades, en tanto que se prevé de forma paulatina comenzar a instalar como requisito de base para poder acceder a la Docencia en la UDE el cumplimiento de alguna de las instancias anteriormente mencionadas.</p>	<p>Secretaría Académica</p>	<p>Personal del Departamento de capacitación Docente y docentes de las Carreras de Profesorado Universitario y la Lic. en Gestión Educativa</p>	<p>Las instalaciones de la Universidad.</p>
---	---------------------------------	---	---

Recursos financieros: se comprometieron \$ 1.500.000 y no se informó cronograma. Sólo se indicó que ***“Actualmente la UDE invierte una suma aproximada a los 500000 pesos anuales solo en el personal que integra el plantel del Departamento en Capacitación Docente”***.

4. Investigación y desarrollo tecnológico:

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
Ampliar los fondos asignados a los proyectos de investigación para la Facultad.	Secretaría de Extensión e Investigación / Secretaría Académica	No se informaron	Secretaria de Extensión e Investigación / Secretaría Académica
Premio al mejor artículo científico	Secretaría de Extensión e Investigación de la Facultad	Entre los docentes que publiquen sus artículos en la revista de la Universidad, se elegirá un ganador que en función de la calidad y relevancia del trabajo se hará acreedor a un premio de incentivo a la investigación.	No se informaron

**Anuario. Principales actividades de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales - Año 2021**

Puesta en funcionamiento del INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL PENAL, dependiente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.	Autoridades designadas para el Instituto, personal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales	Autoridades designadas para el Instituto, personal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales	Recursos propios de la Universidad
--	--	--	------------------------------------

Recursos financieros:

para la actividad a) se presupuestaron \$240.000, para la b) \$ 90.000 distribuidos y \$ 600.000 para la c) de la cual no se indica cronograma de ejecución

	2019	2020	2021
1 semestre	\$ 30.000	\$ 45.000	\$ 45.000
2 semestre	\$ 30.000 a) \$ 30.000 b)	\$ 45.000 a) \$ 30.000 b)	\$ 45.000 a) \$ 30.000 b)

5. Mejoramiento integral de la biblioteca

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
La Universidad se ha trazado como objetivo operar un mejoramiento integral de la Biblioteca, y para tales fines realizará las siguientes acciones en los años venideros:.	Secretaría Académica	Personal de la Universidad.	No se informan



<p>Reubicación que permita ampliar la sala de lectura y el espacio de guardado de la colección. Se concretará el acceso a la Biblioteca electrónica de MIN-CYT para la consulta de publicaciones y base de datos (nacionales e internacionales)</p> <p>Actualización del Kolla a su última versión para que la gestión sea mas ágil y eficiente. Se concretará la renovación del portal institucional y se comenzará la implementación de un reservorio de materiales digitales. Se proyecta aumentar el presupuesto para la Biblioteca y desarrollar con los docentes una labor de actualización e incremento de las bibliografías específicas.</p> <p>Incrementar el material a disposición en la Hemeroteca para que toda la comunidad educativa de la Facultad pueda acceder a las últimas producciones disciplinares relevantes de su campo específico</p>			
---	--	--	--

Anuario. Principales actividades de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales - Año 2021

Recursos financieros: se informa un presupuesto de \$ 900.000

	2019	2020	2021
1 semestre	\$ 150.000	\$ 150.000	\$ 150.000
2 semestre	\$ 150.000	\$ 150.000	\$ 150.000

6. Mejorar la articulación horizontal y vertical entre las diferentes Cátedras de la Carrera.

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
Para mejorar la problemática asociada con la articulación horizontal y vertical se implementará la Resolución del Rectorado N° 14/18 (del 19 de octubre de 2018), en la que se proyectan las Actividades Mínimas Obligatorias a desarrollar por parte de las Unidades Académicas a lo largo del ciclo académico.	Decanato de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales	Todo el personal del Decanato / Docentes de las Cátedras	Recursos de los que dispone la Universidad.

No se informa presupuesto

7. Seguimiento de graduados

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
Puesta en funcionamiento del proyecto Institucional de la Universidad, surgido ante la inquietud de implementar una serie de políticas integrales destinadas específicamente al Claustro de Graduados.	Rectorado	Personal de la Universidad	Todos los recursos de los que dispone la UDE.

Recursos financieros: Se presupuestan \$ 540.000

	2019	2020	2021
1 semestre	\$ 90.000	\$ 90.000	\$ 90.000
2 semestre	\$ 90.000	\$ 90.000	\$ 90.000

8. Vinculación con el medio

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
Creación del Consultorio Jurídico Gratuito	Cátedras de Prácticas Profesionales I y II	Docentes de las Cátedras de Prácticas Profesionales I y II y de materias específicas de cada una de las áreas.	Espacio de la Universidad, computadora, artículos de librería, bibliografía y códigos normativos

**Anuario. Principales actividades de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales - Año 2021**

Puesta en funcionamiento del INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL PENAL, dependiente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.	Autoridades designadas para el Instituto, personal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales	Autoridades designadas para el Instituto, personal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales	Recursos propios de la Universidad.
--	--	--	-------------------------------------

Recursos financieros: se presupuestaron \$ 300.000 para la actividad a) y \$ 600.000 para la actividad b) sin estimar monto de ejecución en los seis semestres inmediato

Anexo 3

En el recurso de reconsideración se presentaron Planes de Mejora tanto para la modalidad presencial como a distancia

1. Adecuación de la actividad de investigación - Formulación de las líneas prioritarias para el próximo trienio - Difusión de las líneas prioritarias al interior de la unidad académica

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
1) Difundir las líneas de investigación que se considerarán prioritarias para el trienio 2021-2022-2023.	Mauro Fernando Leturia-Secretario de Extensión e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.	Docentes investigadores (mayores dedicaciones)	Provisos por el SIED: plataforma moodle, G-Suite



<p>2) Promover la adecuación de los proyectos de investigación a las líneas que se juzgan como Prioritarias.</p> <p>3) Estimular el desarrollo armónico y sostenido de la actividad de investigación.</p> <p>4) Formalizar el acompañamiento a los equipos de investigación propiciando espacios de Intercambio y publicación.</p> <p>5) Generar la realización de encuentros de investigadores a los efectos de intercambiar experiencias y evaluar la pertinencia y actualidad de las líneas de investigación prioritarias</p>			
--	--	--	--

Recursos financieros: se presupuestan \$ 2.000.000

	2021	2022	2023
1 semestre		\$ 500.000	\$ 500.000
2 semestre		\$ 500.000	\$ 500.000

Documento de apoyo: Res. CA 24/2021

2. Desarrollo de la actividad de extensión - Fomento de la extensión entre docentes, graduados y estudiantes - Difusión de las convocatorias al interior de la unidad académica - Establecimiento de redes institucionales para la mejora del entorno socioeconómico, político y cultural

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
<p>1) Difundir las líneas de extensión que se considerarán prioritarias para el trienio 2021-2022-2023.</p> <p>2) Promover la adecuación de los programas y actividades de extensión a las líneas que se juzgan como prioritarias.</p> <p>3) Estimular el desarrollo armónico y sostenido de la actividad de extensión.</p> <p>4) Formalizar el acompañamiento a los equipos de extensión desarrollando la supervisión permanente.</p> <p>5) Generar la realización de encuentros de extensionistas y voluntarios a los efectos de intercambiar experiencias y evaluar la pertinencia y actualidad de las líneas de intervención desarrolladas.</p>	<p>Mauro Fernando Leturia-Secretario de Extensión e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.</p>		



Recursos financieros: No se presupuestaron en el Plan de mejoras. El rubro está incluido en cada proyecto

Documento de apoyo: Res CA 25/2021

3. Incorporación en procesos y proyectos de investigación de los estudiantes de la FDyCs. - Desarrollo de la actividad de investigación en la FDyCS - Creación de conocimiento - Difusión de los resultados de la investigación

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
<p>1) Considerar a nuestra/os estudiantes como sujetos activos de su propio aprendizaje que construyen conocimiento en la acción con el objeto estudiado y en interacción con otros.</p> <p>2) Promover la vinculación permanente de los estudiantes en los grupos de investigación. Los investigadores son quienes favorecen la formación de las competencias de investigación a través de la conformación de redes y comunidades de aprendizaje.</p> <p>3) Establecer espacios para la participación de estudiantes en actividades de investigación. El Concurso Anual acepta trabajos presentados no sólo por graduados y académicos. Los estudiantes también pueden participar.</p> <p>4) Publicitar las bases y condiciones de las convocatorias generadas desde la Secretaría de Extensión e Investigación de la Universidad.</p> <p>5) Generar la realización de talleres y actividades de apoyo a la/os estudiantes que desean iniciarse en Investigación.</p> <p>6) Establecer un circuito de comunicación con el Consejo de Administración a los efectos que pudieren corresponder</p>	<p>Mauro Fernando Leturia-Secretario de Extensión e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.</p>		

Recursos financieros: se presupuestan \$ 400.000

	2021	2022	2023
1er semestre		\$ 50.000	\$ 120.000
2do semestre		\$ 70.000	\$ 160.000

Documento de apoyo: Res. CA 24/2021

4. Incorporar en procesos y proyectos de investigación a los estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
Incorporación de estudiantes en procesos y proyectos de investigación	Consejo Académico, Secretario de Extensión e Investigación; Coordinador Académico, Directora del Programa de Apoyo y Seguimiento al Estudiante, Docentes de mayores dedicaciones, equipos docentes	Docentes investigadores, investigadores externos, graduados, estudiantes	Recursos del SIED: plataforma moodle, G.Suite, otros Universidad del Este - BIBLIOTECA DIGITAL UDE: Publicaciones, repositorios, guías, tutoriales y reglamentos - https://www.ude.edu.ar/biblioteca-ude/biblioteca-digital/ E-LIBRO: Todos los usuarios del <i>campus</i> propio https://virtual.fdycs.ude.edu.ar/ (autoridades, docentes y alumnos identificados en dicho <i>campus</i> , ingresan directamente) BIBLIOTECA DIGITAL PROVIEW DE LA LEY: Todos los usuarios del <i>campus</i> propio https://virtual.fdycs.ude.edu.ar/ (autoridades, docentes y alumnos identificados en dicho <i>campus</i> , ingresan directamente)



Recursos financieros: se presupuestan \$ 1.000.000

	2021	2022	2023
1 semestre		\$ 250.000	\$ 250.000
2 semestre		\$ 250.000	\$ 250.000

Documento de apoyo:

5. Promover la adecuación de los programas y actividades de extensión a las líneas que se juzgan como prioritarias

Actividad	Responsables	Recursos Humanos	Recursos Físicos
Adecuación de los programas y actividades de extensión a las líneas que se juzgan como prioritarias promoviendo la participación de estudiantes y graduados	Consejo Académico, Secretario de Extensión e Investigación; Coordinador de Extensión; Directores de Observatorios, Ateneos y Cátedras libres, equipos docentes	Docentes extensionistas, estudiantes, graduados, otros profesionales	Recursos del SIED: moodle y sus herramientas; G-SuitE: YouTube; otros Universidad del Este - BIBLIOTECA DIGITAL UDE: Publicaciones, repositorios, guías, tutoriales y reglamentos - https://www.ude.edu.ar/biblioteca-ude/biblioteca-digital/ E-LIBRO: Todos los usuarios del <i>campus</i> propio https://virtual.fdycs.ude.edu.ar/ (autoridades, docentes y alumnos identificados en dicho <i>campus</i> , ingresan directamente) BIBLIOTECA DIGITAL PROVIEW DE LA LEY: Todos los usuarios del <i>campus</i> propio https://virtual.fdycs.ude.edu.ar/ (autoridades, docentes y alumnos identificados en dicho <i>campus</i> , ingresan directamente)

Recursos financieros: se presupuestan \$ 900.000

Documento de apoyo:

	2021	2022	2023
1 semestre		\$ 100.000	\$ 300.000
2 semestre		\$ 200.000	\$ 300.000

Anexo 4.

Los compromisos

Los compromisos son establecidos por los evaluadores al momento de emitir el dictamen tras verificar las respuestas institucionales. En tal sentido se puede exponer:

a. En la instancia de Respuesta a la vista, la institución había presentado acciones de mejora para promover la producción científica, mediante la creación de un programa de asistencia y asesoramiento para los docentes investigadores para la publicación de artículos. En tal sentido, dado que sólo uno de los proyectos finalizados en 2020 presenta como resultados una publicación con referato, un libro y una presentación en un congreso, se considera que a partir de la implementación del mencionado programa se logrará subsanar el déficit relacionado con la producción y difusión de los resultados de los proyectos de investigación. Por lo tanto, se genera un compromiso.

b. En la RESFC-2020-493-APN-CONEAU#ME se evaluaron favorablemente planes de mejora presentados oportunamente para subsanar los déficits vinculados con: la producción y difusión de los resultados de las actividades de investigación y los convenios para la realización de actividades prácticas y para la movilidad estudiantil. Dado que la institución no presentó nueva información al respecto, se generan compromisos.

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 de la Secretaria de Investigación de la Universidad del Este, a cargo del Profesor Luis SUJATOVICH, en coordinación con la Secretaría de Investigación y de Extensión de la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales a cargo del Dr. Mauro Fernando LETURIA, durante el año 2021 se realizaron y aprobaron los trabajos de investigación cuyos informes finales se publican a continuación.

Sin perjuicio de las limitaciones impuestas por la pandemia, también se realizó la tercera edición del Concurso de Artículos Científicos, por lo cual los artículos premiados y los más destacados también forman parte de la presente obra.

También para el año 2022 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

“Emprendimientos socio-productivos y desmanicomialización” Universidad del Este - La Plata

Integrantes

Director- DODDS, Mariano Ricardo

GUARESTI, Guadalupe

HARRISON, Melissa

1. Resumen

El siguiente proyecto de investigación propone un breve análisis de algunas aristas y consideraciones legales, políticas, sociales y subjetivas que se ponen en juego dentro de un dispositivo que trabaja por la inclusión socio-laboral en salud mental. A partir de la experiencia de la asociación civil sin fines de lucro “Integración Comunitaria por la Salud Mental, *Una Movida de Locos*”, la cual trabaja en la inserción socio-laboral de personas usuarixs del servicio de salud mental en la ciudad de La Plata, Buenos Aires. Se busca reflexionar y problematizar sobre los múltiples sentidos que encierra el trabajo bajo el paradigma de la desmanicomialización en la atención de la salud mental.

1. Abstract

The following research project proposes a brief analysis of some evaluations of legal, political, social and subjective policies that can be put into play within a device that works by socio-labour inclusion in mental health. Based on the experience of a non-profit civil association

“Integración Comunitaria por la Salud Mental, *Una Movida de Locos*”, which works in the socio-labour insertion of users of the mental health service in the city of La Plata, Buenos aires. The goal is problematize and reflect on the multiple meanings that “work” entails under the the paradigm of “desmanicomialización” in mental health.

Palabras claves: salud mental, derechos humanos, desmanicomialización, emprendimientos socio-productivos, inclusión socio-laboral.

2. Introducción

Bajo el paradigma de la desmanicomialización ¹⁵ desde el espíritu de la economía social ¹⁶ podemos encontrar

15 La Dra. Gabriela NATELLA (2019) explica el concepto de *desmanicomialización* como un proceso que implica el desplazamiento y la sustitución de un sistema de atención de la salud mental caracterizado como manicomial y asilar removiendo la atención que está concentrada en hospitales psiquiátricos entendidos como “instituciones totales” hacia una descentralización territorial y comunitaria con servicios locales. La atención de la salud mental de esta manera se piensa insertada en la comunidad, con internaciones en hospitales generales, hospitales de día, atención primaria en centros de salud, centros de día, casas de convivencia, cooperativas de trabajo para la inserción sociolaboral de las personas entre otras medidas. <http://www.unidiversidad.com.ar/desmanicomializacion-un-polemico-concepto-que-se-debatira-en-la-uncuyo>).

16 Si bien existe una variedad de definiciones, perspectivas teóricas y experiencias vinculadas con “la economía social”, en esta ocasión optamos por compartir la definición propuesta por la CEPA; ésta refiere principalmente a las relacio-

en nuestro país diferentes experiencias productivas que buscan capacitar y/o acompañar a usuarixs del servicio de salud mental en la adquisición de ciertas habilidades que les permitan (re)incorporarse al mercado laboral durante su proceso de externación desde un hospital monovalente.

Las nuevas legislaciones -nacionales e internacionales- en el área identifican al *trabajo* como un derecho el cual debe ser garantizado (Ley N° 26.657/arts. 7,11,36) y, en este sentido, destacan el desarrollo de planes específicos de inserción socio-laboral para personas con padecimiento mental. Dichas propuestas o espacios productivos resaltan la función del “*trabajo*” como articulador social y potencial agente de cambio en relación a la capacidad de construir subjetividad arrasada tras años de encierro e institucionalización (CELS: 2015; BASAGLIA: 2008; ROTELLI: 2014; PASQUALE; 2000). Asimismo, desde otro plano, es importante destacar que no son pocos los casos donde los beneficios previsionales que pueden llegar a percibir lxs usuarixs del servicio de salud mental (incluyendo pensiones, jubilaciones, transferencias de ingresos no contributivos, entre otros) por sí mismos no llegan a cubrir necesidades básicas y existen complicaciones al momento de sostener una vida extramuros. En este punto, se vuel-

nes de producción y distribución que están organizadas por el principio de solidaridad colectiva y no persigue fines de lucro (1990). Esta última característica la distingue de otras formas de producción y distribución, las cuales se centran mayoritariamente en la maximización de la ganancia como fin último. En la actualidad, también podemos encontrarla con otras denominaciones tales como “nueva economía social”, “economía solidaria”, “nueva economía solidaria”, “economía popular”, entre otras.

ve importante destacar que diversos autores (PASQUALE, 2005; BASAGLIA, 2008; GOFFMAN, 1992; CELS, 2006, 2008, 2015) señalan que la falta de recursos económicos y la pérdida de marcos socio-familiares de referencia suelen ser algunos de los obstáculos más frecuentes en la efectivización de un proceso de externación desde una institución total. Por todo lo anterior, dentro de los procesos de transformación de prácticas y concepciones dentro del mismo campo de la salud mental, diferentes espacios han apostado a la construcción de propuestas o dispositivos que busquen dar respuesta a esta problemática en particular.

A partir de la experiencia de una asociación civil sin fines de lucro, que trabaja en la inserción laboral de personas usuarixs del servicio de salud mental en la ciudad de La Plata, el siguiente proyecto de investigación propone el breve análisis de algunas aristas y consideraciones legales, políticas, sociales y subjetivas que se ponen en juego dentro de dicho dispositivo de inclusión psico-social.

“EmpreSaM” es un espacio asambleario que trabaja dentro de la asociación y está compuesto por distintos emprendimientos socio-laborales en salud mental. Dichos proyectos están integrados por pequeños grupos de emprendedorxs que trabajan en la producción de bienes o servicios para ofrecer en la comunidad. Estas propuestas proyectan generar a una inclusión socio-laboral concreta para aquellas personas que se encuentran transitando un proceso de externación en el marco de un dispositivo de atención ambulatoria.

Si bien históricamente se han percibido momentos de encuentro y distanciamiento entre las ciencias sociales y el campo de la salud mental, en la actualidad, se vuelve de vital importancia generar un acercamiento interdisciplinar, derivado del reconocimiento de una multicaus

salidad en los padecimientos mentales, la necesidad de trabajar interdisciplinariamente aquellos padecimientos y del reto generado por nuevos paradigmas que proponen modelos psicoterapéuticos intersectoriales e integrados a la comunidad.

Este trabajo se realiza en el marco de una investigación que busca describir, analizar y problematizar los sentidos y prácticas asociados a la participación comunitaria en salud mental dentro de “EmpreSaM”, en la ciudad de La Plata durante el año 2019 y principios de 2020. Hablamos de una investigación de tipo cualitativo exploratorio no inferencial; se realizaron entrevistas semi-estructuradas a un grupo de participantes del equipo de trabajo que conformaron una muestra.

3. Antecedentes históricos, “La libertad es terapéutica”¹⁷

3.1. La gran reforma Italiana

Las primeras reformas psiquiátricas tiene sus orígenes en el hospital de Gorizia -Italia- donde el Dr. Franco

17 “La clásica frase ‘la libertad es terapéutica’ puso el énfasis en lo que fue la tarea en el interior del hospital psiquiátrico: producir una escuela concreta de libertad que no podía menos que realizar y exigir la destrucción del mismo hospital. La ampliación de libertades y la producción de simetrías como palanca de transformación de la cultura del miedo que es axial en la institucionalización psiquiátrico-manicomial. En la estereotipada relación con el loco está siempre la realidad y la ideología del miedo. Discute Foucault que se ocupa de los saberes como herramientas del poder, marcando que no se dio cuenta que todos los saberes que están en juego en los dispositivos manicomiales son esclavos del miedo” (ROTELLI, 2014:18).

BASAGLIA comenzó a poner en práctica sus teorías sobre la desmanicomialización, pero fue recién en Trieste donde logra desplegar la transformación en la atención de salud mental con mayor éxito. La experiencia de BASAGLIA en Trieste fue el centro de irradiación hacia el mundo de una novedosa forma de concebir la salud mental, fomentando un traspaso del paradigma psiquiátrico-manicomial a un modelo de salud mental comunitaria y territorial (ROTELLI, 2014).

En agosto de 1971, BASAGLIA y su equipo implementaron “un sistema de puertas abiertas” dentro del manicomio y buscaron trabajar con una estructura más ágil que diera por suelo con los tratamientos coercitivos. La supresión de hospitalizaciones obligatorias, la eliminación de terapias de electroshock y lobotomía, así como la apertura de las puertas de los diferentes servicios, la devolución de los derechos civiles y el trabajo en la comunidad fueron algunas de las primeras medidas establecidas. Así fue como en 1977 mediante una conferencia de prensa, el mismo BASAGLIA anuncia el cierre definitivo del manicomio de Trieste, generando un antecedente para toda la región y el mundo de que otro tipo de psiquiatría era posible.

En este contexto, el paradigma de la desmanicomialización rompe con viejas estructuras e inicia el despliegue de un profundo cambio cultural que apunta a una crítica de los roles, de las jerarquías y de las concepciones dentro del propio campo de la salud mental; así como también a una modificación en la concepción y el estigma del “locx” asociado a la “peligrosidad”, devolviéndole su ciudadanía y los derechos que les habían sido arrebatados desde su internación: salud, vivienda, educación, trabajo, actividades sociales y de ocio entre otros.

Diez años más tarde de la asunción de BASAGLIA como Director del Manicomio de Trieste, en 1978 el Parlamen-

to italiano promulga la “Ley 180”, la primera en el mundo que establece el cierre definitivo de los manicomios estatales y plantea su reconversión a un sistema de centros de atención basados en una red territorial (BASAGLIA, 2013; ROTELLI, 2014).

“Lo importante es que hemos demostrado que lo imposible se hace posible. Diez, quince, veinte años atrás era impensable que el manicomio se pudiera destruir. Tal vez los manicomios volverán nuevamente a ser cerrados y tal vez más cerrados que antes, no lo sé, pero de todos modos hemos demostrado que se puede asistir a la persona con problemas mentales de otra manera y este testimonio es fundamental. Yo no creo que el hecho de que una acción logre generalizarse signifique que ganamos. El punto importante es otro, es que ahora sabemos lo que se puede hacer” (BASAGLIA, 2013:5)

Las empresas sociales fueron una de las estrategias más importantes de la Reforma Psiquiátrica Italiana. Desde sus comienzos se buscó generar la creación de cooperativas de trabajo, con el fin de asegurar lo que BASAGLIA consideró indispensable para la integración social de lxs usuarixs: trabajar.

“Quien no tiene los medios económicos para sobrevivir no puede expresarse de ningún modo, no conoce el sufrimiento existencial, conoce sólo el sufrimiento de la supervivencia, porque no puede expresar la contradicción y la disconformidad. Nosotros tenemos derecho, como ciudadanos, de expresar lo que somos, aunque en realidad luego nos expresemos como el poder quiere” Entrevista a Franco BASAGLIA. (BASAGLIA, 2013:53)

La estrategia de generar espacios de trabajo para lxs usuarixs en la comunidad bajo la concepción de empre-

sa social amplió la propuesta, realizar “*emprendimientos que produzcan lo social*”, mediante la creación “valor social agregado” (BASAGLIA, 2013).

En esta línea, Franco ROTELLI describe y critica el abordaje habitual de las agencias estatales y los operadores de la asistencia social, como maneras de destinar recursos económicos a invalidar y sostener la dependencia institucional, en vez de valorizar las subjetividades personales y emprender nuevos proyectos sociales que apuesten a generar autonomía e independencia (2014).

Algunas de las cooperativas más grandes que surgieron desde la reforma de Trieste y perduran hasta el día de la fecha son: Cooperativa Agraria (38 miembros), Cooperativa de Trabajadores Unidos (121 miembros), un multirrubro que comprende servicios de mantenimiento y limpiezas, un taller de carpintería, de costura, una peluquería, entre otros y Cooperativa el sitio de las fresas (65 miembros) dedicada a la gastronomía, de la cual dependen un bar y un barco a vela (ROTELLI, 2017).

Por otra parte, en la actualidad, la cooperativa Noncello es la más grande de Europa y se ha convertido en ejemplo de referencia internacional en el área. La misma se fundó en 1981 por iniciativa del centro de salud mental de la provincia de Pordenone siguiendo las normas de la comúnmente denominada “Ley Basaglia”. Al corriente, la cooperativa multirrubro se encuentra integrada por personas en edad laboral con situaciones de dificultad familiar, usuarios de servicio de salud mental, usuarios con discapacidades físicas, mentales y/o sensoriales; y miembros de la comunidad en general, llegando a un aproximado de 650 integrantes (BENNOZZO, 2016).



“En Trieste y en los lugares donde se han logrado resultados semejantes, la locura se vuelve relativa, permite que los sujetos se muevan, metabolicen subjetivaciones en variados tipos de intercambios, vivan sus peculiaridades sin estar sometidos a los universos arrogantes de saberes, clasificaciones y sobre-medicaciones” (ROTELLI, 2014:18).

La importancia del análisis de la experiencia Italiana en el cambio de paradigma de la atención de la salud mental, radica en que se ha convertido en pilares de las transformaciones de políticas y prácticas que se están produciendo paulatinamente sobre la temática a nivel internacional, y en nuestro país en particular. Años más tarde, muchas de las medidas implementadas en Trieste tienen recepción legal en la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657.

3.2. Experiencia de Río Negro

En lo que respecta a nuestro país, en septiembre de 1991 la Provincia de Río Negro fue pionera en implementar ciertas prácticas de desmanicomialización, tomando como referente teórico y práctico a la experiencia italiana. El proceso de desmanicomialización rionegrina fue entonces, en muchos aspectos, una reforma precursora en el país y en la región mucho antes de la posterior sanción de la Ley Nacional de Salud Mental.

El cierre del manicomio de Río Negro y la sanción de la Ley 2440 (1991) de *“Promoción Sanitaria y Social de las Personas que Padecen Sufrimiento Mental”* fueron dos de los grandes hitos que marcaron la transformación del sistema de atención psiquiátrica rionegrino (SAMPAYO, 2005). En aquel entonces, la legislación provincial prohibió la apertura de nuevos manicomios, neuropsiquiá-

tricos, o cualquier otro equivalente, tanto públicos como privados. La internación se concibió como último recurso terapéutico, apuntando a alcanzar siempre la externación de la persona y sostener un tratamiento ambulatorio en el territorio. A su vez la ley explicita, como fin último, la recuperación de la identidad, dignidad y respeto de la persona que atraviesa un padecimiento mental (COHEN, H. y NATELLA, 1995).

“La desmanicomialización implicó en la provincia el cambio de la cultura manicomial hacia una cultura de inclusión y de hacer efectivo los derechos. Esa transformación se hizo cierta como consecuencia del cierre del manicomio. No fue posible la coexistencia de este nuevo enfoque comunitario de atención junto al hospital psiquiátrico, cuya existencia era un pasaporte para sostener las prácticas de aislamiento y abandono y una captación de recursos que no podían ser reorientados hacia la red territorial de servicios de salud mental en particular y al área de salud mental en general” (COHEN, H. y NATELLA, 1995:18).

La Ley provincial 2440 se propuso cambiar el modelo tradicional de asistencia institucional e individual por un modelo de salud mental comunitaria y territorial, con un abordaje socio-familiar, cuyo objetivo fue reinsertar socialmente a la persona que padece un sufrimiento mental.

En este contexto, podemos destacar la Empresa Social de Salud Mental de El Bolsón creada en el año 2001, impulsada desde el Servicio de Salud Mental de la Provincia. Inicialmente se constituyó un grupo integrado exclusivamente por usuarios del servicio de salud de Río Negro, pero a mediados de 2003 la experiencia vio la conveniencia de conformar un grupo integrado también

por otras personas de la comunidad que necesitaran una fuente de trabajo (MUSCILLO, 2012).

Respecto a la forma jurídica, desde el año 2001 hasta 2005 el emprendimiento trabajó bajo la personería jurídica de la “Asociación Rionegrina de Salud Mental”, y posteriormente se constituyó legalmente como una cooperativa de trabajo.

Entre los trabajos más importantes que tuvo la experiencia, encontramos la concesión por licitación pública de la confitería del Polideportivo Municipal de El Bolsón, como también la concesión en el Cerro Perito Moreno, ganado por concurso público convocado por el Club Andino Pitriquitron. Asimismo la realización de servicios de *catering* para fiestas y eventos públicos (2012). La cooperativa se desenvuelve en el mercado de las mismas maneras que los demás emprendimientos con los que se compete en los mismos concursos y licitaciones públicas.

Entre otras cosas, el proyecto tiene como objetivo principal la promoción de la salud y los derechos humanos, así como el combate contra la discriminación de aquellas personas que transitan un proceso de externación. El propósito del mismo es *“reafirmar la idea de que las personas con sufrimiento mental pueden vivir en su comunidad y pueden hacer en ella un aporte creativo, buscando que la comunidad cambie su visión sobre las personas que padecen sufrimiento mental y de la conducta a tomar hacia ellas: cambiar el encierro, la subestimación y la marginación por la inclusión social y la posibilidad de que cada uno desarrolle todas sus potencialidades”*¹⁸. Por último, es importante destacar que la cooperativa busca

18 Panfleto de difusión de la empresa social de Salud Mental de El Bolsón. Disponible en: <http://www.codajic.org/>

involucrarse en diversas iniciativas y proyectos comunitarios, aunque no estén directamente relacionadas con la problemática de la salud mental. Algunas de las organizaciones con las que trabajan en conjunto son el Hospital de El Bolsón, cooperativas sociales de la zona, Fundación Cooperar, Escuela Especial N° 21 de El Bolsón, Asociación Al Agua Todos, entren otras.

Es importante comentar brevemente que, en el esquema federal, cada provincia de nuestro país posee su propio Ministerio o Secretaría de salud, el cual trabaja y gestiona la gran parte de las decisiones sobre políticas sanitarias en el área. Si bien la Provincia de Río Negro fue pionera en implementar ciertas prácticas de desmanicomialización, con el tiempo, en forma paulatina y fragmentaria, este tipo de iniciativas se fueron extendiendo en otras jurisdicciones, y hoy podemos encontrar experiencias similares a lo largo de nuestro país como por ejemplo: Entre Ríos, Santa Fe, Neuquén, Chubut, Córdoba, Buenos Aires, CABA ¹⁹.

Las temporalidades de los procesos no son idénticas, algunas siguen de cerca los ciclos políticos, otras tendrán sus propios hitos y puntos de inflexión. Podríamos decir que muchas de estas experiencias crecieron y se desarrollaron en contextos socio-políticos desfavorables, sin embargo, años más tarde, estos mismos espacios consti-

sites/www.codajic.org/files/Empresa%20Social%20de%20Salud%20Mental%20El%20Bols%C3%B3n.pdf.

19 “Lista de emprendimientos socio productivos que trabajan en relación con servicios de salud mental” (2019) disponible en: <http://www.economiasolidaria.com.ar/emprendimientos-socios-productivos-y-de-servicios-de-salud-mental-en-argentina/>.

tuyeron una parte de los antecedentes que posibilitaron la posterior sanción de la actual Ley Nacional de Salud Mental (2010), la cual dio un marco normativo y de regulación sanitaria a nivel nacional.

4. Recuperar la perspectiva de los actores. Un análisis de caso

A los fines cognitivos de este trabajo de investigación es importante destacar que se utilizó una metodología de tipo *cualitativo*, en tanto se parte de estudiar los fenómenos sociales explorando las prácticas y sentidos que le atribuyen los propios actores implicados, a través del lenguaje, hábitos, vivencias y las construcciones simbólicas que se suceden en particulares contextos (MARRADI, ARCHENTI y PIOVANI, 2011), con distintos actores, grupos e interacciones sociales. La elección del caso, se relaciona con la accesibilidad al campo y el registro (mediante previa comunicación) de la posibilidad de realizar un próspero trabajo de investigación por la predisposición de los actores.

En un primer momento se llevó adelante la construcción de un “estado del arte” que pudiera permitirnos comenzar a dimensionar el andamiaje conceptual que enmarca nuestro proyecto. Este primer acercamiento teórico nos permitió conocer y sistematizar la producción científica que existe en torno a nuestro problema de investigación.

Avanzando con el trabajo de campo, se realizaron una serie de observaciones indirectas (OP) en los diferentes emprendimientos y espacios de trabajo que existen dentro de “EmpreSaM”. Dichas OP nos permitieron generar un relevamiento de la institución, así como conocer sus espacios de trabajo y sus integrantes, con la

intención de comprender los sentidos que le conceden los actores a sus prácticas (MARRADI, ARCHENTI y PIOVANI, 2011). Conjuntamente, esta técnica se complementa con el análisis de fuentes documentales, producciones multimediales, jornadas de producción y difusión barriales que ellxs mismxs llevan adelante en los distintos emprendimientos. La información recopilada de dichas fuentes se analizó intentando ver su relación con la base de conocimiento, encontrando similitudes en algunos casos y diferencias que permitieron plantear nuevas categorías e interrogantes para seguir avanzando con la investigación.

En una segunda instancia, se llevó adelante una serie de entrevistas semi-estructuradas a diferentes actores que participan de dichos espacios, los cuales fueron seleccionados en el trabajo de campo previo, como informantes claves que proporcionen información específica a los fines cognoscitivos de esta investigación. En esta línea, el criterio de selección de casos es el de la “potencialidad” en cuanto al cumplimiento de objetivos, los tiempos disponibles y la accesibilidad al campo (STAKE, 1995).

Una vez recopilada la información que decanta de dichas técnicas, se procedió a su procesamiento que permitió producir dos informes de avances, los cuales nos ayudaron a construir diferentes categorías teórico-conceptuales que sirvieron como guía en el análisis final de los datos y, articulados con la información recolectada, derivaron en la conclusión de este trabajo.

Al conformar un equipo interdisciplinario decidimos abordar dicho trabajo intentando vislumbrar la complejidad que lo caracteriza. Realizar un trabajo interdisciplinario en salud mental -desde la Sociología y el Derecho- es un desafío para nosotrxs mismxs el cual exige superar la sectorización de nuestras disciplinas, rompiendo con

las mismas a través de un trabajo colectivo de los diversos conocimientos que cada unx imparte. Por otra parte, creemos que este tipo de experiencias incluyen intercambios disciplinarios que producen enriquecimiento mutuo y transformación, así como puede favorecer la integración y producción del conocimiento mismo (CARVAJAL ESCOBAR, 2010).

Por último, creemos importante señalar que a lo largo de este trabajo elegimos utilizar un lenguaje inclusivo, optando por no expresar masculinidades ni feminidades, buscando trascender la lengua tradicional en donde subyacen supuestos sexistas que utilizan el genérico masculino para hablar y/o referirse al plural del castellano, escondiendo o invisibilizando así otras identidades. La Dra. MARTÍNEZ, Angelita ²⁰ comenta al respecto *“se está interpelando al lenguaje en tanto traductor de una situación social que requiere ser reparada. Se halla en juego, nada menos, que la condición humana.”* (...) *“Porque las gramáticas de las lenguas son creaciones humanas, de naturaleza emergente y, por lo tanto, no son neutrales, están sesgadas por ideologías. Y por eso la lengua cambia. Cuando la explotación del sistema no da cuenta de nuestras necesidades comunicativas, buscamos nuevas soluciones”* (2019:9). En esta línea, entendemos a la len-

20 Doctora en Letras por la Universidad de Leiden (Países Bajos), es directora del Centro de Estudios e Investigaciones Lingüísticas (CEIL) y coordinadora de la Maestría en Lingüística de la Universidad Nacional de La Plata. Es profesora titular ordinaria de la Cátedra de Lingüística en la misma Universidad y responsable de la Delegación Regional de la Asociación de Lingüística y Filología para la América Latina (ALFAL) y de la subsede La Plata de la Cátedra UNESCO, para el mejoramiento y equidad de la Lectura y la Escritura.

gua escrita como una dimensión constitutiva y dinámica del orden socio-cultural, la cual cambia y fluctúa en el tiempo como un reflejo de nuestra sociedad (Fahce, N° 2086/17). Luchas recientes y pasadas, debates sobre nuevos derechos, identidades y demandas antes no legitimadas comienzan a visibilizarse e inscribirse en el lenguaje apelando a la igualdad. En síntesis, optamos por utilizar un lenguaje inclusivo ya que creemos importante el disputarlos usos del mismo que conllevan connotaciones de carácter discriminatorio implícitas en las convenciones vigentes, respetando las distintas identidades de género ²¹ que existen en nuestra sociedad.

5. “Sin derechos humanos no hay salud mental”

En las últimas décadas podemos observar cómo se han producido cambios estructurales en torno a la “discapacidad”, tanto en su conceptualización, como en las diferentes formas de abordarla. Dichos cambios pueden ser analizados desde distintos aspectos: sociales, culturales y

21 Entendiendo la identidad de género en los términos del art 2 de la ley 26.743 *“Definición: Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”* (<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>).

jurídicos. La ADESAM ²² (2017) identifica y describe tres modelos históricos.

En un primer momento, el *modelo de la prescindencia*, data desde la Edad Media hasta el siglo XIX, y señalaba a la discapacidad como una cuestión de orden religiosa o mística. Las personas identificadas como “portadoras de una discapacidad”, ya sea física o mental, eran retiradas de la comunidad y alojadas en instituciones asilares, ya sean religiosas o de beneficencia, prescindiendo de ellas por considerarlas innecesarias y una carga para la sociedad. De esta forma se legitimaban los mecanismos de exclusión y segregación de todo aquello que fuera “diferente” y pudiera alterar el orden social.

A mediados del siglo XX el *modelo de rehabilitación o médico/tutelar* entendía la causa de la discapacidad como individual y subjetiva, encontrando una “multiplicidad funcional” en la persona en términos de salud/enfermedad. Aquí lxs sujetos debían encontrar “su lugar” dentro de la sociedad, reinsertarse a través de un tratamiento siendo asistidxs para rehabilitarse buscando siempre ocultar en mayor medida su discapacidad. No se prescindía de la persona como en el modelo anterior, siempre y cuando pueda ser recuperada su “normalidad” y de esa forma realizar “un aporte” a la sociedad. A su vez, en consonancia con esta concepción, se aplicaba un sistema paternalista o de tutelaje, donde se sustituye completamente la voz y voluntad de la persona con discapacidad, convirtiéndola en “objeto” de asistencia pasiva (ADESAM, 2017; PALACIOS, 2008). En la actualidad el *modelo social de discapacidad* reconceptualiza dicha noción y ubica a la persona como sujeto de pleno derecho

22 *Asociación por los derechos en Salud Mental.*

y no como objeto de caridad (modelo de la prescindencia) o como paciente/enfermo y objeto de rehabilitación y compasión (modelo médico/tutelar). Bajo este nuevo paradigma, se concibe a la *discapacidad* como una construcción social que relaciona características que limitan el desempeño personal en algún área ya sea motriz, sensorial, psico-social, intelectual y las barreras estructurales, producidas en cada sociedad, las cuales profundizan y consolidan aquellas limitaciones. Según la OPS-OMS (2019) *“Discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive”*²³. Desde este lugar, se busca el respeto por la diversidad de condiciones humanas, y no toma a la discapacidad como una característica determinante en la biografía de una persona que la padece. Esto significa que, más allá de las diferencias, la discapacidad es el resultado de una sociedad que no se encuentra preparada ni diseñada para hacer frente a las necesidades de la comunidad en general, sino sólo de determinadas personas, que son consideradas “normales” (PALACIOS, 2008). Para la abogada e investigadora argentina Agustina PALACIOS, las consecuencias jurídicas del cambio de

23 Cita extraída de la página web oficial de la OMS: <https://www.who.int/topics/disabilities/es/>.

paradigma en la concepción de la discapacidad pueden encontrarse en que anteriormente las legislaciones incidían en la vida de las persona con discapacidad con un enfoque asistencialista y custodial, primordialmente a través de diferentes prestaciones sociales, generando así una dependencia institucional y perdiendo el eje en la búsqueda de la autonomía progresiva de la persona. La misma autora considera que actualmente las leyes han avanzado comprendiendo la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y ubican al Estado frente a la necesidad de allanar los obstáculos creados socialmente con el fin de promover y garantizar el pleno respeto de la dignidad y de la igualdad de los derechos de todas las personas (ADESAM, 2017). Por ello, se sustituye el “sistema tutelar” dando lugar a constituir un “sistema de apoyos” que promuevan la autonomía y autovalimiento, acompañando a la persona en la toma de decisiones e intentando atenuar aquellas barreras sociales (PALACIOS, 2008).

En relación a los objetivos cognitivos de esta investigación, nombraremos brevemente algunas de las normativas que hacen referencia específicamente al *trabajo* como un derecho que debe ser garantizado para aquellas personas que padecen cualquier tipo de discapacidad, entre ellas, la discapacidad psico-social.

A escala global, el “Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ²⁴” regula la protección de derechos económicos, sociales y culturales entre ellos el derecho al trabajo. Con posterioridad su órgano

24 Adoptado en el año 1966, entrando en vigor en 1976, siendo ratificado por nuestro país por ley 23.313 en el año 1986 y adquiriendo con posterioridad jerarquía constitucional.

de protección, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ECOSOC) emitió en el año 1994 una observación específica sobre discapacidad, titulada como “*Observación general N° 5: Personas con discapacidad*”, detallando disposiciones específicas en relación a los derechos humanos de las personas con discapacidad, entre ellas la regulación fundamental en torno a los derechos relacionados con el trabajo ²⁵. Consecuentemente, dicho comité dictó en el año 2005 la Observación N° 18, en donde se refuerza el principio de no discriminación en el acceso al trabajo de las personas con discapacidad. Siguiendo esta línea de análisis, podemos mencionar las “Normas Uniformes de las Naciones Unidas para la Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad” (1993) y la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” (1999), las cuales fortalecen las concepciones mencionadas anteriormente.

Por otro lado, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado instrumentos valiosos y completos con respecto a los derechos laborales de las personas con

25 Entre ellas destacamos: *“La esfera del empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad. Cuando se emplea a personas con discapacidad, por lo general se les ofrece puestos de escasa remuneración con poca seguridad social y legal y a menudo aislados de la corriente principal del mercado del trabajo. Los Estados deben apoyar activamente la integración de personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario (1994, 4 B 20).*

discapacidad; mencionamos en particular el Convenio 159 (1983) sobre “la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas”.

Más adelante, en el año 2006 se aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante CDPD), instrumento internacional trascendental que busca garantizar que las personas con discapacidad accedan a los mismos derechos y oportunidades que los demás miembros de la comunidad. La misma refleja el cambio de paradigma en discapacidad analizado anteriormente, estableciendo que los Estados Partes están obligados a garantizar y promover la plena realización de todos los derechos civiles, políticos, culturales, económicos y sociales de las personas con discapacidad.

Con respecto a lo laboral, se ratifica el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con los demás, y concretamente el art. 27 que regula el trabajo y empleo específica: *“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con los demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laboral abierto, inclusivo y accesible”* (CDPD, 2006:22). Con el fin de adoptar medidas pertinentes, los Estados Partes deben legislar buscando prohibir la discriminación por motivos de discapacidad, proteger los derechos de las personas con discapacidad, velando por condiciones de trabajo justas y favorables; y en particular la igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor. También se debe asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones que los demás. Por otro lado, permitir que tengan acceso efectivo a programas generales de orien-

tación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua, como así también alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo. En esta línea, la CDPD especifica la necesidad de promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias. Asimismo, se establece el compromiso de los Estados Partes de emplear a personas con discapacidad en el sector público, promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado, y velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo, entre otras medidas. Finalmente, y más bien en el marco de las garantías individuales, la Convención impone a los Estados Partes el deber de asegurar que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio (PALACIOS, 2008).

Por Ley 26.378 en el año 2008 la CDPD es ratificada en la República Argentina, y posteriormente en el año 2014, adquiere jerarquía constitucional por Ley 27.044, generando una serie de deberes y obligaciones para el Estado, imponiendo la necesidad de adecuar dicha legislación internacional al Derecho interno.

Ahora bien, en lo que respecta específicamente a la discapacidad psico-social, entrando en el campo de la salud mental, en el año 1991 se sancionaron “Los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental por asamblea general de las Naciones Unidas 46/119” en el cual el principio 3 establece: “(...) *toda persona que padezca*

una enfermedad tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad” (1991:3). Siguiendo esta línea, resulta necesario mencionar dos documentos fundamentales como son la “Declaración de Caracas”, convocada por la OPS y la OMS, adoptada el 14 de noviembre del año 1990 por la Conferencia sobre la reestructuración de la atención psiquiátrica en América Latina y los “Principios de Brasilia” para el desarrollo de la atención en salud mental en las Américas adoptada en noviembre del año 2005, quince años después de Caracas, en donde se enuncia la necesidad de reformar los sistemas de atención en torno a los reconocimientos de los derechos humanos de las personas con padecimiento mental en consonancia con el nuevo paradigma imperante. Si bien en los mismos no se menciona el derecho al trabajo específicamente, se vuelve necesario garantizar el mismo al pensar en una reforma integral de la atención en salud mental promoviendo la revisión crítica del papel hegemónico y centralizador del hospital psiquiátrico hacia una atención comunitaria que piensa la vida de la persona con padecimiento mental *en la comunidad*. Dichos principios y declaraciones son esenciales teniendo en cuenta que fueron considerados instrumentos de orientación para la sanción de la Ley nacional de salud mental, 26.657 en torno a la planificación de políticas públicas en nuestro país.

Ley Nacional de Salud Mental 26.657

Con el incremento a nivel mundial y nacional de las luchas por las alarmantes situaciones de vulnerabilidad psico-social que atravesaban las personas asiladas en instituciones mentales es que se comienza a visibilizar dichas problemáticas como violaciones de derechos hu-

manos fundamentales (CELS, 2006). En concordancia se fueron produciendo marcos legales con numerosos principios, acuerdos, declaraciones y recomendaciones de organismos internacionales como los que mencionamos anteriormente, a los que nuestro país adhirió, comprometiéndose a tomarlos como orientadores en la planificación de políticas públicas en el área (BRUNETTI, 2011). Al afirmar y ratificar Tratados internacionales, los Estados se comprometen voluntariamente a cumplir con un conjunto de obligaciones para con sus pueblos, señaladas en dichos documentos.

Finalmente el Congreso de la Nación promulgó la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 (2010), y varios años después su Decreto Reglamentario N° 603/2013. Ambos fueron producto del trabajo colectivo de debates y aportes de diversos actores sociales y entidades, aprovechando y tomando en cuenta los antecedentes existentes en el país: algunos proyectos comunitarios que tal vez quedaron trancos después de años de trabajo, otros que recién iniciaban y otros que continúan hasta hoy en día; observando experiencias recorridas por las mismas, analizando oportunidades y obstáculos. También se analizaron y tomaron nota de legislaciones internacionales y provinciales que se encontraban trabajando la temática al momento.

Este nuevo enfoque adoptado marca un fuerte acento en la *desmanicomialización*, y propone la paulatina transformación a un sistema que busca favorecer y acompañar la inclusión social de lxs usuarixs a un dispositivo de atención ambulatorio.

La Ley Nacional de Salud Mental se fundamenta en derechos humanos; así lo establece su artículo 1° que expresa que *“La presente ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas*

las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional (...)” (2010:1). Desde esta perspectiva, la nueva legislación nacional promueve la equidad, la igualdad y el resguardo de los derechos ante las situaciones de desigualdad, extrema vulnerabilidad y desamparo social que transitan muchas personas que sufren un padecimiento mental y/o se encuentren atravesando un proceso de externalización desde una institución asilar.

Desde este lugar, la salud mental fue (re)conceptualizada y entendida como un proceso complejo “...*determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.*” (Ley N° 26.657, 2010:1). Su decreto reglamentario establece que dicha definición se articula con la consagrada conceptualización de la salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS) como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones, enfermedades o padecimientos (Decreto 603/2013: 1). Acorde a ello, el Capítulo V de la Ley, promueve explícitamente la incorporación de abordajes interdisciplinarios e intersectoriales que propicien la participación social, cultural y económica de las personas con padecimiento mental. También especifica las coordinaciones intersectoriales necesarias para garantizar la cobertura de todos los derechos que deben ser resguardados y la denominación de diversos dispositivos que deben crearse y activarse en todas las jurisdicciones.

Al explicitar un plazo estimado para el cierre de los hospitales monovalentes en el año 2020, la Ley indica que la internación es considerada como un recurso terapéutico de carácter restrictivo y, en el caso de ser necesaria, ésta deberá ser realizada en un hospital general, sin aislamiento social y el retorno a su residencia al momento del alta, un operativo similar a la estructura utilizada con éxito en experiencias como la reforma psiquiátrica de Trieste o en menor escala, la experiencia de desmanicomialización en la Provincia de Río Negro, apuntando a la construcción de un sistema de salud comunitaria y territorial.

Entendiendo a la salud mental como un proceso integral que debe ser abordado desde diferentes perspectivas y trabajado en varios planos a la vez, se busca producir prácticas innovadoras en términos de inclusión social y desarme de lógicas segregatorias apostando a generar nuevos espacios de encuentro y socialización.

El trabajo se vuelve un eje fundamental a tener en cuenta, constituyendo un elemento central dentro de los procesos de externación pensando una vida extramuros y es por ello que en la ley se pueden encontrar múltiples referencias en torno al derecho al trabajo. Particularmente, en los artículos 7, 11 y 36²⁶, podemos ver claramente al-

26 Art. 7° *El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: o) Derecho a no ser sometido a trabajos forzados; p) Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o ser servicios que luego sean comercializados. ARTÍCULO 11°: La Autoridad de Aplicación debe promover que las autoridades de salud de cada jurisdicción, en coordinación con las áreas de educación,*

gunas referencias que se hacen en torno a la problemática del mismo.

En este punto resulta necesario mencionar que desde el año 1981 nuestro país cuenta con la Ley 22.431 más conocida como “Ley de cupo” como política estatal para la inclusión sociolaboral de personas con discapacidad. En su artículo 8 establece: *“El Estado nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4 %) de la totalidad de su personal”*. Sin embargo, se observa que más allá del porcentaje reservado a las personas con discapacidad en general no existen acciones específicas destinadas a personas con discapacidad psicossocial (CELS, 2015:74).

En este contexto analizado, se observa que más allá de que actualmente contamos con una legislación concreta en el área, en lo que respecta a garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en general y en torno a nuestra investigación, a las personas con padeci-

desarrollo social, trabajo y otras que correspondan, implementen acciones de inclusión social, laboral y de atención en salud mental comunitaria. Se debe promover el desarrollo de dispositivos tales como: consultas ambulatorias; servicios de inclusión social y laboral para personas después del alta institucional; atención domiciliaria supervisada y apoyo a las personas y grupos familiares y comunitarios; servicios para la promoción y prevención en salud mental, así otras prestaciones tales como casas de convivencia, hospitales de día, cooperativas de trabajo.

miento mental en particular, las mismas enfrentan notables dificultades para el pleno goce del derecho al trabajo, generando mayor dependencia a la asistencia institucional y constituyendo una limitación sustancial en los procesos de externación.

Se vuelve importante remarcar que el cambio del orden jurídico que mencionamos se torna complejo, en tanto, traspaso de paradigma compromete, más allá de lo que establece la ley, la recepción y el compromiso de médicos, psiquiatras, psicólogos, terapeutas, enfermeros, jueces, fiscales, defensores y la ciudadanía en su conjunto en la aplicación del giro que dispone la nueva legislación. Este punto se convierte en uno de los principios que concentra mayores dilemas y conflictos en relación a la implementación de nuevos modelos que cuestionan la formación tradicional y terminan generando diferentes tipos de resistencias. El camino a la profundización de estos análisis deberá centrarse en discutir los alcances y los límites los roles disciplinares y la jerarquización profesional. Creemos que, justamente, las prácticas interdisciplinarias no ponen en juego las jurisprudencias, pero si las hegemonías de algunas profesiones; no borran conocimientos específicos ni diluyen responsabilidades, sino que suman a la construcciones de propuestas integradoras que permiten contemplar y atender a una multiplicidad de factores que intervienen en toda la *complejidad* de un proceso de externación (ROTELLI, 2014).

Entendemos que no es suficiente con externar a los usuarios del servicio de salud, ya que las lógicas manicomiales podrían trasladarse a nuevos espacios, y prolongar sus prácticas a través de diferentes operadores. En este sentido, se vuelve de vital importancia la reflexión acerca de los roles, las jerarquías y las prácticas profesionales al interior de la formación, así como la capacitación

de lxs profesionales en la aplicación de redes de salud comunitaria y el trabajo interdisciplinario al interior de los diagnósticos (BASAGLIA, 2001, 2008; ROTELLI, 2017; PASCUALE, 2000).

Es importante vislumbrar que las tensiones y conflictos que pueden llegar a surgir en procesos de transición, responden a matrices históricas específicas, ligadas a diferentes modelos de atención en disputa dentro del mismo *campo* y repercuten dentro de entidades como podría ser el Estado. Por supuesto dependerá de qué definición de Estado se retome, pero para ser consecuentes con los desarrollos hasta aquí planteados, se comprende al Estado como una relación de fuerzas, el cual abarca la sociedad como un todo y que se manifiesta dentro de una contradictoria amplitud de articulaciones y mediaciones (PORTANTIERO, 1981).

La definición de “la locura” se encuentra determinada por un conglomerado de disputas, negociaciones, pujas de poder, simbólicas y reales, atravesadas a su vez por múltiples factores, como podrían ser la clase, el género, la edad, el nivel socio-educativo, etc.; abren las puertas a ser estudiadas desde distintas aristas, como tantos otros significantes sociales.

En este sentido, no es posible pensar un cambio de paradigma sólo con el hecho de desactivar prácticas manicomiales y de crear dispositivos ambulatorios, como si fuera una medida que se toma e implementa sin más, sino que viene aparejada de conflictos y contradicciones, así como resistencias. Para lograr un cambio no basta con legislar, sino que es necesario un cambio social y cultural en la manera de comprender y concebir al padecimiento mental como tal (BASAGLIA, 2008). En esta misma línea, el Dr. Emiliano GALENDE señala “*la transformación requerida atañe tanto a la organización de las institucio-*

nes desde un punto de vista sanitario como a los modos de concebir los padecimientos mentales, a la ideología de los trabajadores y profesionales de la salud mental y de la población en general. Pensamos que se trata de desmanicomializar nuestras mentes para que la apertura del manicomio pueda ser recepcionada por la sociedad en general” (2008).

Sancionar la Ley de salud mental era una necesidad para abordar la problemática en la escena política y así poder pensar un cambio de legitimidades. Queda estratégicamente ubicada como un horizonte y herramienta para la gestión en implementación de políticas públicas en el área. A partir de ella, se vuelven evidentes las más brutales contradicciones en el escenario social, con diferentes luchas de poderes, resistencias y negociaciones para su operacionalización. Lentamente podemos observar distintos escalones de resultados y avances, por momentos mesetas, evoluciones sostenidas entre profundos conflictos y oscilaciones que deben ser trabajados en varios planos de la sociedad.

Resaltamos la contradicción, la tensión latente entre las legalidades y las legitimidades existentes en torno a la temática. Son, según KESSLER (2014), *claroscuros* que tal vez se entrecruzan e influyen en las leyes mas no en la realidad más tangible y, en tanto existen legislaciones que anuncian un cambio de paradigma en salud mental, las leyes no terminan de modificar su legitimidad dentro del campo.

En este contexto, afrontar la planificación de la reforma manicomial va a requerir, además del compromiso de los tres poderes del Estado, en todos sus niveles, tanto nacional, provincial como municipal, de un consenso de todos los actores que participan del campo de la salud mental, más allá de las diferencias sectoriales, corpora-

tivas y desde luego, políticas. Es necesario entonces un compromiso sostenido a lo largo del tiempo que logre trascender a los diferentes gobiernos que se puedan suceder, con sus propios tintes políticos, incluyendo siempre la voz de las organizaciones de la sociedad civil, usuarixs del servicio de salud mental y sus familiares, organismos de derechos humanos, cooperativas, trabajadores, entre otros, para lograr que toda política pública proyectada al área se corresponda con las necesidades reales para quienes están destinadas.

6. Construir salud comunitaria desde “abajo”

A casi diez años de la sanción de la Ley Nacional 26.657 (2010), podemos decir que los procesos de reforma se han implementado de manera lenta y fragmentada y, al día de la fecha, continúan representando una deuda pendiente en nuestro país. El proceso de *desmanicomialización* se ralentiza y la estructura tradicional continúa imperando como modelo de atención; el manicomio sostiene un rol central dentro del campo de la salud mental y el mismo monovalente representa la expresión de un modelo de atención que absorbe gran parte de los recursos humanos y económicos dedicados a la atención psiquiátrica (ROTELLI, 2014). A pesar de las resistencias institucionales al cambio de paradigma y el bajo presupuesto destinado a nuevos sistemas de apoyos extramuros, podemos encontrar que en los procesos de transformación de prácticas y concepciones dentro del campo de la Salud Mental, algunos espacios de la sociedad civil han apostado a la construcción de nuevas propuestas que den respuesta a la dimensión del trabajo como derecho, posibilidad de intercambio social y ejercicio de ciudadanía (CELS, 2015).

Si bien el concepto de *trabajo* se encuentra en constante debate dentro del campo de las ciencias sociales y existen múltiples discusiones en torno a su significación y el valor que conjuga dentro de la experiencia social e individual, es importante remarcar que excede las pretensiones y los objetivos de este trabajo el ahondar sobre aquel debate teórico. Sin embargo, en este tipo de experiencias que nos proponemos investigar, son múltiples los sentidos y construcciones que se ponen en juego cuando hablamos de “trabajo”, tanto para lxs usuarixs como para lxs operadores de salud.

Desde esta perspectiva, conceptualmente el “trabajo” es tomado con un espacio primordial de socialización y, a su vez, es entendido como parte de “(...) *un proceso de producción y reproducción de identidad individual e interpersonal que organiza el tiempo, permite planificar, establecer metas y cumplirlas, así como conseguir los recursos necesarios para cubrir las necesidades fundamentales para una vida digna, independiente y autónoma*” (CELS,2015:69).

En esta misma línea, por ejemplo, la Cooperativa de Trabajo Empresa social de salud mental de El Bolsón (2017) fundamenta sus objetivos institucionales en tanto considera que “*En la búsqueda de inserción social de las personas, el aspecto laboral aparece como una instancia privilegiada, menos visibilizada como un derecho, dada la importancia determinante que el trabajo tiene en la asignación de roles en nuestra sociedad y en la construcción de subjetividad*”.

Desde esta perspectiva, adherimos al afirmar que el uso del lenguaje no es inocente, en la cotidianidad observamos cómo solemos definirnos e identificarnos a través de los roles sociales que adoptamos dentro de la estructura productiva. “(...)cuando alguien se refiere al trabajo

normalmente dice: yo soy... carpintero, profesor, ingeniero. Es por ello que podría aventurarse que sólo el sello de un oficio o profesión podría reemplazar al fuertísimo sello de paciente psiquiátrico” (Coop. ESSMB, 2017). En el marco de un proceso de externación desde una institución manicomial, Evaristo PASQUALE (2000) identifica al “trabajo” como el objetivo más “complejo y paradigmático” al que se puede apuntar a lo largo de un proceso de rehabilitación, entendiendo que el mismo conlleva aparejado la adquisición de otras muchas habilidades y aptitudes, además de las que requiere el trabajo en sí mismo, como podría ser el aseo personal, el manejo de horarios y responsabilidades, la reconstrucción de vínculos sociales, entre muchas otras aptitudes sociales que, tal vez, se hayan visto fuertemente afectadas tras años de encierro y progresiva sobreinstitucionalización.

La carga simbólica y/o el estigma que recae sobre aquellas personas quienes son identificadas como “pacientes psiquiátricos” o portadores de una “enfermedad mental” suelen asociarse socialmente a la “peligrosidad” y la “improductividad” (BASAGLIA, 2008), avalando así un discurso segregador y fortaleciendo constantemente a la desinformación que existe en torno a la temática. En este contexto, se vuelve de vital importancia trabajar en un proceso terapéutico que ayude a remover esas *etiquetas* desvalorizadas y construir nuevas identidades resignificadas. La posibilidad de contar con un trabajo abre las puertas al cambio en el posicionamiento social, pasar de ser una persona “identificada” o “definida” por el padecimiento mental que padece, a ser una persona cuya ubicación en la comunidad está señalada por su labor y/o ocupación.

La posibilidad de reincorporarse al mercado laboral ayuda potencialmente a reducir posibles estigmas socia-

les; borrando el *sello médico* con el que cargan aquellas personas que transitan proceso de externación, dándoles un lugar dentro del mercado y por ende, dentro de la sociedad capitalista en la que vivimos (MUSCILLO, 2012). La progresiva transición hacia la emancipación económica y la independencia de lazos asistencialistas que proporciona la institución y/o su entorno son objetivos fundamentales de este tipo de dispositivos.

El trabajo, al que ya no se lo considera como un pasatiempo, un entrenamiento rehabilitativo o un apoyo con tintes asistencialistas (ROTELLI, 2014) pasa a ser una actividad laboral concreta, siempre comprendiendo las posibilidades y capacidades de personas cada emprendedor, *“(...) para las personas que emprenden el proceso de externación es primordial recuperar y/o desarrollar habilidades laborales que posibiliten la inserción en un empleo remunerado en condiciones dignas -con los apoyos y ajustes razonables que precise-, para empezar a introducir un límite a la excesiva dependencia institucional que se fomentó durante la internación psiquiátrica”* (CELS, 2015:69).

La construcción de dispositivos que aborden la dimensión del “trabajo” en el marco de los procesos de salud-enfermedad-atención, remiten a una demanda generada por parte de muchos usuarios del servicio público de salud mental, frente a la constante exclusión que sufren por parte del mercado laboral y la imperante necesidad de generar ingresos extras, desarrollar actividades productivas, (re)generar vínculos, (re)insertarse en el mercado laboral, conseguir un trabajo, entre otras (GUARESTI, 2018). Ante una demanda sostenida en el tiempo, surge la necesidad de dar respuesta a dicha problemática en el quehacer cotidiano de los equipos de salud. Es evidente que el desafío de “articulador social” no escapa a diversas tensio-

nes; entre las legislaciones y las posibilidades de acceso, entre las necesidades y los recursos disponibles, entre los apoyos y el asistencialismo, entre otras. Históricamente, la capacidad de incidencia de los profesionales de la salud pública muchas veces se encuentra, en efecto, limitada por determinaciones estructurales de diverso tipo.

En este contexto, durante la primera década de los 90' del siglo pasado, diferentes espacios buscaron tomar riendas en el asunto para contrarrestar y/o amortiguar las consecuencias de la crisis y un modelo económico excluyente de amplios sectores sociales históricamente vulnerados, y trabajar en construir salud comunitaria desde “abajo”.

7. EmpreSaM, una experiencia platense

7.1. Los talleres

A nivel local, es posible identificar diferentes momentos y estrategias en relación a la inclusión de “lo laboral” dentro de los dispositivos de externación. Estas mismas pueden ser analizadas como parte de la historia o del recorrido de ciertas instituciones en particular, pero es importante relacionar dichos momentos con procesos y transformaciones más amplias dentro del campo de la salud mental.

En lo que respecta, desde sus principios y durante muchos años, se han sostenido diferentes talleres laborales al interior de los monovalentes, destinados a personas internadas dentro de la institución, “albergadas” por tiempo indeterminado, dentro de las salas de internación o en edificios aledaños a la institución, hablamos de algunas propuestas generadas a principios de la década de los 90' del siglo XX en nuestro país (CELS, 2006).

Con el tiempo, aquellas experiencias no tardaron en replicarse en talleres generados por y para lxs usuarixs del servicio del “centro de día” o “centro de salud comunitaria”, y pasan a posicionarse como una parte fundamental de este tipo de dispositivos de atención ambulatoria. Entre las actividades de reinserción social que se trabajan, una de las apuestas más fuertes está en los talleres que profesionales y pasantes coordinaban para la participación de lxs usuarixs. La experiencia buscaba brindar un acompañamiento para la conformación de un grupo de trabajo que promoviera un trabajo cooperativo con división de tareas en sus distintas etapas de elaboración y venta de un producto.

En dichos espacios, lxs usuarixs del servicio de salud reciben cierto tipo de capacitación para la producción de bienes o servicios, con el fin de generar una retribución monetaria y así contribuir a su sostén económico.

En general, gran parte de las actividades que se llevaban adelante dentro de los talleres tendían a desarrollarse en el marco de la institución hospitalaria. Así como su producción, venta y comercialización, circulaba mayoritariamente al interior de las inmediaciones o ámbitos semejantes. Esporádicamente, la necesidad de comprar insumos o materia prima y la venta de productos en ferias o comercios locales, requerían desarrollar actividades por fuera del recinto.

Por otra parte, resulta importante destacar que al no estar encuadrados o contemplados dentro de una política sanitaria, ni disponer de asignación presupuestaria, estos dispositivos se desarrollaron de manera autogestiva e independiente, motorizados por la fuerza de voluntad de aquellos quienes los componen. Desde este lugar, los talleres se vieron frente a la necesidad de afrontar y resolver adversidades con medios disponibles y generando alianzas con otros actores o instituciones de la sociedad civil.

7.2. Nuevos espacios de trabajo

En un tercer momento, en el mismo desarrollo de los diferentes talleres productivos se fue tramando una relación con un “afuera”. Desde entonces, las acciones estuvieron orientadas a instalar las unidades productivas y, fundamentalmente, a generar las condiciones de viabilidad intra-institucional que permitieran a los “emprendimientos” sustituir a los “talleres” e instalarse definitivamente dentro de la “comunidad”. En torno a esto, un “emprendedor acompañante” nos comentaba:

“(...) todos los talleres funcionaban en el centro Basaglia, pero lo que pasa es que no funcionaban como emprendimientos productivos, funcionaban como talleres. Entonces en un momento se hizo ese ‘salto’, de que la asociación se desprende del Basaglia para coordinar los emprendimientos para que dejen de ser talleres y sean emprendimientos y se pueda empezar a pensar como una inserción laboral (...)”. (Entrevista a Isidro, emprendedor acompañante).

La necesidad de “salir” del centro de salud, romper con los lazos endogámicos que los unía a la institución se volvió una idea prioritaria y pronto los talleres buscaron su propio lugar independiente del centro de salud y de la estructura hospitalaria.

La Asociación Civil “Integración Comunitaria por la Salud Mental Una Movida de Locos ²⁷” se fundó el 18 de

27 *“Una Asociación Civil sin fines de lucro trabajando desde el año 2009 para que las personas con padecimiento mental que han estado internadas en manicomios y han sido excluidas del mercado laboral, logren incluirse en la comunidad a*

febrero de 2009, en una casa ubicada en el centro de la ciudad de La Plata, con claros objetivos de promoción de salud y derechos humanos, así como el combate contra la discriminación. Allí se trasladaron los “talleres laborales” que hasta entonces funcionaban en el Centro de Salud Comunitaria Dr. Franco Basaglia dependiente del hospital monovalente Dr. Alejandro Korn de Melchor Romero, y poco a poco pasaron a conformarse como un espacio independiente y autogestionado de “emprendimientos socio-productivos”. Abel, emprendedor de “Cuccina de Franco”, quien vivió este proceso de transición y cambio, nos relata su experiencia desde el inicio de Movida de Locos:

“Empecé en el Basaglia, empezamos a trabajar con un horno y trabajamos desde las tres de la tarde a las nueve de la noche, diez de la noche. Teníamos un horno que podíamos cocinar una pizza. Y hacíamos 15 - 20 pedidos y teníamos que trabajar un con hornito de a uno. Ahí empezamos... yo hace 20 años que estoy en la cuccina (...) Ahora tenemos un horno industrial, de acero, trabajamos mejor, tenemos una heladora, compramos un freezer, lo compramos con la paga del mes, lo juntamos todo. Crecimos”. (Entrevista a Abel, emprendedor de La Cuccina de Franco).

A su vez, otra emprendedora nos comparte en primera persona su experiencia:

“No éramos emprendedores... éramos talleristas... antes. Hace dos años, y ahora llegamos a plasmar, tenemos

través de nuestros emprendimientos sociolaborales. Para nosotras, la salud mental se construye EN y CON la comunidad, con trabajo cooperativo en una economía solidaria”. Información sustraída de la página oficial de la Asociación civil “Una movida de locos” <https://movidadelocos.com.ar/somos/>.

nuestro logo, nuestra impronta, que es ‘a todo trapo’... ya somos un emprendimiento. Hacemos todo tipo de productos, un montón de cosas, (...). Y nos mudamos a movida... del Basaglia para acá. Nos parecía como que estaba todo junto, como que teníamos que tener un lugar de trabajo. (...) EmpreSaM estaba acá, y entonces nos mudamos” (entrevista a Norma, emprendedora del emprendimiento textil, recientemente incorporado a EmpreSam)

Podríamos decir que la transformación y/o construcción de un nuevo lugar de trabajo, no sólo significó un cambio de ubicación de los hasta entonces “talleres”, sino que vino a materializar una necesidad que desde hace tiempo circulaba sobre la diferenciación, no sólo espacial, sino también simbólica que conlleva la separación entre el espacio de trabajo y la estructura hospitalaria en general. El cambio de denominación, hablamos del traspaso de “taller” a “emprendimiento” fue, a su vez, acompañado por la posibilidad de construir un nuevo lugar donde trabajar y vincularse. Sebastián, un emprendedor de La Cucina de Franco nos comenta:

“Acá aprendí a hacer el pan, acá aprendí a hacer las pizzas, acá aprendí a relacionarme porque estuve un tiempo sin hablar con alguien, más allá de lxs médicxs y terapeutas. La verdad que me siento muy bien, son todos muy compañeros” (Entrevista a Sebastián, un emprendedor de La Cucina de Franco).

Al mismo tiempo, SPAMPINATO y TESTA (2016) comentan que este tipo de dispositivos o espacios abren las puertas al cambio de un posicionamiento social, articulando la construcción de valoraciones positivas producidas por lxs mismxs emprendedorxs al verse reflejados en el producto de su trabajo, en el intento de despojarse así de identidades socialmente impuestas por una mirada descalificati-

va y construyendo nuevas auto-percepciones. “(...) *Uno se siente realizado después de la tarea, contento, se va entusiasmado, ve las cosas de otra manera, se relaciona con gente, no es tanto el pesimismo, sino que bueno quizá las cosas no funcionan bien y acá te revierten, sinceramente, laboralmente el estado de ánimo*”. (Entrevista a Sebastián, un emprendedor de La Cucina de Franco).

Podríamos decir que el traspaso de la figura de “paciente” a “emprendedor/a” permite generar un cambio en el posicionamiento social y dejar de lado una actitud contemplativa frente al propio padecimiento.

Como señalamos en el apartado anterior, no se trata sólo de desactivar lógicas asistencialistas de atención pasiva y la excesiva dependencia institucional, sino que habla de generar autonomía en el proceso de construir y revalorizar subjetividades personales, cuestionando activamente los prejuicios y el sentido común que suele vincular la enfermedad mental con la improductividad (BASAGLIA, 2008).

7.3. Emprendimientos socio-productivos en la comunidad

Como señalamos anteriormente, se intenta que el foco de la actividad laboral se pueda desarrollar por fuera del ámbito manicomial. El desafío que se presenta es articular nuevos espacios alejados de la estructura hospitalaria que habiliten nuevos vínculos sociales.

Si bien la Asociación Civil “Integración Comunitaria por la Salud Mental Una Movida de Locos” se constituyó en el marco de acción de los lineamientos de la Ley Nacional de Salud Mental 26.657, desde sus inicios nunca ha sido financiada por ningún organismo o entidad, sino que la misma se sostiene por la co-gestión del trabajo realiza-

do por emprendedorxs y operadorxs que se acercan a la institución por diferentes motivos. Sin embargo, se vuelve interesante destacar que la asociación cuenta con la colaboración voluntaria de todxs sus “socixs”, miembros de la comunidad, quienes aportan una cuota mensual que posibilita pagar los gastos generales de manutención, así como la renta o alquiler del espacio de trabajo. Isidro, emprendedor acompañante nos comenta: “(...) *Movida de Locos no recibe subsidios* (de ningún ente estatal), *sí recibe aporte de socios voluntarios que se les cobra una cuota de \$150. (...) el principal sostén de movida para pagar el alquiler, hacer los trámites, contratar un abogado para algún trámite o los gastos que tiene la asociación*”. Dentro de la asociación civil existen dos tipos de socios: “socio adherente” es aquel que aporta una cuota mensual pero no deseaparticipar de la vida institucional. Por otro lado, el “socio activo” refiere a quien colabora con una cuota mensual y desea incluirse de la cotidianidad de la asociación, participando de los diferentes servicios y actividades que brinda la institución: eventos, peñas, jornadas, cursos, peñas, etc.

Además del aporte de la cuota mensual como socios, existe la posibilidad de realizar donaciones de dinero por única vez de \$500, \$800 o \$1000 o el monto que se desee. Por último, siempre se reciben donaciones de toda clase de insumos y materiales para el desarrollo de los distintos emprendimientos ya sean muebles, electrodomésticos, elementos de cocina, materias primas gastronómicas o de costura, elementos de jardinería, ropa, entre otras.

Podríamos afirmar que los socios voluntarios son una gran parte de la “red de relaciones” que ha logrado conjugar y/o tejer la Asociación, no sólo con el fin de sostener el trabajo territorial mediante su aporte/colaboración mensual, sino que también busca fomentar vínculos con

la sociedad civil en general. Uno de los ejes centrales de la asociación es trabajar contra el estigma, la discriminación y la desinformación comunitaria que existe en torno a “la locura” y quienes la padecen.

Charlas, jornadas de difusión, fiestas, peñas, ferias, cursos, encuentros artísticos, son algunos de los eventos que se llevan adelante dentro de la organización y buscan precisamente esto, generar nuevos vínculos sociales que permitan romper con la dicotomía de “adentro/fuera” de la comunidad y generar nuevos espacios para vincularse.

Una vez instalados los emprendimientos, las acciones se dirigieron a establecer la propia trama de relaciones con otros actores extra-institucionales tales como universidades, entidades de gobierno y diversas organizaciones sociales en pos de fortalecer lazos intersectoriales y potenciar la sustentabilidad de los emprendimientos, así como seguir apostando a la visibilización de la problemática. En la actualidad, la Asociación Civil “Una Movida de Locos”, se presta como centro de prácticas de extensión y cuenta con un número de convenios de trabajo con distintas facultades de la Universidad Nacional de La Plata, entre ellas, la Facultad de Bellas Artes, Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Facultad de Psicología, Facultad de Ciencias Médicas y la Facultad de Trabajo Social. La experiencia refiere a un trabajo extensionista interdisciplinario vinculado a un proceso de formación en el nivel de grado universitario que incorpora a miembros de diferentes organizaciones comunitarias. De allí que los procesos formativos para lograr un “diálogo”, tanto hacia el interior de la Universidad como hacia el interior de las comunidades, requiere un doble movimiento que ponga en tensión la teoría-práctica interdisciplinar e interpele saberes, problemas e intervenciones presentes en

lxs estudiantes y lxs miembros de las comunidad con la que se trabaja.

A su vez, por otro lado, la Asociación Civil se encuentra recientemente asociada la *Confederación de Trabajadores de la Economía Popular* (CTEP)²⁸, pasando a formar parte de las cientos de cooperativas y/o “unidades económicas populares” que participan de la organización. La CTEP se constituye como gremio legalmente reconocido, el cual representa a un conglomerado heterogéneo de trabajadores y actividades que, al momento de su constitución ni siquiera se los consideraba tales, por un conjunto de faltas asociadas a la presencia de un sistema económico excluyente y una ausencia por parte del Estado (MUNOZ, 2019). Entre otras cosas, la apertura hacia nuevas instituciones posibilitó el acceso a los recursos que los diferentes programas y políticas públicas ofrecían; entonces, las gestiones implementadas buscan facilitar el acceso de lxs emprendedorxs a diversas herramientas y programas pensado en clave de ciudadanía por un lado, y por otro, impactar en las diferentes políticas focalizadas, para que integren a personas con padecimiento mental como beneficiarios de las mismas.

Durante el último periodo del año 2019, algunxs emprendedorxs dentro de EmpreSaM contaron por un periodo de ocho meses don el subsidio por Entrenamiento

28 La Confederación de Trabajadores de la Economía Popular (CTEP) es una organización gremial independiente de todos los partidos políticos, representativa de los trabajadores de la economía popular y sus familias. “*La CTEP es una herramienta de lucha reivindicativa para la restitución de los derechos laborales y sociales que nos arrebató el neoliberalismo y que aún no hemos recuperado*” <https://ctepargentina.org/nosotros/>.

laboral-PROMOVER²⁹ (Min. de Producción y Trabajo de la Nación), programa que fue finalizado en el periodo de tiempo estimado. En la actualidad, desde la Asociación Civil se han arbitrado los medios de su renovación, con varios obstáculos, logrando su revalidación desde principios del 2020. En este punto se vuelve importante comentar brevemente que, para llevar adelante su implementación, los emprendimientos debieron adaptar sus estructuras y horarios de trabajo según la normativa que exige el programa y poder acceder a sus beneficios, lo cual conllevó una serie de conflictos y dificultades no buscadas, al no tratarse de una política diseñada específicamente para usuarios del servicio de salud mental. Por definición, el programa PROMOVER se encuentra dirigido a trabajadores desocupados mayores de edad que cuenten con certificado de *discapacidad*. En este punto, nos parece importante destacar que no hablamos de una política pública destinada a trabajar con discapacidades psico-sociales en particular, sino “la discapacidad” en general, sin capacidad de contemplar las particularidades de cada situación.

Dentro de los emprendimientos se llevó adelante una reestructuración de la dinámica de trabajo frente a la necesidad de adaptarse a los requisitos excluyentes que

29 Programa Promover la Igualdad de Oportunidades de Empleo” dependiente del Ministerio de Producción y Trabajo de la Nación: “*Promover asiste a sus participantes para que construyan o actualicen su proyecto de formación y ocupación, en el desarrollo de trayectorias laborales, en la finalización de estudios formales obligatorios, en experiencias de formación o de entrenamiento para el trabajo, en la generación de actividades productivas de manera independiente y/o en la inserción en empleos de calidad*”.

exige el programa, siendo necesario, por ejemplo, sostener la cotidianidad del trabajo cinco días a la semana y extender las horas de producción por día. Un emprendedor acompañante nos comenta al respecto: *“el Promover ya había salido el año pasado para algunos emprendedores, pero fue todo un tema, (...) al salir el Promover nos exige otra carga horaria, entonces tuvimos que aumentar la carga horaria y por ahí no le salió a todos...”*. Por otro lado, al ser un programa dirigido a cada trabajador y no al emprendimiento en general, sucede que no todos los emprendedores podrán ser beneficiarios del mismo, lo cual generó un trabajo a nivel interno de cada emprendimiento para poder compartirlo en un pozo común con otros compañeros los cuales no se vieron beneficiados con el mismo. Este aspecto es relatado en el siguiente fragmento *“El Promover es por emprendedor, entonces el año pasado a pocos le habían salido, después que terminamos de laburar la repartija entre todos, se cayó. Entonces también esas cosas nos generan una cantidad de conflictos. (...) (el programa) genera que cambie la dinámica y después encima lo cobran dos o tres meses y después se cae”*. Por último, se señaló reiteradas veces su corta duración y las múltiples dificultades para sostenerlo en el tiempo, dicha fluctuación genera problemas para la estructuración de los emprendimientos, ya que una vez que se logró adaptar y adoptar una dinámica de trabajo determinada, el programa tal vez llega a su finalización estimada.

En efecto, la situación de especial vulnerabilidad en la que se hayan aquellas personas quienes se encuentran transitando un proceso de externación desde una institución manicomial, requiere avanzar en la búsqueda de respuestas y soluciones globales, con implicación transversal de todos los ámbitos, que trabajen en torno a las diferentes necesidades y padecimientos desde una con-

cepción *integral* de la salud, buscando combatir o contrarrestar las asimetrías de poder socioeconómicas y culturales resultantes de tal situación de vulnerabilidad. En particular, desde el ámbito social y sanitario, impulsando nuevas metodologías y estrategias de intervención, en coordinación con los agentes que participan del proceso.

Desde este lugar, resaltamos la importancia de la hibridación de recursos para lograr la sostenibilidad y el desarrollo de dispositivos de atención e inclusión laboral en salud mental, comprendiendo como medio necesario, la progresiva construcción de *redes comunitarias* como estrategia articuladora de proyectos que den soporte a estas experiencias y, a su vez, la progresiva incorporación de estas experiencias dentro de un marco institucional.

Al mismo tiempo, creemos que es importante entender las políticas públicas con un enfoque a los derechos humanos como la articulación racional de acciones del Estado y, los resultados de las mismas, dirigidas a la realización de los derechos de la población, siempre contando con la *participación activa* de la sociedad, y en particular de aquella más discriminada, en la definición de las principales problemáticas, necesidades, derechos vulnerados, el diseño y la implementación de dichos programas.

Sólo el compromiso y el trabajo articulado de todos los agentes implicados, conseguirá alinear y generar sinergias, aunando esfuerzos, iniciativas y recursos, con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas afectadas, su participación en la sociedad y el ejercicio de sus derechos.

7.4. EmpreSaM y los emprendimientos

En el año 2012 se crea EmpreSaM (Emprendedores de Salud Mental), ideado como un espacio de encuentro

que nuclea todos los emprendimientos que trabajan dentro de la asociación civil. El mismo se construye a partir de una lógica asamblearia en la que se dialoga y se toman decisiones en conjunto sobre cuestiones que remiten directamente a la asociación y los emprendimientos en general. Allí se comparten experiencias y recorridos, así como dificultades y problemas a los que se buscan soluciones entre todos.

La misma dinámica se replica al interior de los emprendimientos, donde se busca alcanzar la horizontalidad en la toma de decisiones y en la distribución del trabajo. Isidro, un emprendedor acompañante nos comenta acerca de la experiencia *“(...) todos los lunes tenemos reunión de equipo, como debería ser en cualquier dispositivo territorial, hay que estar todos, donde haya espacio para lo que cada uno quiera plantear, que este sea un espacio en que se sientan libre, y además planificar la semana en base a los pedidos que hay, compras, producción y qué día se hace cada cosa”*.

Si bien todos los emprendimientos que componen EmpreSam acuerdan firmar un contrato el cual establece derechos y obligaciones que deben cumplir todos sus participantes al momento de iniciarse en el emprendimiento, cada emprendimiento tiene la libertad para organizar su economía interna, así como sus horarios y la distribución de tareas en tanto lo considere el equipo de trabajo, teniendo en cuenta la diversidad de trabajo y producción de los distintos emprendimientos. Un emprendedor acompañante nos comenta: *“(...) dentro de la estructura y reglas de la asociación que son generales obvio, cada emprendimiento se autodetermina”*.

Los emprendimientos que funcionan hoy en día en la Asociación Civil “Una Movida de Locos” y juntos componen EmpreSaM son:

- El ropero de Franco fue el primer emprendimiento que comenzó a gestarse en el año 2008 dentro del Centro de Salud Mental Comunitaria Dr. Franco Basaglia. Inicialmente a partir de donaciones de vestimenta y calzado se formó un ropero comunitario que utilizaban lxs usuarixs del Centro de salud. Posteriormente, con el excedente de ropa que se acumulaba, se pensó la posibilidad de formar una feria americana. En la actualidad el mismo continúa funcionando dentro de la Asociación Civil Una Movida de Locos como emprendimiento productivo, constituyéndose a partir de las donaciones de distintas prendas y ofreciendo su venta a precios accesibles.

- A Todo Trapo es un emprendimiento textil el cual trabaja en la producción, diseño, confección y venta de distintos productos como repasadores, manteles, delantales, baberos, cambiadores, toallas para bebés, almohadones, cartucheras, entre otros artículos manufacturados. El emprendimiento textil participa de distintos eventos y ferias comunitarias donde exponen y venden su producción. El espacio también se gestó dentro del Centro de Salud Mental Comunitaria Dr. Franco Basaglia con una modalidad de taller y, a partir del año 2019 finalmente se consolidó como emprendimiento productivo, pasando a funcionar dentro de la Asociación Civil Una Movida de Locos.

- Flor de Cuccina, emprendimiento gastronómico y de *catering*. El mismo resulta de la fusión de dos emprendimientos culinarios que trabajan en el Centro de salud mental comunitaria Dr. Franco Basaglia y, desde 2013, en la Asociación. En la actualidad, trabajan en la producción artesanal de pizzas para hornear, panes, budines, masas dulces, guisos y platos criollos para las fechas patrias, entre otros. El emprendimiento participa en eventos y ferias organizados en la asociación o fuera de ella,

aunque la mayor parte de su trabajo se encuentra centrada en los encargos o pedidos que se pueden realizar por Facebook, Instagram o mensaje directo.

- El Viverito funciona desde 2015 dentro de la asociación civil. En el mismo se trabaja en la producción y venta de todo tipo de plantas, hortalizas, suculentas, cactus, aromáticas, medicinales y plantines. También se trabaja en la confección de macetas de cemento y cerámica pintadas a mano o trabajadas con mosaico.

- Los gladiadores de la sonrisa es una radio comunitaria que se gestó en el año 2009 como un espacio para tomar la palabra y compartirla participando de radios abiertas en espacios públicos y distintos eventos.

Todas estas experiencias tienen en común que son propuestas de pequeños grupos que sostienen la producción de diferentes bienes o servicios, en el marco de la asociación civil “Integración Comunitaria por la Salud Mental Una Movida de Locos” y buscan por diferentes medios insertar sus productos en la comunidad platense. Un emprendedor acompañante de Flor de Cucina nos comenta “(...) *apuntamos a articular con todo tipo de instituciones, todas las facultades de la UNLP, con otras instituciones sean cercanas o no, que lo que sean que tengan, caterings, eventos, que nos consulten*”. Con mayor o menor éxito, el objetivo consiste en generar productos de calidad que puedan competir y venderse en el mercado al igual que cualquier otro producto “*nosotros recibimos pedidos por Facebook, Whatsapp, Instagram, y después apuntamos a eventos para ir a vender sandwiches, o para entregar un servicio para entregar todo frío. Hacer caterings. También usar más la casa (la asociación civil) y hacer eventos acá*” (entrevista a emprendedor acompañante). Todos los emprendimientos comparten el uso de “las redes” (mayoritariamente Facebook e Instagram) con el fin de dar-

se a conocer, alcanzar potenciales nuevos compradores y promocionar sus productos. Sostener proyectos como la comercialización y distribución, en tanto dimensiones del proceso productivo, fueron integradas como oportunidades de construcción de vínculos sociales de diferente tipo. Y, a su vez, el uso racional de herramientas cibernéticas como medios para la difusión y venta de productos, fueron pensados también como oportunidades para trabajar sobre la capacitación en computación y redes.

Todos estos proyectos y estrategias parten de poner en valor los recorridos, experiencias y saberes ligados al trabajo de cada emprendedor y cómo se juegan estos mismos en relación al proceso de salud.

8. Reflexiones finales

“Salud mental es una sociedad sin etiquetas”

Mediante la nueva legislación nacional, el Estado Argentino ha construido una base teórica que alumbra todos los esfuerzos y demandas que hasta ahora se han llevado adelante para lograr el cambio definitivo de aquellos dos siglos de modelos y estructuras de segregación, de estigmas, de encierro, de maltrato. A lo largo de este trabajo hemos analizado los instrumentos que fueron orientadores para la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental en Argentina y cómo nuestro país ha adherido a Tratados internacionales que regulan el Derecho al Trabajo de personas con discapacidad, lo cual genera un compromiso de nuestro país como de los demás Estados Partes de garantizar los derechos allí regulados.

Con la sanción de la Ley 26.657, el Estado Argentino reconoce la situación de cientos de personas encerradas bajo estas condiciones asilares, comprometiéndose con una política y acciones para revertir esta situación y lo-

gar una reparación histórica de las mismas (ROTELLI, 2014). Sin embargo, este escenario legal nos permite visualizar de manera más concreta graves contradicciones con la realidad de vida que debe afrontar una persona con padecimiento mental en el goce de sus derechos, lo cual genera obstáculos a la hora de construir la vida en comunidad.

La Ley Nacional de Salud Mental es parte de una política amplia de reconocimiento de derechos dirigidos a la integración social de personas con padecimiento mental, derechos que en nuestro caso deben ser, no sólo protegidos, sino que requieren de un sistema de apoyos para ser ejercidos plenamente. Es imprescindible que las legislaciones vengán acompañadas de políticas públicas para que realmente cumplan con lo que las mismas anuncian. Nada difiere más a las iniciativas por la integración social que los tradicionales modelos de internación psiquiátrica por tiempo indefinido o modelos tutelares de control. Estas estructuras y paradigmas se encuentran arraigados en el miedo y el prejuicio social, así como en los diagnósticos médicos y el campo de la salud mental en general.

La construcción social acerca de los padecimientos mentales contiene prejuicios e imaginarios negativos sobre las capacidades y aptitudes de las personas con diagnósticos psiquiátricos para incorporarse al mercado laboral y llevar adelante su trabajo. En este contexto, la *desmanicomialización* se vuelve un proceso complejo que requiere de la movilización de todos los actores implicados, transformando las relaciones de poder implícitas y planteando dispositivos territoriales flexibles que puedan trabajar con las necesidades de lxs usuarixs, arrojando por tierra las estrategias preestablecidas y los perfiles profesionales estandarizados.

Lamentablemente, la integración social de personas con padecimientos mentales continúa siendo una deuda pendiente en nuestra sociedad. Consideramos que para alcanzar cierto nivel de integración se vuelve indispensable producir cambios sustanciales en las construcciones sociales e imaginarios que existen acerca de “la locura”, y este trabajo implicará un profundo proceso de deconstrucción social, ya que el miedo y el desconocimiento aún se encuentran arraigados en distintas instituciones y entidades de la sociedad civil.

Podríamos decir que, a casi diez años de la sanción de la Ley de Salud Mental y transitando los primeros meses del año 2020, fecha fijada como meta para la sustitución de los hospitales psiquiátricos por una red de dispositivos de base en la comunidad, la normativa continúa siendo un territorio en disputa. En este contexto resulta necesario reflexionar y aunar los esfuerzos para que el cierre de los hospitales monovalentes se instale en la agenda política, esquematizando las políticas públicas necesarias y replanteando a dónde se deben destinar los recursos para garantizar la atención comunitaria y la vida en sociedad de la persona que sufre un padecimiento mental.

Para hacer cumplir sus derechos, lxs usuarixs del sistema de salud necesitan contar con un sistema de apoyos multidisciplinares para ejercer plenamente sus derechos civiles y poder, entre otras cosas, acceder al sistema productivo del cual se ven constantemente expulsados. En la búsqueda de la inserción social de lxs usuarixs del sistema de salud mental, el aspecto laboral aparece como una situación secundaria, menos vislumbrada como un *derecho*, teniendo en cuenta en contexto, como hemos mencionado anteriormente, la importancia que tiene el “trabajo” en la asignación de roles e identidades en nuestra sociedad y en la construcción de subjetividad; así como articu-

lador social y generador de recursos económicos, medios vitales para generar y sostener un vida extramuros, aspirando siempre a alcanzar el mayor grado de autonomía y autovalimiento.

A lo largo de este trabajo, se han analizado los diferentes momentos en los cuales se comenzó a incluir “lo laboral” dentro de los proyectos de externación y las redes de atención comunitaria, encontrando en una primera instancia talleres productivos dentro de los mismos hospitales monovalentes y luego trasladándose a centros de días y/o centros comunitarios. Obtener un aporte económico, producto de generar un bien u ofrecer un servicio realizado por la propia persona que está o estuvo atravesando un padecimiento mental, se planteó entonces como un eje fundamental para pensar la vida en “el afuera”.

La Asociación Civil “Integración Comunitaria por la Salud Mental Una Movida de Locos” es un espacio independiente y autogestionado, el cual podríamos decir que ha logrado generar “el salto” o el traspaso de los *talleres productivos*, que en un principio se realizaban en el Centro de salud Franco Basaglia, a su paulatina (re)construcción como *emprendimientos socio-productivos*, logrando, después de mucho trabajo, romper lazos endogámicos con la estructura hospitalaria. A lo largo de los años, la Asociación fue creciendo de la mano de cada emprendedor, cada emprendimiento, cada acompañante, de sus socios, siempre buscando insertarse dentro del sistema productivo y generando lazos comunitarios con diversas instituciones con el fin de potenciar la sustentabilidad de los emprendimientos, así como apostando a la visibilización de la problemática.

Es importante destacar que estos pequeños espacios o proyectos descritos anteriormente se desarrollaron en contextos socio-políticos adversos y, a pesar de las con-

tingencias, estas experiencias han demostrado tener la capacidad de producir una construcción identitaria, generada alrededor de los sentidos sociales que lxs mismxs emprendedorxs le imprimen a su actividad dentro de los procesos productivos, los lazos que fomentan y a los vínculos que se (re)construyen dentro y fuera de los espacios de trabajo, así como en la asociación civil en general. En este contexto, resaltamos la importancia y la necesidad de diseñar e implementar políticas públicas ligadas a la inclusión laboral bajo el paradigma de la desmanicomización, ya que resulta fundamental la construcción de canales, medios y/o redes de apoyo que puedan generar el acceso a un trabajo digno para poder vivir en la comunidad.

Desde este lugar, la intención de este trabajo es poder aportar, aunque sea un poco, a un proceso de visibilización y re-significación de aquellos dispositivos socioproductivos y sociolaborales que trabajan en la integración comunitaria en salud mental, desde ya considerándolos, entre otros dispositivos de red, como la base y el horizonte para poder pensar un futuro sin manicomios.

9. Referencias bibliográficas

BASAGLIA, F. (2008) *La Condena de ser Loco y Pobre*. Ed. Topia.

BASAGLIA, F. (2001) *A instituição negada*. Rio de Janeiro, Brasil, Graal.

BENOZZO, F. (2016) *Si può ancora fare*. Edi. Universalia. Trieste, Italia.



BRUNETTI, M. (2011) “El trabajo interdisciplinario a partir de la ley nacional de salud mental”. Jornadas de Investigación Séptimo Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología -UBA <https://www.academica.org/000-052/595>.

CARVAJAL ESCOBAR, Y. (2010) “Interdisciplinariedad: desafío para la educación superior y la investigación”- Revista Luna Azul. Universidad de Caldas-Colombia .<http://www.scielo.org.co/pdf/luaz/n31/n31a11.pdf>.

CELS (2006) *Vidas arrasadas: La segregación de las personas en los asilos psiquiátricos argentinos*. Informe de Salud Mental y DDHH en Argentina. Centro de Estudios Legales y Sociales. Bs. As. CELS (2015) *Cruzar el muro. Desafíos y propuestas para la externación del manicomio* Centro de Estudios Legales y Sociales. Bs. As. Informe de Salud Mental y DDHH en Argentina.

CEPAL (1990) *Transformación productiva con equidad. La tarea prioritaria del desarrollo de América Latina y el Caribe en los años noventa* (Santiago de Chile: CEPAL).

COHEN, H. y NATELLA, G. (1995). *Trabajar en Salud Mental. La desmanicomialización en Río Negro*, Buenos Aires, Argentina: Lugar Editorial.

COOPERATIVA DE TRABAJO EMPRESA SOCIAL DE SALUD MENTAL DEL BOLSÓN ESSMB (2017). “Proyecto Trigo”. Fundamentación. Documento institucional. <https://conferenciabasagliargentina.org/wp-content/uploads/2015/04/La-Empresocial-de-Salud-Mental-de-El-Bols%C3%B3n-con-resumen.pdf>.

FAHCE (2017) Resolución N° 2086. Disponible: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/normativa/no.94/no.94.pdf>.

GALENDE, E. (2008) <https://www.apdeba.org/wp-content/uploads/Conferencia-E.-Galende.pdf>.

GOFFMAN, E. (1992) *Internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*. Edit. Amorrortu. Bs. As.

GUARESTI, G. (2018). *Emprendimientos productivos en Salud mental: Un estudio de caso dentro del Centro Comunitario de Salud Mental Dr. Franco Basiglia*; 2017.

MARRADI, ARCHENTI y PIOVANI (2011) *Metodología de las Ciencias Sociales*. Cengage learning, 2da edic.

MARTÍNEZ, A. (2019) “El lenguaje inclusivo. La mirada de una lingüista”. 1er Congreso de Lenguaje Inclusivo, 11 y 12 de abril de 2019, La Plata, Buenos Aires, Argentina. En Memoria Académica. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.11015/ev.11015.pdf.

Secretaría de Gobierno de Salud Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación República Argentina (2019) Material realizado por la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001448cnt-2019-04_pautas-organizacion-funcionamiento-salud-mental.pdf.

MENÉNDEZ, E. (2009) *De sujetos, saberes y estructuras. Introducción al enfoque relacional en el estudio de la salud colectiva*. Edit. Lugar, Bs. As.

MUÑOZ, M. (2019) “Voluntades populares, voluntades laborales. El caso de la Confederación de los Trabajadores de la Economía Popular. Sociología del trabajo- Estudios culturales- Narrativas sociológicas y literarias Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas (Cai-cyt - Conicet) N° 32, Verano 2019, Santiago del Estero, Argentina. Disponible en: <https://www.unse.edu.ar/trabajosociedad/32%20MUNOZ%20MARIA%20CTEP.pdf>.

MUSCILLO, D. M (2012) “La empresa social, una forma de ser en el mercado”. El Bolsón, R.N. <http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/Empresa%20Social%20de%20Salud%20Mental%20El%20Bols%C3%B3n.pdf>.

OMS (2020) <https://www.who.int/es>.

PALACIOS A. (2008) “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. Grupo editorial CINCA <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>.

PASQUALE, Evaristo (2005) *Psiquiatría y Salud Mental*. Ed. Asterio. Scienza Nuova.

PASTORE, R. (2010) *Un panorama del resurgimiento de la economía social y solidaria en la Argentina*.

PORTANTIERO, J. C. (1981) *Notas sobre crisis y producción de acción hegemónica. Los usos de Gramsci*. Folios, México.

ROTELLI, F. (2014) *Vivir sin manicomios: la experiencia de Trieste*. Ed. Topia.

SAMPAYO, A. (2005) “La desmanicomialización como práctica contra hegemónica en el abordaje de la salud mental”. Tesis de grado para Licenciatura en Sociología. UNLP.

STAKE, R. (1995) *Investigación con estudios de caso*. Capítulo Primero: “El caso único”. Ed. Morata. Madrid. Pp 15-25.

Proyecto

“Derechos Intelectuales- Acto de creación. Derechos de Autor- Marcas y designaciones”

Director: Profesor Mauro Fernando LETURIA

Co-director: Pablo Puente

Investigadora: MONGELOS, Victoria Antonella

Estructura del Informe

a. Título: “Derechos Intelectuales- Acto de creación. Derechos de Autor- Marcas y designaciones”

b. Resumen

El presente proyecto de investigación pretende tratar de abordar los temas fundamentales de los Derechos Intelectuales, tales como los Derechos de Autor y las marcas y designaciones, haciendo un profundo análisis sobre las particularidades de los actos de creación en que se fundan dichos derechos. Corresponde establecer una fundamentación propia de los Derechos de Autor que responda a su esencia, naturaleza y sobre todo a su evolución, comprendiendo los fenómenos complejos que nos presentan las nuevas tecnologías y los avances científicos y culturales. Esto implica darle una consideración jurídica en el mismo plano tanto a su faz moral, como a la faz patrimonial, estableciendo una resignificación que tenga como fundamento, al “acto de creación”.

En el contexto actual en que la globalización financiera y el comercio mundial se apoyan en la tecnología, las principales empresas se fundan o desarrollan en base a descubrimientos y creaciones intelectuales, por lo que las ventajas de esa interconexión permite e impulsa a su vez

un proceso de cambio vertiginoso, determinado por aquellas empresas o grupos económicos que poseen la titularidad de los Derechos Intelectuales sobre obras de acceso masivo, o desarrollos que requieren sistemas o equipos electrónicos o computadoras, para la concreción, realización o fijación de obras intelectuales protegidas por los Derechos de Autor o por medio de sus marcas o designaciones.

c. Introducción

Las normas positivas vigentes que integran el campo de los Derechos de Propiedad Intelectual, responden a una tradición normativista que entiende al Derecho como modelador de la realidad, en el sentido kelseniano. Desde esta perspectiva, las normas constituyen lo primero y son el orden preestablecido para la sociedad, como una serie de reglas que brindan organización y regulan la vida de los seres humanos y que es ésta la que debe ajustarse a ese orden normativo establecido como el deseable.

Esto quiere decir que la crisis de reconocimiento o de falta de efectiva tutela que sufren los titulares de Derechos de Propiedad Intelectual se debe, en parte, a la crisis que sufre la concepción del paradigma del Derecho tradicional, pero también a una falta de adecuada fundamentación que parta de sus orígenes y sus características propias, por lo que se impone reflexionar profundamente sobre esta temática y de tal manera resaltar la importancia del “acto de creación”, como fundamento primero y originario del reconocimiento jurídico a los derechos de los creadores, abandonando la idea de “propiedad”, como concepto principal caracterizador. Podemos adentrarnos, sin pretender agotar el tema, en efectuar algunas consi-

deraciones preliminares con relación al acto de creación, su significado, importancia y consecuencias.

Al establecerse la fundamentación propia de los Derechos Intelectuales como proveniente del reconocimiento del “acto de creación” en sentido amplio, no sólo debe comprenderse a las obras producto de una tarea puramente intelectual sino también a las que provienen de nuestro ámbito espiritual, es decir que debe incluir tanto a los inventos, creaciones o descubrimientos fruto de complejas investigaciones científicas, como así también a las obras que surgen espontáneamente de una fugaz chispa de inspiración proveniente del interior más recóndito del autor. Precisamente lo misterioso e inexplicable del origen de ese acto de creación nos conduce a las profundidades poco conocidas del ser humano y de aquellas personas que manifiestan su capacidad creativa trayendo o generando para el mundo sus obras, siendo ellas únicas e irrepetibles, que por eso están íntimamente relacionadas con aspectos propios de su personalidad y espíritu.

Lo cierto es que la historia del ser humano está directamente relacionada con sus invenciones y sus descubrimientos; desde esta perspectiva, las creaciones son un fenómeno independiente y anterior a su reconocimiento legal. Es más, toda construcción jurídica constituye un invento o creación del hombre para regular su convivencia.

Las regulaciones legales actuales a veces olvidan la esencia de las cosas, generando disposiciones jurídicas que tratan de alterar la realidad o modelarla de acuerdo a los intereses predominantes en un momento dado. La voluntad del legislador parece alejarse de la naturaleza de las cosas, para tratar de convertirlas en algo que no son; estas desviaciones legislativas se observan en las di-

versas áreas del Derecho, y por supuesto con mucha intensidad en el campo de los Derechos Intelectuales.

Un buen punto de partida lo constituye establecer que el término “creación”, implica sacar una cosa de la nada, está muy vinculado a Dios, en cuanto a que sólo éste ser supremo podría llamar o traer a la existencia algo que no existía ³⁰, pero también según el Diccionario de la Real Academia Española en su acepción 6^a, se considera que creación es toda: “*Obra de ingenio, de arte o artesanía muy laboriosa, o que revela una gran inventiva*”. Con lo cual puede observarse que el ser humano también es capaz de crear, no ya de la nada, como puede decirse de Dios, sino a partir de o mediante la combinación de lo ya existente, provenga ello de la naturaleza o del acervo cultural, con lo cual el hombre no es en sí un creador originario sino un creador derivado por cuanto todas sus creaciones provienen de elementos ya existentes. Desde esta perspectiva se observa claramente cómo todo nuestro devenir histórico, no es otra cosa que el listado de nuestras creaciones, es decir el resultado de la inmensa tarea de la Humanidad en su conjunto, que como proceso es cada vez más dinámico y está lejos de haber terminado.

Como una derivación del término “creación”, tenemos a la “creatividad”, que significa la capacidad o facultad de crear, es una potencialidad, que se halla en cada uno de nosotros en cuanto seres humanos, pero que como tal sólo algunas personas logran materializar, es decir todos tenemos creatividad pero muy pocos crean efectivamente.

30 Acepción 4^a del *Diccionario de la lengua española (DRAE)*. Edición 22^a, publicada en 2001.

Un término muy utilizado es el de “descubrimiento”, por lo que corresponde precisarlo; por su primera acepción según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: “*Hallazgo, encuentro, manifestación de lo que estaba oculto o secreto o era desconocido*”. De lo cual se desprende que se descubren los elementos o propiedades de lo dado en la naturaleza, se refiere al conocimiento de algo que se desconocía pero que ya existía, responde a la pregunta lógica de “¿por qué?”, se busca básicamente conocer o explicar algo. Etimológicamente significa “*poner al descubierto*”, esto es conocer o ver lo que antes estaba oculto.

La utilización del término “descubrimiento”, no está exenta de crítica cuando refiere o implica una mirada etnocentrista, ya que considera como descubrimiento algo que seguramente ya había sido descubierto por otros, como en el caso de supuestos descubrimientos de sustancias o elementos con ciertas propiedades que ya eran conocidas, pero no fueron acreditadas científicamente, es decir que desde una visión legal, el descubrimiento tiene una componente formal que es el dar a conocer algo de acuerdo a los cánones vigentes, apareciendo como descubridor quien cumple con ellos documentándolo adecuadamente.

Por el contrario, el término “invención” proviene de la conjunción de los términos latinos “*in*” hacia y “*venio*” venir, -la palabra “invención” viene del latín *inventio* y significa “acción y efecto de venir una idea, hacia adentro, creación, descubrimiento, innovación”. Sus componentes léxicos son: el prefijo in- (hacia dentro), *ventus* (venido), más el sufijo -ción (acción y efecto)-, llegar o encontrar, por lo tanto no es conocer algo que no sabíamos, sino crear algo nuevo, pueden ser nuevas formas, aplicaciones o combinaciones de elementos que descubrimos en

la naturaleza o que tomamos de la cultura, puede decirse que estamos rodeados de invenciones de aplicaciones prácticas de descubrimientos ³¹.

Lógicamente responde a la pregunta de “¿por qué no?”, es decir por qué no puede hacerse de determinada manera o de esta nueva forma o servir para determinada función o por qué no dar a esta sustancia o elemento un uso distinto.

En función de lo dicho, podemos señalar que tanto los descubrimientos como las invenciones están orientados a resolver una problemática, en el primer caso, a resolver un problema de conocimiento, ya que es una de las funciones de la actividad científica el develar los misterios e interrogantes que nos presenta la realidad que nos rodea; en el caso de las invenciones, el ser humano se encuentra cotidianamente, en todos los aspectos de su vida, en la necesidad de afrontar problemas concretos, técnicos o de aplicación práctica. Por ello los descubrimientos y las invenciones que se apoyan en ellos están motivados por la curiosidad innata del ser humano que no para de explorar y buscar respuestas, y por

31 Esta precisión terminológica es indispensable para aclarar cuestiones muy discutidas, que se presentan por ejemplo en el campo de los medicamentos o drogas que se obtienen a partir de variedades vegetales cuyos efectos eran conocidos desde tiempos inmemoriales, pero que al ser objeto de estudios científicos por parte de laboratorios farmacéuticos han logrado en muchos casos, que el ordenamiento jurídico les reconozca derechos exclusivos como si se tratara de invenciones cuando en realidad sólo se trataba de descubrimientos para una determinada sociedad que los desconocía ya que los pueblos originarios los conocían perfectamente.

la aspiración y el deseo de hacer nuestra vida mejor o al menos distinta.

Desde la perspectiva jurídica los Derechos Intelectuales no se agotan en el campo de los descubrimientos e invenciones científicas, sino que además están integrados por las obras producto de las distintas actividades o expresiones artísticas.

Como seres humanos, estamos caracterizados por nuestra inteligencia, pero la actividad de pensar es compleja y poco conocida, Edward DE BONO ³² sostiene que hay que distinguir dos procesos uno llamado “*progresión*” y el otro “*conexión*”. El primero implica pasar de una idea a otra, en cierto modo deductivo, es decir empezar con una idea y desarrollar reflexivamente todas sus implicancias y relaciones lógicas. En la conexión se requiere que el proceso comience con dos ideas separadas y luego se trabaje en buscar y hallar una relación entre ellas. Aquí nos encontramos frente a una técnica muy utilizada denominada “*asociación de ideas*”, que implica la unión o combinación de contenidos representativos (ideas) o recuerdos, estableciendo relaciones o asociaciones entre dichos contenidos. Esta técnica como otras (por ejemplo, tormenta de ideas) se utilizan en forma consciente, es decir en un momento y lugar determinado y referidas a la problemática que el científico haya decidido abordar. El científico actual tiene conciencia de sus actividades intelectuales, es decir las conoce y trata de dirigir las, mediante la estricta utilización del método científico y las técnicas de investigación, pero ello no siempre garantiza

32 En su obra *La práctica del pensamiento o cómo resolver problemas cotidianos*, Barcelona E. Kairós 1973. Reconocido mundialmente por su libro *Seis sombreros para pensar*.

el resultado, Santiago RAMÓN Y CAJAL ³³ expresó: *“Si muchos sabios descubrieron lo que no buscaban, todos ellos buscaron con admirable tenacidad”*.

Albert EINSTEIN, con su impecable lógica y autoridad expresó: *“No pretendamos que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo. La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a las personas y países, porque la crisis siempre trae progresos. La creatividad nace de la angustia, como el día nace de la noche oscura. Es en la crisis que nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias. Quien supera a la crisis, se supera a si mismo sin quedar superado”*³⁴.

En realidad todos los seres humanos realizan estas actividades, muchas veces en forma inconsciente o no dirigidas, apareciendo así la *“imaginación”*. Tan difícil resulta conceptualizar a la imaginación que según el Diccionario de la Real Academia Española significa: *“Facultad del alma que representa las imágenes de las cosas reales o ideales”* o *“Aprensión falsa o juicio de algo que no hay*

33 Thomas EDISON expresó: *“No fracasé, sólo descubrí 999 maneras de cómo no hacer una bombilla”*.

34 EINSTEIN agrega: *“Quien atribuye a la crisis sus fracasos y penuria, violenta su propio talento y respeta más a los problemas que a las soluciones. La verdadera crisis, es la crisis de la incompetencia. El inconveniente de las personas y los países es la pereza para encontrar las salidas y soluciones. Sin crisis no hay desafíos, sin desafíos la vida es una rutina, una lenta agonía. Sin crisis no hay méritos. Es en la crisis donde aflora lo mejor de cada uno, porque sin crisis todo viento es caricia. Hablar de crisis es promoverla, y callar en la crisis es exaltar el conformismo. En vez de esto, trabajemos duro. Acabemos de una vez con la única crisis amenazadora, que es la tragedia de no querer luchar por superarla”*.

en realidad o no tiene fundamento". O *"Imagen formada por la fantasía"*. O *"Facilidad para formar nuevas ideas, nuevos proyectos, etc."*. Por contraposición al conocimiento científico que proviene de una actividad crítica, metódica y sistematizada, las obras artísticas provienen de un espíritu libre, porque no está necesariamente sujeto a relaciones o asociaciones de la realidad, ni está atado a un razonamiento lógico o método de pensamiento determinado; desde esta perspectiva se acerca al concepto más puro de creatividad, el artista crea algo *"de la nada"*, algo totalmente nuevo, algo que no existía, aquí es donde se acerca a Dios.

Suele decirse, que la obra de un artista en muchos casos proviene de una chispa de "inspiración"; esta palabra etimológicamente significa *"soplar en"*, lo que nos muestra que de algún modo la inspiración nos viene de afuera, es un soplo divino que se apodera de nosotros, recibiendo-lo sin resistencia alguna, el origen de la inspiración, como de las actividades mentales continúa siendo un misterio, no se ha acreditado científicamente vinculación entre la inteligencia y la inspiración, sólo sabemos por el momento que las creaciones artísticas en muchos casos resultan indescifrables e incomprensibles para la gran mayoría de nosotros; es más, la historia nos ha demostrado que numerosos artistas adelantados a su propio tiempo, sólo fueron reconocidos luego de muchos años.

d. Objetivos alcanzados

*Se profundizó el análisis de las particularidades del acto de creación intelectual, como fundamento de los Derechos intelectuales.

*Se estableció esquemáticamente y en forma breve las temáticas o ramas principales que comprenden los Derechos Intelectuales.

*Elaboramos los criterios de selección y organización de los contenidos jurídicos que puedan utilizarse en otros campos del Derecho.

*Se realizó la adecuada articulación de los contenidos, desde una perspectiva sistemática, lógica, didáctica y pedagógica que ubica su fundamento común en el “acto de creación” resaltando la importancia de su protección.

*Constatamos que el tratamiento jurídico dado a los Derechos Intelectuales carece de sistemática o la misma no resulta adecuada, y con ello, verificar la existencia de una gran dispersión normativa.

*Estudiamos los distintos enfoques históricos y filosóficos de los que se nutrieron los Derechos Intelectuales.

*Desarrollamos un entrenamiento práctico, sobre la delimitación de cada una de las distintas partes o aspectos que conforman los Derechos Intelectuales, para así establecer sus puntos comunes y sus diferencias.

*Reflexionamos críticamente sobre el sentido formativo y la conveniencia de mantener el sistema legal actual regulador de los Derechos Intelectuales, para poder proponer futuras modificaciones legislativas.

e. Metodología utilizada

Con relación a la metodología utilizada es importante señalar que las técnicas y procedimientos de análisis empleados, como requisito indispensable de todo trabajo científico, deben permitir a otros investigadores verificar o corroborar la adecuación de dichas técnicas y procedimientos con el objeto de la investigación, su correcta aplicación al caso concreto y la correspondencia de las conclusiones obtenidas.

La metodología de investigación que se utilizó comprende o combina varios métodos, en función de las nece-

sidades de cada una de sus etapas; así en un primer momento se realizó un estudio histórico comparativo, para luego proceder a efectuar un análisis empírico racional y finalmente deductivo para la obtención de las conclusiones que verifican los planteos realizados.

El presente trabajo consistió en una investigación eminentemente teórica, y se centró en el análisis del estado actual de la legislación vigente relativa a los Derechos Intelectuales y en especial a la fundamentación, caracterización y justificación de su naturaleza determinada por el acto de creación.

Se verificó lo sostenido por las doctrinas nacional y extranjera más representativas en la temática mediante un análisis comparativo, a fin de establecer al menos conceptualmente los principales puntos de acuerdo y a partir de allí, mediante la utilización de un método analítico, sistematizar los distintos aspectos o ramas que comprenden los Derechos Intelectuales, y sus características más importantes, que hoy se encuentran dispersos en varias partes del ordenamiento jurídico argentino. Ello fue indispensable para poder luego avanzar en el análisis propuesto de las disposiciones penales.

Para finalizar se recurrió a la utilización de un método racional-deductivo, mediante el cual verificar las deficiencias y falta de sistematización que padece el régimen legal actualmente vigente con la finalidad de proponer alternativas para una futura reforma legislativa acorde a los objetivos oportunamente planteados.

f. Resultados

1-Consideraciones sobre el acto de creación

En general, el “acto de creación” es, como se expresó,

la fuente o el fundamento del reconocimiento de los derechos que se efectúa por parte de los Estados a los artistas o inventores. Este “acto de creación” tanpreciado, como elemento modernizador, de progreso, de creación de identidad cultural, es de muy difícil obtención o realización, ya sea que surja como una chispa de inspiración individual y fugaz del creador (por ejemplo una obra musical) o luego de un largo y sistematizado trabajo de un grupo de científicos (que por ejemplo para obtener un nuevo medicamento o desarrollar maquinas de una tecnología desconocida hasta ese momento, en la actualidad es muy frecuente que además del trabajo intelectual del creador o inventor, requieren de una gran cantidad de recursos económicos y técnicos imprescindibles).

Desde esta perspectiva, adquiere para muchas sociedades un valor muy trascendente, y en la comprensión y jerarquización de esa importancia radica la fundamentación por la cual los Estados reconocen y protegen a las personas que realizan o son responsables de los “actos de creación”, incentivando el trabajo de los inventores y creadores, en las distintas áreas, sean artísticas o científicas.

Ello nos lleva a delinear los elementos que una obra debe tener para ser catalogada como tal, con la aclaración previa de que encontrándonos precisamente en un campo donde la imaginación, creatividad, las invenciones, los descubrimientos, la intuición e inspiración y los nuevos desarrollos nos sorprenden cotidianamente, las exigencias propias de las definiciones dogmáticas de las leyes deben ceder ante nuevos descubrimientos o creaciones, siempre manteniendo como eje rector la protección de las creaciones del espíritu, pudiendo ser éstas de la más variada índole. El estudio realizado pretende ser eminentemente jurídico, ya que sí bien estos temas pueden ser

analizados también por distintas disciplinas artísticas o científicas, de alguna manera el Derecho se sirve de ellas para conocer su objeto de estudio y luego legislar sobre los distintos aspectos de las creaciones.

Las legislaciones relacionadas a los Derechos Intelectuales en general no se han preocupado por conceptualizar o precisar adecuadamente sobre el objeto al que se refieren, esto es las obras o invenciones, sino que sólo se limitan a brindar ejemplificaciones o nociones generales para que en su caso cada intérprete establezca, en el supuesto concreto, lo que crea conveniente. Ello no impide, y dadas las características de este trabajo entiendo que corresponde, brindar algunas precisiones terminológicas que sirvan para comprender las particularidades y alcances del acto de creación y sus implicancias demostrando así su calidad e importancia, que lo hacen digno de reconocimiento jurídico y de su correspondiente tutela, además de observar cómo su naturaleza se aleja o poco tiene que ver con el “derecho de propiedad” y encuentra su lugar, como un campo jurídico de naturaleza propia que comparte también aspectos relacionados con los derechos de la personalidad, en función del contenido de los denominados aspectos o derechos morales.

Nuestro campo de estudio son los Derechos Intelectuales, corroborando que el fundamento del establecimiento de un ordenamiento jurídico responde a la importancia que la sociedad le atribuye a las creaciones intelectuales, y teniendo en cuenta la complejidad de las temáticas abordadas en el proyecto de investigación sus resultados pueden calificarse como sumamente enriquecedores para las ciencias jurídicas.

Todos los actos de creación provienen de la actividad humana, que nos permite penetrar y debelar los miste-

rios del universo, sus relaciones y combinaciones; también tenemos que ser conscientes del papel que juega la “intuición”, que etimológicamente significa “ver con los ojos de la cara”. Como actividad la intuición se manifiesta de repente, en forma no dirigida, es una visión inmediata, rápida pero a la vez profunda, y comparte con la imaginación que no respeta procesos lógicos o metodológicos, surge del rincón más profundo y desconocido de nuestro ser. La intuición es un darse cuenta de algo, es algo que aflora sin ser buscado directamente o que sucede tan rápido que no somos conscientes de cómo sucedió. Louis PASTEUR expresó: “*La suerte favorece a una mente preparada*”, podríamos fácilmente cambiar la palabra “suerte”, en esta frase, por la de “intuición”.

Las actividades humanas de creación, invención o descubrimiento, están determinadas básicamente por la inteligencia, de ahí lo atinado de la denominación de nuestro campo como “Derechos Intelectuales”, sin perjuicio de que otras actividades intelectuales, como la imaginación, la intuición y la inspiración intervienen claramente en los procesos creativos, los cuales por lo general son una combinación o el resultado de una actividad humana compleja que no respeta límites definidos. Pero en todos los casos, para sostener que se ha creado una “obra” debemos estar frente a algo nuevo, es decir que pueda ser digno de novedad; sin esta característica se pierde toda relevancia y protección jurídica ³⁵.

Debemos por honestidad intelectual dejar esta premisa como provisoriamente cierta, ya que los procesos mentales o psicológicos de los cuales provienen las creacio-

35 Sin embargo, puede llevarnos al tema relativo, a la naturaleza de las copias o meras reproducciones y su valor.

nes, descubrimientos o invenciones, están siendo recientemente investigados ³⁶.

Según la obra de G. y B. VERARLDI ³⁷, se propone el nombre de “creática”, para la rama de la ciencia destinada a analizar, sistematizar y si fuese posible estimular la creatividad. Estos estudios han establecido algunas conclusiones preliminares que resulta interesante señalar: a) El poder de crear existe en todo ser humano. b) Se puede describir un proceso de creación ya realizado. c) La educación y el medio en que se desarrolla la persona influyen en forma importante sobre su creatividad. d) Una pedagogía moderna que dé preponderancia a la inteligencia incrementa la creatividad ³⁸.

Lo cierto es que pese al esfuerzo de numerosos científicos de diversas disciplinas, hasta el momento el origen, los procedimientos o mecanismos mentales de los que provienen los descubrimientos, invenciones u obras artísticas, son en su mayor parte un misterio o un secreto que sólo los genios conocen, tal vez el adentrarnos en nosotros mismos sea la próxima frontera científica que como especie estemos a punto de cruzar.

36 En los años 50 del pasado siglo, aparecen en los Estados Unidos estudios psicológicos de J.P. GUILFORD, sobre creatividad, seguido por JAQUI y A. F. OSBORN. Citados por R. SIERRA BRAVO.

37 *Psicología de la creación*. Bilbao Editorial Mensajero, 1974. Citado por R. SIERRA BRAVO en ob. cit. pag. 113/114.

38 Según JAQUI, H., *Claves para la Creatividad*, México. Editorial Diana. 1979. Citado por R. SIERRA BRAVO en ob. cit. pag. 114.

2-De privilegios a derechos. Referencias históricas

Existe cierta idea ampliamente difundida, o creencia de gran fuerza que actúa en forma subterránea, escondida y de difícil verificación, que atribuye o de alguna manera considera que los Derechos Intelectuales tienen en su fundamento o que constituyen en la práctica un privilegio o implican beneficios injustificados a una persona o sector determinado.

Esta creencia errónea es utilizada en forma consciente o inconsciente, en no pocas oportunidades para desconocer su vigencia, y así justificar masivas violaciones, como por ejemplo en el caso de las fotocopias, reproducción y copia de películas, obras musicales y programas de computación, sólo por citar algunos casos.

Nuestra sociedad en general, y con relación a los Derechos de Propiedad Intelectual en particular, carece en gran medida de un comportamiento inclinado hacia el respeto a las normas; por un lado amplios sectores de la sociedad desconocen los Derechos de Propiedad Intelectual en forma total o de alguno de sus aspectos o ramas, o tienen una idea equivocada de lo que constituyen y por otro lado, podemos observar sectores sociales que sí tienen conocimiento de la existencia de los mismos, y que cotidianamente y en forma masiva deciden no respetarlos. Si bien el estudio de estas dos cuestiones resulta muy importante, su análisis completo excede los límites de este trabajo, dado que se trata de un fenómeno complejo, que además de elementos jurídicos, requiere del tratamiento de cuestiones sociales, económicas, culturales y morales. Sin embargo con las limitaciones propias, creo que este trabajo puede ser un aporte limitado, pero útil en el sentido de plan-

tear el tema y permitir su discusión y reflexión sobre nuestra propia conducta.

Si bien no se cuenta con datos exactos sobre los orígenes de los Derechos de Propiedad Intelectual, sí podemos afirmar que en comparación con la mayoría de derechos con que contamos en nuestro ordenamiento jurídico, los Derechos de Propiedad Intelectual tienen un reconocimiento relativamente reciente, si bien desde tiempos inmemoriales y en diferentes culturas se han encontrado pruebas sobre la importancia de los inventores y sus creaciones.

Suele leerse o escucharse que en el Derecho Romano no existían los Derechos de Propiedad Intelectual, pero ello debe ser debidamente analizado; por un lado como premisa puede resultar cierta ya que básicamente como sistema jurídico el Derecho Romano, carecía en sí de la categoría de “Derechos Subjetivos” como los conocemos hoy, por lo que como enseña BONFANTE ³⁹, el Derecho Romano se basaba o consistía principalmente en un sistema de acciones, es decir el Derecho brindaba acciones para tutelar los intereses que consideraba dignos de protección.

Desde esta perspectiva, sí podemos sostener válidamente que estaba muy mal visto en la sociedad romana la violación a la idea embrionaria de paternidad sobre una obra o invento correspondiente a los creadores o inventores. En el Derecho Romano existían acciones concretas destinadas a la protección de estos intereses, como por ejemplo la injuria que protegía una lesión al honor,

39 Citado por el Dr. Carlos ROGEL VIDE, en *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, volumen cuarto, Editorial Reus, Madrid 2013.

que tenía como base la protección y reestablecimiento del honor o prestigio del autor o creador; ello sin duda muestra la existencia de una idea colectiva predominante sobre la importancia de una protección legal a los creadores o inventores, en función de su acto de creación mediante el cual se había dado nacimiento a una obra nueva.

Ello también puede inferirse de una discusión romana que nos presenta el Catedrático Español Carlos ROGEL VIDE ⁴⁰, entre sabinianos y proculeyanos: los primeros sostenían que en caso de adjunción por escritura la obra resultante pertenecía al propietario del soporte, mientras que los proculeyanos señalaban que lo importante era la escritura y que la obra resultante pertenecía al escritor de buena fe ⁴¹. A tal punto llegó la controversia que en un caso de pintura el mismo JUSTINIANO tuvo que definir la cuestión resolviendo que lo pintado es lo principal y que resulta preferible a lo accesorio constituido, en este caso, por el soporte.

Uno de los hitos que fue desencadenando o provocando la situación actual indudablemente se halla en la invención de la imprenta, ya que a partir de esta invención se fisuró el sistema imperante que consistía en “la censura”, como poder de las autoridades de turno, especialmente religiosas, de prohibir o modificar las distintas creacio-

40 En su obra *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, volumen cuarto, Editorial Reus, Madrid, 2013.

41 Si bien hoy parece una cuestión muy clara, en los tiempos romanos en función del alto valor económico de los papiros, y las características propias de un régimen profundamente materialista, en el que se daban los primeros enfrentamientos con el valor de la obra intelectual, se hacía de la cuestión un tema muy controvertido.

nes; nótese que la censura no sólo alcanzaba a trabajos escritos, sino también a obras pictóricas, escultóricas como así también a investigaciones médicas y científicas.

El reconocimiento inicial de estos derechos, resulta paradójico ya que nacieron como un “privilegio de impresión”, otorgado a los imprenteros en forma graciosa, siempre controlado por la censura estatal o religiosa, pero no directamente orientado a la protección de los autores de dichas obras.

Posteriormente en Inglaterra a través del Estatuto de 1710, se otorgó a los autores de obras impresas un privilegio sobre sus trabajos que podía ser transmitido.

La gran transformación o paso de esa calidad de “privilegio real” a “derecho subjetivo” como lo conocemos hoy, se da durante la Revolución Francesa, pero presentado ya con una visión moderna y propia que reconoce el “acto de creación intelectual” como la fuente o el origen de los derechos que se reconocen, y ese acto de creación es considerado como la manifestación individual de la personalidad de su autor.

Puede observarse claramente, según lo enseña el Dr. Abel JAVIER ARÍSTEGUI ⁴², que con la Revolución Francesa se inauguró una etapa en la cual se buscó eliminar los privilegios del Antiguo Régimen, y establecer un nuevo orden jurídico que proyectó sus efectos al resto de los países en formación como el nuestro.

Si bien se trató de un momento histórico fundacional, es decir de ruptura revolucionaria del “statu quo”, que

42 En su libro *El derecho de autor no es propiedad ni tampoco intelectual*, aportación al primer congreso Argentino sobre la defensa de los derechos autorales de la Sociedad Argentina de Autores (SADE 2001).

debía dar respuestas rápidas a un sinnúmero de cuestiones vitales para la sociedad francesa, entre uno de los temas que los revolucionarios entendieron como relevante o digno de su tratamiento se encontraba el de los Derechos de Autor ⁴³. Tan importante fue el tratamiento de las cuestiones relativas a esta temática que pese a lo convulsionado de esos tiempos se dedicaron a sentar las bases de los “Derechos de Propiedad Intelectual”, tal cual los conocemos hoy.

En la discusión previa a la sanción de las leyes francesas de 1791 y 1793, existía la clara conciencia en los legisladores de que los Derechos Intelectuales eran merecedores de una protección legislativa, y ello se desprendía del generalizado respeto y prestigio colectivo que tenían los inventores, autores o creadores por parte de la sociedad de la época.

Pero al tratarse de un conjunto normativo inexistente hasta ese momento, había que crear el marco regulatorio que estableciera las bases de la protección de los Derechos Intelectuales, tarea que resultó sumamente compleja sobre todo al carecerse de marcos referenciales o del tiempo para elaborar adecuadamente las teorías que sirvieran de fundamento para la justificación del nacimiento de un nuevo campo del Derecho conformado por los Derechos de Propiedad Intelectual ⁴⁴.

43 Fue un tratamiento inicial que comprendía no sólo los derechos de autor, sino también los derechos de los inventores.

44 Que en realidad constituyó un desafío mucho mayor, ya que antes de la Revolución se conocían como ciertos privilegios reales hacia los editores, o como actos de mecenas hacia artistas o inventores que eran tomados bajo la protección de

Se desprende de lo sostenido por los miembros informantes de la Leyes de 1791 y 1793, que según LE CHAPELIER se calificó como *“La más sagrada, la más personal de todas las propiedades es la obra fruto del pensamiento de un escritor...”* y según LAKANAL quien expresó *“Entre todas las propiedades, la menos susceptible de ser discutida”* para luego agregar *“Es solamente después de una atenta deliberación que vuestra comisión se propone consagrar estas disposiciones legislativas, las cuales por así decirlo, constituyen la declaración de los derechos del genio”*.

Éste fue el momento fundacional, desde el aspecto positivista, de la regulación legal actual de los Derechos de Propiedad Intelectual, es decir a partir de estas primeras decisiones de los revolucionarios franceses, es que se construyeron los ordenamientos jurídicos del resto de los países de tradición continental europea, y por transición de los latinoamericanos.

Ante la urgencia por establecer el nuevo régimen, los franceses recurrieron o tomaron prestado el instituto jurídico de la “propiedad privada” que por su difusión y característica garantizaba que la sociedad de la época asimilara a los Derechos Intelectuales y por ende los respetara, ya que frente a su violación serían amenazados con ser sancionados por los procedimientos y penas ya establecidos para aquellos que se alzarán contra la propiedad.

La protección jurídica de las creaciones intelectuales u obras del espíritu, en sus múltiples variantes, ha sufrido

algún señor feudal, por lo cual políticamente se encontraban más cerca del Antiguo Régimen que de las ideas revolucionarias.

un largo proceso evolutivo, que lejos está de ser pacífico y de encontrarse agotado, por lo que constituye un claro ejemplo de cómo el Derecho, en cuanto a su creación y modificación, obedece y se encuentra afectado por condicionamientos sociales, económicos, culturales y políticos. Es decir, que desde un punto de vista histórico el desarrollo de los Derechos de Propiedad Intelectual siempre ha estado asociado a los cambios y mutaciones de los sistemas económicos predominantes, observándose que en general los países de mayor desarrollo económico, científico e industrial, son los que han impulsado una fuerte corriente tendiente a aumentar los estándares de protección relacionados a los Derechos de Propiedad Intelectual, proyectando sus efectos más allá de sus fronteras nacionales, en la búsqueda de una unificación internacional normativa en estos aspectos, como consecuencia de una globalización de la economía.

Siguiendo la conceptualización universalmente aceptada, deviene oportuno señalar que los Derechos de Propiedad Intelectual comprenden las creaciones de la mente humana. Así incluye “a las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio”.

La Ley 11.723 de Propiedad Intelectual ⁴⁵, nos marca los aspectos fundamentales o brinda una serie de ejemplos que nos permite comenzar a entender qué debe considerarse como hecho generador de estos derechos.

45 Esto es a modo orientativo dado que como se verá los Derechos de Propiedad Intelectual tienen aspectos que exceden lo previsto por la Ley 11.723, que incluyen a la Propiedad Industrial.

Establece en su artículo 1 “*A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción*”.

El “acto de creación” es como se expresó, la fuente del reconocimiento de los derechos que se efectúa por parte de los Estados. Este “acto de creación” tanpreciado, como elemento modernizador, de progreso, de creación de identidad cultural, es de muy difícil obtención o realización, ya sea que surja como una chispa de inspiración individual y fugaz del creador (por ejemplo una melodía) o luego de un largo, costoso y sistematizado trabajo de un grupo de científicos (que por ejemplo es necesario para obtener un nuevo medicamento o desarrollar máquinas de una tecnología desconocida hasta ese momento, ya que además del trabajo intelectual, y de una idea innovadora se requiere una gran cantidad de recursos económicos y técnicos imprescindibles).

Por ello, adquiere para muchas sociedades un valor muy trascendente, y en la comprensión de esa importancia radica la fundamentación por la cual los Estados reconocen y protegen a las personas que realizan o son responsables de estos “actos de creación”, incentivando el trabajo de los inventores y creadores, en las distintas áreas, sean artísticas o científicas.

Éste es el fundamento de la concesión de distintos derechos a los creadores, cuya actividad genera una multiplicidad de aspectos positivos para toda la sociedad, brinda una adecuada protección de los Derechos Intelectuales, proyecta o derrama sus efectos en un sinnúmero de actividades relacionadas. Por ello, lejos de constituir un privilegio, entiendo que los Derechos Intelectuales, parafraseando al preámbulo de nuestra Constitución Nacional tienden a *“promover el bienestar general, asegurando los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo...”*.

3-Marcas y designaciones

Los Derechos Intelectuales, como campo jurídico están integrados, como hemos visto, por los Derechos de Autor y por la Propiedad Industrial, y si bien ambos conjuntos normativos están íntimamente relacionados ya que tienen en común su fundamento proveniente de un “acto de creación intelectual”, tienen características propias que permiten distinguirlos y así le han dado tratamiento las distintas legislaciones, estableciendo normas para cada una de las temáticas en forma independiente.

Simon TEITEL ⁴⁶ en su trabajo “La creación de tecnologías en la economía semindustrializada”, define a la tecnología, como *“la información técnica y de organización necesaria para fabricar productos industriales”*.

46 Simón TEITEL, 1984. “La creación de tecnologías en la economía semindustrializada”, pag. 83 y sgts. Editado por el Fondo de Cultura Económica.

En el mismo orden de ideas, Otto STAMM ⁴⁷ aclara que una idea nueva y creativa, es decir inventiva, está lejos de producir un beneficio social accesible para todos, si no se acompaña de la investigación y el desarrollo correspondiente como también de promoción, *marketing* y control de calidad en el mercado. Por esto, es fácil entender que el éxito en el proceso de creación de tecnología depende de que exista la perspectiva de obtener con ello una ganancia y una adecuada protección frente a la competencia.

Lo que hace falta, por lo tanto, es un instrumento para evitar que aquellos que no han hecho tales invenciones, se beneficien usurpándolas o sin pagar lo correspondiente al creador del invento, o autor de las técnicas o procedimientos, por los derechos que la ley les otorga por sus inventos o descubrimientos. Es entonces el pago de estos derechos, el que hace posible la transferencia de tecnología por medio de cesiones o licencias y por tanto posibilitando, su uso legítimo por otras personas.

Por esto es que la transferencia de tecnología abarca patentes, licencias, conocimientos prácticos generales, planos, proyectos originales, datos de ingeniería, capacitación, manuales de operaciones, bienes de capital y diversos servicios técnicos, resultando que, a través de la creación de la figura de los Derechos de Propiedad Intelectual se protege la transferencia tecnológica tanto a niveles nacionales como transnacionales, de bienes industriales.

47 Otto STAMM, 1991. “Las negociaciones del GATT para la protección de las nuevas tecnologías”, pag. 14 y sgts, en la Revista de Derechos Intelectuales Nro 5. Editorial Astrea.

Los sistemas de protección a los Derechos de Propiedad Intelectual reflejan, entonces, el interés en el desarrollo de la investigación y creación intelectual de procesos que en la mayoría de los casos son transferidos a la producción industrial.

Previo al avance de la temática que abordaremos, resulta ilustrativo y hace a una mejor comprensión de la problemática a desentrañar, establecer mediante un concepto aceptado internacionalmente, lo que se entiende por Patentes de Invención. En este sentido se pueden definir como: *“la protección que el Estado otorga a un inventor o creador, a través de un medio normado específicamente, para que éste sea reconocido exclusivamente como el original creador de su invento o descubrimiento. Dicha protección se otorga con exclusividad por un determinado período de tiempo, durante el cual, el titular del derecho, puede percibir en exclusividad beneficio por su invento o descubrimiento”*.

Definido entonces el concepto del “derecho de patentes” y los sistemas más difundidos de implementación, podemos adentrarnos en la trama que ensambla el proceso de traslación tecnológica a través de sistemas de implementación, como son los regímenes legales de patentes y los consecuentes efectos sobre la inversión y el desarrollo.

En general, el núcleo de los grandes conflictos dirimidos en el seno de los Organismos e Instituciones Internacionales, como en el caso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), se centró en las patentes y en la posibilidad de protección de un grupo de productos que comprendieron, hasta hace muy poco tiempo, los productos químicos y farmacéuticos y sus procesos de fabricación. Al tiempo de escribirse este trabajo, la cuestión más conflictiva se centra en la protección de los

productos generados a través de los procesos de biología molecular, al igual que los productos informáticos.

En 1994, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) propuso la inclusión de temas relativos a la Propiedad Intelectual en el programa de trabajo de la Institución referido a la biotecnología y a la política científica y tecnológica. De esta manera, en éste como en otros organismos de igual relevancia internacional, se instaló el tratamiento de la temática de la transferencia de biotecnología, como uno de los de mayor trascendencia para los años venideros, atento las perspectivas abiertas a partir del conocimiento y control científico sobre la biología molecular.

Históricamente podemos considerar a las marcas como la primera manifestación de los Derechos Intelectuales ⁴⁸, pese a que su función primigenia era la de identificar y diferenciar productos. Hace miles de años los artesanos “marcaban” sus productos con un símbolo o firma; esta costumbre se extendió dado el crecimiento del comercio, y se han encontrado antecedentes de productos chinos, especialmente cerámicas, que eran comercializados en Europa conteniendo un logo o signo marcario. En la Roma antigua se conocían muchas marcas de cerámica que alcanzaron notoriedad, como por ejemplo la marca “Fortis”,

48 Sí bien ello es muy discutido no sólo históricamente sino también jurídicamente, muchos autores niegan a las marcas, originalidad, novedad o el mínimo de actividad creativa; a nuestro entender, dicho razonamiento puede ser válido para algunas marcas, pero no para la totalidad, ya que sin dudas hay marcas que nacieron luego de un acto de creación intelectual, constituyen algo nuevo, de valor artístico, comercial o digno de protección como obra intelectual, ya sea que se trate de un dibujo, grabado, símbolo, combinación de colores, etc.

que fue objeto de los primeros casos de falsificación. Durante la Edad Media, las marcas se extendieron a casi todos los productos, dado que se fueron convirtiendo en indispensables para que un fabricante pudiera diferenciar sus productos de los de sus competidores; es más, desde la óptica de los consumidores las marcas eran el único elemento que les permitía elegir entre las diferentes opciones, dado que la apariencia de los productos en muchos casos era similar, pero sus calidades diferían notoriamente.

Los esfuerzos técnicos y económicos de los empresarios desarrollados con la finalidad de mejorar la calidad de sus productos, en un contexto de fuerte competitividad, generó que resulte indispensable la existencia y fortalecimiento de las marcas ya que en la actualidad casi la totalidad de los productos y servicios que se comercializan están identificados con algún signo marcario.

Tal importancia han adquirido las marcas en la actualidad que constituyen un activo de gran valor dentro de la estructura de toda empresa, que en casos extremos se convierten en un elemento con valor en sí mismo, que hasta han logrado diferenciarse del producto o productos al que identifican para adquirir “vida propia”⁴⁹.

Toda actividad comercial, de productos o servicios que se ofrecen en el mercado tiene una identidad única, que va a estar determinada por la marca (registrada o no), o por el nombre de la empresa o por un logo o por otros signos distintivos, como puede ser una determinada combi-

49 El titular de una marca determinada puede enajenarla o permitir su uso para algún otro producto. También es un elemento que puede incorporarse en la tasación que se realiza en las transferencias de fondos de comercio.

nación de colores, envase o presentación, que sirvan para generar “la imagen o identidad” del producto o servicio.

Desde el punto de vista del consumidor, nuestra Constitución Nacional ⁵⁰, y la Ley 24.240, establecen expresamente que todos tenemos derechos a acceder o contar con una información veraz, clara y cierta, que nos permita una libre elección en la adquisición de productos y servicios, adquiriendo en este sentido las marcas un valor fundamental.

Conjugando estos dos aspectos observamos que la protección marcaría, se basa en dos pilares fundamentales: por un lado el derecho del creador de la misma, que ha invertido dinero, tiempo y esfuerzo, para desarrollarla e instalarla en el mercado como signo distintivo de sus productos o servicios; y por el otro, desde el punto de vista de los consumidores que deben ser protegidos ante la oferta de productos falsificados, situación que por un lado los afecta en forma individual por adquirir un producto distinto al que realmente querían, pero también en forma general ya que, por la lógica propia de la falsificación en la que el producto es de menor calidad que el original, se genera un desprestigio del titular marcario y un perjuicio económico directo por la pérdida de mercado.

El Derecho Marcario comprende las disposiciones relativas a la creación, registración y protección de las mar-

50 Con la reforma de la Constitución en el año 1994, se incorporó el art. 42, que dispone: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno*”, con lo cual se marca la finalidad que debe teñir las relaciones entre las empresas y los consumidores y usuarios.

cas y designaciones de productos o servicios. Una marca puede consistir en todo signo que sirva para distinguir en el comercio productos o servicios; esto incluye: letras, palabras, números, dibujos, logos, nombres, frases, un *slogan*, combinación de colores, sonidos y hasta aromas o esencias (siempre que puedan representarse gráficamente), o la combinación de dos o más de los signos mencionados.

También se puede incluir como marcas, con algunos reparos, a los nombres de dominio (direcciones de Internet o URL), y hasta los signos distintivos colectivos, pero no pueden registrarse como tales las indicaciones geográficas, pese a que su utilización como marca ha tenido un difundido uso.

La decisión de qué puede ser registrado como una marca y qué no, debe juzgarse de acuerdo a la legislación de cada país, sus prácticas y costumbres en la materia, respetándose una idea de distinción entre productos y servicios, con relación al conocimiento de un consumidor medio al que está dirigido el tipo de producto.

En el Derecho Argentino, las principales disposiciones relacionadas a esta temática se encuentran en las previsiones de la Ley Nacional 22.362, que establece: *“ARTICULO 1 - Pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y de números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad.*

ARTICULO 2 - No se consideran marcas y no son registrables:

a) los nombres, palabras y signos que constituyan la designación necesaria o habitual del producto o servicio habitual a distinguir, o que sean descriptivos de su naturaleza, función, cualidades u otras características;

a) Los nombres; palabras, signos y frases publicitarias que hayan pasado al uso general antes de su solicitud de registro;

b) la forma que se dé a los productos;

c) el color natural o intrínseco de los productos o un solo color aplicado sobre los mismos.

ARTÍCULO 3 - No pueden ser registrados:

a) una marca idéntica a una registrada o solicitada con anterioridad para distinguir los mismos productos o servicios;

b) las marcas similares a otras ya registradas o solicitadas para distinguir los mismos productos o servicios;

c) las denominaciones de origen nacionales o extranjeras.

Se entiende por denominación de origen el nombre de un país, de una región, de un lugar o área geográfica determinados que sirve para designar un producto originario de ellos, y cuyas cualidades y características se deben exclusivamente al medio geográfico. También se considera denominación de origen la que se refiere a un área geográfica determinada para los fines de ciertos productos;

d) las marcas que sean susceptibles de inducir a error respecto de la naturaleza, propiedades, mérito, calidad, técnicas de elaboración, función, origen, precio u otras características de los productos o servicios a distinguir;

e) las palabras, dibujos y demás signos contrarios a la moral y a las buenas costumbres;

f) las letras, palabras, nombres, distintivos, símbolos, que usen o deban usar la Nación, las provincias, las municipalidades, las organizaciones religiosas y sanitarias;

g) las letras, palabras, nombres o distintivos que usen las naciones extranjeras y los organismos internacionales reconocidos por el gobierno argentino;

h) el nombre, seudónimo o retrato de una persona, sin su consentimiento o el de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive;

i) las designaciones de actividades incluyendo nombres y razones sociales, descriptivas de una actividad, para distinguir productos. Sin embargo, las siglas, palabras y demás signos con capacidad distintiva, que formen parte de aquéllas, podrán ser registrados para distinguir productos o servicios;

j) Las frases publicitarias que carezcan de originalidad”.

De los artículos citados, se observa, que la legislación ha tratado de ser casuística estableciendo un gran número de posibilidades de lo que puede considerarse una marca y de lo que no puede registrarse como tal. Esta circunstancia en la realidad suele presentarse en formas muy controvertidas, lo que vuelve de vital importancia la tarea desarrollada por el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INPI), dado que como órgano de aplicación y de registración sus resoluciones e interpretaciones son fuente obligada de consulta para cualquier interesado en la materia.

De estas disposiciones podemos concluir que para considerar que una marca puede ser registrada acorde a la legislación argentina no debe ser:

*Engañosa: para los consumidores, sobre la calidad o cualquier otra característica del producto o servicio (por ejemplo que comprenda adjetivos calificativos no compro-

bables: mejor, peor, único, superior). Se puede incluir en este supuesto cierta referencia al origen del producto, que sí es realizada a fin de agregarle valor, como por ejemplo “tecnología japonesa”; puede llevar a la confusión sobre si se trata de un producto de Japón o si fue realizado en otro lugar con aplicación de alguna técnica japonesa.

* Genérica: si se trata de palabras o nombres comúnmente utilizados para el producto o servicio, como son expresiones genéricas usadas normalmente para designar al producto (Ej. auto, leche, silla, utilizada para productos relacionados a los automóviles, productos lácteos o muebles).

* Descriptivas: consisten normalmente en adjetivos calificativos de los productos o servicios, con la finalidad de describirlos o señalar sus características. (Ej. verdura congelada, duraznos enlatados, pan caliente).

* Contrarias a la moral o al orden público: es una causal de prohibición genérica, que también puede desprenderse de lo prescripto por el art. 953 del Código Civil, y será evaluada en cada caso en particular por el organismo encargado de la registración de la marca.

* Similares o iguales a marcas registradas: como derecho exclusivo de identificación del titular marcario, no puede verse vulnerado por un competidor que trate de inscribir una nueva marca igual o similar a una ya existente, por lo tanto toda marca debe basarse en un idea de “novedad” de “creación nueva”, pero ello debe ser relativizado en función de que se debe analizar en relación al tipo de producto o productos sobre los que se haya registrado previamente la marca. Este “juicio de novedad” debe ser realizado por el organismo de registración, pero también se contempla la participación de los interesados a través del procedimiento establecido para las oposiciones.

Como elemento común a las temáticas relativas a los Derechos Intelectuales, las marcas están precedidas de un acto de creación, individual o colectivo, muy importante dado que con ella se identificará el producto o servicio o hasta la misma empresa; al nacer o crearse una marca por esencia o definición surge algo nuevo, algo que no existía y si además tiene un mínimo de mérito artístico, dicha creación podrá ser susceptible de protección jurídica.

Esta creación será más o menos original, pero por definición no puede llevar a confusión entre otro producto o servicio similar, es decir debe servir como identificación suficiente del mismo, con lo que mediante la tarea de diseñadores, especialistas en *marketing* y otros profesionales, se ha convertido en un elemento fundamental de toda actividad económica y la realidad ha demostrado que algunas marcas han trascendido su primera finalidad de identificación de un producto o servicio para convertirse en un valor en sí mismo, que debe ser protegido.

La protección de los derechos marcarios, en la mayoría de los países exige que las mismas se encuentren previamente registradas, aunque en los ordenamientos jurídicos influenciados por con el sistema *common law*, se admite, con mayor amplitud, la protección por el simple uso de la marca.

En el Derecho argentino la duración del registro de una marca es de diez años y puede ser renovada por periodos similares en forma indefinida; si bien esta registración es netamente territorial, la protección en el orden internacional requiere la inscripción en cada país o recurrirse a sistemas regionales como por ejemplo lo establecido para las marcas comunitarias, válido para la Unión Europea.

El Derecho Marcario, por su naturaleza refiere a la protección de dos centros de interés claramente diferencia-

bles: por un lado tenemos al del titular de la marca, esto es todo lo atinente a la adecuada protección de quien ha creado, desarrollado e instalado en determinado mercado una marca y los productos que ella identifica, frente a competidores desleales o distintos tipos de copias o falsificaciones, tanto de los productos como de los logos o marcas en sí. Pero por otro lado también tiende a proteger a todos los consumidores sobre la originalidad y calidad de los productos y servicios que adquieren y que están identificados con determinada marca. Esta relación a su vez tiene dos aristas, la primera se trata en proteger la libre elección del consumidor de adquirir el producto que desee y que el mismo se corresponda a la marca que exhibe; de esta forma se establece una relación de confianza y fidelidad entre el cliente y el titular del derecho marcario, que también y no menos importante, se proyecta hacia un momento posterior o de post-venta, en el cual el cliente espera o tiene la expectativa de que en el caso de haber tenido algún inconveniente con el producto o servicio adquirido, sea el titular marcario quien se haga responsable de la deficiencia, lo que resulta imposible si el producto es copiado o falsificado o ha sido introducido a la comercialización en violación a la legislación marcaria. Con lo cual frente a esa situación, esa relación cliente-marca, ha quedado severamente dañada o rota definitivamente.

Ante los casos de falsificación o reproducción ilegal, no sólo sufren los titulares marcarios sino que también los consumidores se ven afectados ya sea que se les dificulte acceder a lo que realmente quieren, o por adquirir algo que no querían. Sino que además se afecta a la sociedad en general, ya que el Estado se ve privado de recaudar los tributos correspondientes dado que estas operaciones comerciales con productos falsificados se suelen canalizar por medio de comercios ilegales o “en negro”.

La Ley 22.362 establece que la propiedad de una marca se obtiene con su registración. Ello conlleva a la obtención de la exclusividad en su uso, desde un aspecto activo, es decir para utilizarla efectivamente en la designación de productos o servicios, pero también el poder contar con el derecho de oposición al registro o uso por parte del resto de las personas, de la misma marca o de alguna similar que pueda generar confusión.

Estos derechos que la ley confiere al titular de la marca son netamente territoriales, es decir su aplicación plena surge dentro del Estado en que ha sido registrada la marca, con limitados alcances en cuanto a la protección que puede obtenerse en los demás Estados, ello dependerá de los convenios celebrados a tales efectos.

La duración de estos derechos de acuerdo al artículo 5° de la Ley 22.362 es de diez años y puede ser renovada indefinidamente por periodos iguales. El plazo de duración tiene la particularidad de que estará supeditado a un efectivo uso de la marca, ya que si la misma no es utilizada el registro puede caer mediante el procedimiento previsto por la ley.

Esto muestra la existencia en el Derecho Marcario de una de las particularidades propia de la naturaleza de los Derechos Intelectuales, que si bien son absolutos, esto es oponibles a todos, igual que los derechos reales, resultan por otro lado temporales y condicionales ⁵¹, lo cual se aparta de la idea de perpetuidad que rige para los derechos reales.

51 Sujeto a la utilización de la marca acorde lo dispone la ley, contemplando la pérdida del derecho por el no uso bajo ciertas condiciones.

4-Reflexiones finales

Desde el punto de vista del autor o creador, al dar a conocer su obra, exhibe una parte de su ser, de su intimidad, de su personalidad, su imaginación, de sus fantasías o recuerdos, de su inspiración, en fin de todos o alguno de sus sentimientos; claramente nada de esto tiene que ver con la “propiedad”, por más amplia que sea la aplicación jurídica que se quiera hacer del concepto de propiedad.

Al aparecer o surgir la obra en nuestro mundo económico, se crea una primera relación de “tenencia” por parte del autor (al terminar una poesía o una pintura o un libro), el autor dice o expresa: *“ésta son las obras que hice o éstas son mis obras”*, pero no suele escucharse que se refieran a ellas en el sentido de: *“ésta son las obras de las que soy propietario”*. Es más, esa “tenencia” comparte su naturaleza de alguna manera, con el Derecho de Familia (la ley no le otorga a los padres la “propiedad” sobre sus hijos, pero sí suele hablarse o discutirse sobre la “tenencia” de ellos). Ello lo aleja del sentido o influencia económica que trasmite la idea de propiedad o de dominio y muestra la preponderancia del derecho de paternidad.

Lo cierto es que reconociendo la fuerte influencia del concepto de “propiedad” en nuestra realidad (se suele hablar de nuestro patrimonio, de nuestras cosas, que compre esto o aquello, que tengo un trabajo, de lo que me pagan, de lo que debo, de las indemnizaciones más variadas que compensan casi todo con dinero, de los derechos que tengo, de los que perdí, de los bienes futuros, etc), en forma directa o como derivaciones jurídicas o lingüísticas la idea de “propiedad” cumple un rol preponderante. Algo similar sucede en el campo jurídico en general, ya que está profundamente teñido de “propietarismo” y en particular, este fenómeno se observa en los Derechos In-

telectuales. Pero tenemos que reconocer que no todos los aspectos de nuestras vidas tienen derivaciones relacionadas o influenciadas por la idea de propiedad, desde esta perspectiva trasladamos nuestro análisis a los Derechos Intelectuales.

En este contexto, en que la globalización financiera y el comercio mundial se apoyan en la tecnología, en el cual las principales empresas se fundan o desarrollan en base a descubrimientos y creaciones intelectuales por lo cual las ventajas que esa interconexión permite, a su vez impulsa un proceso de cambio vertiginoso, determinado por aquellos grupos de naciones, megaempresas o grupos económicos que poseen la titularidad de los Derechos Intelectuales sobre productos de consumo masivo, resulta imperioso asumir esta realidad y comprender los distintos aspectos que conforman los Derechos Intelectuales, sus características y efectos, fomentando el conocimiento, la investigación, y la creación de obras artísticas.

Hemos comprendido además, que el dinamismo de las ideas y la vertiginosa evolución de las teorías responden hoy más que nunca a la dinámica del conjunto social en el cual se expresan, y a las necesarias mutaciones que el desarrollo tecnológico, científico y cultural, ha impuesto en los últimos años.

A partir de los derechos a la explotación del invento o descubrimiento u obra artística, se desarrollarán en el futuro de las grandes fluctuaciones financieras del mundo. Un ejemplo demostrativo de esta nueva modalidad de acumulación de capital, es el caso de las empresas de *software* y telecomunicaciones y de la industria del entretenimiento que dominan el mercado internacional.

La gestión de los derechos patrimoniales derivados de las obras artísticas o científicas, va adquiriendo una nueva dinámica; históricamente la forma más común de los

mismos consistía en el manejo individual del creador o autor de dichos derechos, que contractualmente decidía disponer de ellos en las distintas formas posibles, esto es por ejemplo, el escritor que se vinculaba contractualmente con una editorial y pactaba las condiciones económicas en las cuales se publicaría su obra, o de un titular de una patente que comercializaba los productos inventados o licenciaba procedimientos afines.

En la actualidad, esta gestión individual convive en paralelo con un nuevo sistema que viene ganando terreno, esto es la “gestión colectiva de derechos de Propiedad Intelectual”, realizado por entidades especializadas cuya finalidad principal es la recaudación de algunos de los derechos patrimoniales y su distribución entre un conjunto de titulares de los mismos.

Este sistema de gestión colectiva se ha mostrado como sumamente ventajoso desde varios aspectos ya que por su especialización y profesionalismo, las entidades de gestión brindan una protección muy profesional a los titulares de derechos, sobre todo en campos conflictivos o en actividades poco dispuestas a reconocer el legítimo derecho de los autores, actores, músicos o artistas de las más variadas disciplinas.

En estos casos, por ejemplo los actores, músicos, bailarines, interpretes en general, en forma individual pueden gestionar ciertos derechos patrimoniales con cierta eficacia, sobre todo los más reconocidos o famosos que tienen la capacidad de negociación para imponer sus condiciones o términos contractuales, pero luego de este primer momento como sus derechos tienen una duración de muchos años, surgen grandes obstáculos o se torna muy dificultoso el contralor o supervisión que evite violaciones o reproducciones de sus obras o interpretaciones, que no han sido debidamente autorizadas o compensadas eco-

nómicamente; frente a estos supuestos y en virtud de la rápida transnacionalidad que adquiere la difusión de las obras protegidas, son entidades de gestión las que cobran relevancia al brindar un seguimiento sistemático y un poder de negociación colectivo que redundan en un beneficio para sus miembros, en forma concreta, pero también en una reafirmación de los Derechos de Propiedad Intelectual en su conjunto.

Para finalizar corresponde resaltar la idea esencial que surge en primer lugar del ANEXO al *Memorando del Director General* de la OMPI, presentado a las Asambleas de los Estados Miembros en la trigésima cuarta serie de reuniones (Ginebra 20 a 29 de septiembre de 1999), documento A/34/3, de 04/08/99, pág. 1: “1. *La propiedad intelectual es de capital importancia para el bienestar de la humanidad debido a su función de alentar la creación e impulsar el desarrollo. Convencidos del valor de la actividad creativa para la sociedad, los legisladores desarrollan marcos de protección de la propiedad intelectual para establecer las condiciones dentro de las que los creadores pueden hacer valer sus derechos al mismo tiempo que permiten a los miembros de la sociedad gozar de las artes y compartir los beneficios del progreso científico. Al ampliar los espacios para que la gente despliegue sus impulsos creativos, la propiedad intelectual ha contribuido tradicionalmente a la promoción del conocimiento y la cultura*”.

Con lo cual se hace necesario encontrar o reelaborar nuevas fuentes de justificación y de legitimación, para lo cual la racionalidad debe integrarse necesariamente con principios éticos que provengan de la sociedad argentina actual, y den verdaderos fundamentos que retroalimenten la vigencia de estos derechos, brindándoles una nueva autoridad moral basada en principios que sean asimi-

lados, aceptados y respetados por la sociedad argentina actual en este contexto determinado.

Básicamente, el tratamiento tradicional de los Derechos de Propiedad Intelectuales, ha demostrado a lo largo del tiempo, su inutilidad en el sentido de no brindar una adecuada tutela a sus destinatarios ni derramar sus múltiples beneficios al resto de la comunidad, en principio puede deberse a la escasa formación y pocos conocimientos que se brinda a los estudiantes y futuros abogados, formación que no contempla las complejas exigencias académicas y sociales acordes a los cambios que en la temática se vienen generando, mostrando una rápida aceleración como proceso global, ya que ni siquiera el pequeño grupo de profesionales que conforman o deben conformar el sector de la sociedad que más conoce de esta temática, tiene un conocimiento claro, preciso y profundo del campo comprendido por los Derechos Intelectuales. ¿Cómo puede ese conocimiento pretenderse conocido por la sociedad toda?

La deficiencia, no es sólo técnica sino también y sobre todo ética, ya que desde mi visión la regulación normativa vigente tiene una clara orientación positivista, y sobre todo deontológica kantiana, en la cual lo “correcto” tiene prioridad sobre lo “bueno”, señalándose que el cumplimiento de las normas positivas constituyen el medio para obtener lo bueno. Afirmación que se ve gravemente controvertida, al observar que los Derechos de Propiedad Intelectual son vistos o percibidos por amplios sectores sociales como beneficios o privilegios de algunos pocos, o de elites artísticas o en el peor de los casos hasta como elementos de dominación de empresas multinacionales, sin duda, si se parte de estos prejuicios su conocimiento, difusión y debido cumplimiento será como en nuestro país, muy dificultoso.

Tal es así, que se observan manifestaciones muy variadas de supuestos en los cuales los Derechos de Propiedad Intelectual son violados no sólo por sectores de escasos recursos económicos o que padecen situaciones de precariedad estructural, sobre todo educacional, sino que también este fenómeno de incumplimientos masivos atraviesa todas las capas y extractos sociales adquiriendo matices y características propias, hasta llegar a observarse en distintos organismos públicos o académicos como una práctica habitual.

Teniendo en cuenta las expectativas que gran parte de la sociedad tiene sobre la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual, ellas son cuanto menos débiles, ya sea primero por desconocimiento y luego por desconfianza o falta de compromiso en su respeto, lo que favorece la retroalimentación de un círculo vicioso que lleva a reafirmar un sentimiento de autoexclusión, es decir el establecimiento de que como cuerpo normativo no le es propio, sino que le corresponde a otros o sólo beneficia a unos pocos, lo que a su vez amplía el desconocimiento y aumenta el distanciamiento de la sociedad con esta rama del Derecho. La sensación de que los Derechos de Propiedad Intelectual no benefician o llegan a un grupo significativo de personas, da lugar en gran parte a la desidia a su respecto consolidando así una visión de indiferencia o hasta de rechazo.

Por lo que uno de los principales desafíos consiste en poner al alcance de todos la protección que brindan los derechos intelectuales y sobre todo garantizar un adecuado acceso a los beneficios que dichas obras o inventos generan no sólo para su creador sino también para la sociedad.



Transferencias y difusión de los resultados

En concreto el grupo de investigación ha producido una serie de trabajos y presentaciones preliminares en reuniones científicas y congresos, generándose también la publicación de varios trabajos que a continuación se detallan.

Ponencia en el V Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho, *“Uso de tecnologías de la información y de la comunicación en la enseñanza virtual del pensamiento científico”* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. La Plata, Argentina. Realizado los días 15,16 y 17 de noviembre de 2021.

Ponencia en el *“XXI Congreso Nacional y XI Latinoamericano de Sociología Jurídica”*, tema *“Breve referencia del marco teórico y del régimen jurídico del sistema de “blockchains” y de obras mediante “tokens no fungibles”. La necesidad de su comprensión para una correcta visualización de una nueva realidad”*. organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y SASJu, Argentina, los días 27, 28, 29 y 30 octubre de 2021.

Exposición en la Jornada sobre: *“Presentación ANUARIO de la Universidad del Este”* realizada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Este. La Plata, Argentina, el 28 de septiembre del año 2021.

Publicaciones:

-“Nuevas perspectivas respecto a la naturaleza jurídica los Derechos de Autor” publicado en el Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. En Madrid, España, Editorial Reus, año 2021. ISSN: 1889-724X-2020.

-“Netflix y Spotify nuevos desafíos para la enseñanza del derecho privado desde una visión integral”, Publicado

en el libro *Enseñar Derecho en tiempos de Pandemia- Debates y reflexiones docentes de la virtualidad emergente* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Año 2021. ISBN 978-950-34-2001-0. “Crónica anual sobre los acontecimientos jurídicos más relevantes del año 2020 en Argentina” artículo del Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. Publicado en Madrid, España, Editorial Reus, año 2021. ISSN: 1889-724X.

g. Referencias bibliográficas

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, 2007. *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*. Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid.

CAPELLO, Nora, 1997. “La ley de patentes y los nuevos avances de Argentina en materia de propiedad intelectual”. Conferencia dictada durante el Seminario sobre Patentes, organizado por The International Law Association. Buenos Aires.

CORREA, Carlos María, “Propiedad Intelectual, Innovación Tecnológica y Comercio Internacional”. Revista de comercio exterior, Vol. 39, Nro. 12, pág. 1059.1989.

DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (Introducción a la Teoría del Contrato)* Tecnos, 2ª reimpresión, Madrid, 1979.

-*Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983.

GENOUD, José, 1993, “La ley de patentes. Análisis de su texto y la reglamentación del GATT”. Documento de trabajo. Senado de la Nación.

GHERSI, Carlos Alberto, *Obligaciones civiles y Comerciales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2005.

IRIARTE, Ignacio Fabián, “Ley 22.362 Marcas y Designaciones”, en *Código Penal de la Nación Comentado y*

anotado, Dir. Andres José D’ALESSIO, Ed. La Ley, 2da. edición, Buenos Aires, 2011.

LETURIA, Mauro Fernando, 2013, “Problemáticas de la enseñanza de los Derechos de propiedad Intelectual en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata” Publicado en SEDICI http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/36070/Documento_completo.%20Mauro%20Lectura..pdf?sequence=1

LETURIA, Mauro Fernando, 2014, “Crónica sobre Propiedad Intelectual en Argentina en el año 2013”, publicada en el *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA 2013*. Editorial Reus, Madrid, España.

LETURIA, Mauro Fernando, 2014. “Reflexiones sobre los Derechos Intelectuales”, publicado en la Revista “Temas de Derecho Económico-Enfoque Nacional e Internacional”, Tribunales Ediciones.

LETURIA, Mauro Fernando, 2015, “Breves consideraciones sobre el ‘acto de creación’”. *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA 2014*, Editorial Reus, Madrid-España.

LETURIA, Mauro Fernando, 2016, “Protección Penal de los Derechos Intelectuales en Argentina”. *Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA*, Editorial Reus, Madrid-España.

LIPSZYC, Delia- VILLALVA, Carlos A., “El autor menor de edad”, La Ley 2007-C, 797.

LORENZETTI, Ricardo, *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999.

LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, 20^a ed. Abeledo-Perrot/LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría General del Contrato*, Ed. Orbir, Rosario.

OCDE1997, *Propiedad intelectual y transferencia de tecnología y recursos genéticos. Un estudio de la OCDE sobre prácticas y políticas actuales*, OCDE.

O'FARRELL, 1988, "Patentes y medicamentos" Revista de derechos intelectuales Nro. 3, pág. 36, Editorial Astrea.

OMC 1997, *El comercio y la política de competencia*, OMC, Informe Anual, Vol. I y II.

OMPI 1990, *Simposium sobre Propiedad Intelectual*, Universidad e Industria en América Latina.

PUIG BRUTAU, José, 1978, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, T. II Vol 1.

RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, 3ª ed., LexisNexis, Buenos Aires.

ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, volumen cuarto, Editorial Reus, Madrid, 2013.

ROGEL VIDE, Carlos-Eduardo SERRANO GÓMEZ, 2008, *Manual de Derechos de Autor*, Editorial Reus, Madrid.

ROGEL VIDE, Carlos-Caridad VALDÉS, 2012, *Obras Originales de Autoría Plural*, Editorial Reus, Madrid.

ROGEL VIDE,, Carlos, 2003, *En torno a los Derechos Morales de los Creadores*, Editorial Reus, Madrid.

RUIPÉREZ AZCÁRATE, Clara, 2012, *Las obras del Espiritu y su originalidad*, Editorial Reus, Madrid.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, 2000, *La Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*, Cuadernos Civitas, Madrid, España.

SHERWOOD, Robert N., 1989, "Beneficios que brinda la propiedad intelectual a los países en desarrollo". Revista de derechos intelectuales Nro. 3.

SPOTA, Alberto Gaspar, 1979, *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Depalma, Buenos Aires,



STAMM, Otto A., 1991, “Las negociaciones del GATT para la protección de las nuevas tecnologías”, *Revista de Derechos Intelectuales* Nro. 5, pág 14, Editorial Astrea.

TABIERES Susana-LETURIA, Mauro Fernando, *Derechos de propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos*, Librería Editora Platense, La Plata-Buenos Aires, 2014.

TABIERES Susana-LETURIA, Mauro Fernando, “Reflexiones y posibles efectos sobre el proyecto de ley de semillas”, presentado en el III Congreso Internacional de Agrobiotecnología, Rosario, Argentina, octubre de 2012.

TEITEL, Simón y WESTPHAL, Larry, 1990, “Cambio tecnológico y desarrollo industrial”, Fondo de Cultura Económica, 2da. edición, serie económica.

TEITEL, Simón, 1984. *La creación de tecnologías en las economías semindustrializadas*. Fondo de Cultura Económica, pág. 83.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, 2012, *Las obras en colaboración. Introducción y teoría general. Especial referencia a su regulación en la ley Cubana de derecho de autor*, Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, Madrid.

VIBES, Federico P., “El impacto de internet en la Propiedad Intelectual”, La Ley 2002-D, 1106.

**Trabajos del
Tercer
Concurso de
Artículos de
Divulgación
Científica
UDE - 2021**



• **Publicación de los trabajos del Tercer Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2021**

Durante el año 2021, gracias al fuerte apoyo institucional de la Universidad del Este se realizó la convocatoria al Segundo Concurso de Artículos de Divulgación Científica UDE 2021, 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 que 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.

Trabajos premiados del tercer Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2021.

Primer lugar:

1- “El auge de las economías de plataformas en épocas del Covid-19. La juventud en el epicentro de la precarización laboral y la necesidad de una regulación de la actividad”. Victoria Antonella MONGELOS, Jeremías GARCÍA, Pilar RIVAROLA

Segundo lugar:

2- “Martillos para cocinar. Cuando los procesos de juzgamiento les dan la espalda a los avances científicos”. Santiago M. IRISARRI y Camila Denisse PEREYRA

Mención especial:

3- “Transversalizar la perspectiva de diversidad sexual en el acceso a la Justicia y la asistencia judicial: prevalencia de la discriminación, victimización por violencias basadas en razones de género y representaciones de odio hacia la comunidad LGBT+”. Sergio Oscar LIBERA MEDINA

Mención especial:

4- “Sesgos de género en la Inteligencia artificial: la lucha feminista en la cuarta revolución industrial”. María Victoria GISVERT

5- “El consumidor hipervulnerable. Análisis teórico, normativo y jurisprudencial”. Adrián Emir GOCHICOA, Serena CORTÉS

6- “¿Es la superficie un acto de disposición? Análisis de la autonomía municipal a la luz del régimen de administración de los bienes inmuebles municipales en territorio bonaerense”. Germán RINCÓN

7- “Violencia de género durante la pandemia de COVID-19: estándares interamericanos de derechos humanos para combatirla”. Isaac Marcelo BASAURE MIRANDA.

8- Trabajo titulado “Neoextractivismo en el Alto Valle patagónico: análisis en clave ecofeminista con propuestas desde el ‘buen vivir’”. Abril QUINTANA THEA

9- Mención especial. “Las personas y el derecho a la salud, una dúo realidad” María Florencia POURREUX -María Lis AMAYA.

“El auge de las economías de plataformas en épocas del Covid-19. La juventud en el epicentro de la precarización laboral y la necesidad de una regulación de la actividad”.

Autores: Victoria Antonella MONGELOS

Jeremías GARCÍA

Pilar RIVAROLA

Resumen

El avance tecnológico constante ha realizado -y realiza- modificaciones significativas tanto en nuestra cotidianidad, como en los diversos factores sociales, informativos y comunicativos que nutren las relaciones humanas. A tenor de esta evolución veloz y constante, las relaciones laborales no han sido una excepción; las restricciones en virtud de la pandemia Covid-19 en un mundo en constante avance tecnocientífico donde existen cada vez más elementos que median entre la realidad y los seres humanos han resultado en el ápice vertiginoso de lo que actualmente se conoce como “comercio electrónico”.

Dentro de esta nueva lógica de relaciones comerciales, han tenido su auge las aplicaciones de reparto mediante plataformas digitales especializadas en el *delivery*. Corresponde resaltar que las personas que realizaban efectivamente estas tareas fueron consideradas en nuestro país de carácter esencial, por lo que durante la cuarentena han sido por momentos transeúntes solitarios en el desarrollo cotidiano urbano, generando así un cambio estructural en el mercado completo.

En este contexto y aclarando que estos nuevos formatos resultan facilitadores a la hora de efectivizar las

transacciones, de informar, de comunicar y de agilizar la relación comercial, estas facilitaciones no se plasman en beneficios para el trabajador, que en su gran mayoría tienen como fuente principal de trabajo la realización de tareas en estas plataformas y en muy pocos casos, las utilizan como un segundo ingreso económico, por lo que dependen financieramente de la app.

Comprender que estos trabajadores se encuentran en una situación de vulnerabilidad frente a su empleador, es trascendental. Siendo que esta vulnerabilidad los posiciona en situaciones de riesgo a la hora de trabajar, y un efecto directo de esta vulnerabilidad es la precarización laboral que sufren a raíz de que no existe actualmente una legislación a nivel nacional en la Argentina donde se tenga en cuenta este tipo de trabajo, y a su vez, respete sus derechos laborales y constitucionales, pilares fundamentales de una sociedad democrática.

Palabras clave: plataformas digitales, economías de plataformas, dependencia laboral, precarización laboral.

SUMARIO: 1- Introducción. 2- Economía de plataformas: ¿nuevo paradigma laboral? 3- Los términos y condiciones como Contrato de Adhesión. 4- ¿Autonomía laboral o relación de dependencia? 5- Efectos del Covid-19: auge de las economías de plataformas y precarización laboral 6- Necesidad de regulación a nivel nacional de la actividad de plataformas digitales. 7- Conclusión. 8- Bibliografía

1- Introducción

Durante estos últimos años se ha podido avizorar el surgimiento de nuevas formas de interacción laboral, donde se ofrecen distintos tipos de servicios a través de

plataformas digitales, por las cuales se conecta tanto a trabajadores, clientes usuarios de las plataformas, y organizaciones empresariales o bien comercios locales en la cadena de los procesos de producción de capital de una forma más dinámica.

Existen diversas plataformas digitales con diferentes fines y metodología de trabajo: mientras algunas buscan un lucro económico otras simplemente se basan en una economía colaborativa; nos referiremos a las primeras como economías de plataformas.

Ante la implementación de las TICs en todos los ámbitos de la vida de las personas, y principalmente en el comercio, se ha generado un giro de 180 grados en la concepción que se tenía sobre producción en las sociedades del mundo. El avance de estas técnicas, y de internet, ha generado un auge de la economía de plataformas que hoy en día nos obliga a poder adaptarnos y ejercer una regulación de la misma, garantizando los derechos principales de los trabajadores, donde la *seguridad social* sea el eje principal.

En el presente trabajo se intenta abordar la problemática referida a la profunda precarización laboral aumentada en épocas de Covid-19, que hoy en día acucia a los trabajadores de las plataformas de *delivery* en la Argentina.

El principal objetivo es demostrar que existe una *relación de dependencia* entre los trabajadores de dichas plataformas y las mismas, comprendiendo a las plataformas dentro de la figura del *empleador*, como así también las problemáticas, particularmente la precarización, ocasionadas a raíz de la no regulación de este tipo de trabajo, considerado actualmente como *autónomo*.

Los trabajadores son apriorísticamente dependientes ya que dependen de una plataforma para acceder al sis-

tema del proceso productivo del mercado, dependen de una empresa y de su plataforma para poder tener un ingreso económico que sustente tanto al trabajador como a su familia, que en muchos casos, como ya hemos dicho, es su fuente de ingreso principal. Siendo que se encuentra en una posición débil frente a la empresa, frente al mercado económico.

Casi la totalidad de las empresas que utilizan apps para realizar actividades de *delivery*, entienden que los trabajadores son independientes, es decir no reconocen una dependencia laboral con la empresa, privándolos de protecciones dispuestas en lo relativo a legislación laboral y a seguridad social. Otra cuestión no menos importante, es el hecho de que estos trabajadores generan la relación laboral con la empresa, a través de la aceptación de los términos y condiciones que dispone la app, donde se encuentran las cláusulas generales predispuestas del contrato al que adhieren, poco comprensibles para muchos de los trabajadores.

Debemos plantearnos la posibilidad de poder aplicar nuestro Derecho, resguardar los derechos de los trabajadores, ante un nuevo formato del proceso productivo que en este siglo se posiciona cada vez con más fuerza.

Para poder brindar una solución a esta situación que viven a diario los trabajadores de plataformas de *delivery*, es menester realizar un análisis profundo dentro del cual se consideren los principios laborales y la situación de hecho que existe, en Argentina, en la relación laboral que tienen los trabajadores con las plataformas.

Aplicar nuestra LCT como hoy en día se encuentra, podría generar que en muchas cuestiones no pueda suplir o bien proteger al trabajador ante el nuevo formato del mercado debido a que nuestra ley fue realizada hace muchos años; por lo que es necesario abordar los nuevos mé-

todos que se utilizan en la actualidad para la producción, garantizando una plena protección de los trabajadores.

2- Economías de plataformas: ¿nuevo paradigma laboral?

Ante la implementación de las TICs en todos los ámbitos de la vida de las personas, y principalmente en el comercio, sumado a la utilización de Internet como principal herramienta, se ha generado un giro de 180 en grados en la concepción que se tenía sobre producción y consumo en las sociedades del mundo.

En primer lugar, para poder adentrarnos en el mundo de las economías de plataformas, es imprescindible entender qué son las plataformas digitales, siendo que es donde se desarrollan estas actividades.

Las plataformas digitales son un modelo de utilización en el mercado laboral de nuestro siglo, para producir capital económico, con una reducción de gastos, lo cual genera mayores ganancias para los empresarios que las utilizan.

Existen dos tipos de plataformas: las plataformas en línea, en las cuales el trabajo se terceriza mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa (una modalidad también conocida como *crowdwork*)⁵², y las aplicaciones (o apps) móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en zonas geográficas específicas.

⁵² Tareas que son ejecutadas a través de plataformas online que ponen en contacto un número indefinido de organizaciones, negocios e individuos a través de internet, posibilitando potencialmente la conexión de clientes y trabajadores a nivel global (DE STEFANO, 2015:4).

Este tipo de plataformas se caracteriza por la utilización de internet, lo que permite que cualquier persona o mejor dicho trabajador de la empresa que utilice esta metodología, pueda trabajar desde cualquier parte mediante la conexión a internet.

Otra característica resaltante, es la utilización de algoritmos para la gestión de la plataforma, los cuales le permiten tener un control de los repartidores; donde cuestiones como la conducta de los mismos se puede observar mediante la evaluación que realizan los clientes conforme la labor efectuada, designación de tareas y parámetros de horario laborable, entre otras.

La problemática que generan los algoritmos es que en muchos casos se sanciona a los trabajadores arbitrariamente o bien ellos necesitan presentar las necesidades que los suscitan y la única interacción que poseen es con un sistema que no les permite presentar estos inconvenientes que los aquejan.

“Algunas plataformas digitales de trabajo en línea asignan tareas a un grupo de personas (microtareas o tareas creativas basadas en concurso) o directamente a personas a través de plataformas digitales de trabajadores *freelance* cuyos trabajos suelen ser de más larga duración (por ejemplo, *Upwork*). Además, también hay plataformas de trabajo basadas en la ubicación y en aplicaciones informáticas, donde la mayoría de las tareas se asignan a individuos concretos (por ejemplo, transporte, entregas y servicios para el hogar) y son pocas las tareas que se asignan a un grupo de personas (por ejemplo, la realización de microtareas locales).

Si bien estas plataformas digitales son el resultado de avances tecnológicos, el trabajo que generan se asemeja a muchas modalidades laborales que existen desde hace tiempo, con la diferencia de que cuentan con una herra-

mienta digital que sirve de intermediario. (*Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra: OIT, 2019).

Las economías de plataformas llegaron a nuestro país hace pocos años, pero la realidad es que en los otros continentes ya existían, y llegó a la Argentina para instalarse de forma permanente, generando que las estructuras del mercado se vean afectadas y permitiendo una nueva óptica de cómo se comprende a la producción en la actualidad.

Durante estos años, las economías de plataformas fueron creciendo gradualmente para ocupar un lugar hoy importantísimo a tratar en la agenda laboral. Para profundizar en su funcionamiento y forma de contratación que merece este tipo de paradigma laboral, es fundamental comprender qué es y cómo impacta en la sociedad, tanto argentina como exterior.

“Las economías de plataformas se caracterizan porque, a través de su actividad, persiguen un afán de lucro y no permiten el desarrollo de gobernanzas participativas. Esto se da debido a que los agentes básicos de la compartición de plataforma son consumidores/usuarios, trabajadores/proveedores y negocios/plataformas que coordinan, pero no controlan, los intercambios realizados” (TORRENT SELLENS, Joan -2019).

La característica principal es la disgregación de tareas, entre cientos de trabajadores, usuarios de la app, para que las realicen, habiendo dos formas de realizarlas, on-line y off-line.

La realización de las tareas on-line es característica de los trabajos colaborativos, donde no importa la ubicación en la que se encuentra el trabajador, sino que se realiza una conexión entre clientes y trabajadores, pu-

diendo ser estos clientes grandes corporaciones o empresas, o simplemente particulares que necesitan el servicio que se ofrece. Dentro de estas tareas podemos mencionar análisis de datos, traducciones de textos, colaboración en investigaciones, programación informática, edición de imágenes, entre otras.

En otro extremo, se encuentra la realización de tareas off-line, a través de apps donde necesariamente la labor debe realizarse de manera presencial y es importante la ubicación en la que se encuentra el trabajador. Esto se debe a que estas plataformas trabajan a nivel local en cada sitio, donde la necesidad del trabajador en la zona genera que la actividad se desarrolle de manera más rápida y produzca una mayor satisfacción en el cliente que solicita la tarea.

En su mayoría, las tareas por demanda off-line se ejecutan por medio de aplicaciones móviles, que descargan en sus celulares tanto los trabajadores como los usuarios clientes de éstas.

Nos dedicaremos especialmente al desarrollo y análisis de este último, para poder comprender en profundidad sus efectos en las sociedades, pudiendo adelantar que, tanto en Argentina como en cualquier otro país del mundo donde se utiliza este tipo de plataformas, los trascienden las mismas problemáticas.

En la economía de plataforma, los efectos de red conectan tareas o microtareas sin importar la naturaleza del agente que realiza esas tareas. Este cambio es fundamental, porque confiere a las estructuras organizativas de la producción y los mercados una importante novedad: su doble cara. Los intercambios de doble cara se caracterizan por el hecho de que los usuarios de un lado del mercado se benefician de la participación del otro lado del mercado. Por tanto, los usuarios de ambos lados sa-

can partido del aumento de tamaño de cada cara del mercado. Es decir, el valor para los usuarios en un lado del mercado (por ejemplo, la provisión de bienes o servicios en una plataforma) es una combinación lineal del número de usuarios en el otro lado del mercado (por ejemplo, los usos de bienes y servicios en la misma plataforma), y viceversa.” (Joan TORRENT-SELLENS, *¿Economía colaborativa o economía de plataforma? Mas allá de un debate inacabable*).

La impronta personal que tienen las economías de plataformas se basa en conectar mediante la red informática, utilizando internet, a trabajadores sin importar su calificación para la tarea a desarrollar, con lo cual genera un gran beneficio para la empresa al poseer mayor mano de obra para la labor, y mayores ganancias ya que para la tarea no importa contar con una mano de obra calificada. Es aquí donde podemos observar que la mayoría de los trabajadores, usuarios de la app, son jóvenes que, ante la imposibilidad de poder insertarse en el mercado, en un trabajo donde se valoren sus estudios o bien sin tener estudios, puedan acceder a un trabajo no precarizado, ven en las economías de plataformas una salida e ingreso económico rápido, pero con un coste muy grande: la pérdida de sus derechos.

“La estructura de pagos por tarea en lugar de por tiempo también parecería asemejarse a las modalidades preindustriales de trabajo a destajo (ibíd.). La eventualidad del trabajo en plataformas digitales junto con la desagregación de tareas grandes en piezas más pequeñas no parece tan diferente de las modalidades laborales temporales que aún existen en la industria textil y de ropa, ya sea en talleres clandestinos o en el hogar del trabajador que trata de compensar sueldos bajos con trabajos adicionales que acepta a modo de trabajo a domicilio” (SCHOLZ y LIU, 2010).

Todos estos mecanismos o bien métodos que utilizan las economías de plataformas nos permiten visualizar que nos encontramos ante situaciones con una gran similitud a prácticas laborales ya conocidas por todos, donde la disgregación de tareas y trabajo eventual son el epicentro. La única diferencia radica en que, en estas plataformas, el uso de la tecnología tiene el rol principal.

En el caso particular de estas plataformas, se basan en ofrecer servicios de *delivery*, donde las actividades pasan desde un mandado del supermercado, comida, y medicamentos de farmacias, pero también hasta enviar dinero en efectivo a alguien.

Los trabajadores de estas aplicaciones deben descargarlas en sus dispositivos móviles, aceptar los términos y condiciones, comprar sus propias herramientas de trabajo como es la famosa mochila que cargan en sus espaldas, para poder comenzar a trabajar bajo un lema de libertad un tanto inexacto. Para poder obtener un sueldo por debajo del básico, deben trabajar alrededor de 10 hs o más para poder llevarles un plato de comida a sus familias.

Es evidente desde nuestra óptica, que nos encontramos ante las mismas prácticas de flexibilización y precarización laboral, pero con una nueva cara, más moderna, que esconde debajo de ella las mismas intenciones que tiene el mercado capitalista y liberal centrado fundamentalmente en la desregulación de la legislación laboral y posicionando al trabajador en situación de vulnerabilidad, favoreciendo la desindicalización de los trabajadores y el debilitamiento de las relaciones colectivas.

3- Los términos y condiciones como Contrato de Adhesión

El método más utilizado por las plataformas digitales a la hora de incorporar trabajadores en sus empresas es la utilización de lo que hoy es conocido como *Términos y Condiciones*. Es un tipo de contrato caracterizado por la *adhesión* de la otra parte, ya que se encuentra pre estipulada la redacción completa, incluyendo las condiciones del contrato donde sólo la parte debe aceptar o rechazar sin poder establecer ningún tipo de negociación, sometiéndose al arbitrio de la empresa que redactó este contrato.

En el contrato de adhesión subyace el posicionamiento superior de una parte sobre la otra por varios motivos, principalmente la superioridad de una parte sobre la otra no depende tanto del mayor poder económico sino de las circunstancias que hacen que una parte pueda imponer a la otra un negocio sobre la base de documentos pre redactados; ello solo es suficiente para establecer una superioridad. (RIVERA, Jorge Luis, CROVI, Luis Daniel y DI CHIAZZA, Iván G., *Contratos Parte General*).

“Este tipo de contratos asume esa característica, donde el acuerdo tiene una esfera de desenvolvimiento asaz reducido: sólo se tiene la libertad jurídica -no la libertad económica- de adherirse o no a la oferta que la otra parte formula. La persona se limita a ‘adherirse’ a la oferta de la otra, no sólo sin tener la posibilidad de formular una ‘contraoferta’, sino que tampoco cuenta con la libertad e igualdad económicas que le permitan rechazar esa oferta” (Actualización LEIVA FERNÁNDEZ a SPOTA, *Instituciones del Derecho Civil*).

“Por ello se dice que un control legislativo de cláusulas contractuales preformuladas sirve no sólo al

propósito de la protección de los débiles -como los consumidores- sino de manera totalmente general al aseguramiento de la capacidad funcional de un sistema jurídico privado basado en el principio de la autonomía privada” (LEIBLE citado por RIVERA, Jorge Luis, CROVI, Luis Daniel y DI CHIAZZA, Iván G., *Contratos Parte General*, p. 263).

Es evidente que muchas de las empresas que utilizan a las economías de plataformas, se encuentran en un nivel de superioridad frente al trabajador. quien debe aceptar las condiciones que le imponen, ya que no tienen otra alternativa para acceder al trabajo que ofrecen. La idea de implantar esta metodología por parte de las empresas, nos permite visualizar la intención de no considerar a estos trabajadores en una relación de dependencia con ellas, pero a su vez, al utilizar los llamados *términos y condiciones*, también se genera una vulneración al libre consentimiento que requieren ambas partes para la celebración del contrato, abusando de la necesidad de las personas, y desconocimientos de muchos aspectos contractuales a la hora de celebrar este tipo de contratos, debiendo aceptar las cláusulas generales predispuestas, como expresión de su consentimiento a las mismas y finalmente acceder al trabajo.

“En el caso de las plataformas de trabajo, la pérdida del poder de negociación es especialmente lesiva, pues los términos de servicio a menudo abordan no sólo el uso de la herramienta de *software* por parte de los trabajadores, sino también la reglamentación de muchos aspectos de las condiciones laborales, incluida la relación con el cliente a través de la plataforma (por ejemplo, condiciones de pago, procedimientos y plazos para la aprobación y el rechazo del trabajo)” (*Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el*

mundo digital. Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra: OIT, 2019).

Para comenzar a trabajar en las empresas de *delivery* como Rappi, Pedidos Ya, Glovo, etc., los trabajadores deben instalar la aplicación de la empresa en sus celulares, y una vez instalada deben aceptar los *términos y condiciones* para poder comenzar a trabajar en la actividad de *delivery*.

A partir de que aceptan, deben realizar una suerte de capacitación a través de la app donde se les presenta una guía de pasos de cómo se debe desarrollar el trabajo por el cual accedieron, cómo se utiliza la plataforma, y cómo actuar ante ciertas situaciones. Finalizados estos pasos, luego de un lapso de días se les habilita la app para comenzar a trabajar.

La peculiaridad que tienen es que estos contratos son muy extensos y redactados por abogados que utilizan terminología compleja para aquel que quiera acceder al trabajo, ocasionando -a pesar de que se tenga la voluntad de querer comprender, de poseer tiempo para leer el contrato-, que no se pueda comprender en su totalidad las disposiciones que contiene y que no se lea completamente el contrato al cual se adhieren. Aunque los trabajadores quieran comprender lo que dice el contrato, no tienen otra opción que aceptar lo que se les impone allí, ya que se encuentran en una situación de vulneración y necesidad tal, al no encontrar un trabajo retributable en donde puedan tener un ingreso económico, y tener un plato de comida en la mesa, que simplemente se resignan a aceptar aquello que se les impone, aunque por dentro puedan tener una mínima sospecha de que están siendo utilizados y perdiendo sus derechos.

En ocasiones, estos términos y condiciones sufren actualizaciones, y en muchos casos, los trabajadores usua-

rios de la app no se enteran de que se realizaron, lo que podría afectar a su actividad laboral.

Todas estas circunstancias conllevan a que el trabajador no tenga una noción plena y comprensiva de aquello a lo que adhiere mediante la leyenda *acepto los términos y condiciones*. Así como en cualquier *contrato de adhesión*, una parte se encuentra en una situación de inferioridad (usuario) ya sea por recursos económicos y/o conocimientos, y la otra parte se encuentra en una posición dominante, quien marca las reglas del juego; restando a la primera aceptar las reglas de juego impuestas por aquélla. Paradójicamente, sucede lo mismo aquí, se encuentran en una posición de disparidad, los trabajadores no pueden discutir ninguna cláusula y deben acatar lo predispuesto por la empresa a través de los *términos y condiciones*; sin embargo, aunque se intente ubicar a estos trabajadores como parte en un contrato civil, como simples usuarios, no lo son ya que estamos frente a una situación de hiposuficiencia negocial del trabajador.

4- ¿Autonomía laboral o relación de dependencia?

Las economías de plataformas generan grandes controversias en varios aspectos de su actividad, y uno de ellos hace a una discusión particular que es necesario poder esclarecer, aunque dependiendo de qué lado de la vereda nos encontremos, es decir en defensa de los derechos de los trabajadores o en defensa del liberalismo que pregonan las empresas para acrecentar sus arcas, vamos a poder responder si existe o no autonomía laboral o relación de dependencia en este tipo de actividades desarrolladas a través de apps.

En otras palabras, es imprescindible resolver la cuestión que nos suscita, si es jurídicamente posible calificar a los trabajadores que ejecutan estas actividades, en una relación de dependencia, o si deben ser considerados como trabajadores autónomos e independientes con relación a la empresa. Cabe destacar que esta relación que se genera entre el trabajador y el empleador es la que permite que, ante alguna vulneración de sus derechos, el trabajador pueda reclamar y hacer que se efectivice su reclamo, por eso la importancia de poder esclarecer dicha situación.

Primeramente, debemos comprender a qué nos referimos cuando hablamos de trabajo, cuando existe dependencia laboral y cuando no.

Los ejes básicos del trabajo es que exista una relación entre una persona, quien tiene y ofrece la fuerza de su trabajo bajo subordinación y dependencia, denominada trabajador, a otra la cual se beneficia del mismo y le da a cambio una remuneración.

En Argentina, en lo referente a esta temática, *la Ley de Contrato de Trabajo* (ley 24.744) en su artículo 21 define cuándo existe contrato de trabajo, estableciendo que lo es cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

Si bien deben considerarse estas características como aspectos genéricos, debemos comprender que hay situa-

ciones en las cuales los trabajadores realizan sus labores en ámbitos precarios, donde no se garantizan derechos básicos como el descanso, no se garantiza higiene, no existe un trato igualitario entre hombres y mujeres y se ve reflejado en la remuneración percibida, salarios por debajo de los básicos establecidos por ley, extensas horas de trabajo, imposibilidad de adherirse a sindicatos, entre otras cuestiones que reflejan elementos propios de la *precarización laboral*. Todo ello hizo necesario establecer una concepción de lo que significa el *trabajo decente*.

Al referirnos a trabajo, y más precisamente trabajo decente, en consonancia con lo dispuesto por la OIT, se lo entiende como

*(...) aquel trabajo productivo, que asegura igualdad de oportunidades y tratamiento para todas las mujeres y los hombres, a cambio del cual se cobra con remuneración justa, con el que existe seguridad en el lugar de trabajo y protección social para las familias, que brinda perspectivas de desarrollo personal y da a los trabajadores libertad para expresar sus preocupaciones, para organizarse y participar en las decisiones que afectan su vida laboral*⁵³.

Ahora bien, teniendo en cuenta esta concepción del trabajo, analizaremos lo concerniente a la dependencia en la relación de trabajo. Es importante destacar que la relación de trabajo que emerge en estos contextos se da por la subordinación voluntaria de una de las partes (trabajador) hacia la otra (empleador) quien se apropia del trabajo producido por la primera, otorgándole una remuneración. En este sentido, el art 22 de la Ley de Contrato

⁵³ *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra: OIT, 2019. Pag. 25).

de Trabajo (LCT) indica cuándo existe esta relación, por lo que prescribe que habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

El concepto de dependencia o subordinación se refiere, fundamentalmente, a la prestación de servicios voluntarios y personales, de lo cual se deduce que sólo una persona física puede ser trabajador dependiente, y se distingue, conforme lo ha señalado doctrina y jurisprudencia, tradicionalmente, por factores de orden jurídico, económicos y técnicos. (Santiago José RAMOS, enero de 2009 - “La dependencia jurídica ante el nuevo mundo de las relaciones laborales”)

La existencia de la dependencia laboral se ve reflejada cuando el trabajador debe acatar órdenes por parte de su empleador o superior, depende económicamente respecto del empleador en razón de que recibe una remuneración a cambio de los servicios que realiza, y porque es pasible de recibir sanciones por parte del empleador.

La relación de dependencia se basa en tres ejes principales: en un primer término *dependencia técnica*, siendo la forma en la cual el trabajador presta tareas, de este modo recibe órdenes, instrucciones y determinaciones por parte del empleador. El empleador es quien organiza su empresa y sus medios de producción, impartiendo a través de órdenes cómo los trabajadores deben realizar sus tareas.

En segundo lugar, *dependencia económica*; aquí se observa al trabajador como aquel que presta servicios en beneficio del empleador, el cual asume los riesgos, y a cambio le da una remuneración al trabajador; existiendo una inequidad negocial. Y en último lugar y no menos

importante, la *dependencia jurídica*. Aquí, el trabajador se encuentra sujeto a las órdenes del empleador, que en caso de incumplimiento posee elementos materiales para sancionar al trabajador ejerciendo un poder disciplinario, pudiendo llegar al punto de extinguir el contrato de trabajo.

“En algunos sistemas jurídicos se recurre a determinados indicadores para averiguar si existen o no los factores pertinentes que permiten determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicadores figuran el grado de integración en una organización, quién supervisa las condiciones de trabajo, el suministro de herramientas, materiales y maquinaria, el dictado de cursos y si la remuneración se paga en forma periódica y si constituye una proporción importante de los ingresos del trabajador. En países donde se aplica el Derecho consuetudinario, los jueces basan su decisión en ciertos criterios, entre ellos los llamados criterios de control, integración en la empresa, realidad económica y obligaciones mutuas. En todos los sistemas incumbe normalmente al juez decidir con base en los hechos, sean cuales sean las apariencias o el modo en que las partes hayan definido determinada relación contractual.”(Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión, 2006) ⁵⁴.

En consonancia con el tema que nos compete -las plataformas digitales en relación con la economía de plataformas- se puede visualizar la existencia de esta depen-

54 Conferencia Internacional del Trabajo, 95a reunión, 2006.

Informe V (1) La relación de trabajo, Capítulo I. La relación de trabajo: resumen de los desafíos y oportunidades, La relación de trabajo y la ley.

dencia por parte de los trabajadores. La dependencia que encontramos en un principio, y que es fácil de denotar, es la económica, ya que los trabajadores dependen principalmente para poder cubrir sus necesidades básicas como así también tener una inserción en el mundo laboral, debido a que en muchos casos recurren a este tipo de plataformas porque no consiguen un trabajo estable rentable. Otra cuestión, es la dependencia técnica, puesto que deben aceptar las tareas designadas y se les imparte una franja laboral a elección, no pudiendo trabajar en otras como se intenta presentar de manera “libre e independiente”, finalmente no ocurriendo. Por último, la dependencia jurídica, la hallamos en las sanciones que perciben los trabajadores, bloqueando la app que utilizan como herramienta de trabajo, impidiéndoles trabajar y como consecuencia directa genera la pérdida del sustento económico de ese día.

Sin embargo, a pesar de estas particularidades señaladas que reflejan una clara dependencia en la relación de trabajo, emergente de la actividad de *delivery* a través de las plataformas digitales, las empresas afirman que son simples colaboradores, independientes sin relación alguna con ellas. Sumado a esto, los trabajadores están obligados a inscribirse en carácter de monotributistas autónomos en la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), encubriendo la relación laboral existente, tercerizando en los trabajadores, el servicio de *delivery* que prestan para evitar los costos laborales de inscribir legalmente a los trabajadores. En este sentido, las empresas de *delivery* a través de estas plataformas, se desarrollan en el proceso productivo, tercerizando el servicio a los repartidores, requiriendo en el formulario previo a iniciar sus actividades de reparto, la inscripción como monotributistas autónomos, soslayando los derechos bá-

sicos de los trabajadores y seguridad social que debe ser garantizada. Todo ello, deriva en un claro fraude laboral, por encubrir la relación laboral y obligar a los trabajadores a realizar tales actos, que acatan esas órdenes por la necesidad económica que los atraviesa.

Se puede observar cómo a través de diferentes fallos alrededor del mundo los juristas no encuentran una solución común a la controversia, dando como respuesta diferentes ópticas y basamento para la resolución de los casos.

En nuestro país, sucede lo mismo debido a que no existe una regulación a nivel nacional de dicha actividad; sin embargo, encontramos útil mencionar algunos fallos que hallan en esta problemática un posicionamiento contrapuesto.

En cuanto al ámbito internacional podemos mencionar al fallo del Juzgado Uruguay y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en referencia y concordancia con la Recomendación N° 168 de la OIT ⁵⁵, el cual reafirma la sentencia del Juzgado del Trabajo de la Capital n 6 de la República Oriental del Uruguay (sentencia n 77/2019), donde se demostró la existencia de la relación laboral y de dependencia por parte de los trabajadores con la empresa. Así, se pudo evidenciar que UBER desempeñaba las facultades de organización, control y disciplina (suspensión o bloqueo de la app) sobre los trabajadores. (“Esteban c/Uber Technologies Uruguay S.A y Otro”).

En contraposición con la idea de una relación de dependencia, se halla la sentencia del juzgado del trabajo n 37 de Argentina, donde la empresa Rappi había bloqueado a repartidores como método disciplinario, pero luego

55 IUE: 2-3894/2019.

esta sentencia fue revocada por la Cámara de Apelaciones estableciendo que Rappi no debía desbloquear a los trabajadores por lo que no existía relación de dependencia laboral.

Desde otro punto de vista, el mismo Juzgado de Trabajo n 37 en la causa “Del Prette, Juan Telesforo c/Steelcote Fábrica de Pinturas S.A. y otro s/despido”⁵⁶, falló a favor de los trabajadores en una cuestión donde hace lugar a la medida cautelar autónoma promovida por unos repartidores que habían sido bloqueados de la aplicación de una empresa de servicios, a los efectos de que la misma cese su conducta antisindical y discriminatoria y proceda a desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil a fin de permitirles ingresar en la plataforma digital y continuar prestando servicios de reparto. Los actores también adujeron que, en el marco de la conflictiva situación con la accionada, resolvieron organizarse sindicalmente, por lo cual emergió la asociación sindical bajo la denominación Asociación de Personal de Plataformas y procedieron a redactar el estatuto de la organización y a elegir las autoridades. Entiende que la actitud de la empresa se hallaría en franca transgresión a la garantía de libertad sindical que reconoce nuestra Carta Magna en su art. 14 bis, el Convenio 87 de la O.I.T., la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75 inc. 22, segundo párrafo de la C.N.) y que merece ser reparada en forma inmediata.

En el fallo “De Battista, Natalia Belén c/Repartos Ya”, la empresa, que explota el nombre “Pedidos Ya” se vio en la obligación de reincorporar en su puesto de trabajo

56 SAIJ: FA19040001.

a Natalia Belén Battista, ya que se le había denegado el acceso a la cuenta de la aplicación.

En el caso referido, la demanda la interpuso la Asociación de Empleados de Comercio de Rosario, haciendo hincapié en que la empresa “*desconoce las pautas de estabilidad de los DNU dictados, el estado de emergencia económica, financiera, fiscal, administrativa, y demás derivadas del Covid 19, colocándola en situación de total desamparo, y además afecta el art. 14 bis de la CN, entre otra normativa constitucional y supraconstitucional que invoca*”⁵⁷. Esto se debe a que la actividad que desarrollaba desde su fecha de ingreso, el 23/3/2019, cumplía con las características de una típica relación de dependencia y subordinación, activando la aplicación del Convenio Colectivo de trabajo 130/75, el cual regula la actividad mercantil y de servicios.

En este caso, la dinámica laboral existente pone en responsabilidad de la trabajadora el riesgo empresario, quien según señaló trabajaba “*en la intemperie utilizando espacios públicos (plazas, etc.) sin lugar físico para descanso, aseo o realizar sus necesidades fisiológicas*”.

Por otro lado, De Battista afirmó además haber sido obligada desde el inicio de la relación a facturar en carácter de monotributista, sin embargo, la jueza reafirmó que existe una relación laboral evidente ya que la mujer contaba con moto y celular con la aplicación requerida para la prestación de sus servicios.

Toda vez que se trate de casos que giren alrededor de las llamadas “plataformas digitales”, estaremos ante una cuestión con una amplia amalgama de particularidades

57 “De Battista, Natalia Belén c/ Repartos Ya SA s/ medidas cautelares y preparatorias”.

en virtud no sólo de la falta de información y de jurisprudencia -hija de su veloz y constante avance en nuestra sociedad- sino y sobre todo, del creciente auge de esta modalidad, siendo una resultante evidente de la pandemia y de las restricciones sociales que han surgido al dictar el Poder Ejecutivo de la Nación el DNU 260/2020 declarando la emergencia pública en materia sanitaria.

Posteriormente fue dictado el DNU 297/2020 a través del cual se dictó el Aislamiento Social, Preventivo y Obligatorio (ASPO) prohibiendo la concurrencia a los lugares de trabajo y el desplazamiento *“con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas”*⁵⁸.

Conforme al fallo, según la fecha en que De Battista fue notificada del despido ya regía la estabilidad laboral que se predica en el conjunto normativo de emergencia mencionado, en virtud de los cuales se asevera la prohibición de los despidos sin causa y por las causales de falta o disminución del trabajo y fuerza mayor.

En consonancia y como se deduce del fallo ha existido un uso indebido y una situación abusiva debido a que Battista fue despedida a través de la aplicación -vía notificación por email- siendo su usuario automáticamente bloqueado, obstruyendo su uso y rescindiendo la relación habida colocando a la actora en una situación total de desamparo generada por la empresa, resultando violatorio de la Ley de Contrato de Trabajo, la ley 24.013 y afectando el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que además del correspondiente resarcimiento eco-

58 DNU 297/2020 (Art. 2).

nómico, la jueza ordenó la inmediata reincorporación de la mujer a su puesto de trabajo.

En tenor con el fallo anteriormente desarrollado, cabe señalar que más adelante en el marco del fallo “Repartos Ya S.A. s/apelación de resolución administrativa, Expediente N° 29059”, el Tribunal del Trabajo N° 1 de la Provincia de Buenos Aires también determinó la existencia de relación de dependencia entre los repartidores y Pedidos Ya.

Ratificando además una multa millonaria que se le impuso a la empresa por no cumplir con la registración pertinente de sus trabajadores, misma situación que habían atravesado los empleados de Rappi y Glovo ⁵⁹, Al igual que el Fallo “De Batista”, la resolución del Tribunal representa el detonante de un profundo cambio que se vislumbra en nuestro horizonte, respecto del mercado de trabajo cuando éste resulta atravesado transversalmente por las plataformas digitales, ya que en este caso se propone analizar la apelación que la compañía “Pedidos Ya” había interpuesto ante una multa aplicada a cargo del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires, en el marco de un operativo de fiscalización y en cumplimiento del artículo 39.1 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, a través del cual se obliga al Estado provincial a fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador ⁶⁰.

59 “Kadabra SAS c/Ministerio de Trabajo s/apelación de resolución administrativa”, Expediente N° 29059.

60 Art. 19.1 “A tal fin, la Provincia deberá: fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador y ejercer en forma indelegable el poder de policía en materia laboral; propiciar el pleno empleo, estimulando la creación de nuevas

En el presente fallo, la empresa admite en su defensa la prestación de servicios por parte de los repartidores dentro de un contrato comercial en los términos de lo que hoy se denomina “e-commerce o “comercio electrónico”, mediante los cuales desarrolla su objeto de explotación, esto es el *delivery* de comidas y paquetería a domicilio. Nuevamente se demuestra que efectivamente hay relación de dependencia entre “Pedidos Ya” y sus repartidores y que recae sobre la empresa la carga de demostrar el carácter no laboral de la vinculación con los repartidores, al haber sido ella admitida en su defensa, sin poder acreditar las características de la relación jurídica que se invocaba, esto es trabajo autónomo y contrato de locación de servicios, por lo que no se satisface la carga dispuesta por el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires ⁶¹. Por lo tanto, rige la presunción de que los trabajos se efectuaron en relación de dependencia.

En ese marco, es útil destacar la importancia del principio de primacía de la realidad que permite ante casos de conflicto entre la realidad de los hechos, de la activi-

fuentes de trabajo; promover la capacitación y formación de los trabajadores, impulsar la colaboración entre empresarios y trabajadores, y la solución de los conflictos mediante la conciliación, y establecer tribunales especializados para solucionar los conflictos de trabajo”.

61 Artículo 375: “Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

dad desarrollada por los trabajadores, y aquello que se encuentra plasmado en los documentos, siendo por decisión voluntaria de ambas partes o no, que prevalezca la realidad. Ello se ve reflejado en el art 23 de la LCT, que establece que el simple hecho de prestar servicio genera la presunción de un contrato de trabajo, y operará, aunque se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato.

En suma, teniendo en cuenta todos los aspectos mencionados, es que comprendemos que existe una clara dependencia laboral por parte de los trabajadores de plataformas digitales, en su actividad de *delivery*, puesto que se dan todos los elementos para considerar la existencia de un contrato de trabajo y consecuentemente una relación laboral. Además, es importante tener presente el principio de primacía de la realidad reflejado en nuestra Ley de Contrato de Trabajo, en vista de que, en muchos casos por la situación de disparidad entre las partes del contrato, y el abuso de poder que ejercen las empresas frente a la necesidad económica que sufren los trabajadores, ocultan la relación laboral mediante la terciarización plasmada en documentos legales, vulnerando cada día más a la parte más débil.

“A menudo, las plataformas digitales de trabajo intentan contratar a trabajadores prometiéndoles independencia y flexibilidad con respecto a la cantidad de trabajo, el horario de trabajo y la ubicación. Sin embargo, al calificar a los trabajadores como ‘contratistas independientes’, las plataformas están tratando de eximirse de toda responsabilidad legal y social para con dichos trabajadores, incluso respecto del salario mínimo” (DE STEFANO, 2016; JOHNSTON y LAND-KAZLAUSKAS, 2018).

5- Efectos del Covid-19: auge de las economías de plataformas y precarización laboral

La crisis económica que venía afrontando nuestro país estos últimos años, sumado a la pandemia a causa del Covid-19 que afectó a todo el mundo, tuvo como efecto directo la pérdida de empleo de los argentinos en muchos rubros de producción del mercado, lo que a su vez implicó, en muchos casos, una flexibilización a gran escala.

El Coronavirus, conocido como Covid-19, ha sido el puntapié para que en todas las sociedades del mundo se replantee la actividad comercial tradicional, para poder ejercer esta actividad de una forma donde se siga produciendo en cuarentena. Pero la implicancia de repensar el mercado tradicional y encontrar mecanismos que faciliten la continuidad de la producción, contribuyó a una profundización de la precarización y flexibilización de los trabajadores de las plataformas digitales. Siendo que gran parte de los trabajadores de éstas, son jóvenes.

El sector de la juventud de la población es aquel que se encuentra mayormente afectado por la vulnerabilidad de sus derechos por parte del sector privado. Esta cuestión está dada porque no todos los jóvenes pueden acceder a un empleo en blanco con seguridad social plena; en la mayoría de los casos, a pesar de poseer estudios ya sean nivel secundario, terciarios o universitarios, acceder a un puesto de trabajo es una gran odisea.

Una situación que se repite día a día es que, ante la falta de trabajo y la imposibilidad de acceder a uno considerablemente bueno, muchos empleadores abusan de dicha situación; aprovechándose de la necesidad de los jóvenes y su inexperiencia, obteniendo mayor beneficio económico, a través de salarios bajos por largas horas de

trabajo que, ante la necesidad, los jóvenes terminan accediendo y por consiguiente desvalorizándose.

Ante este nuevo paradigma, y otras tantas situaciones que generaron crisis económicas alrededor del mundo, la flexibilidad laboral fue y continúa siendo el eje principal con el cual las empresas realizan sus movimientos dentro de un libre mercado caracterizado por la competencia pura. No obstante estas situaciones, es notorio que se produce un gran retroceso en varios aspectos de la vida de las personas, como por ejemplo una mera contratación, condiciones laborales de trabajadores, ingreso económico de subsistencia e implosión del desempleo a causa de ello.

Argentina, como otros tantos países, vio reflejada esta situación en su economía y se encontró ante un escenario donde se necesitó activar protocolos para ciertas actividades de producción y servicio, en los cuales se encontraban los trabajadores de plataformas digitales (*delivery*) como una actividad esencial durante el periodo de cuarentena. Esta disposición fue efectuada mediante un DNU 297/20, art 6 inc. 19 por parte del Poder Ejecutivo habilitando a aquellos que realicen reparto a domicilio de alimentos, medicamentos, productos de higiene, entre otros insumos de necesidad, ejercer esta actividad.

Permitida la actividad de *delivery* y considerada esencial, produjo que muchos argentinos, debido a que se encontraban en situaciones económicas muy bajas, donde el ingreso básico de subsistencia para cubrir las necesidades de las familias no alcanzaba o bien ya no era percibido, optaren por trabajar en plataformas digitales como Rappi, Glovo, Pedidos Ya, entre otras.

Cuestiones como precarización y flexibilización laboral son aspectos que se fueron dilucidando durante la cuarentena, en donde gran parte de la población desempleada o

sin ingresos mínimos, se vio afectada. La vulneración de los derechos de los trabajadores es clara, ya que un aspecto fundamental de cualquier tipo de relación laboral como es la seguridad social no se les ha garantizado.

6- Necesidad de regulación a nivel nacional de la actividad de plataformas digitales

El paradigma de las plataformas digitales durante estos años en nuestro país, y sin una regulación nacional a la actividad que desarrollan los trabajadores de *delivery*, ocasionó que se produzcan en distintas partes de Argentina diferentes regulaciones con ópticas particulares. Entre ellas podemos nombrar la regulación de la Provincia de Chaco, que surge a partir de la necesidad de conceder el permiso de traslado en consonancia con la cuarentena obligatoria decretada a principios de año en todo el territorio argentino. De esta manera, Chaco implementó el Registro Único de Motovehículos y Ciclorrodados Comerciales provincial contemplado en la ley N° 8003/17, sumado a una implementación de protocolo para realizar la actividad.

Por otro lado, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se sancionó una reforma a la ley 5526/16, regulando esta actividad. Pero colocan a las empresas de *delivery* como simples intermediarios en el proceso económico que se genera, desligando completamente a las mismas de las obligaciones que atañen a su posición frente al trabajador y ante los organismos correspondientes respecto del tributo, y como hemos referido en el apartado 4 del presente trabajo, existe una clara relación laboral entre estas dos partes.

Una modalidad que se repite es que aquello que se hace, en realidad, es efectuar modificaciones a los códigos

gos de tránsito y transporte de estos sitios, donde el foco principal que es el trabajador y la vulneración de sus derechos ante la negativa por parte de las empresas en reconocer la relación laboral se desvirtúa y ponen como núcleo principal la seguridad vial, pretendiendo desentenderse de estas situaciones latentes en nuestra cotidianidad.

En la actualidad, con estado parlamentario existen algunos proyectos de ley. Dentro de los cuales podemos mencionar dos, uno de ellos presentado por el diputado Juan Fernando Brügge, regulando la actividad como una relación laboral, estableciendo un Estatuto específico al respecto; se deja en claro en los primeros artículos del citado proyecto definiciones respecto a qué se entiende por plataformas digitales, sitios web, entre otros aspectos que hacen al ámbito tecnológico de la actividad. A su vez, se regula la jornada laborable que deben tener, se establecen los derechos y obligaciones existentes de la empresa en cuestión, de los trabajadores y usuarios y presenta la creación de un Registro Público Nacional de Aplicaciones Digitales (Apps) y de sitios Web.

Desde otra perspectiva, el diputado Martín Nicolás Medina presenta en su proyecto de ley, entendemos lo que es aquello de mayor relevancia a destacar, la regulación de esta actividad, pero con basamento en la existencia de una autonomía laboral por parte de los trabajadores de las apps, realizando una modificación de la Ley de Contrato de Trabajo.

Reconocer la relación de dependencia existente entre los trabajadores y las empresas que utilizan las plataformas digitales como se ha efectuado en los fallos mencionados, es el primer paso para socavar la precarización laboral que sufren estos trabajadores. Sin embargo, con ello no basta ya que no se encuentran protegidos como el

resto de los trabajadores ante las injusticias del sistema. En efecto, debemos garantizar derechos elementales de hombres y mujeres consagrados a nivel internacional y nacional, en nuestra Carta Magna: el derecho al trabajo digno.

Los tiempos avanzan y las nuevas formas de contratación son cuenta corriente, las contrataciones de forma digital son hoy en día algo común entre las generaciones actuales, pero como siempre el Derecho argentino aún no ha avanzado en esta perspectiva, dejando vacíos legales donde aquellos empresarios con poder aprovechan para imponerse y soslayar los derechos de los trabajadores, priorizando su economía y no un bien común a la sociedad.

En las mismas circunstancias en que se establecieron distintas modalidades de contrato de trabajo en nuestra Ley de Contrato de Trabajo, pudiendo mencionar a modo de ejemplo el contrato por tiempo indeterminado ⁶², como lo son contrato a tiempo parcial ⁶³, contrato a plazo fijo ⁶⁴, contrato de temporada ⁶⁵, contrato de trabajo eventual ⁶⁶ y tal vez uno de los más cercanos a los tiempos que vivimos

62 Art. 90. Ley Nacional de Contrato de Trabajo (Ley 20.744).

63 Art. 92 TER. Ley Nacional de Contrato de Trabajo (Ley 20.744).

64 Art. 93. Ley Nacional de Contrato de Trabajo (Ley 20.744).

65 Art. 96. Ley Nacional de Contrato de Trabajo (Ley 20.744).

66 Art. 99. Ley Nacional de Contrato de Trabajo (Ley 20.744).

hoy donde la tecnología es parte del día a día es el contrato de teletrabajo ⁶⁷, la pregunta que debemos hacernos es, ¿por qué no es posible establecer la modalidad del trabajo a través de plataformas digitales en la norma?

Indudablemente luego del recorrido que hemos efectuado a lo largo del presente trabajo, y el creciente desarrollo de las plataformas digitales en nuestro país, consideramos la necesidad de que se realice una regulación a nivel nacional de esta actividad, incluyéndose dentro de la LCT, entendiendo que la dispersión de normativa y regulación de las economías de plataformas en los códigos urbanos de transporte genera perjuicio a los trabajadores, desconociéndolos como trabajadores dependientes, afianzando la precarización que sufren diariamente.

7- Conclusión

La utilización de la metodología de trabajo a través de plataformas es algo nuevo a lo que solemos estar acostumbrados pero sus efectos siguen siendo los mismos que cualquier tipo de trabajo que busca obtener mayor beneficio económico a costa de los trabajadores.

El hecho de que sea un mundo nuevo para la mayoría de los profesionales del Derecho que se encuentran adaptándose a la era de las TICs, no debe significar que por ello no se profundice y se deje al libre albedrío de las empresas la explotación del trabajo que ofrecen las personas, y dejar a estas personas sin protección alguna, basándose en el desconocimiento de los nuevos métodos de producción en el mercado.

67 Art. 102 BIS. Ley Nacional de Contrato de Trabajo (Ley 20.744).

“Como ya han mencionado otras personas, el trabajo en plataformas digitales se asemeja a muchas modalidades laborales de vieja data, que en este caso agregan simplemente una herramienta digital como intermediaria. Las estrategias de trabajo que desagregan tareas en unidades pequeñas para asignarlas a trabajadores no calificados parecen ser una regresión a los procesos industriales no clasificados asociados con Taylor, pero sin la lealtad o la seguridad en el trabajo” (CHERRY, 2016a, p. 3 citado en Capítulo 1 “Introducción”, en *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra: OIT, 2019).

Todas estas cuestiones dejan entrever cómo a través de contrataciones mediante apps, detrás de los conocidos términos y condiciones, las empresas evaden las responsabilidades que les corresponden como empleadores para con los trabajadores de acuerdo con la LCT.

Posicionar a los trabajadores en una encrucijada, entre la espada y la pared, donde su poder de decisión se reduce a aceptar sin poder objetar ninguna de las disposiciones preestablecidas, obligarlos a anotarse ellos mismos como trabajadores autónomos ante un organismo del Estado, es humillarlos e implantar en la sociedad la creencia de que aquel que tenga un poco de poder económico, puede hacer lo que desee, incluso vulnerar derechos.

No poner en eje de análisis estas situaciones, es permitir que el sistema capitalista y mercantilista, siga viendo a las personas tan sólo como objetos de producción de las cuales puede vulnerar sus derechos sin ninguna consecuencia, beneficiándose económicamente y jugando con la necesidad de las personas.

En pleno siglo XXI, atravesados por la tecnología y sus avances, continuamos bajo un régimen de flexibilización

pero a diferencia de siglos atrás donde al trabajador se lo tenía como esclavo, que sufría directamente las consecuencias proyectadas por ejemplo en su salud, hoy se lo esclaviza de manera moderna, sometido a arbitrariedades ejercidas por las empresas, y un *speech* preestablecido por el mercado donde el liberalismo promete autonomía plena y posiciona al Estado como el opresor que no debe intervenir en las relaciones privadas de los sujetos de la sociedad. Toda esta situación, produjo que los trabajadores queden marginados respecto de la Ley de Contrato de Trabajo argentina (LCT) y una fuerte desprotección por parte del Estado.

Las economías de plataformas son el presente y son una forma más de flexibilización laboral que utilizan los empresarios para poder obtener mayores ganancias sin tener ningún tipo de responsabilidad para con los trabajadores que aportan a sus empresas.

Esconden a través de la autonomía y libertad, la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores, las ganancias ilimitadas que perciben a costa de ello, irresponsabilidad y abuso de su posición frente al trabajador.

Hoy en día, nuestra Ley de Contrato de Trabajo no se ajusta a la realidad de los trabajadores de plataformas digitales, ni tampoco a las nuevas formas de relación de trabajo que se generan con la implementación de la tecnología en este ámbito. No poseer una regulación de esta actividad dentro de la LCT, significa retroceder años de lucha de los trabajadores por sus derechos.

“Los trabajadores no tienen nada que perder, salvó sus cadenas. Tienen un mundo por ganar” - Karl MARX



8- Bibliografía

BRÜGGE, Juan Fernando, Proyecto de Ley, “Utilización de aplicaciones digitales “apps” y de sitios “web”, en los teleservicios para el ejercicio de las profesiones en la República Argentina. Régimen”. Expediente 7750-D-2018. 2019.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 01 Magistrados: María Verónica Moreno Calabrese - María Cecilia Hockl - Carlos PoseId SAIJ: FA19040001.

MEDINA, Martín Nicolás, Proyecto de Ley, “Contrato de Trabajo -Ley 20744- incorporacion del titulo XVI sobre trabajo a través de plataformas tecnológicas”. Expediente 5545-D-2019. 2020.

MORALES MUÑOZ, Karol, & ABAL MEDINA, Paula, “Precarización de plataformas: el caso de los repartidores a domicilio en España”. *Psicoperspectivas*, 19(1), 97-108. Epub 15 de marzo de 2020. Disponible en <https://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol19-issue1-fulltext-1680>

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO - Ginebra: OIT, “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital “. 2019.

OIT, “OIT: el empleo atipico, una característica del mundo de trabajo atipico.” Disponible en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_534127/lang--es/index.htm

RAMOS, Santiago José, “Aspectos a tener en cuenta para identificar una relación de trabajo subordinado” Septiembre de 2008 Id SAIJ: DACF080074, disponible en <http://www.saij.gob.ar/santiago-jose-ramos-aspectos-tener-cuenta-para-identificar-una-relacion-trabajo-subordinado-dacf080074-2008-09/123456789-0abc-defg4700-80fcanirtcod>.

RAMOS, Santiago José, “La dependencia jurídica ante el nuevo mundo de las relaciones laborales”, 2009. Disponible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090003-ramos-dependencia_juridica_ante_nuevo.htm

RIVERA, Jorge Luis, CROVI Luis Daniel y DI CHIAZZA, Iván G., *Contratos Parte General*, 2019

“Rojas, Luis, Roger, Miguel y otros c/Rappi Arg S.A.S s/medida cautelar”, Causa N°: 46618/2018.

RUIZ MARTÍN DEL CAMPO, Emma, “La precarización del campo laboral y sus efectos en la subjetividad de los jóvenes”. *Espiral* (Guadalajara), 11(33), 97-135. Recuperado en 07 de agosto de 2020, Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-05652005000200004&lng=es&tlng=es2005.

VALLEFIN, Lucio, “¿Inflando el “Glovo”? Un análisis sobre los nuevos mecanismos de delivery y su abordaje en la jurisprudencia reciente”, 2018,

Ley de Contrato de Trabajo n 20.744. Texto ordenado por decreto 390/1976. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

Regulación de la actividad de Cadetería, Mensajería, Motomandados, Delivery y Afines. Crea registro LEY 8003, Resistencia, 3 de mayo de 2017, Boletín Oficial, 14 de Junio de 2017

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

“La recomendación 198 sobre la relacion de trabajo y su importancia para los trabajadores”, disponible en <http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>.

Vigente, de alcance general- Id SAIJ: LPH0008003. Disponible en http://www.saij.gob.ar/8003-local-chaco-regulacion-actividad-cadeteria-mensajeria-motomandados-delivery-afines-lph0008003-2017-05-13/123456789-0abcdefg-300-8000hvorpyel?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=ley-provincial.

“Algunas reflexiones en torno al empleo en plataformas y a los mecanismos de proteccion”. Disponible en <https://www.nuevospapeles.com/nota/18406-algunas-reflexiones-en-torno-al-empleo-en-plataformas-y-a-los-mecanismos-de-proteccion>

Conferencia Internacional del Trabajo, 95.a reunión, 2006. Disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf>

Martillos para cocinar

Cuando los procesos de juzgamiento les dan la espalda a los avances científicos

Santiago M. IRISARRI y Camila Denisse PEREYRA

Introducción al tema

Existen diversos puntos de vista con relación a cuál es el aspecto teleológico del proceso. Sin pretender dar una respuesta “categórica” y que sea extensiva a todos los tipos de procesos, es innegable que, en cierto punto, el proceso (penal, civil, laboral, etc.) busca lograr el mayor acercamiento posible a la verdad.

Esta afirmación tiene diversos fundamentos:

- i) La correcta aplicación de la ley sustantiva.
- ii) El entendimiento del Derecho como un motivador del comportamiento de las personas en sociedad.
- iii) La básica y elemental necesidad de hacer Justicia.

Intentemos explicarlo:

i) Si tomamos un artículo de algún Código sustantivo nos encontraríamos con normas con la siguiente estructura:

Hecho condicionante + consecuente normativo

Para ejemplificar tomaremos el art. 79 del Código penal que establece que “se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro”, siendo la pena de prisión de ocho a veinticinco años el consecuente normativo y la acción de matar a otro el hecho condicionante. Si no logramos acreditar la existencia del hecho condicionante la aplicación de pena no debería ser posible. En consecuencia, la averiguación de la verdad (corroboración del hecho condicionante) se vuelve necesaria

para el proceso o por lo menos lo es si con el mismo se pretende aplicar la ley.

ii) De igual forma, si asumimos que el Derecho es un motivador del comportamiento de las personas (o quiere serlo) es innegable que se debe castigar a quien ha matado a alguien y no a quien no lo ha hecho, pues en caso contrario el efecto motivador no tendría sentido (ni tendrá vitalidad); de igual forma, y llevando la cuestión a otra rama del Derecho, podemos decir que la obligación de resarcir sólo pesará sobre aquel que se haya comportado de forma contraria a como manda la ley. Si pretendemos que las personas, por ejemplo, conduzcan con prudencia y respetando las señales de tránsito, debemos aplicar las sanciones a aquellos que han incumplido con estas reglas de comportamiento y no a quienes no lo han hecho. Entonces, si entendemos al Derecho como un motivador del comportamiento de las personas, es indiscutible que el proceso debe ir en búsqueda de la verdad, pues en caso contrario dicho efecto motivador no sería tal.

iii) Finalmente, y dejando de lado la tediosa (aunque muy importante) discusión con relación a qué debe entenderse por Justicia, es difícil sostener que un proceso en el cual se castigue a quien no ha incumplido norma alguna sea justo. Si tomáramos a cualquier sujeto no conocedor del Derecho y le preguntásemos si es justo castigar a quien no ha cometido delito alguno o a quien no ha violado ninguna norma, advertiremos que -el común de la sociedad- sostendrá que “no, no es justo”. De tal forma, y aun apelando a conceptos tan discutidos como el de “Justicia”, la búsqueda de la verdad se torna necesaria.

Dicho esto, y pudiendo a esta altura concluir que el proceso busca la verdad, nos preguntamos:

¿Acaso nuestros procesos son idóneos y eficaces para cumplir con tal fin?

El presente trabajo intentará contestar esta pregunta, aunque circunscribiendo el punto de estudio a la prueba testimonial.

La búsqueda de la verdad, la psicología del testimonio y los testigos

Sostener que el proceso busca la verdad es algo fácil de hacer (no son más que tres o cuatro palabras enlazadas consecutivamente) e incluso también es fácil de justificar (lo hemos hecho en la introducción); en cambio, ir realmente en búsqueda de la verdad y en consecuencia cumplir en la práctica con tal tarea no es algo simple ni sencillo, más bien, todo lo contrario.

Previo a todo, debemos realizar la siguiente aclaración: cuando en el ámbito del proceso se habla de “buscar la verdad” lo que se está diciendo es “buscar la verdad sobre la existencia de hechos ocurridos”; si quisiéramos ser exactos y precisos en nuestras afirmaciones sería necesario aclarar que los hechos, como tales, no son verdaderos ni falsos. Lo que es verdadero o falso es el enunciado que hace referencia a hechos. El hecho, en sí, es un hecho existente o inexistente, real o irreal, ocurrido o no ocurrido, pero nunca verdadero o falso. Pese a ello, por una cuestión netamente práctica, suele decirse que los hechos son verdaderos o falsos.

Dejando de lado esta cuestión, podemos sostener que hablar de “buscar la verdad” es hablar de “conocer lo sucedido” o, en otras palabras, “conocer los hechos”. Pero la cuestión no acaba aquí, pues hablar de “conocer los hechos” no implica “conocer *cualquier* hecho”, sino “conocer hechos *pasados*”. Pero ¿por qué ponemos énfasis en “hechos pasados”? Por una sencilla razón: los hechos que suelen importarle al proceso son hechos que ya no

conforman el presente, sino que pertenecen al pasado. Y por más tonta que parezca la aclaración, debeoms decir que hablar de “hechos pasados” es hablar de hechos que han existido (en algún momento) y que al día de hoy ya no existen; hechos que pudieron haber tenido lugar en el mundo real donde vivimos, pero que hoy ya no lo tienen.

Esto es importante pues nadie (por lo menos en el ámbito del proceso) tiene la “bola de cristal”, nadie es visitado por el “fantasma de la verdad” ni nadie es capaz de leer la mente de las personas; nadie puede chascar los dedos y traer el pasado al presente; tampoco nadie puede hablar con Dios para que nos diga qué hechos han sucedido o cuál es “la verdad” con relación a ellos. Nadie, lamentablemente nadie, puede conocer de forma fácil, simple y sencilla el pasado.

Lo antedicho, por más obvio que parezca, no es algo que debe omitirse, pues no todo “hecho” que se lleva al proceso como real es “real”. La historia de los procesos, y ni qué hablar la historia de la Humanidad, dan cuenta de que la mentira existe, dan cuenta de que las personas no siempre serán honestas, no siempre querrán decir la verdad y no siempre pretenderán que se haga justicia. Más bien, la historia del proceso y de la Humanidad ponen en evidencia que existen personas buenas y personas malas, personas honestas y personas mentirosas, personas nobles y personas perversas.

Justamente por ello es por lo que a la hora de realizar la tan preciada labor de “ir en búsqueda de la verdad” debemos ser muy cuidadosos y no dejarnos llevar por las pasiones o emociones que muchas veces son puestas en evidencia por las partes o por los restantes intervinientes del proceso; tampoco debemos dejarnos llevar por la primera impresión que una o más pruebas nos generen.

Pero entonces, y recordando que nadie tiene la “bola de cristal”, ¿cómo podemos hacer para conocer el pasado?

La pregunta es sencilla para formular, pero difícil para contestar. O, siendo más exactos, fácil de responder, aunque difícil de llevar esa respuesta a la práctica.

La única forma que tienen las personas para conocer el pasado es mediante las “huellas” que el evento producido ha dejado en el mundo real y presente. Para evitar cualquier tipo de confusión en el lector, aclaramos que por “huellas” entendemos a las “pruebas”, los “indicios”, las “evidencias” o “todo aquello que ha quedado” tras la producción del hecho (utilizaremos todos estos términos como sinónimos). En otras palabras, los hechos conocidos serán los que nos permitan arribar a los hechos desconocidos (por ejemplo, la sangre, el arma y el cadáver serán hechos conocidos que nos permitan inferir un homicidio).

Quizás una de las principales “huellas” que pueden encontrarse tras la ocurrencia de un hecho es la declaración de todos aquellos sujetos que hayan percibido el hecho durante su producción (los testigos). Decimos una de las “principales” porque al día de hoy es prácticamente impensada la existencia de un proceso sin un testimonio mediante (incluso la denuncia o la demanda son testimonios sobre la ocurrencia de hechos).

Entonces, para recapitular, decimos que el proceso busca la verdad y que para materializar dicha búsqueda se requerirá de pruebas, siendo el testimonio una de las más importantes. Pero pese a la importancia que la prueba testimonial tiene para el proceso, lo cierto es que ni la doctrina procesal ni la jurisprudencia ni las legislaciones han tratado el tema de forma adecuada; más bien, ha hecho todo lo contrario. Las alegaciones que los doctrinarios han realizado (y siguen realizando) con relación a los testigos, las consideraciones realizadas por la jurispuden-

cia en general y la forma en que se ha legislado la prueba testimonial parecen estructuradas más en la magia, la brujería y el misticismo que en la razón.

Pero ¿por qué realizamos tan severas afirmaciones?

Pues bien, tales severas afirmaciones son realizadas porque en estos últimos tiempos han existido diversas investigaciones científicas que han puesto en jaque gran parte de las creencias judiciales que hacen a la toma y valoración de la prueba testimonial.

Estas labores científicas han sido desarrolladas dentro del ámbito de la “psicología del testimonial”, la cual -según explican MIRA y DIGES- estudia “el conjunto de conocimientos que basados en los resultados de las investigaciones de los campos de la Psicología Experimental y la Psicología Social, intentan determinar la calidad (exactitud y credibilidad) de los testimonios que sobre los delitos, accidentes o sucesos cotidianos, prestan los testigos presenciales” (“Psicología del testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados” en Papeles del Psicólogo, 1991, Vol 48). Justamente, a partir de estos avances científicos, se ha logrado determinar que los testigos (y las personas en general) no son una fuente confiable de información.

Qué nos dicen las investigaciones científicas sobre la forma en que se realizan los procesos

Dividiremos este título en diferentes secciones:

a) Los tiempos del proceso

Es innegable -basta con tener una corta trayectoria en el ámbito de tribunales para advertirlo- que los procesos

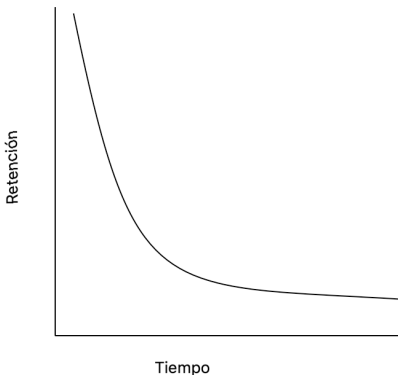
durante varios años; en algunos casos no hablamos de uno o dos años, sino de décadas.

Como consecuencia de ello, y esto también es innegable, los testigos no declaran al poco tiempo de sucedido el evento relevante para el proceso, sino luego de mucho tiempo.

Pero ¿cuál es el problema con ello?

El problema es que las investigaciones científicas han dado cuenta de que el paso del tiempo es un factor determinante para la alteración de los recuerdos.

Ya en el año 1885 (sí, el lector leyó bien, desde el año 1885) se verificó que los recuerdos almacenados en la memoria sufren severas alteraciones al poco tiempo de ocurrido el hecho; es decir, una vez percibido un evento, el mismo es “guardado” en la memoria, pero alterándose abruptamente al poco tiempo de ello (para ser más exactos no hablamos sólo de alteración sino directamente de pérdida de varios elementos constitutivos del mismo). En concreto nos referimos a las enseñanzas del filósofo alemán EBBINGHAUS, quien (investigaciones mediante) logró elaborar un gráfico muy sencillo y elemental que permitió poner en evidencia cómo la memoria de las personas era notoriamente débil (tal gráfico es conocido como “la curva del olvido”, véase figura 1).



(figura 1)

Para ser claros, a medida que pasa el tiempo el recuerdo se va alterando y perdiendo.

El problema de esto es que los procesos -cómo dijimos- duran años y los testigos son llamados a declarar luego de haber transcurrido un tiempo más que prudente desde que el hecho relevante se ha producido. En este contexto, el relato que el testigo puede realizar no sólo no será un relato completo del hecho percibido (es decir, del hecho percibido en su totalidad), sino que será un relato fragmentado; habrá partes que recordará y otras que no recordará. Pero, y aquí el punto, el no recordar estas partes (y en consecuencia el no ser mencionadas por el testigo) no significa que dichas partes del relato omitidas no hayan existido. Lógicamente esto genera un obstáculo en la búsqueda de la verdad que, en muchos casos, puede llevar a posturas incorrectas a la hora de decidir qué camino tomar o qué decisión adoptar con relación al fondo del caso en concreto que se está juzgando.

Dicho esto, si lo que buscamos es la verdad, ¿cómo aún podemos permitir que existan procesos tan largos donde los testigos declaren luego de meses, años o décadas desde la producción del hecho?

Desde un plano racional, no existe justificativo para ello.

b) La alteración de los recuerdos por la realización de preguntas sugestivas

Algo similar, en cuanto a sus nefastas consecuencias, ocurre con relación a las preguntas sugestivas; muchos procesos, incluido por ejemplo el proceso penal de la Provincia de Buenos Aires luego de la reforma introducida al art. 101, permiten la realización de preguntas sugestivas. Incluso, existen variadas corrientes de pensamiento

(las técnicas de litigación impartidas en las Universidades suelen ser un claro ejemplo) que aconsejan la realización de este tipo de preguntas para lograr de tal forma corroborar si el testigo es honesto o está mintiendo (viendo al testigo más como un enemigo que como amigo del proceso).

Pero ¿qué nos dicen las investigaciones científicas al respecto? ¿acaso es realmente conveniente realizar preguntas sugestivas o indicativas para lograr conocer lo realmente ocurrido? ¿tiene algún efecto en la memoria del testigo este tipo de interrogatorios?

Las investigaciones científicas han sido más que claras y conclusivas al respecto: las preguntas sugestivas o indicativas no sólo que no son convenientes, sino que son altamente peligrosas por los efectos que pueden generar en la memoria de los testigos.

En un experimento desarrollado por LOFTUS y PALMER (1974) se corroboró que la forma en que se realizan las preguntas y la terminología utilizada puede ser un factor gravitante a la hora de condicionar la respuesta del testigo. El experimento consistió en la exhibición de un video a un grupo de personas que luego serían divididas en dos grupos y entrevistadas separadamente. Al primer grupo se les preguntó “¿qué tan rápido iban los automóviles que se *estrellaron* entre sí?”, mientras que a los del segundo grupo se les preguntó “¿qué tan rápido iban los automóviles?”. Los resultados fueron asombrosos, en tanto los primeros (a los cuales se les preguntó utilizando el término “estrellar” manifestaron velocidades más altas que los del segundo grupo. Una semana más tarde se les preguntó a todos los sujetos si habían visto los vidrios rotos; en este caso, los integrantes del primer grupo fueron más proclives a sostener que vieron los vidrios rotos (lo cual ni siquiera surgía del video). Similar investiga-

ción realizó años más tarde LOFTUS, preguntándole a los diversos participantes “¿Qué tan rápido iba el deportivo blanco cuando *pasó por el granero* mientras circulaba por la carretera?”; pese a que la filmación no evidenciaba la existencia de ningún granero, el 17,3% de los participantes alegó haberlo visto; en cambio, sólo el 2,7% de los participantes a los cuales no se les preguntó haciendo referencia al granero dijo haberlo visto.

Aun más evidentes han sido los resultados de aquellas investigaciones en las cuales se realizaron preguntas con aditamentos calificativos; por ejemplo, HARRIS (1973) realizó un experimento en el cuál se les exhibía una película a los participantes para luego preguntarles “¿cuánto duró?” o “¿qué tan corta fue?”. Mientras que los sujetos a los que se les preguntó cuánto duró la película dieron una estimación promedio de 130 minutos, los del segundo grupo -a los cuales se les preguntó qué tan corta fueron un promedio de 100 minutos.

Por si no ha quedado claro, un mismo hecho (percibido) puede ser narrado (o expresado) de forma diferente por el testigo dependiendo de cómo se realiza la pregunta o la terminología utilizada. Pese a lo antedicho, las legislaciones procesales (y ni qué hablar gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia) han dado la espalda a estos avances del conocimiento, legitimando e incluso recomendando la realización de preguntas sugestivas o indicativas.

c) La recuperación múltiple

Algo similar, aunque no tan conocido, es lo que ocurre con la “recuperación múltiple”.

Muy probablemente el lector en este momento se esté preguntando “¿qué es esto?”.

Sencillo: cada vez que un sujeto recuerda un suceso percibido y lo exterioriza (por ejemplo, para narrarlo ante un juez) está “recuperando” el hecho; en consecuencia, llamaremos “recuperación múltiple” a las recuperaciones realizadas en diferentes oportunidades.

En este sentido, los testigos realizan variadas recuperaciones, y no decimos esto solamente porque primero deben narrarlo ante un agente policial o ante un fiscal y luego ante un juez (lo cual, por lo menos en el ámbito penal es “moneda corriente”), sino porque además de estas “recuperaciones” el testigo realiza otras tantas al narrar lo acontecido a familiares, amigos, compañeros de trabajo, etc. Difícilmente un sujeto que haya percibido un hecho criminal o haya participado de algún evento relevante judicialmente se lo guarde para sí sin exteriorizarlo ante su entorno. Incluso, la recuperación se produce cuando el testigo intenta recordar (para sí mismo) lo sucedido. Es habitual que tras producirse un evento relevante en la vida de uno (como podría ser haber presenciado un evento criminal para quien no esté acostumbrado) se quede con el suceso “dándole vueltas en la cabeza” (estas “vueltas” también son recuperaciones múltiples).

Pues bien, dicho esto cabe preguntarse: ¿qué efecto tiene la “recuperación múltiple” en la memoria del testigo?

Nuevamente los resultados arrojados por las investigaciones son más que claros, en tanto se ha verificado que esta “cadena de declaraciones” repercute sobre el recuerdo original, afectándolo abruptamente. En este sentido, se ha demostrado que cada recuperación altera (en alguno u otro punto) el recuerdo inicial, generando con el correr del tiempo (y con cada nueva recuperación) un recuerdo diferente al anterior. El principal problema es que esta alteración del recuerdo pasa absolutamente desapercibida por el sujeto (es decir, el testigo deja de rete-

ner el recuerdo original, intercambiándolo por un nuevo suceso creado por sí mismo sin darse cuenta de ello).

En el ámbito del proceso es habitual que los testigos declaren en variadas oportunidades: primero ante la policía, luego ante el fiscal o juez, luego ante el Tribunal del debate e incluso, dependiendo del caso, suelen ser partícipes en careos. No hace falta aclarar lo peligroso que todo esto puede ser en la búsqueda de la verdad.

d) La inmediatez

Si lo anterior no ha alcanzado para advertir cómo el proceso ha cerrado sus ojos ante los avances científicos, deberíamos referirnos a la “inmediatez” o, como habitualmente se la conoce, “principio de inmediatez”, el cual consiste en permitir que el juzgador mantenga una proximidad temporal-espacial con las partes y medios de prueba (tomando relevancia la proximidad con el testigo). En el fondo y en lo que hace a este trabajo, la inmediatez pretende que entre juez y testigos no haya intermediarios, posibilitando que el relato llegue directa e inmediatamente al juez sin pasar por “otras manos u oídos”.

En esta línea de pensamiento, es habitual leer resolutorios judiciales donde la inmediatez pasaría a tener una función epistémica, considerándose a la misma como un instrumento para lograr determinar si el testigo se expresa honestamente o está mintiendo. Así, si el testigo declara con impronta, convicción, aparente seguridad o tono de voz elevado será considerado un testigo sincero; en cambio, si el testigo evidencia timidez, mueve mucho sus pies o brazos, transpira demasiado, gesticula de forma “poco natural”, podría ser considerado un mentiroso. Incluso, amparados en esta función epistémica, los jueces de alzada suelen negarse a valorar la prueba testimonial

producida en instancias originales (o durante el debate penal), manifestando que al no haber tenido contacto directo con el declarante la labor valorativa no es posible.

Dicho esto, cabe preguntarse ¿es correcto considerar a la inmediación como un principio epistémico? ¿qué dicen las investigaciones al respecto?

Hasta el momento no existen investigaciones científicas que puedan permitir sostener que el contacto directo entre personas puede servir para determinar quién es honesto y quién no. Esta supuesta “capacidad” de las personas (más relacionada con la magia o con lo sobrenatural) no ha logrado ser demostrada. En realidad, lo que sí se ha demostrado es que las personas no son buenas detectando mentiras. En este punto podemos mencionar la investigación realizada hace ya varios años (1968) por MAIER y THURNER, la cual pretendía determinar si aumentar los datos suministrados al receptor de un testimonio permitiría (o no) obtener mayor precisión a la hora de determinar la honestidad del sujeto que declaraba. Para ello se dividió a los participantes en tres grupos: al primer grupo se le permitió leer la transcripción de la declaración, al segundo grupo se le permitió escuchar la declaración, mientras que al tercer grupo se le permitió presenciar la declaración (teniendo a la vista al declarante). Para asombro de muchos, los resultados fueron categóricos: los integrantes del segundo grupo obtuvieron un 77,3% de precisión en la detección del engaño; los del primer grupo un 77%; finalmente los del tercer grupo -es decir, aquellos que pudieron presenciar la declaración teniendo a la vista al testigo- sólo lograron obtener un 58,3%. ¿Cómo se explica esto? Al respecto no existe uniformidad de pensamiento entre los científicos, aunque se cree que a mayor cantidad de información suministrada se disminuiría la posibilidad de concentrarse en el con-

tenido de la declaración (en otras palabras, el receptor del mensaje que se limita a leer la transcripción no tiene factores que puedan desconcentrarlo; en cambio, quienes pueden ver al declarante pueden fácilmente desatender el contenido de lo que se está diciendo, dejándose llevar por los movimientos realizados por quien declara, por la gesticulación o movimiento facial, fuerza con la que emite el testimonio, etc., generando focos de distracción).

Entonces, considerar que la inmediación (o el principio de inmediación) tiene una función epistémica y que en consecuencia podría permitir determinar qué testigo miente o qué testigo dice la verdad es un grosero error. El gran problema (y muy peligroso, por cierto) es que este “grosero error” hace a la práctica habitual en la resolución de los casos. Si el testigo declara con impronta, sin titubeos y emotivamente se lo considerará creíble; caso contrario, no.

Conclusión

Si un martillo no sirve para cocinar, un proceso como el nuestro que le da la espalda a todos los avances científicos no sirve para conocer la verdad ni mucho menos para hacer *justicia*.

“Transversalizar la perspectiva de diversidad sexual en el acceso a la Justicia y la asistencia judicial: prevalencia de la discriminación, victimización por violencias basadas en razones de género y representaciones de odio hacia la comunidad LGBT+”.

Autor: Sergio Oscar LIBERA MEDINA

Resumen

El presente ensayo propone poner en discusión cuestiones que determinan el ejercicio de los derechos humanos de las personas pertenecientes a la comunidad LGBT+.

En concordancia, profundizar el análisis respecto a tres ejes transversales, es decir, la reproducción de violencias por razones de género, las representaciones de odio y el tratamiento judicial de este tipo de delitos.

Palabras clave: diversidad sexual; acceso a la Justicia; discriminación; violencias; crimen; odio.

Summary

This essay proposes to discuss issues that determine the exercise of human rights of people belonging to the LGBT + community.

Accordingly, deepen the analysis regarding three transversal axes, that is, the reproduction of violence for gender reasons, the representations of hatred and the judicial treatment of this type of crime.

Keywords: sexual diversity; access to justice; discrimination; violence; crime; hate.

Introducción

Los crímenes de odio son asesinatos cometidos contra personas identificadas con grupos históricamente en condición de vulnerabilidad basados en razones de raza, socioeconómicas, etnia, género, identidad de género u orientación sexual que han debido sufrir discriminación estructural, violencia institucional, abuso de poder y violaciones a los derechos humanos.

Como ejemplos de crímenes de odio podemos mencionar el asesinato por asfixia de una persona negra por parte de la policía (racismo); el abuso sexual y posterior apuñalamiento de una adolescente (femicidio); la mutilación genital y asesinato de una mujer trans (travesticidio).

Estas violaciones a los derechos humanos han incentivado movimientos sociales contemporáneos como Black Lives Matter en 2013, Ni una menos en 2015 o Me Too en 2017 motivados por la búsqueda de reivindicaciones contra la reproducción de violencias y discriminación sistemática hacia el reconocimiento jurídico como sujetos de derechos.

En el terreno jurídico, la vulnerabilidad atañe a la inobservancia o violación de derechos y libertades consagrados en la legislación nacional o incluidos en acuerdos internacionales que tienen fuerza de ley en los países. Se refiere también a la imposibilidad de contrarrestar institucionalmente tal estado de cosas -que puede provocar discriminación- y a las dificultades para actuar sobre sus causas o quienes sean sus causantes o, al menos, para rectificar sus consecuencias (CEPAL, 2002:4).

Las personas LGTBI+, es decir, los subgrupos sociales que componen la diversidad sexual, entre estos, lesbia-

nas, gays, trans, bisexuales, intersex y otras identidades u orientaciones que no responden a la heteronormatividad, han sufrido violaciones a los derechos humanos sistemáticas a lo largo de la historia.

Por ello, resulta fundamental transversalizar la perspectiva de diversidad sexual en el acceso a la Justicia considerando que la intensidad e intencionalidad de la violencia ejercida contra estos grupos sociales requiere un tipo penal distintivo en cuanto a las trayectorias judiciales que dan cuenta del tratamiento jurídico de la reproducción de violencias y crímenes contra las personas LGBT+ en razón de la carga de vulnerabilidad, discriminación y odio que se deposita sobre sus cuerpos e identidades.

Transversalizar la perspectiva de diversidad sexual en la formulación de las políticas públicas implica identificar de manera específica y transversal las necesidades, violencias, desigualdades y la discriminación estructural e histórica que atraviesan las personas LGBT+ (Ministerio de las Mujeres, Generos y Diversidad, 2020:37).

Esto supone avanzar hacia el tratamiento legislativo en relación al reconocimiento de los derechos civiles y políticos en concordancia con la profundización de las vías institucionales para el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales como plexo indivisible e interdependiente de los derechos humanos de las personas LGBT+.

Terminología y nociones mínimas relevantes respecto a la comunidad LGBT+.

La diversidad sexual se compone de grupos heterogéneos de personas en cuanto a la orientación sexual o

identidad de género; a estos grupos se los denomina colectivo GLTTBIQ⁶⁸.

En consecuencia, podemos destacar tres categorías conceptuales interesantes para comprender las trayectorias de vida de las personas LGBT+ y profundizar los enfoques de igualdad y diversidad sexual.

El Género constituye una concepción social respecto a la dinámica de las relaciones interpersonales, roles para la reproducción de la vida y objetivos que espera la sociedad con impacto jurídico y cultural. En relación a ello, los juicios previos que atribuyen una significación negativa respecto a las personas LGBT+ se basan en la heterosexualidad como prerrogativa, la sexualidad binaria, hombre y mujer y el androcentrismo, es decir, lo masculino como centro de los pensamientos y acciones.

Cuando hablamos de género, nos referimos a las representaciones y valoraciones de lo femenino y lo masculino, las normas que regulan sus comportamientos, las atribuciones a cada sexo y la división sexual del trabajo, producto de complejas construcciones sociales y culturales que se elaboran a partir de las diferencias sexuales y que constituyen modos de significar relaciones de poder y estructurar relaciones sociales en sus planos simbólicos, normativos, institucionales, así como la subjetividad individual (Argentina. Ministerio de Educación, 2020:51).

La Identidad de Género a diferencia de la concepción de género como construcción social históricamente arraigada, se constituye por la autopercepción y propia valoración como persona en relación a la reproducción de la

68 Colectivo GLTTBIQ. Se refiere a las personas con sexualidades diferentes: gays, lesbianas, travestis, transexuales, bisexuales, intersexuales, queer (UNICEF, 2017:27).

vida, por ejemplo, la forma de vestirse, peinarse, sentirse, independientemente de los rígidos parámetros sociales y culturales.

La identidad de género no es un concepto estático, cerrado y unilateral. Se encuentra afectado por continuos cambios y disputas que atraviesan a todos los actores sociales, organizaciones de la sociedad civil, instituciones gubernamentales y la academia. (Argentina. INDEC, 2019:13).

La Orientación Sexual constituye la representación de la sexualidad respecto a los aspectos emocionales, afectivos y reproducción social. Esto incluye la atracción sexual por personas de un género diferente (heterosexualidad), mismo género (homosexualidad), o varios géneros (bisexualidad).

En consecuencia, Género (contexto comunitario), Identidad de Género (percepción individual) y Orientación Sexual (expresión social) constituyen unidades de análisis relevantes para transversalizar la perspectiva de diversidad sexual hacia las políticas públicas y la acción legislativa.

Documentación con perspectiva de diversidad sexual: complejidades de la identidad de género en el registro formal

La identidad por cuanto registro nacional en relación al nombre, apellido, género, domicilio y otros datos que tienen que ver con la identificación formal de las personas por ante las demás pero fundamentalmente por ante las instituciones del Estado involucran irrestrictamente la identidad de género como componente intrínseco a ella.

Ley 26.743 Artículo 2° - Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual

del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Si bien la identidad de género constituye un derecho formalmente normado desde el año 2012 continúa presentando dificultades en cuanto a su ejercicio tanto en el trato cotidiano de las relaciones interpersonales entre las personas como en la interacción con las instituciones del Estado.

En este sentido, el Decreto presidencial N°476/21 reconoce identidades por fuera del binomio masculino y femenino al incorporar la nomenclatura “X” en el Documento Nacional de Identidad como opción, para todas las personas que no se identifiquen como varón o como mujer.

No obstante, si bien la intención puede ser visibilizar las expresiones de género no heteronormativas, debemos reconocer que una cruz históricamente ha contenido una significación negativa, tachar lo que está mal, llevar un pesar.

Una nomenclatura inclusiva, al menos en mi opinión, estaría determinada en categoría sexo y sub categoría género femenino (f), masculino (m) y diversidad sexual (+).

En esta última contemplar todas las expresiones de género u orientaciones sexuales que no respondan al sistema binario varón - mujer. La utilización de la nomenclatura “+” dentro de la documentación contribuiría, valga la redundancia, a sumar, incluir las diversas identidades de género.

Asimismo, en este sentido, la estandarización de la documentación institucional en el ámbito escolar en los formularios a completar para el inicio del ciclo lectivo representa figuras rígidas de género cimentando la heteronormatividad en la estructura familiar.

Por ejemplo, rellenar ítems referidos a datos del alumno (continúa prevaleciendo el masculino como generalidad) y datos del padre - madre (continúa prevaleciendo el binario heterosexual como generalidad), es decir, nombres, apellidos, número de documento, entre otros, omitiendo expresar figuras inclusivas a la diversidad sexual como datos del familiar a cargo, persona responsable o cursante.

Aunque se encuentre debidamente normado el derecho a la identidad de género, si persisten los preceptos de la heteronormatividad en la reproducción social de la vida se continúa con la discriminación hacia las personas LGBT+.

Estándares internacionales de derechos humanos de la comunidad LGBT+

El umbral de derechos humanos confiere un conjunto de principios jurídicos, sociales y culturales para la actividad legislativa en razón de promover la vida en libertad e igualdad entre las personas.

Consecuentemente, constituyen un marco de referencia legal hacia el reconocimiento de derechos tanto ciudadanos como víctimas de delitos.

Entre los instrumentos relacionados al reconocimiento de los derechos de la comunidad LGBT+ de mayor relevancia jurídica se destacan: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989), Estatuto de Roma (1998),

Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2006); Observaciones y recomendaciones elaboradas por la Organización de Naciones Unidas.

Estas herramientas jurídicas proporcionan un marco teórico y legítimo para la legislación del Derecho interno y profundización de protocolos de actuación que regulan las prácticas profesionales para la asistencia de las víctimas de delitos como respuestas institucionales frente a la reproducción de violencias y actos de discriminación.

Proceso de discriminación histórica hacia las personas LGBT+

La discriminación atenta contra humanidad de las personas, el ejercicio de ciudadanía y los principios esenciales de la democracia, es decir, la libertad e igualdad basada en causas contrarias a los estándares internacionales de derechos humanos.

Puede originarse y reproducirse en diversos ámbitos donde se desarrollan las relaciones sociales, en el ámbito institucional como el sistema educativo o centros de salud, por citar algunos; espacios del ámbito privado como empresas o locales nocturnos; y lugares de proximidad habitacional o convivencia como el barrio o la familia, respectivamente.

En consecuencia, constituye un proceso sistemático de prácticas institucionales y conductas sociales caracterizadas por una actitud de aversión sobre las personas que manifiestan sexualidades no hegemónicas, esto produce un estigma respecto a la reproducción social de la vida de las personas LGTB+.

No obstante, podemos mencionar razones por las cuales se reproducen estas actitudes discriminatorias históricamente arraigadas:

a) Atribución de la propagación de un virus que desencadenó una crisis sanitaria

Esto responde a las implicaciones socioculturales sostenidas en el tiempo relacionado a significaciones, simbologías y modos de conducta en la sociedad que han estigmatizado y discriminado a las personas que padecían la enfermedad del HIV/SIDA. Transcurriendo la década de 1980 la ola de contagios fue coloquialmente denominada como Peste Rosa, Peste Gay o Cáncer Homosexual.

Asimismo, el virus fue asociado unívocamente al denominado Club de las Cuatro Haches refiriéndose específicamente a los Homosexuales, Heroínómanos, Hemofílicos y Haitianos.

b) Cuestiones relacionadas a la religión

Las instituciones religiosas cumplen una doble función, tanto como agentes de socialización como actores políticos. Estas instituciones se basan en concepciones tradicionales y rígidas fundamentalmente basadas en la heteronormatividad.

Se habla de heteronormatividad, heterosexismo o heterosexualidad obligatoria en referencia al paradigma que presenta a la heterosexualidad como natural y necesaria para el funcionamiento de la sociedad, y como el único modelo válido de relación sexual, afectiva y de parentesco. Se sostiene y reproduce a partir de instituciones que legitiman y privilegian la heterosexualidad y de variados mecanismos sociales que incluyen la invisibilización, ex-

clusión y persecución de todas las manifestaciones que no se adecuen a él (Argentina. INADI, 2017:11).

c) La identidad de género y orientación sexual como patología

El día 17 de mayo de cada año se celebra el Día internacional contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Esta fecha surge a partir de la conmemoración en que por Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud se decidió eliminar la homosexualidad de la lista de enfermedades y desórdenes mentales reconociendo oficialmente como una orientación natural de la sexualidad humana. Esto sucedió hacia el año 1990.

La orientación sexual no se elige. Tampoco se “corrige” ni se “cura”. Ser homosexual, lesbiana, gay o trans no es una enfermedad (Argentina. Ministerio de Salud, 2011:33).

d) Desarraigo por razones de diversidad sexual

La discriminación en comunidades de poca densidad de población puede intensificar los procesos de estigmatización y exclusión social.

Debido a ello, es frecuente que las personas LGTB+ abandonen sus lugares de origen para trasladarse a ciudades más grandes donde poder vivir públicamente su sexualidad y su género, un fenómeno bautizado como sexilio (COLL-PLANAS, Gerard; SOLÀ-MORALES, Roser; MISÉ, Miquel, 2019:32).

Por ejemplo, en el caso de las parejas serodiscordantes, aquellas parejas en que uno de sus integrantes es HIV positivo y el otro es HIV negativo, se manifiesta una dis-

criminación múltiple, es decir, por razones de identidad de género u orientación sexual sumando al padecimiento de una enfermedad históricamente estigmatizadora y excluyente.

e) Exclusión temprana del sistema educativo por razones de diversidad sexual

En Argentina, estudiantes transgénero informaron haber detenido sus estudios debido al *bullying* efectuado por otros estudiantes o porque las autoridades escolares les negaron el ingreso. (UNESCO, 2013:23).

La deserción escolar por razones de género refuerza los estereotipos negativos sobre determinados grupos sociales y perpetúa las desigualdades sociales para el desarrollo humano.

Por otro lado, se ha señalado que incluso aquellas personas trans que procuran retomar sus estudios en la adultez “se encuentran muchas veces sometidas a la lógica implacable de la pobreza, y deben ‘elegir’ entre acudir a una escuela nocturna o trabajar a la misma hora en la que deberían estar estudiando” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020:80).

Asimismo, la regulación escolar cisnormativa, es decir, la obligatoriedad de cumplir con determinadas normas de conducta que refuerzan la heteronormatividad hacia el interior de los establecimientos educativos e invisibilizan las diversas identidades de género.

El resultado puede ser la exclusión de los estudiantes LGTB+, por ejemplo, a través de políticas escolares que nieguen a los estudiantes el derecho de expresar su identidad de género escogida, y a través de medidas como uniformes específicos para cada género y reglas sobre la forma de arreglarse el cabello (UNESCO, 2017:23).

f) Criminalización de la desigualdad social y penalización del ejercicio de la prostitución como estrategia de subsistencia

Prevalentemente, se ha vinculado al trabajo sexual como estrategia de subsistencia de las personas LGTB+ frente a la discriminación hacia el mercado laboral, lo cual restringe el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, educación, trabajo, vivienda, entre otros. No obstante, se resolvió derogar los artículos 83, 87, 93 del Código de Faltas de la Provincia de Santa Fe, Ley N° 10.703 en el año 2003. Sin embargo, aún persisten normativas que criminalizan la desigualdad hacia las personas LGTB+ atribuyendo estereotipos de inmoralidad o falta a las buenas costumbres.

La criminalización de la desigualdad social se manifiesta en la violencia institucional caracterizada por prácticas donde predomina el abuso de poder valiéndose de la figura de autoridad enmarcado dentro de un delito de función policial ⁶⁹.

En suma, estos estereotipos atribuyen una significación negativa hacia la diversidad sexual, lo cual implica ser considerado anormal, pecador, enfermo mental, inmoral o criminal.

69 Delito de Función Policial: El Observatorio ha registrado diez delitos de función cometidos por la policía durante el año 2019, relacionados con vulneraciones de derechos de mujeres trans. Quedaron registrados aquí, cinco casos de extorsión y cinco casos de detención arbitraria. En los casos de extorsión, los reportes consignan casos donde se pidió, a las mujeres trans, dinero o sexo a cambio de no ser detenidas (Perú. Observatorio de Derechos LGBT, 2020:24).

Interseccionalidad en la diversidad sexual.

La interseccionalidad constituye un enfoque analítico que permite visibilizar la transversalidad de diversos factores psicosociales y aspectos socioeconómicos interrelacionados que resultan en una estructura de vulnerabilidad.

En las investigaciones que involucren violencias contra las mujeres y otras personas LGTBIQ+ (incluidas las desapariciones involuntarias) debe considerarse que las víctimas proceden de variados contextos, entornos y orígenes, y que estas violencias están determinadas no sólo por su condición sexual y de género, sino también por otros factores que pueden aumentar el grado de vulnerabilidad al que se encuentran expuestas (su calidad de adulta mayor, de mujer de pueblos originarios, lesbiana, transgénero, niña, mujer de origen rural, con discapacidad, etc.) (UFEM, 2021:13).

En este sentido, podemos mencionar como ejemplo, el abuso sexual hacia una mujer trans que ejerce la prostitución. Aquí, intercede la interseccionalidad o entramado de vulnerabilidad como matriz de desigualdad social en razón de género (femenino), identidad de género (trans), situación socioeconómica (pobreza y exclusión laboral) y victimización (derecho a la integridad física y sexual).

Ahora bien, resulta relevante considerar que la interseccionalidad se reproduce incluso dentro de los subgrupos que componen la diversidad sexual conforme a los rangos de discriminación distintivos que otorga la heteronormatividad.

En 2020 hubo 14 asesinatos perpetrados hacia la diversidad sexual -10 fueron dirigidos a mujeres trans y 4 a varones gay cis-; 5 suicidios - 4 de mujeres trans y 1 de un varón trans-; y 67 muertes por abandono y/o ausencia

estatal histórica y estructural- todas ellas fueron de mujeres trans- (Observatorio de Crimenos de Odio LGBT, 2021:17).

Esta situación pone de manifiesto que a mayor expresión femenina en conductas, modismos y vestimenta de cuerpos biológicamente masculinos mayor grado de desigualdad social, aversión e intensidad en la reproducción de violencias.

La interseccionalidad opera hacia dos sentidos transversales que restringen los derechos humanos de la diversidad sexual:

1) La vulnerabilidad normativa, es decir, los vacíos legales o falta de legislación para el reconocimiento jurídico de derechos, fundamentalmente, vinculado a los derechos políticos y civiles.

2) La vulnerabilidad sustantiva, aquella basada en la falta de políticas públicas para el desarrollo humano de las personas de la comunidad LGBT+. Esto vinculado al acceso a los derechos económicos, sociales y culturales.

Terrorismo hacia la diversidad sexual: terapias de conversión y violación correctiva

Las terapias de conversión y violación correctiva constituyen formas de tortura contra las personas LGBT+ a través de prácticas sistemáticas de vulneración de derechos con el objetivo de cambiar la orientación sexual o identidad de género de personas que trascienden el rígido cultural de la heteronormatividad como forma de vivir, socializar y relacionarse.

En una encuesta mundial realizada recientemente, un total de 1.641 supervivientes de las “terapias de conversión” señalaron a los principales responsables de esas prácticas. En el 45,8 % de los casos se trataba de profe-

sionales médicos y de la salud mental; en el 18,9 %, de autoridades religiosas, curanderos y grupos tradicionales; en el 8,5 %, de campamentos de conversión y centros de rehabilitación; y en el 6,9 %, de los progenitores. Las autoridades estatales, como la policía, el ejército y otras entidades, fueron señaladas en el 4,4 % de los casos, al igual que las autoridades escolares (Naciones Unidas, 2020:7).

Las terapias de conversión incluyen simultáneamente violencia física, psicológica, social y sexual como manifestación de descargas eléctricas sobre el cuerpo, obligar a desnudarse, tocamientos en órganos sexuales y penetración forzosa, ingesta de medicación, exhibición de material audiovisual de contenido pornográfico, entre otros métodos coercitivos.

La violación correctiva ⁷⁰ constituye una forma de violencia sexual perpetrada por personas que desprecian la identidad de género u orientación sexual de la víctima. Estos actos se encuentran claramente anclados en razones de odio.

Estas formas de tortura dejan consecuencias negativas sobre el bienestar físico, psicológico, social y afectivo que inferen como perjuicio en cuanto a las actividades cotidianas de la reproducción social de la vida. Principalmente, perjuicios a la trayectoria escolar y académica, acceso al empleo y oportunidades para el desarrollo humano o discapacidad producto de las vejaciones sufridas.

70 Violación correctiva. Forma de violación perpetrada contra una persona por su orientación sexual o su identidad de género. Su finalidad es obligar a la víctima a comportarse de manera heterosexual o acorde con una determinada visión normativa de la identidad de género (ONU Mujeres).

Entonces, ¿por qué podríamos referirnos a la violación correctiva y las terapias de conversión como prácticas de terrorismo por razones de diversidad sexual?

El terrorismo depende de negar la humanidad de sus víctimas. Las ideologías extremistas y excluyentes que rechazan el valor y la dignidad de los demás y los presentan como seres infrahumanos que merecen la extinción, son herramientas esenciales de movilización y proselitismo (Naciones Unidas, 2006:5, párrf. 22).

Tanto la violación correctiva como las terapias de conversión constituyen manifestaciones de ideologías extremas que se expresan a través de dinámicas de discriminación y violencias de pensamiento y acción que repercuten de manera transversal no sólo en la comunidad LGBT+ sino en la sociedad en su conjunto.

En consecuencia, con la tortura no solamente se trata de cambiar una personalidad de la diversidad sexual a un rígido heteronormativo, sino también, despreciar y destruir la dignidad humana.

Por ello, no es infrecuente que en crímenes contra personas LGBT se desfigure a la víctima o produzca mutilación genital criminal.

Acceso a la Justicia y asistencia judicial de personas LGBT+

El acceso a la Justicia constituye un área del Estado fundamental para el ejercicio de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y su aplicación en el Derecho interno.

En tal sentido, tanto como servicio público como valor social representa un ápice para el fortalecimiento de los procesos democráticos.

Ahora bien, resulta relevante reconocer las limitaciones materiales y simbólicas respecto al derecho de acceso a la Justicia de personas LGBT+ en situación de victimización por reproducción de violencias.

Estas barreras se pueden constituir por razones de edad (si no cumplió la mayoría legal de edad, identificar un adulto referente para su acompañamiento), nivel socioeconómico (acceso a la educación, situación laboral, ingresos económicos) o razones de salud (discapacidad), entre otras.

Sumado a ello, es necesario considerar que las personas LGBT han constituido un grupo social susceptible de violencia institucional y criminalización del ejercicio de la prostitución como forma de supervivencia. Esto puede ser generador de reticencia a denunciar hechos de violencia.

Los objetivos primordiales del acompañamiento de una mujer o persona LGBTIQ que ha sido víctima de violencia de género son: evitar la revictimización, contener y canalizar sus emociones, hacer valer sus derechos ante las autoridades, brindar a las víctimas los elementos para que ellas puedan tomar sus propias decisiones y hacer que éstas sean respetadas en todos los espacios donde se presenten (UNL, 2019).

No obstante, resulta trascender la representación jurídica hacia prácticas profesionales que promuevan el trato digno y transversalizar la perspectiva de diversidad sexual hacia el sistema judicial.

En este sentido, promover investigaciones penales conforme a la perspectiva de diversidad sexual. No obstante, si se invisibiliza la discriminación, violencias o crímenes de odio bajo otras figuras jurídicas no hay efectivo acceso a la Justicia.

Nudos críticos en la acreditación del vínculo entre el agresor y la víctima

En relación al proceso judicial pueden surgir diversas cuestiones culturales que atraviesan la etapa de investigación del delito.

Resulta relevante considerar en la valoración judicial la mirada sesgada por preceptos heteronormativos respecto a las relaciones entre las personas, sin contemplar que las personas LGBT+ han constituido un grupo históricamente discriminado y, por consiguiente, esto hace que tengan una impronta diversa de expresar sus sentimientos, que pueden no coincidir con la visión y características de pareja heterosexual.

En este sentido, una relación sexual infiere a encuentros y conectividad entre personas pudiendo involucrar o no sentimientos de afecto o amor, en este caso, la relación está basada en la afinidad sexual. Ahora bien, no podemos negar la existencia de una relación sea cual fuere el motivo que la inspire.

Asimismo, la víctima puede tener reticencia en cuanto a la publicidad de su orientación sexual o identidad de género al momento de radicar la denuncia.

Esta situación conlleva a que deba “salir de closet”⁷¹ para realizar la comunicación formal del delito exponien-

71 Esta expresión describe la situación de dar a conocer y visibilizar de un modo voluntario, el hecho de vivir la sexualidad de una manera distinta a lo socialmente esperado, es decir, la heterosexualidad, que implica pensar erróneamente, que todas las personas con las que interactuamos son heterosexuales. En este sentido, es también un efecto de la presunción de la heterosexualidad. Cada persona decide libremente cuándo y a quién contarle sobre sus preferencias sexuales (Ar-

do su realidad frente a operadores de la fuerza policial, instituciones del sistema de Justicia y, eventualmente, medios de comunicación.

La reserva a hacer pública las relaciones sexuales y afectivas entre personas LGBT, ya sea, mediante la publicación de fotos en redes sociales, espacios públicos u otros puede reforzarse hacia las parejas serodiscordantes dado que la enfermedad de SIDA continua siendo un estigma en la sociedad.

La heteronormatividad tiene una forma rígida de sentir, vivir y comunicar sus relaciones afectivas. Sin embargo, las personas LGBT tienen una manera diversa de expresar sus emociones y vínculos condicionados históricamente por la discriminación.

Aproximación al encuadre jurídico respecto a los crímenes de odio

La concepción jurídica en cuanto a los crímenes de odio en el tratamiento judicial dentro del proceso penal es relativamente reciente.

Desde el año 1985, aproximadamente, en Estados Unidos comenzó a trabajarse jurídicamente en el crimen de odio como delito que excede a un homicidio.

En Argentina, hacia el año 2012 se modificó el artículo 80 inciso 4 del Código Penal incorporando este tipo legal, el cual refiere: Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

gentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2015:17).

Ahora bien, el odio como motivación en un delito representa complejidades tanto para la identificación de indicadores sociales que den cuenta de ello como los medios probatorios para su acreditación en juicio.

Por ejemplo, un nudo crítico en el acceso a la Justicia de las personas LGBT+ constituye el registro deficiente, esto forma parte de la cifra negra del delito haciendo invisible la violencia por razones de género fundadas en odio. Esto puede ocurrir cuando las personas trans, lesbianas o gays víctimas son registradas según su sexo biológico invisibilizando su identidad de género.

La falta de perspectiva de diversidad sexual en las trayectorias judiciales en delitos donde mediaren motivos de odio basados en la orientación sexual o identidad de género de las víctimas puede provocar prejuicios técnicos en el desarrollo de las investigaciones penales en cuanto a la caratula del delito que se imputa y, consecuentemente, en la sentencia judicial.

En relación a ello, podemos tener en consideración determinados aspectos mínimos para la construcción jurídica de los crímenes de odio.

Delito	Conducta antijurídica
Medio	Agresión, violencia, lesiones, amenazas
Motivo	Prejuicio, aversión, discriminación, rechazo, desprecio
Elemento empleado	Generalmente se utilizan elementos específicos para un fin determinado, por ejemplo, cable para ahorcamiento; arma blanca o de fuego; varas de madera o metal

Intensidad del ataque	Generalmente se produce una combinación de violencias
Característica socio demográfica	Raza, religión, nacionalidad, etnia, género, identidad de género, orientación sexual, edad
Grupo social históricamente vulnerado	Diversidad sexual (personas LGBT+), migrantes desde otro país o región dentro del mismo país, judíos, personas de pueblos originarios, discapacitados
Afectación de derechos	Integridad física, psicológica y social, dignidad humana, igualdad, vida

Asimismo, profundizar algunas distinciones de la conducta criminal útiles para trabajar en la investigación penal hacia la determinación jurídica de los crímenes de odio.

Denominación jurídica	Teoría jurídica	Descripción práctica del hecho	Ejemplo
Homicidio	Pretende dar muerte a una persona	Disparo de arma de fuego	Comúnmente, en disputas por conflictos interpersonales
Agravante por ensañamiento y alevosía	Pretende asegurar la muerte de otra persona	Ejecutar varios disparos	Disparos en pecho y cabeza. Comúnmente, en ataque sicario

Crimen de odio	Pretende asesgarar el sufrimiento hasta la muerte.	Violencia extrema y progresiva, ataque en grupo	Sucesión de golpes, quemaduras, mutilación de órganos genitales. Comúnmente, contra las personas LGBT+
----------------	--	---	--

Entonces, cuando analizamos un caso donde la víctima ha padecido diversos tipos de violencias con el fin de provocar un sufrimiento extremo debemos profundizar el ejercicio del pensamiento hacia visibilizar de manera legal si se trata de un hecho atravesado por el odio no sólo hacia la persona en particular, sino también, contra la orientación sexual o identidad de género.

Indicadores sociales que pudieran ser considerados hacia la construcción jurídica de los crímenes de odio contra las personas LGBTI+

Resulta imperativo reconocer la complejidad para la acreditación de elementos de convicción que den cuenta del odio como motivación del crimen.

En este sentido, la CIDH considera que los siguientes elementos, entre otros, podrían ser indicativos de un crimen por prejuicio, particularmente cuando aparecen en combinación: (i) declaraciones de la víctima o el responsable de que el crimen estuvo motivado por prejuicio; (ii) la brutalidad del crimen y signos de ensañamiento

(incluyendo los casos de homicidio en los que la naturaleza y el nivel de violencia parecen ir más allá de la mera intención de matar y estar dirigidos a castigar o “borrar” la identidad de la víctima); (iii) insultos o comentarios realizados por el/los alegado/s responsable/s, que hacen referencia a la orientación sexual y/o identidad de género de la/s víctima/s; (iv) el estatus de la víctima como activista de temas LGBT o como defensor/a de las personas LGBT y sus derechos, o la participación de la víctima en un evento especial para celebrar la diversidad de personas LGBT; (v) la presencia de un prejuicio conocido contra personas LGBT en el perpetrador, o si el perpetrador forma parte de un grupo que tiene prejuicios contra personas LGBT; (vi) la naturaleza o significado del lugar donde se desarrolló la violencia, o desde donde las víctimas fueron atraídas (por ejemplo, un lugar conocido por ser frecuentado por personas LGBT, o un área frecuentada por personas trans que ejercen el trabajo sexual); y (vii) la víctima o víctimas habían estado con una pareja del mismo sexo o con un grupo de personas LGBT cuando la violencia ocurrió (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015:280).

En anuencia, se propone una matriz de criterios básicos de investigación a considerar para la determinación de los crímenes de odio en las trayectorias judiciales.

Éstos implican una intervención interdisciplinaria en razón de construir un marco jurídico o teoría del caso, indagar rasgos psicológicos e interpretar comportamientos sociales que den cuenta de la violencia como acción y el odio como motivación.

a. Construcción del perfil de odio del agresor:

Respecto al punto (i): relevar declaraciones de allegados como vecinos, amigos o familiares de la víctima en relación a hostigamiento o amenazas contra su persona

previa al crimen, ya sea, porque han presenciado o la víctima les ha comentado.

Esto involucra insultos o comentarios realizados por el acusado que hacen referencia a la orientación sexual y/o identidad de género de la víctima.

Asimismo, relevar si el agresor pertenece a un grupo de personas relativamente organizadas o demuestran afinidad entre sí que manifiestan públicamente prejuicios contra de las personas LGBT+ y la diversidad sexual promulgando un discurso de odio o reproduciendo violencia contra este grupo social.

b. Extensión de violencia generalizada:

En relación al punto (ii) ponderar la violencia progresiva en intensidad y cantidad de ataques, donde la naturaleza de la agresión es extrema y atenta claramente contra la identidad de género de la víctima.

La violencia se manifiesta en todo el cuerpo de la víctima, sin embargo, se puede enfatizar sobre determinadas partes, por ejemplo, mutilación de genitales o rostro.

Una característica común de muchos de los delitos motivados por el odio contra las personas LGBT es su brutalidad: por ejemplo, las víctimas de asesinatos suelen aparecer mutiladas, severamente quemadas, castradas y con indicios de haber sido agredidas sexualmente (ACNUDH).

c. Relación activa con organizaciones por los derechos de la diversidad sexual:

En relación al punto (iv) resulta relevante entrevistar a personas pertenecientes a organizaciones que promueven los derechos humanos de las personas LGBT en razón de verificar si la víctima realizaba actividades dentro de la organización o concurría a eventos públicos que abogan por la igualdad de derechos de la diversidad sexual.

d. Lugar de referencia para la comunidad LGBTI+:

En relación al punto (vi) se destaca la representación simbólica del lugar del hecho para el grupo LGBTI+, por ejemplo, un lugar frecuentado por personas trans que ejercen el trabajo sexual, comúnmente, conocido como “zona roja”.

e. Relación íntima preexistente entre el agresor y la víctima:

En cuanto al punto (vii) considerar la relación previa conforme al aprovechamiento de la convivencia, confianza de la víctima para tener acceso a la vivienda o lugar de trabajo de la víctima y, en esas circunstancias, valerse de esa confianza para perpetrar el crimen.

f. Edad de la víctima:

Además de los indicadores anteriormente expuestos, la edad de la víctima podría constituir un elemento relevante hacia la construcción jurídica de un crimen de odio.

En este sentido, resulta relevante destacar que conforme a lo expresado por la Federación Argentina LGBT su promedio de vida oscila entre los 35 a 40 años de edad, principalmente, a causa de la discriminación estructural y la violencia generalizada. Por lo cual si la víctima se ubicare dentro de este rango etario coincidiría con este indicador hacia la construcción jurídica de un crimen de odio.

Desarrollo humano con perspectiva de diversidad sexual

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, transversalizar la perspectiva de diversidad sexual hacia la acción legislativa y políticas públicas implica el compromiso de planificar y ejecutar acciones tendientes al fortalecimiento institucional en relación a tres ejes transversales, es decir, la autonomía física, la autonomía económica y la autonomía en la toma de decisiones de las personas LGBT+.

La interrelación de autonomías constituye un factor jurídico y social imprescindible en el logro de un desarrollo sostenible hacia sociedades justas e inclusivas.

a) Autonomía física

El derecho a la salud constituye un bien jurídico consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con rango constitucional tendientes a promover el máximo nivel de bienestar físico, psicológico y social de la ciudadanía.

En este sentido, se refiere principalmente a las problemáticas sociales y jurídicas subyacentes de la reproducción de violencias y victimización hacia la diversidad sexual.

En relación a ello, podemos destacar el avance legislativo en cuanto a leyes específicas contra los crímenes de odio.

La Ley N° 26.791 incorpora la figura legal de homicidio agravado al asesinato cometido específicamente por odio de género, a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

Esto reconoce la violación al bien jurídico protegido unívocamente por razones de identidad de género u orientación sexual. Ahora bien, además del derecho a la vida, se reconoce el derecho a la salud, integridad física, psicológica, sexual, social y dignidad humana.

No obstante, está referida a generar el contexto jurídico en razón de que las personas sean capaces de expresar

su orientación sexual o identidad de género de forma libre de violencias y actos de discriminación.

En este sentido, también hace referencia a las barreras existentes en cuanto al acceso a las instituciones del sistema de salud, es decir, la atención médica efectiva y trato digno en los efectores de salud como hospitales centrales o centros de salud del barrio.

b) Autonomía económica

Esta dimensión tiene relación con el ejercicio y acceso a los derechos económicos, sociales y culturales como el trabajo, la educación, la vivienda digna, entre otros.

Históricamente la comunidad LGBT ha sido vedada de un espacio en el mercado de trabajo, debido a la discriminación estructural, lo cual profundizó la desigualdad y vulnerabilidad.

No obstante, la principal estrategia para generar ingresos económicos surge a través del trabajo sexual, con los riesgos de salud y hacia la propia vida que el ejercicio de esta actividad conlleva.

Por ejemplo, la CIDH ha sido informada de que el promedio de mujeres trans en la región que ejerce el trabajo sexual ronda el 90%. Asimismo, de que en Chile, el 95% de las mujeres trans encuestadas ejerce el trabajo sexual. Igual cifra fue relevada en Colombia. En Paraguay, una encuesta arrojó como resultado que el 86% procuraba su sustento por medio del trabajo sexual y, respecto de El Salvador, el PNUD constató que dicho número se afianza en el 85%. En Argentina, una encuesta reveló que más del 70% de las mujeres trans todavía encuentra su principal fuente de ingresos en el trabajo sexual (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020:121).

En este sentido, se han legislado medidas de acción positiva o discriminación inversa en el ámbito laboral, principalmente, hacia dependencias del Estado.

En este sentido podemos mencionar que la Ley N° 14.783 de Cupo Laboral constituyó un avance significativo y punto de partida para personas pertenecientes a la comunidad LGBT como trabajadores.

Por Decreto 721/2020 Artículo 1° de Cupo Laboral, se establece que en el sector público nacional, en los términos del artículo 8° de la Ley N° 24.156, los cargos de personal deberán ser ocupados en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de los mismos por personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo.

Ahora bien, es prudente reconocer que la profundización de este tipo de medidas hacia el sector privado continúa siendo un desafío, por lo cual, tenemos un largo camino por construir.

c) Autonomía en la toma de decisiones

Esta autonomía responde a la participación política en la sociedad y la familia pero también hace referencia a la capacidad para el ejercicio de las libertades para la toma de decisiones personales.

Consecuentemente, contribuye al involucramiento hacia espacios que promuevan la incorporación al mercado laboral, entre otras, la acción sindical.

La incorporación de la perspectiva de la diversidad sexual en la negociación colectiva tiene como objetivo central la inclusión de cláusulas de no discriminación por orientación sexual e identidad de género en los CCT, garantizando además el respeto de los derechos de quienes integran familias homoparentales, y asegurando los beneficios de la seguridad social para las parejas del mismo sexo y para los/as hijos e hijas que tuvieren, a la vez que se contribuye a la deconstrucción de la heteronorma-

tividad y la abolición de prejuicios instaurados culturalmente (Argentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2015:18).

Asimismo, supone avanzar hacia un contexto normativo para la elaboración de políticas públicas y ocupar lugares preponderantes en las direcciones de agencias gubernamentales para la contribución a la inclusión en la sociedad; por consecuencia, tiene que ver al ejercicio y acceso a los derechos civiles y políticos.

Lo expuesto incluye pero, no se reduce, a tres leyes fundacionales respecto a la institucionalización del reconocimiento los derechos de las personas LGBT+.

1) Ley de Matrimonio Igualitario N° 26.618 (derecho a la unión de derecho).

2) Ley N° 26.862 de Reproducción Asistida. Asimismo, la adopción (derecho a formar una familia).

3) Ley de Identidad de Género N° 26.743 (derecho al nombre, apellido, número registral, domicilio y género en el documento nacional de identidad).

Conclusión

¿Por qué las personas LGBT+ tienen una forma diferente de manifestar sus sentimientos y relaciones con respecto a las características de las relaciones heteronormativas?

En buena medida puede deberse a las diversas expresiones de discriminación que han sufrido a lo extenso de la historia signada por la atribución de la propagación del SIDA, patologización como enfermedad mental, exclusión temprana del sistema educativo, criminalización de la desigualdad social y penalización del ejercicio de la prostitución como estrategia de subsistencia. Incluso formas de terrorismo o tortura por razones de identidad de

género u orientación sexual como violaciones correctivas o terapias de conversión.

En consecuencia, es relevante considerar en la valoración judicial que las personas LGBT+ tienen diversas formas de vínculos, de expresión, de percibir el género, experimentar la sexualidad y convivir en comunidad, por lo cual, resulta relevante transversalizar la perspectiva de diversidad sexual respecto a la acreditación jurídica del vínculo, por ejemplo.

En relación al tratamiento jurídico de los crímenes de odio enfatizar la intervención interdisciplinar en razón de relevar los comportamientos sociales que den cuenta de la construcción del perfil de odio del agresor, la extensión de violencia generalizada, relación activa de la víctima con organizaciones por los derechos de la diversidad sexual, lugar del hecho de referencia para la comunidad LGBTI+ y la edad de la víctima al momento del crimen.

El Estado tiene el deber de velar porque toda controversia jurisdiccional donde se advierta una situación de violencia, discriminación, o vulnerabilidad por razones de género u orientación sexual, la misma sea tomada en cuenta a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la Justicia de forma efectiva e igualitaria (Suprema Corte de Justicia, 2014:29).

De esta forma, guiar la investigación penal en razón de relevar elementos de convicción respecto a comportamientos sociales que den cuenta de indicadores de la violencia como acción y el odio como motivación.

Recomendaciones

La transversalización de la perspectiva de diversidad sexual supone reconocer la discriminación, desigualdad social y vulnerabilidad histórica y estructural de las per-

sonas LGBT+ como grupo social en los diversos sistemas que componen la sociedad.

En este sentido, resulta relevante promover la intervención de las personas y organizaciones sociales que abogan por los derechos LGBT+ en los procesos de formulación y toma de decisión hacia la promulgación de normativas y planificación de políticas públicas a través de mecanismos de participación social.

En anuencia, profundizar el enfoque con reconocimiento de la experiencia traumática ⁷² constituye un aporte significativo hacia el desarrollo de la política criminal, leyes de víctimas y tratamiento jurídico de las violencias por razones de discriminación y representaciones de odio hacia la diversidad sexual.

Bibliografía

ACNUDH. “Violencia homofóbica y transfóbica”. Consultado al 18 de noviembre de 2021. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/FactSheets/unfe-27-UN_Fact_Sheets_Homophobic_Spanish.pdf.

Argentina. INADI. 2017. “Diversidad sexual y derechos humanos. Sexualidades libres de violencia y discriminación”. Consultado al 14 de noviembre de 2020. Disponible en: <http://www.inadi.gob.ar/contenidos-digitales/>

72 Enfoque con reconocimiento de la experiencia traumática: enfoque que integra plenamente el conocimiento acerca de las experiencias traumáticas a las políticas, procedimientos y prácticas y, de manera activa, busca evitar que se repita la experiencia traumática (UNFPA, 2020:46).

<wp-content/uploads/2017/06/Diversidad-Sexual-y-Derechos-Humanos-9-9-2016.pdf>

Argentina. INDEC. 2019. “Nuevas realidades, nuevas demandas. Desafíos para la medición de la identidad de género en el Censo de Población”. Consultado al 13 de diciembre de 2020. Disponible en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/publicaciones/identidad_genero_censo_2020.pdf.

Argentina. Ministerio de Educación. 2020. “Educar en Igualdad: prevención y erradicación de la violencia de género: orientaciones para las instituciones educativas”. Consultado al 21 de marzo de 2021. Disponible en: https://argentina.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/educar_en_igualdad.pdf.

Argentina. Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. 2020. “Plan Nacional de Acción Contra las Violencias por Motivos de Género 2020-2022”. Consultado al 10 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/plan_nacional_de_accion_2020_2022.pdf.

Argentina. Ministerio de Salud. 2011. “Identidades diversas, los mismos derechos”. Consultado al 5 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.msal.gov.ar/images/stories/ryc/graficos/0000000574cnt-Identidades%20Diversas%20los%20mismos%20Derechos.pdf>.

Argentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. 2015. “Guía de términos y conceptos sobre diversidad sexual desde la perspectiva de derechos”. Consultado al 10 de noviembre de 2020. Disponible en: <http://www.>

trabajo.gob.ar/downloads/otros/151111_guia_diversidad_doc.pdf.

Argentina. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. 2015. “Trabajo y diversidad sexual. Un material para la formación sindical”. Consultado al 5 de marzo de 2021. Disponible en: http://trabajo.gob.ar/downloads/difusion/150820_cuadernillo_divsexual_form_sindical.pdf.

Argentina. Observatorio de Crímenes de Odio LGBT. 2021. Informe 2020. Consultado al 7 de octubre de 2021. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1JiHb4vWWb5zpgjCkZP5cpIxznf9ga-fi/view>.

Argentina. UFEM. 2021. “Pautas para la investigación de casos de desaparición de mujeres y población LGTBIQ+”. Consultado al 18 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2021/06/UFEM-PROTEX-Informe-1.pdf>.

Argentina. UNL. 2019. “Guía de fortalecimiento para la detección, atención y acompañamiento de situaciones de violencias de género”. Consultado al 10 de enero de 2021. Disponible en: https://www.fcjs.unl.edu.ar/investigacion/wp-content/uploads/sites/6/2019/02/UNL-SFC_GuiaViolenciasdeG%C3%A9nero.pdf.

CEPAL. 2002. “Vulnerabilidad sociodemográfica: viejos y nuevos riesgos para comunidades, hogares y personas”. Consultado al 22 de enero de 2021. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/13053/S2002600_es.pdf?sequence=1.

COLL-PLANAS, Gerard; SOLÁ-MORALES, Roger; MISSÉ, Miquel. 2019. “Guía para la incorporación de la interseccionalidad en las Políticas de Diversidad sexual y de Género”. Consultado al 16 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://www.metropolis.org/sites/default/files/resources/Guía-interseccionalidad-políticas-diversidad-sexual-genero.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”. Consultado al 13 de diciembre de 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2020. “Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”. Consultado al 24 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>.

México. Suprema Corte de Justicia. 2014. “Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género”. Consultado al 24 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/VIH/OtrasPublicacionesdeinteresrelacionados-conelVIH/SCJN/ProtocoloLGBT-SCJN.pdf>.

Naciones Unidas. 2006. “Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo”. Consultado al 08 de agosto de 2021. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/unitingagainstterrorism/a60825.pdf>

NACIONES UNIDAS. 2020. Práctica de las llamadas ‘terapias de conversión’ Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”. Consultado al 05 de agosto de 2021. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/44/53>.

ONU Mujeres. “Preguntas frecuentes: Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas”. Consultado al 13 de diciembre de 2020. Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>.

Perú. Observatorio de derechos LGBT. 2020. “Informe Anual del Observatorio de Derechos Humanos LGBT 2019”. Consultado al 15 de noviembre de 2020. Disponible en: http://cvcdiversidadsexual.org/wp-content/uploads/2013/12/Informe_observatorio_2020.pdf.

PNUD. 2015. “Informe sobre Desarrollo Humano 2015 Trabajo al servicio del desarrollo humano”. Consultado al 15 de junio de 2019. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_overview_-_es.pdf.

UNESCO. 2013. “Respuestas del Sector de Educación Frente al Bullying Homofóbico”. Consultado al 18 de febrero de 2021. Disponible en: http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Havana/pdf/Educacion_bullying.pdf.

UNESCO. 2017. “ABIERTAMENTE. Respuestas del sector de educación a la violencia basada en la orientación sexual y la identidad/expresión de género. Informe resumido”. Consultado al 18 de febrero de 2021.

Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000244652_spa/PDF/244652spa.pdf.multi.

UNFPA. 2020. “Orientaciones Técnicas y Programáticas Internacionales sobre Educación Integral en Sexualidad fuera de la Escuela”. Disponible en: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/OOS_CSE_Guidance_SP.pdf.

UNICEF. 2017 “Comunicación, infancia y adolescencia: Guías para periodistas”. Consultado al 18 de noviembre de 2021. Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf.

Sesgos de género en la Inteligencia Artificial: la lucha feminista en la cuarta revolución industrial

Autora: María Victoria GISVERT

“La Inteligencia Artificial constituye un sistema basado en la máquina que puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo en entornos reales o virtuales, sobre ciertos objetivos definidos por los humanos”⁷³.

El 8 de marzo de 1857 cientos de trabajadoras de una fábrica textil de Nueva York marcharon para protestar contra las pésimas condiciones en las que trabajaban y por sus bajos salarios. El reclamo legítimo terminó con la muerte de 129 mujeres y, lejos de dejarse amedrentar, dos años después sus compañeras de lucha fundaron su primer sindicato, el International Ladies Garment Workers Union (ILGWU).

En esa línea, en 1908, el Partido Socialista de los Estados Unidos celebró y consagró el Día Nacional de la Mujer el 28 de febrero de 1908. Ese día las protestas en las calles sucedían bajo el lema “Pan y Rosas” (el pan simbolizaba la seguridad y la rosa la calidad de vida).

Luego, llegaría el feminismo radical: se habla de patriarcado, se exige la igualdad de hombres y mujeres y se promueve los derechos de la mujer sobre su cuerpo.

73 OCDE, “Inteligencia artificial en la sociedad”, disponible en <https://www.oecdilibrary.org/sites/603ce8a2-es/index.html?itemId=/content/component/603ce8a2-es>(consultado el 18/04/2021).

Ya en los '70 se afirmaba que no existe disparidad intelectual y emocional entre los sexos, y es en esta etapa donde aparece la teoría Queer que rechaza la clasificación de los individuos en categorías universales y fijas. La identidad sexual ahora es producto de una construcción cultural y no parte de un determinismo biológico.

En Argentina, en 2015, el #NiUnaMenos revolucionó los compartimientos estancos de la sociedad machista argentina, y paralelamente en Estados Unidos se viralizó en redes sociales la consigna #MeToo para denunciar acosos y abusos dentro de la industria cinematográfica de Hollywood. La iniciativa se propagó para sancionar las violencias en todos los ambientes de trabajo.

Lo que quiero decir es que desde comienzos del siglo XX la mujer ha buscado igualdad en el acceso a la educación, derecho al trabajo e igual remuneración.

Esta lucha ha perdurado hasta el día de hoy, lográndose grandes reivindicaciones, pero esa misma historia de machismo, junto a situaciones y estereotipos, aún pueden verse reflejadas en la actualidad; desde personas, leyes, lenguaje, hasta en el uso de la tecnología como la inteligencia artificial.

- ¿Qué es un estereotipo?

El modo en que percibimos a los demás puede verse determinado por suposiciones simplistas sobre las personas, basadas en caracteres particulares como la raza, el sexo, la edad, el género, entre otros.

Los estereotipos se basan en normas, prácticas y creencias sociales. Muchas veces son de orden cultural, y basados o promovidos por los hombres, y reflejan las relaciones de poder subyacentes. Las creencias estereotipadas pueden ser rígidas, pero pueden cambiar y lo han

hecho a lo largo del tiempo, lo que representa un desafío y una oportunidad.

- ¿Cuál es su impacto?

Los estereotipos no siempre son inherentemente negativos, pero dado que son conjeturas que hacen caso omiso de las habilidades, oportunidades y entorno individuales e inherentes a la persona, casi siempre son perjudiciales.

Los estereotipos negativos entorpecen la habilidad de las personas de alcanzar su potencial ya que limitan sus elecciones y oportunidades. Están detrás de la discriminación de género declarada y encubierta, directa e indirecta, y recurrente que afecta de modo negativo la igualdad substantiva que habría que garantizar a las mujeres. Se traducen en políticas, leyes y prácticas que causan daños a las mujeres.

Algunos ejemplos de estereotipo son la diferencia de las remuneraciones según el sexo, la segregación ocupacional, la denegación de ascensos a puestos de liderazgo, el techo de cristal en diferentes profesiones, la precarización de las mujeres trabajadoras y la feminización de la pobreza, el tráfico de personas, los casamientos forzados, la mutilación genital femenina, los asesinatos por honor, la violencia de género en el ámbito familiar, laboral y los espacios públicos, y los niveles más bajos en la ecuación y las oportunidades laborales. Los estereotipos justifican la discriminación entre los géneros de manera amplia, y refuerzan y perpetúan los modelos históricos y estructurales de la discriminación.

Volviendo al tema que nos convoca, es posible que las personas no busquen crear herramientas con estereotipos, sin embargo, los modelos *machine learning* son el reflejo de los datos con los que son entrenados, siendo

directamente influidos por la sobrerrepresentación de los hombres en el diseño de estas tecnologías.

- **Inteligencia Artificial y Derecho**

Desde sus inicios, la Inteligencia Artificial aplicada al Derecho nació con la finalidad de solucionar un conjunto de problemas específicos que se plantean en el ámbito jurídico. Algunos de estos problemas son conocidos y persisten hasta hoy: la organización de grandes bases de datos, la clasificación, ordenación y análisis de textos legislativos que varían con el tiempo, la modelación de las operaciones realizadas por los agentes jurídicos, el análisis y estudio de determinados ámbitos del conocimiento jurídico, la argumentación razonable en función de normas o precedentes, entre otros.

Se puede decir entonces, que en la actualidad, en el sector jurídico la Inteligencia Artificial tiene múltiples aplicaciones y resulta ser una herramienta de apoyo que complementa la actividad de los abogados y abogadas. Por ejemplo, si nos encontramos ante un supuesto jurídico que requiere una respuesta, podemos dotar a un sistema o herramienta con una serie de datos (como los hechos, las personas implicadas, el plazo) y ponemos a su disposición una gran base de datos, como la jurisprudencia, la doctrina, la legislación y toda la documentación referente a nuestro asunto. La herramienta lo que hará será aglutinar y juntar toda esa información y darnos una respuesta jurídica que sirva para apoyar y desarrollar la resolución de nuestro caso.

- *Machine learning*

Machine learning es una forma de la Inteligencia Artificial que permite a un sistema aprender de los datos en lugar de aprender mediante la programación explí-

cita. Conforme el algoritmo ingiere datos de entrenamiento, es posible producir modelos más precisos basados en datos. Un modelo de *machine learning* es la salida de información que se genera cuando entrena su algoritmo de *machine learning* con datos. Después del entrenamiento, al proporcionar un modelo con una entrada, se le dará una salida. Por ejemplo, un algoritmo predictivo creará un modelo predictivo. A continuación, cuando proporcione el modelo predictivo con datos, recibirá un pronóstico basado en los datos que entrenaron al modelo.

Mientras que los humanos transitamos un camino biológico de aprendizaje evolutivo, la IA se basa en algoritmos, datos históricos, computadoras, programación humana y, sobre todo, aprovechando tres características que superan por mucho nuestras capacidades cognitivas: velocidad de procesamiento, posibilidad de conectarse y articular con otros sistemas de forma instantánea y, por último, la enorme capacidad de almacenamiento de los datos e información.

Este concepto de IA débil o restringida que desarrolla Juan G. CORBALÁN en su *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, es el que sustenta al tipo de aprendizaje de máquina o *machine learning* que abarca una serie de técnicas más o menos sofisticadas.

En esa línea, el aprendizaje supervisado comienza típicamente con un conjunto establecido de datos y una cierta comprensión de cómo se clasifican estos datos. Este tipo de aprendizaje tiene la intención de encontrar patrones en datos que se pueden aplicar a un proceso de analítica. Estos datos tienen características etiquetadas que definen el significado de los datos.

Finalmente, la ventaja de *machine learning* es que es posible aprovechar algoritmos y modelos para predecir

resultados. Es importante asegurarse de que los profesionales que realizan el trabajo usen los algoritmos correctos, asimilando los datos más apropiados (que sean precisos y limpios) y utilizando los mejores modelos de rendimiento. Si todos estos elementos se reúnen, es posible entrenar continuamente al modelo y explotar los resultados aprendiendo de los datos. La automatización de este proceso de modelado, entrenamiento del modelo y pruebas conduce a predicciones precisas para dar soporte a los cambios requeridos.

- Casos de sesgos de género

Son múltiples los ejemplos que se pueden encontrar en nuestra relación cotidiana con la IA.

Así, en los sistemas de reconocimiento y discurso, al igual que en los de reconocimiento facial, hay mayor error y peores resultados en mujeres que en hombres debido a los datos de entrenamiento usados.

En tecnologías especializadas basadas en minería de textos, se pueden ver muchos sesgos como es el caso de Amazon Tool, una herramienta de reclutamiento basada en minería de texto para reducir los tiempos de revisión de las hojas de vida de sus aspirantes. Ésta ha presentado un sesgo que hacía sugerir más hombres que mujeres en los procesos de búsqueda de candidatos.

En esa misma línea, una usuaria denunció en Twitter que los puestos de trabajo que le eran ofrecidos en LinkedIn variaron en función de si en su cuenta seleccionaba que era un hombre o una mujer. Si mantenía su género, la mayoría de las ofertas eran de secretaria en función de su CV. Cuando cambiaba al masculino, cargos de mayor rango empezaron a aparecer sin variar la experiencia profesional. Estos cambios los realiza el propio sistema de la red de empleo, que clasifica la información propor-

cionada en cada perfil y la cruza para encontrar trabajos que se ajusten a ella.

En el caso de los traductores de textos, los mismos fueron entrenados principalmente con datos antiguos, por lo que presentan actualmente traducciones con estereotipos muy marcados del pasado.

Algunos estereotipos generados por un sesgo de asociación suceden en herramientas de búsqueda de imágenes, ya que existen escenarios en los cuales se atribuye una palabra de búsqueda más a un hombre o a una mujer, como es el caso de la palabra “trabajo” la cual presenta principalmente imágenes de hombres realizando distintos trabajos, mientras que en el caso de la palabra “compras” presenta principalmente imágenes de mujeres.

También en aplicaciones sensibles relacionadas con salud o Justicia penal existe un sesgo de género, el cual es muy peligroso debido a las decisiones que se pueden tomar a partir de estas herramientas. Este sesgo podemos encontrarlo debido a que los datos son el resultado de acciones pasadas, y luego la herramienta puede heredar estos prejuicios; por ejemplo, en salud sólo observamos los resultados de los pacientes a los que se les asignó un tratamiento, o en las decisiones de fianza del juez sólo observamos los delitos cometidos por los acusados liberados, no por los acusados encarcelados.

Finalmente, se puede destacar el caso de los “asistentes virtuales por voz”: Siri ⁷⁴, Alexa ⁷⁵ o Google Assis

74 Siri: Asistente virtual por voz que Apple implementa en sus dispositivos electrónicos: iPhone, iPads, iWatch, Macs, etc.

75 Alexa: Asistente virtual por voz de Amazon, que está implementado en varios productos como los altavoces Amazon Echo.

tant ⁷⁶. Para nuestra sorpresa, todos ellos tienen una voz femenina y están dispuestos a cumplir nuestras órdenes de forma inmediata y con amabilidad. Y aunque no todos sus nombres los podríamos asociar como femeninos, terminamos haciéndolo.

Según los datos ofrecidos por las grandes corporaciones tecnológicas, la inmensa mayoría los tiene configurados con voz femenina. Hombres y mujeres prefieren una versión femenina de los bots. Y asimismo, la estadística nos dice que son muchos más los hombres que las mujeres quienes utilizan estas herramientas.

Y así es como un bot programado mediante algoritmos complejos para cumplir órdenes pasa a ser una fembot, donde ya no es optativo elegir la voz ni el sesgo de género, sino que directamente se configura en femenino. Hay fembots funcionando en todos los ámbitos, desde la oficina de atención al cliente de una empresa u organismo público, hasta las asistentes virtuales de páginas web estilo *personal shopper*.

Las Sofi, Penny y Nina inundan los servicios virtuales de webs, apps, videojuegos, etc.

Ahora bien, el único sector donde hay más bots masculinos es el de las apps bancarias. Pareciera ser que la evolución de las finanzas de los ciudadanos y sus inversiones requiere de una presencia masculina para inspirar mayor confianza y seguridad.

Lamentablemente, hay que concluir en que un sistema cibernético preparado para dar un servicio va a tener un

76 Google Assistant: Asistente virtual por voz de Google, que se implementa en los dispositivos cuyo sistema operativo es Android.

rol femenino o masculino, en función de la prestación que se ofrezca.

Y esto tiene un porqué. La industria tecnológica está dominada por los hombres. Apenas el 30% del personal de alta cualificación que participa en la creación de estos avances son mujeres.

Entonces la fuerza de trabajo tecnológica, mayoritariamente masculina, de una forma consciente o inconsciente, sigue el estereotipo patriarcal y hace lo que siempre se ha hecho sin pensar realmente en el impacto que pueda tener asignar un rol de género a un bot.

- Servicios sin género

Teniendo en miras todo lo relatado hasta acá, es que ha nacido “Q”, el primer bot asistente por voz de género neutro, que es resultado de una colaboración entre CopenhagenPride, el festival anual de derechos humanos LGTBI+ más grande de Dinamarca, la organización Equal AI -destinada a reducir sesgos en el desarrollo de inteligencia artificial-, varias agencias creativas y un estudio de sonido de Copenhague.

Es una voz neutra que, tras muchos estudios de modulación de las voces de hombres y mujeres, han desarrollado entre los 145 y 175 Hz, teniendo en cuenta también la pronunciación de las vocales, algunas consonantes y el ritmo.

- Informe de la UNESCO sobre Inteligencia Artificial e Igualdad de Género

El fomento de la igualdad de género a través de la educación, las ciencias, la cultura, la información y la comunicación constituye el núcleo del mandato de la UNESCO, y la igualdad de género es una de las dos prioridades mundiales de la Organización desde 2008.

En este sentido, se ha manifestado en la necesidad de adoptar una perspectiva de igualdad de género en su labor actual sobre la inteligencia artificial en todas sus esferas programáticas.

Las investigaciones de la UNESCO, incluido el informe de 2019 “I’d Blush if I Could: closing gender divides in digital skills through education” (Me sonrojaría si pudiera: cerrando brechas de género en la esfera digital a través de la educación), revelan que los sesgos de género que persisten en los conjuntos de datos, algoritmos y dispositivos de capacitación de la IA tienen el potencial de propagar y reforzar estereotipos de género perjudiciales.

Estos sesgos de género pueden estigmatizar y marginar aun más a las mujeres a escala mundial. Incluso pueden contrarrestar algunos de los considerables progresos que han hecho los países en materia de igualdad de género en la actualidad.

A fin de estudiar estas cuestiones, la División de Igualdad de Género de la UNESCO inició un Diálogo Mundial sobre la Igualdad de Género y la Inteligencia Artificial ⁷⁷ con líderes en materia de inteligencia artificial, tecnología digital e igualdad de género de los círculos académicos, la sociedad civil y el sector privado.

En el presente informe se exponen los elementos propuestos de un marco sobre la igualdad de género y la inteligencia artificial para su examen, debate y elaboración ulteriores entre las diversas partes interesadas.

El texto comparte las principales conclusiones de las contribuciones de los expertos al Diálogo sobre la igualdad de género y la IA de la UNESCO, así como las inves-

⁷⁷ El informe completo disponible en el siguiente link <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374174>.

tigaciones y análisis adicionales. Se trata de un punto de partida para la conversación y la acción y se centra especialmente en el sector privado.

El informe resalta la necesidad de:

1) Establecer un punto de vista de toda la sociedad y trazar un mapa de los objetivos más amplios que pretendemos alcanzar;

2) Generar una comprensión de los principios éticos de la inteligencia artificial y cómo posicionar la igualdad de género dentro de ellos;

3) Reflexionar sobre posibles enfoques para poner en práctica los principios de la inteligencia artificial y la igualdad de género;

4) Identificar y desarrollar un plan de acción y una coalición de múltiples partes interesadas con su respectivo financiamiento como un siguiente paso fundamental.

En la actualidad, cabe destacar que muchos de los algoritmos han buscado mejorar y han disminuido notoriamente los sesgos de género.

Por ejemplo, se puede mencionar el caso de Google Translate, una herramienta que en el pasado tenía preferencias en las traducciones hacia el género masculino, pero ahora muestra ambas posibilidades de género.

De la misma forma que pasó en este caso, todos los algoritmos pueden tener una solución para disminuir o erradicar por completo estos sesgos; sin embargo, mientras que la sociedad continúe perpetuando varios de estos pensamientos machistas de manera implícita en distintos ámbitos, este cambio seguirá siendo un reto complejo para las personas.

En una sociedad donde presentamos hace siglos problemas relacionados con el género y una segmentación de tareas muy determinadas, es consecuente encontrar esta clase de patrones en los modelos de inteligencia artificial.

El punto a reflexionar acá es la indiferencia ante esta situación y el retraso en el desarrollo de soluciones, correcciones y mejoras a esta clase de modelos para que sean cada vez más justos para todos.

Un punto de partida es buscar suficiente diversidad en sus integrantes, y de esta manera, dejar de perpetuar los estigmas y prejuicios que tanto ha costado erradicar en la historia humana.

Ante los avances de la IA y la masificación de las aplicaciones que hacen uso de algoritmos con fines de procesamiento de datos, resulta imprescindible redimensionar la importancia de la protección del género y los datos de género, en función de la generalización del sesgo de género algorítmico y la proliferación exponencial de las consecuencias dañosas de la discriminación algorítmica de género. Asimismo, siendo el ecosistema digital un mundo lleno de peligros, la discriminación y la violencia de género digital encuentran en él una nueva arena donde se plasman abusos digitales específicos, cuya evitación puede mejorarse con el conocimiento y adopción de medidas de autodefensa digital de género.

Esto implica garantizar la presencia femenina, y por tanto, la aproximación de género, en todo el ciclo de vida de la IA -desde la conceptualización de soluciones hasta su implementación- y en el propio fomento del liderazgo femenino en las organizaciones y el mercado.

En este desigual escenario, cabe mencionar que ciertas iniciativas como Women in Machine Learning, Women in AI, Mujeres Tech o AllWomenTech están cobrando peso globalmente y que están empoderando a las mujeres en el ámbito de la ciencia y de la IA.

Promover la diversidad de género es fomentar la diversidad de la Inteligencia Artificial. Por ello, es dable destacar a las mujeres que, aunque aún en minoría en un

mundo dominado todavía por hombres, están abriendo una brecha necesaria a la que no podemos renunciar no sólo por ser justos sino porque es totalmente imprescindible para el desarrollo futuro de la IA.

- ¿Por qué las chicas queremos romper el sesgo?

Una de nuestras grandes batallas actuales como sociedad es la de eliminar la brecha de género existente en todos los ámbitos.

En el caso concreto de las tecnologías de la información, la lucha se circunscribe principalmente a que haya un equilibrio en el número de mujeres que participan del sector. Sin embargo, hemos desatendido este problema por tantos años que ahora tenemos la amenaza de que se transfiera al ámbito digital.

Al respecto, una de las grandes discusiones éticas en torno a IA consiste en que los humanos transferimos nuestros sesgos ideológicos y prejuicios a los algoritmos que sustentan dicha tecnología, sesgos raciales, de género y otros más.

Las IA reflejan la visión del mundo de los hombres que las crearon: mayoritariamente blancos, del primer mundo y con normas sociales sexistas y patriarcales retroalimentadas en sus burbujas tecnológicas donde la mujer apenas tiene presencia y peso.

La mayor preocupación radica en que la IA cada vez influye más en los comportamientos y opiniones de las personas en su vida cotidiana. Por esta razón cobra mayor relevancia reconocer el problema de sesgo de género y a su vez, investigar posibles soluciones al respecto.

En ese marco, hay que resaltar que las normas de IA que se están formulando no integran adecuadamente una perspectiva de género.

Por ejemplo, la Declaración de Montreal para un Desarrollo Responsable de la Inteligencia Artificial no se refiere de forma explícita a la integración de una perspectiva de género, mientras que el Marco ético de AI4People para una buena sociedad de IA sólo menciona la diversidad/género una vez. Finalmente, tanto la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre la IA como los Principios de IA del G20 enfatizan la importancia de que la IA contribuya a reducir la desigualdad de género, pero no ofrecen detalles sobre cómo se podría lograr esto.

- ¿Qué se debe hacer para afrontar el sesgo de género en la IA?

El marco de género para los Principios Rectores de la ONU Sobre Las Empresas y Derechos Humanos ⁷⁸ podría ofrecer orientación práctica a los Estados, empresas y otros actores.

El marco implica un ciclo de tres etapas: evaluación con perspectiva de género, medidas transformadoras en cuestión de género y remedios transformadores en cuestión de género.

La evaluación debe ser capaz de responder a las repercusiones negativas diferenciadas, interseccionales y desproporcionadas para los derechos humanos de las mujeres. Las medidas y remedios resultantes deben ser transformadores; es decir, poder producir un cambio en las normas patriarcales, las relaciones de poder desiguales y los estereotipos de género.

Los Estados, las empresas y otros actores pueden tomar varias medidas concretas.

78 Disponible en el siguiente link: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/Gender/GenderUNGP_SP.pdf.

En primer lugar, las mujeres deben ser participantes activas en la creación de la IA y la automatización, en lugar de meras beneficiarias pasivas. Las mujeres y sus experiencias deben integrarse adecuadamente en todas las etapas del diseño, el desarrollo y la aplicación de la IA y la automatización. Además de la contratación proactiva de más mujeres en todos los niveles, las empresas de IA y automatización deben involucrar a especialistas en cuestiones de género y organizaciones de mujeres desde el principio para realizar la debida diligencia de derechos humanos.

En segundo lugar, los datos en los que se basan los algoritmos, la IA y la automatización deben estar desglosados por sexo; de lo contrario, las experiencias de las mujeres no se reflejarán en las herramientas tecnológicas y éstas podrían seguir internalizando los sesgos de género existentes contra las mujeres. Además, incluso los datos relacionados con las mujeres deben protegerse contra cualquier riesgo de género inherente.

En tercer lugar, los Estados, las empresas y las universidades deben planificar e invertir en desarrollar la capacidad de las mujeres para lograr una transición sin problemas a la IA y la automatización. Esto requeriría formación profesional/técnica tanto a nivel educativo como laboral.

En cuarto lugar, la IA y la automatización deben diseñarse con el fin de superar la discriminación de género y las normas sociales patriarcales. En otras palabras, estas tecnologías deben utilizarse para responder a los retos que enfrentan las mujeres, como el trabajo de cuidado no remunerado, la brecha salarial de género, el acoso cibernético, la violencia de género y el acoso sexual, la trata, las violaciones de derechos sexuales y reproductivos, y la subrepresentación en puestos de liderazgo. Del

mismo modo, el poder de la IA y la automatización se debe emplear para mejorar el acceso de las mujeres a las finanzas, educación superior y oportunidades de trabajo flexibles.

En quinto lugar, se deben adoptar medidas especiales para que las mujeres conozcan sus derechos humanos y las repercusiones de la IA y la automatización para sus derechos. Se necesitan medidas similares para garantizar que los mecanismos correctivos -tanto judiciales como no judiciales- respondan al sesgo de género, la discriminación, las estructuras patriarcales de poder y las asimetrías de información y recursos.

En sexto lugar, los Estados y las empresas deben tener en cuenta las dimensiones interseccionales de la discriminación de género, de lo contrario, sus respuestas, pese a las buenas intenciones, no lograrán usar la IA y la automatización a favor de la igualdad de género. Las mujeres de ingresos bajos, madres solteras, mujeres de color, mujeres inmigrantes, mujeres con discapacidades y mujeres no heterosexuales pueden verse afectadas de distintas maneras por la IA y la automatización y tendrían necesidades o expectativas diferenciadas.

Por último, todas las normas relativas a la IA y la automatización deben integrar una perspectiva de género de manera holística, en lugar de tratar el género como una simple cuestión de sesgo que hay que manejar.

- Principios para una administración de Inteligencia Artificial Confiable

La IA no es un fin en sí mismo, sino un medio que debe servir a las personas con el objetivo de aumentar su bienestar. La finalidad es garantizar que la IA posea un enfoque centrado en el ser humano. Únicamente de este modo será posible generar confianza en los seres huma-

nos en relación a los resultados que un sistema genera. Por este motivo, la IA debe ser desarrollada de modo que las personas sean su centro, lo cual implica que se debe respetar el Estado de Derecho, los derechos humanos y los valores democráticos a lo largo de todo el ciclo de vida, desde el diseño hasta la implementación y funcionamiento ⁷⁹.

En ese marco, se ha consagrado el principio de beneficencia, reflejado en declaraciones de ética de IA, que sostiene que la misma debe ser diseñada para ayudar a promover el bienestar de las personas.

Asimismo, debe evitarse que los conjuntos de datos utilizados por los sistemas de IA -tanto para la preparación del sistema, entrenamiento, pruebas y funcionamiento- contengan sesgos involuntarios, por estar incompletos o por modelos de gobernanza deficientes, ya que la persistencia de los mismos podría dar lugar a discriminación.

La importancia del principio de no discriminación en relación con la IA ha llevado a que en el año 2017 se consagren principio de no discriminación algorítmica de acuerdo con el cual, en el diseño o implementación de los algoritmos inteligentes es necesario impedir que las máquinas inteligentes procesen información o datos bajo sesgos o distinciones frente a seres humanos, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de

79 Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones “Generar confianza en la Inteligencia Artificial centrada en el ser humano”, Bruselas, 08/04/2019, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-168-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>(consultado el 20/10./2021).

otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Finalmente, y en la misma línea, es dable destacar que el desarrollo, despliegue y utilización de los sistemas de IA debe ser equitativo. La equidad tiene una dimensión sustantiva que implica el compromiso de asegurar que las personas y grupos no sufran sesgos injustos ni discriminación. Además, implica que las personas y los grupos estén libres de prejuicios injustos, discriminación y estigmatización. Si es posible evitar los sesgos, los sistemas podrían incluso aumentar la equidad social.

Para ampliar aun más y llevarlo al plano de la desigualdad de géneros, cuando hablamos de equidad sustantiva, nos referimos a garantizar el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales; nos referimos al ejercicio pleno y universal de los derechos humanos.

De acuerdo con la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer): *“los Estados Parte no sólo están obligados a sentar las bases legales para que exista igualdad formal entre mujeres y hombres; es necesario asegurar que haya igualdad de resultados o de facto: igualdad sustantiva. Para alcanzarla, es necesario que las leyes y políticas garanticen que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres en todas las esferas de la vida, lo que implica que el Estado tiene la obligación de garantizar las condiciones para ello y de remover todos los obstáculos para que la igualdad se alcance en los hechos”*.

● Conclusión

La historia de las mujeres en el avance de la tecnología está invisibilizada. Sin embargo, el enfoque de género

puede cambiar realmente los algoritmos y hacerlos más certeros, como una forma de reivindicar el papel de las mujeres en la ciencia y sentar las bases de cómo minimizar los riesgos de la IA.

La “condición algorítmica” está vulnerando los derechos humanos y atentando contra la prohibición de discriminación por razón de sexo o género. En una sociedad en la que cada vez más todo lo que hacemos se transforma en datos procesados, digeridos y mediados por algoritmos que contribuyen a decisiones críticas, los derechos de las mujeres dependen de una ética y una agenda de investigación que promueva la igualdad de manera proactiva.

Existe una urgente necesidad de que más mujeres participen y lideren el diseño, desarrollo y despliegue de los sistemas de IA.

Las empresas y el Estado tienen que atraer a más mujeres para diseñar trabajos en IA y para ayudarlas a ocupar puestos en los consejos de administración de las empresas de tecnología.

Las mujeres deben ser participantes activas en la creación de la IA y la automatización, en lugar de meras beneficiarias pasivas.

En ese marco, integrar la perspectiva de género en la IA no es algo que pueda hacerse de un día para otro, pero hay posibles soluciones a mediano y largo plazo:

- 1- Por un lado, crear equipos más diversos en el desarrollo de IA, donde las mujeres no sean una minoría e incorporar así una perspectiva más amplia en el diseño, desarrollo y aplicación de las mismas.

- 2- Integrar la formación y sensibilización en perspectiva de género de forma transversal en las ingenierías, para que, a la hora de analizar y tratar conjuntos de datos, los desarrolladores sean capaces de detectar los sesgos de género presentes en ellos.

3- Recurrir a las ciencias sociales y a incluir en los proyectos de IA a profesionales expertos en igualdad de género, para analizar los datos en conjuntos en busca de esos sesgos y de este modo poder crear algoritmos libres de los mismos. Además, estos algoritmos deberían ser monitoreados y auditados para detectar posibles sesgos en los resultados.

En esa línea, quiero mencionar que el Laboratorio de Inteligencia Artificial de la UBA (IALAB) junto con la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad Nacional, se encuentran llevando a cabo un “Programa de Formación Multidisciplinario de Inteligencia Artificial”, a fin de impulsar el ecosistema de IA en América Latina y fomentar su transformación en las organizaciones de la región, atravesado por la perspectiva de género, otorgando becas 100% gratuitas.

En ese marco, se plantea un abordaje de sistemas inteligentes con perspectiva de género, a fin de visibilizar, prevenir y mitigar la violencia de género.

Por su parte, en el sitio web de IALAB se puede encontrar una sección bajo el título “IA y Género”, donde se encuentra las distintas investigaciones y publicaciones que el equipo ha realizado en torno a la mencionada temática, con tan sólo hacer un click.

A modo de colofón, si la IA y la automatización no se desarrollan y aplican con perspectiva de género, es probable que reproduzcan y refuercen los estereotipos de género y normas sociales discriminatorias existentes.

Es por eso que para que la revolución digital sea verdaderamente grande y transforme el mundo, tiene que ser inclusiva.

Finalmente, quiero cerrar diciendo que necesitamos más mujeres en IA para asegurarnos de que los sistemas

de IA se desarrollen con las mujeres y para el bienestar de las mujeres.

- Fuentes consultadas

-ANLLO, Guillermo; CORVALÁN, Juan G.; COSTILLA, Omar; ENCISO, Tonatiuh; GAYTAN, Francisco; LE FEVRE, ENZO; MARTÍNEZ, Yolanda; MATA, Susana; PAREDES, Miguel; VEGA, Marco, *Cumbre de Inteligencia Artificial de América Latina 2020*, Estados Unidos, Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Tecnológico de Massachusetts, Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura, Rimac Seguros y Reaseguros, 2020.

-*Artificial Intelligence and Gender Equality: Key Findings of UNESCO's Global Dialogue*, UNESCO, 2020.

-Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial - Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, Bruselas, 2020.

-CORVALÁN, Juan Gustavo, *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, Tomo I, 1a ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021.

-CORVALÁN, MONTENEGRO, PAPINI, PUIG, PITRAU, QUARTESAN, SRINGHINI, “Protocolo sobre Gobernanza Algorítmica. Trazabilidad, explicabilidad, interpretabilidad y despliegue”, publicado en *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, Thomson Reuters, 2021.

-FALIERO, Johanna Caterina, *La protección de datos personales. Reestructuración teórica de sus aristas tuitivas:redefinición del ‘dato sensible’, tutela dinámica del derecho de autodeterminación informativa y abordaje jurídico de la fuga de información*, libro edición 2020, 396 págs. ISBN:978-987-745-159-7. Editorial Ad Hoc, Argentina, Año 2020.

-Faliero, Johanna Caterina, “Los desafíos jurídicos del Big Data: Tensiones de derechos entre la parametrización analítica, la toma automatizada de decisiones, el targetting y el perfilamiento”. Artículo en Suplemento EspecialLegalTech II 2019, Editorial La Ley, Bs. As., Argentina, Año 2019 p. 71-78.

-Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho a la privacidad, Joseph A. Cannataci, presentado de conformidad con la Resolución N° 28/16 del Consejo de Derechos Humanos, 2017.

- MERCADER UGUINA, Jesús R., “Discriminación algorítmica y derecho granular: nuevos retos para la igualdad en la era del big data”, Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social Universidad Carlos III de Madrid.

ANEXO ÚNICO



Casos de sesgo de género (Tomado de The European Commission's Science and Knowledge Service).

El consumidor hipervulnerable. Análisis teórico, normativo y Jurisprudencial

Autores: Adrián Emir GOCHICOA⁸⁰- Serena CORTÉS

1.- Introducción. 2. ¿Qué es un consumidor hipervulnerable? 3. La situación en la Provincia de Buenos Aires y en el marco del Mercosur. 4. Consecuencias: la hipervulnerabilidad como nexo de integración normativa y

80 Adrián Emir GOCHICOA

Procurador, Abogado y Escribano de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Estudiante avanzado, tesis pendiente, de la Especialización en Derecho Social, del Trabajo y de la Previsión (UNLP). Auxiliar docente “ad honorem”, en Contratos Modernos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), Tecnicatura Superior Universitaria de Martillero Público y Corredor para el periodo académico 2018. Ayudante “ad honorem”, Derecho Civil III Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); Ayudante “ad honorem”, en Introducción al Pensamiento Científico comisión a cargo del Profesor Dr. Mauro Fernando Leturia, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Matriculado en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata. Investigador en el Proyecto: “Implicancias sobre cambios del Código Civil y Comercial”, de la FCJyS, UNLP (2015); Investigador en el Proyecto “Implicancias sobre cambios del Código Civil y Comercial, en el derecho del consumidor, aplicando a los contratos de transporte de personas y mercaderías”, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Este de La Plata (2018-2019). Coautor de diversos artículos en *Colección de Propiedad Intelectual. Anuario de Propiedad Intelectual 2016 y 2017*, Editorial Reus, Madrid, España.

nuevos principios en los procedimientos administrativos. 5. Aplicación jurisprudencial. 6. Bibliografía consultada

1.- Introducción

El presente escrito tiene como idea fundamental analizar desde diferentes ópticas la conceptualización del “Consumidor Hipervulnerable” y su aplicación en casos concretos por los tribunales judiciales.

En el último tiempo resulta indudable la extensión en cuanto al ámbito de aplicación el régimen de defensa de consumidor en diferentes subsistemas normativos. El Art. 3 de la ley 24.240 señala que “...*las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica...*”. Con este artículo se regula la cuestión sobre la prelación normativa en el plano horizontal ya que verticalmente no resulta discutible la prelación o mayor jerarquía de la Constitución Nacional (Art. 42), consagrándose al consumidor/usuario como un sujeto de tutela preferencial.

Lo cierto es que dicho artículo permite entender que resulta aplicable este régimen en cualquier supuesto o situación fáctica aun regulada por otras ramas del Derecho en cuanto exista un “acto de consumo”, una “relación consumo” entre un “consumidor” y un “proveedor”.

Así resulta aplicable, entre otras, en materia de contrato de transporte aéreo en donde en la jurisprudencia han existido diferentes posturas sobre su aplicación, las que van desde la autonomía absoluta del Derecho Aeronáu-

tico sosteniendo principalmente la supletoriedad ⁸¹, como en la actualidad una postura en contrario que sostiene la aplicación irrestricta de Derecho de los Consumidores en virtud de su autonomía normativa ⁸². También resulta

81 Entre otros a favor de la aplicación del Derecho Aeronáutico por sobre el Derecho del Consumidor se destacan los casos: “Unión de Consumidores de Argentina v. Aerolíneas Argentinas S.A.” (CNApel. en lo Comercial, sala E S 11/02/2010); “Marcori Victoria Elsa c/Aerolíneas Argentinas”, en La Ley, 08-10-2013, AR/JUR/30380/2013 CNApel.CCFed, Sala III, 26-06-2013; “Mondelli c/Aerolíneas Argentinas”, en el Dial.com, 12-09-2013, AR/JUR/46995/2013 Juzg.CCFed, 05-08-2013.; “Aerolíneas Argentinas s/Concurso Preventivo s/ Incidente de Verificación tardía promovido por Trovato Luis Fernando y otros”, en el Dial.com, 23-05-2008 CNCom-Sala D, 06-03-2008.

82 Se pronunciaron en favor de la aplicación del Derecho del Consumidor por sobre el Derecho Aeronáutico los casos: “Fortunato, José Claudio c/American Airlines y otros s/ Pérdida/Daño de equipaje”, CNCiv. y Com.l Federal, Sala III; 04/12/2012; “González, María del Carmen c/Aerolíneas Argentinas”, Cám.Civil de Neuquén Sala III, 17-06-2008; “Línea Aérea Nacional Chile SA c/DNCT”, CNCont.Adm.Fed-Sala I, 29-10-2007; “López Carlos c/Lloyd Aéreo Boliviano”, Cám.Fed. Apel. de Tucumán, 10-09-2004.; “Varig Linhas Aéreas SA contra Dirección Nacional de Comercio Interior”, CNApel.Cont. Adm.Fed.-Sala I, 26-11-2011; “Proconsumer y Otro c/Lan Argentina SA s/Sumarísimo” (CNApel.CComFed., Sala II, 19-10-2012). Entre otros: “Mondelli, Juan Ignacio y otros c/Aerolíneas Argentinas S.A.” 1/10/2015, La Ley cita online: AR/JUR/64484/2015. CNCiv. Com. y Fed. Sala I; “Córdoba, Hilda y otro c. Iberia Líneas Aéreas de España SA s/incumplimiento de contrato”, CNCiv. Com. y Fed. Sala I, 03/10/2017, aunque rechazó la aplicación del daño punitivo; “Sequeira Wolf, Ger-

aplicable a ciertos títulos abstractos y permite indagar sobre la relación de consumo como causa de la emisión de los mismos a la luz del art. 36 de la LDC, como en el caso de los denominados “pagaré de consumo”⁸³. Por último puede señalarse su aplicación en el ámbito del Derecho Laboral, considerando la existencia de una relación de consumo entre las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo y los trabajadores que utilizan los servicios de aquéllas para el tratamiento de alguna de las contingencias cubiertas en el sistema de riesgo de trabajo (Accidente de Trabajo, Accidente *in itinere*, y enfermedad profesional)⁸⁴.

En este contexto de expansión jurisprudencial en cuanto a su ámbito de aplicación (previsto en el art. 3 de la ley 24.240 como se vio) resulta necesario analizar el concepto del “Consumidor Hipervulnerable”, también como una manifestación de dicha expansión.

Así las cosas si bien en sí la relación de consumo (ese vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o

man Ariel c/United Airlines Inc s/Sumarisimo”, 27/08/2018 CNCiv. y Comercial Federal, Sala I, la cual sí aplica daño punitivo.

83 En SCBA: “Cuevas, Eduardo Alberto c/Salcedo, Alejandro René s/Cobro ejecutivo”, “Crédito para todos S.A. c/Estanga, Pablo Marcelo s/Cobro ejecutivo”. “Asociación Mutual Asís contra Cubilla, María Ester s/Cobro ejecutivo”.

84 “Oviedo Silguero Alba Ramon c/Omint A.R.T. S.A. s/ accidente de trabajo-acción especial”; “M. J. A. c/Membrana Alumantec S.R.L. y otro/a s/despido”; “Benítez Betsabé c/Galeno ART S.A”.



usuario -arts. 3 de ley 24.240 y 1092 del C. C. y C.-) supone la existencia de una desigualdad estructural entre el consumidor/usuario y quien es proveedor, podría entenderse que un supuesto de vulnerabilidad agravada o de Hipervulnerabilidad permite una integración normativa complementaria con otras normas o porciones del ordenamiento jurídico, ya no referidas a las que regulan al proveedor, sino a ese consumidor.

Por lo cual para comprender el concepto del “Consumidor Hipervulnerable” como punto inicial debemos centrarnos en el consumidor/usuario. Éste es 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 equiparándose a 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 (arts. 1 de ley 24.240 y 1092 del C. C. y C.). Sobre esta base, se procederá a analizar el concepto doctrinario y normativo del “Consumidor Hipervulnerable” y su aplicación por los Tribunales de Justicia, y el alcance del mismo.

2. ¿Qué es un consumidor hipervulnerable?

Como punto de partida para su conceptualización tomaremos el texto normativo vigente.

La Resolución 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación contiene un concepto genérico en su artículo 1 donde señala que *a los fines de lo previsto en el Artículo 1° de la*

Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo.

En un primer análisis debe señalarse que en nuestra opinión se trata de una tipología o categoría de consumidor particular por lo cual su aplicación supone la previa verificación de la existencia de una relación de consumo, determinando los extremos que configuran el consumidor y el proveedor. No se nos escapa que se plantea la discusión sobre si resulta una modificación del concepto de consumidor, y en este caso si implica un perjuicio concreto para el resto de los consumidores (que no sean considerados como hipervulnerables) que se traduzca en una menor protección (no sólo desde lo formal ya que implica una trasgresión a lo dispuesto por el art. 99 incs. 2 y 3 de la C. N). O bien si resulta ser, como entendemos, una nueva categoría de consumidor y en este caso debe analizarse cuál sería la justificación para una protección de índole más intensa. En este sentido FRUSTAGLI ⁸⁵ señala que “...en la figura del subconsumidor la vulnerabilidad

85 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Una nueva categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agravada”. Publicado en: La Ley 16/06/2020, 16/06/2020, Cita Online: AR/DOC/2029/2020.

estándar (estructural), confluye con otra, coyuntural, que lo torna más frágil en las relaciones de consumo y obliga a potenciar los mecanismos protectorios...”.

En un segundo lugar, pueden distinguirse en la definición características que son propias de la persona del consumidor (edad, género, estado físico o mental) y características que se refieren a su situación (circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales), pero en todos los casos en concreto deben provocar especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. Y en este punto no debe de perderse de vista que la CSJN en la causa “Mosca”⁸⁶ señaló que el diseño constitucional de este régimen *obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.*

Respecto a las primeras, el art. 2 de la resolución contempla entre otras causas de hipervulnerabilidad los reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes, el ser personas pertenecientes al colectivo LGBT+ (lesbianas, gays, bisexuales y transgénero), el ser mayores de 70 años, y el ser personas con discapacidad conforme certificado que así lo acredite.

Respecto a las segundas características, dicho artículo refiere a la condición de persona migrante o turista, la pertenencia a comunidades de pueblos originarios, ruralidad, la residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453, y situaciones de vulnerabilidad socio-

86 CSJN: “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros”, *Fallos*, 330:563.

económica acreditada (ser jubilado/a o pensionado/a o trabajador/a en relación de dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS [2] Salarios Mínimos Vitales y Móviles; ser monotributista inscripto en una categoría cuyo ingreso anual mensualizado no supere en DOS [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; ser beneficiario/a de una Pensión No Contributiva y percibir ingresos mensuales brutos no superiores a DOS [2] veces el Salario Mínimo Vital y Móvil; ser beneficiario/a de la Asignación por Embarazo para Protección Social o la Asignación Universal por Hijo para Protección Social; estar inscripto/a en el Régimen de Monotributo Social; estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico [Ley 26.844]; estar percibiendo el seguro de desempleo; ser titular de una Pensión Vitalicia a Veteranos de Guerra del Atlántico Sur, Ley N° 23.848).

Por último, se contempla la posibilidad de considerar como tal a *las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos* anteriormente referenciados.

Se señala en la doctrina ⁸⁷ que se trata de un concepto *amplio, abierto y movable* ya que “...esa hipervulnerabilidad no se trata de una categoría per se o permanente, sino de la existencia de condiciones específicas que se manifiestan en un determinado tiempo y lugar, y amplían la vulnerabilidad de ciertos grupos en su rol como consumidores...”.

87 FRUSTAGLI, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino”, Revista de Derecho del Consumidor, tercera época, Número 1-noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396.

En cuanto a los fundamentos de esta categoría particular de consumidor, entre los que se pueden mencionar, en la resolución se citan la manda constitucional del art. 75 inc. 23 que impone *la necesidad de promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la misma y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños y las niñas, las mujeres, los adultos mayores y las personas con discapacidad*. Además, se invocan *las consecuencias en el marco de las relaciones de consumo que ha provocado la emergencia sanitaria declarada mediante el Decreto N° 260 de fecha 12 de marzo de 2020 como consecuencia del COVID-19*.

A consecuencia de esto se indica que *es necesario dar un tratamiento especializado y expedito a todos aquellos reclamos que sean presentados o involucren a consumidores hipervulnerables y que atendiendo a estos fines, corresponde brindar a los consumidores hipervulnerables una atención prioritaria que se materializa con la implementación de estrategias dinámicas, personalizadas y ágiles que permitan una adecuada composición de los conflictos según las necesidades de cada caso*.

Someramente debe indicarse que la conceptualización normativa del “Consumidor Hipervulnerable” fue planteada en diferentes proyectos de reforma de la ley 24.240.

Así en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor elevado el 6 de diciembre de 2018 ante las autoridades del Ministerio de Producción y Trabajo y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (ambos de la Nación) en su art. 3 se lo conceptualiza señalando que “...*el principio de protección del consumidor se acentúa*

tratándose de colectivos sociales hipervulnerables. En tales supuestos, en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados...” sin definirse cuáles son los colectivos sociales hipervulnerables ⁸⁸.

Por su parte el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor presentado por el Diputado Cornejo en el año 2020 ⁸⁹, señala que *el principio de protección del consumidor se acentúa frente a colectivos sociales con hipervulnerabilidad. Son consumidores hipervulnerables aquellas personas humanas que, además de su vulnerabilidad estructural en el mercado, se encuentran también en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, salud, o por otras circunstancias sociales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. En tales supuestos, y en el marco de la relación de consumo, la*

88 El mismo fue realizado en el marco provisto por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de la Producción y Trabajo, como también del Programa Justicia 2020 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, por la Comisión de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, integrada por Carlos Alfredo Hernández -quien se desempeñó también como coordinador-, Gabriel Alejandro Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D’archivio, María Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico Alejandro Ossola, Sebastián Picasso, Cósimo Gonzalo Sozzo, Carlos Eduardo Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Hernán Wajntraub. En el año 2019 el proyecto fue presentado nuevamente por exp. S-2576/19.

89 Expediente 3143-D-2020 denominado “ProyectoCornejo”.

educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados. Similar conceptualización se realiza en el proyecto de ley denominado Código de Defensa de las y los Consumidores presentado por la Diputada Nacional María Liliana Schwindt ⁹⁰.

Por último en el presente año ingresó el Proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios de la Nación presentado por el diputado Jose L. Ramón ⁹¹, el cual en el art. 5 señala que “...*Son consumidoras o consumidores con vulnerabilidad agravada, las personas humanas, o la colectividad de ellas, que, por razones personales o sociales, circunstanciales o permanentes, enfrenten particulares dificultades para ejercer y gozar con plenitud los derechos reconocidos en este Código y las normas que lo integran y complementan. La vulnerabilidad agravada se presume cuando se trate de niños, niñas o adolescentes; mujeres; personas que pertenezcan a cualquier grupo minoritario del espectro de la identidad de género o diversidad sexual; minorías étnicas; adultos mayores; personas enfermas o con discapacidad; personas en situación de vulnerabilidad socio-económica; entre otras posibles situaciones...*”.

Puede observarse que en los recientes proyectos se explicitan situaciones que se considera configuran una vulnerabilidad agravada y no se contempla a las Personas Jurídicas que representan esos colectivos.

90 Expediente 5156-D-2020 denominado “ProyectoFDT.”.

91 Expediente 1898-d-2021.

3. La situación en la Provincia de Buenos Aires y en el marco del Mercosur

Someramente resulta necesario hacer referencia a la adopción de esta categoría en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y en el Mercosur.

La Provincia de Buenos Aires, mediante la Resolución 36/2021 expresamente adhiere a la resolución 139/2020 dictada por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo de la Nación. Entre los fundamentos se señala que el artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que la Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Que a tal fin reconoce derechos sociales a la familia, la niñez, la juventud, la mujer, las personas con discapacidades, la Tercera Edad, los Indígenas y los Veteranos de Guerra. Que por el artículo 38 se 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. A su vez que la Ley Provincial N° 13.133 establece las bases legales para la defensa del consumidor y del usuario conforme el artículo 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y tiene por objeto establecer las reglas de las políticas públicas y los mecanismos administrativos y judiciales para la efectiva implementación de los derechos de los consumidores y usuarios.

En el ámbito del Mercosur se dictó la Resolución MERCOSUR/GMC/RES 11/21. (Esta Resolución deberá ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes antes del 15/1/2022) por el cual se considera como

consumidores en situación de hipervulnerabilidad a las personas físicas con vulnerabilidad agravada, desfavorecidas o en desventaja en razón de su edad, estado físico o mental, o circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores en el acto concreto de consumo que realicen (Art. 1).

Señala entre las posible causales de hipervulnerabilidad la edad (ser niño/a o adolescente, o ser una persona mayor), la discapacidad, la condición de migrante, turista, el pertenecer a comunidades indígenas, pueblos originarios, como el encontrarse en situación de vulnerabilidad socio-económica, o problemas graves de salud.

No menciona cuestiones referidas a la identidad de género, pero sí contempla la pertenencia a una familia monoparental que tiene a cargo hijas/os menores de edad o con discapacidad.

4. Consecuencias: la hipervulnerabilidad como nexo de integración normativa y nuevos principios en los procedimientos administrativos

En este punto, debe indicarse que así como el artículo 3 de la ley 24.240 permite la aplicación del régimen de defensa del consumidor/usuario aun cuando la actividad del proveedor esté regulada por otra normativa, la resolución 139/2020 y la conceptualización de “Consumidor Hipervulnerable” trae como punto a favor la integración, ya en virtud de una norma, de dicho régimen con normas (fuera de ese régimen) que protegen a quien en concreto resulta ser consumidor.

En particular debe hacerse referencia a la protección de la “Convención sobre la Eliminación de todas las For-

mas de Discriminación contra la Mujer”, la “Convención sobre los Derechos del Niño”, la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, y la “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”.

De esta manera, normativamente se establece la integración de este régimen conforme lo establece el art. 1 del C. C. y C. por el cual se señala que “...*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte...*”.

Por otro lado la resolución 139/2020 en su art. 4 dispone *que en todos los procedimientos administrativos en los que esté involucrado un consumidor o consumidora hipervulnerable, se deberán observar los siguientes principios procedimentales rectores, sin perjuicio de otros establecidos en la legislación vigente: a) Lenguaje accesible: toda comunicación deberá utilizar lenguaje claro, coloquial, expresado en sentido llano, conciso, entendible y adecuado a las condiciones de las y los consumidores hipervulnerables; b) Deber reforzado de colaboración: los proveedores deberán desplegar un comportamiento tendiente a garantizar la adecuada y rápida composición del conflicto prestando para ello toda su colaboración posible.*

5. Aplicación jurisprudencial

Más allá de su conceptualización normativa, el concepto de *consumidores hipervulnerables* fue utilizado por el Poder Judicial en diversos casos, sustentándose en las causas previstas anteriormente referenciadas:

a) La Sala I de la Cám. Fed. de Apelaciones de Bahía Blanca, *in re*: “Inc. Apelación... en autos: ‘Reimondi, José Antonio c/Banco Nación Argentina s/Ley de Defensa del consumidor’” (27/05/2021) ⁹².

El actor José Antonio Reimondi publicó en internet una máquina de cortar pasto para su venta siendo contactado por un supuesto interesado. Este interesado le solicitó al vendedor el CBU de su cuenta bancaria a efectos de realizarle la transferencia del dinero por un valor parcial (debiendo abonarse el resto al momento de retirar el tractor). Poco después, el supuesto comprador envió una -aparente- constancia de transferencia por dicha suma, pero el actor observó que no estaba acreditada en su cuenta. Ante esto, el supuesto comprador manifestó que no pudo realizar la transferencia porque había un problema “administrativo” con el banco, indicándole que el mismo se podría solucionar con rapidez si se realizaba desde un cajero automático; el actor recibió un e-mail de ‘RedLink’, diciendo que se comunicaría con él un asesor de dicha red para “realizar la activación” del pago parcial no acreditado en la cuenta. Desde un teléfono determinado se comunicaron con el demandante y le dieron indicaciones de lo que debía hacer en el cajero automático para que se realizara la operación y, siguiendo los pasos que le fueron indicados, permitió a sus interlocutores el acceso a sus claves de acceso.

Con los datos y claves del Sr. Reimondi, el falso comprador solicitó un préstamo personal que transfirió a dos cuentas ajenas al damnificado, radicadas en las provin-

92 Expediente Nro. FBB 10716/2020/1/CA1, caratulado: “Inc. Apelación... en autos: ‘Reimondi, José Antonio c/Banco Nación Argentina s/Ley de Defensa del consumidor’.

cias de Córdoba y Santa Fe; además, se le extrajo de la cuenta del BNA, otra suma menor en efectivo, movimientos ocurridos en el curso de tres días.

Frente a esto el Banco de la Nación Argentina, opuso el actuar negligente del actor que posibilitó la supuesta estafa que se describe.

El tribunal consideró que el actor Reimondi era un consumidor, en los términos del art. 1 de la ley 24.240 al ser titular de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación Argentina y ser un sujeto particularmente vulnerable: *Teniendo en cuenta que se trata de un adulto mayor, de 66 años de edad, jubilado, ex combatiente de Malvinas que padece serias afecciones de salud por sus actos de servicio prestados en el Conflicto Bélico del Atlántico Sur en 1982 y reviste la condición de discapacitado.* Además se señaló que reviste una especial tutela *en razón de la Convención Interamericana sobre derechos de las personas adultas mayores, la cual reconoce la existencia de una brecha digital generacional. Dicha brecha, hace que los adultos mayores estén más expuestos a los riesgos cibernéticos, pues se materializan en un entorno que les resulta particularmente ajeno.*

Bajo este marco normativo, se entendió que el actor, veterano de guerra, adulto mayor y discapacitado, debe ser considerado, a los fines del art. 1 de la ley 24.240 un consumidor hipervulnerable. Frente a éste, se encuentra una institución bancaria centenaria y de enorme envergadura y de activos cuyas respuestas en el marco del proceso fueron absolutamente genéricas.

b) El Juzgado 11 secretaria 3 del Poder Judicial de C.A.B.A.⁹³ en autos “Zavolinsky, Diana Mirta Patricia

93 Expediente Número: EXP 144525/2021-0. CUIJ: EXP J-01-00144525-8/2021-0. Actuación Nro: 1538976/2021.



contra Banco Supervielle S.A. sobre relacion de consumo”.

La actora, Diana Mirta Patricia, con el objeto de hacer cesar el cobro por gastos de mantenimiento de un seguro de vida e impuesto al valor agregado en la cuenta que posee en la entidad bancaria Supervielle a través de la cual percibe sus haberes jubilatorios solicitó se ordene a la demandada reintegrar los montos percibidos y una indemnización por daño moral y punitivo con más sus intereses, costos y costas del proceso. Relató que, en el año 2015 en ocasión de haber obtenido su beneficio jubilatorio, se le asignó como “boca de pago” la entidad bancaria Supervielle. Sostuvo, que habiéndose apersonado allí suscribió diversos formularios, que según sus dichos, eran de imposible interpretación en un lapso ínfimo de tiempo, en donde se le informaba que, con la apertura de la cuenta se incluía una tarjeta de crédito gratuita (la cual, según sostiene, nunca requirió ni tampoco utilizó).

En el mes de febrero del año 2021, revisando los resúmenes de cuenta, detectó que se le cobra habitualmente, un elevado monto, como “comisión de mantenimiento de paquete” y “seguro de vida” más el IVA por ambos conceptos, y aclaró que ello jamás fue requerido por su parte. Asimismo, destacó que, hasta ese momento, esos “gastos” nunca los había notado dado que eran ínfimos y pasaban desapercibidos e indicó que, en el mes de febrero del año corriente, ascendieron a la suma de \$1.084, monto que sería equivalente al 5% de sus haberes jubilatorios. Desde que comenzó a percibir su jubilación la entidad bancaria Supervielle le cobró el mantenimiento de su cuenta a pesar de que conforme a lo dispuesto por ley 26.704 (Ley de Remuneraciones al Trabajador), la cuenta donde se depositan haberes jubilatorios debe ser gratuita. En este contexto, se dirigió a la sucursal

correspondiente a fin de efectuar el pertinente descargo, pero fue derivada a realizarlo vía “banca telefónica” lo cual resultó infructuoso en tanto no logró comunicarse. En razón de ello, decidió enviar una carta documento en fecha 31 de marzo de 2021, la cual no tuvo respuesta. Ante la situación descripta, en fecha 26 del mes de mayo de 2021, acudió al Servicio de Conciliación Previa en Relaciones de Consumo (COPREC) sin obtener acuerdo alguno. En este contexto, solicitó se ordene el cese inmediato de las percepciones cobradas en concepto de “mantenimiento de paquete”, “seguro de vida” e IVA, y de cualquier otro gasto que se le impute a su cuenta previsional.

El juzgado considero la existencia de una relación de consumo, en tanto, la parte actora se encuentra vinculada con el Banco Supervielle a través de su cuenta previsional.

Señalando que detenta la calidad de consumidor hipervulnerable *en razón de su edad y su condición de vulnerabilidad socio-económica al ser una persona jubilada que percibe una mensualidad que no equivale a 2 veces el salario mínimo vital y móvil*. Agregando que *La vulnerabilidad como factor determinante de la protección, ha sido vista también como elemento tipificante de la categoría consumidor. De tal suerte es que el consumidor hipervulnerable goza de una doble tutela jurídica*.

c) El Juzgado en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos “A. M. E. c/Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados y otros s/relación de consumo”, con fecha del 12/06/2020.

Por el mismo se ordena a las demandadas que ajusten la cuota del contrato de ahorro para la adquisición de un automotor pues el aumento indiscriminado de las cuotas

pone en riesgo el carácter alimentario de los ingresos de la familia.

La actora, A. M. E., manifestó que ella y su pareja, el Sr. C. A. B. R., son migrantes provenientes de la República de Paraguay, que forman una familia con 3 hijos, con los que residen en la Villa 31 Ciudad de Buenos Aires. Indica que en el año 2017, su pareja celebró un contrato de un plan de financiación para acceder a un vehículo para beneficio de la familia, por la falta de servicios de transporte adecuados en el barrio de residencia y por la necesidad de contar con vehículo propio, no sólo para el uso familiar, sino también para traslado a sus lugares de trabajo. Mediante solicitud de adhesión el Sr. C. A. B. R. suscribió con la demandada un plan de ahorro a los fines de adquirir un automóvil marca Volkswagen modelo Take Up 1.0. A la fecha de suscripción del contrato de adhesión, en junio de 2017, el primer pago fue de \$2,020.50, implicando 16.8% de los haberes del Sr. C. A. B. R., quien recibía una remuneración mensual de \$12.000 como empleado de comercio. Argumenta que desde el inicio del contrato comenzó un proceso de constante, gravoso y marcado aumento del valor de cada cuota a pagar. En ese marco, manifiesta que la cuota abonada en el mes de abril del corriente año fue de \$31.821,30, implicando un exponencial aumento del 1.575%.

Este desmedido aumento es impuesto por las demandadas, sin consulta previa, ni preaviso, ni relación lógica con los restantes indicadores de la economía. Expresa que los ingresos de la familia se componen por los haberes de la actora como empleada doméstica de \$22.599,36 y del Sr. B. como operario de limpieza, siendo su último salario neto percibido de \$32.696.

Esta situación y su incidencia en los ingresos familiares, la expone al peligro cierto y concreto de perder el

vehículo en el caso de que fuera ejecutada la prenda que grava la unidad, o bien la obliga adoptar otro tipo de decisiones que implicarían un sobreendeudamiento que terminaría en un descalabro total de la economía familiar.

El juzgado consideró que existía una relación de consumo entre la actora, en su carácter de destinataria final, y las demandadas, proveedoras, por la cesión de derechos de un contrato de ahorro previo y un contrato de crédito prendario. Que el contrato de ahorro previo es también, típicamente, un contrato de consumo conforme las pautas que surgen de la Ley 24.240 y del art. 1092 CCCN, y los suscriptores del plan de ahorro previo, que buscan adquirir un bien (aquí, un vehículo 0 km) como destinatarios finales, encuadran dentro del art. 1° de la LDC, en consecuencia, están tutelados por la misma.

Considerando el carácter de consumidora hipervulnerable de la actora *por su condición de migrante, trabajadora de casas particulares con magros ingresos, tres hijos y residente en el Barrio 31*. Señalando que *podrán constituir causas de hipervulnerabilidad, entre otras, las siguientes condiciones: a) reclamos que involucren derechos o intereses de niños, niñas y adolescentes; (.) e) la condición de persona migrante o turista; (.) h) residencia en barrios populares conforme Ley N° 27.453; i) situaciones de vulnerabilidad socioeconómica acreditada por alguno de los siguientes requisitos:(.) 1) Ser Jubilado/a o Pensionado/a o Trabajador/a en Relación de Dependencia que perciba una remuneración bruta menor o igual a DOS (2) Salarios Mínimos Vitales y Móviles; (.) 6) Estar incorporado/a en el Régimen Especial de Seguridad Social para empleados del Servicio Doméstico (Ley 26.844)*. A la luz de lo expuesto, el carácter de consumidores hipervulnerable de la familia actora, se establece por cumplirse varios de las situaciones indicadas por la reglamentación

citada, lo que amerita una protección mayor y eficaz de sus derechos.

6. Bibliografía consultada

LETURIA, Mauro Fernando-GOCHICOA, Adrián Emir (2020), “Mercados financieros y bursátiles como mercados de consumo. Protección de los usuarios y consumidores financieros”. Publicado en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. Año 17/Nº 50-2020. Anual. Impresa ISSN 0075-7411- Electrónica ISSN 2591-6386.

LETURIA, Mauro Fernando y JALIL, Sergio (2021). *Manual del Martillero y del Corredor*, Argentina, Librería Editora Platense segunda edición.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J. (1997), *Teoría de los contratos*, T. I. Parte General, 4ta edición, Argentina, Zavalia.

LORENZETTI, R. L. (2003) *Contratos. Parte especial*, Argentina, Rubinzal-Culzoni.

LORENZETTI, R. L. (2015), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Argentina, Rubinzal-Culzoni.

VELÁZQUEZ Olga-LETURIA, Mauro y otros, *Consumidores y Derecho de Iberoamérica*, publicado en Madrid-España, Editorial Reus, año 2018. ISBN: 978-84-290-2068-7. Publicado también en México por Editorial UBIJUS.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Una nueva categoría de consumidores en situación de vulnerabilidad agrava-

da”. Publicado en: La Ley 16/06/2020, 16/06/2020, Cita Online: AR/DOC/2029/2020.

FRUSTAGLI, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho Argentino”, Revista de Derecho del Consumidor, tercera época, Número 1-noviembre 2016, 30-11-2.016, IJ-CCLI-396.

¿Es la superficie un acto de disposición? Análisis de la autonomía municipal a la luz del régimen de administración de los bienes inmuebles municipales en territorio bonaerense

Autor: Dr. Germán RINCÓN

I. Sobre la tradición y el valor del autogobierno

Desde tiempos inmemoriales los seres humanos hemos vivido agrupados en conjuntos más o menos extensos ⁹⁴ de individuos, caracterizados por una comunidad de intereses entre los integrantes de estos conjuntos basada, en gran medida, en las relaciones de proximidad física entre los integrantes. Esa proximidad física es la base de las relaciones de vecindad, núcleo de la convivencia social en la que predomina la conciencia de unidad territorial por sobre otras posibles bases de agrupamiento ⁹⁵.

La historia nos enseña cómo esas unidades de agrupamiento constituyeron las bases de desarrollo de la civilización a partir de la llamada “*Revolución Urbana*”. La antigua Mesopotamia, Egipto, las polis griegas, los asentamientos etruscos y latinos muestran una tendencia similar que se reproduce si analizamos los procesos

94 Numerosas denominaciones fueron acuñadas para definir estas realidades: horda, tribu, fratria, philae, gens, familia, nomo, etc.

95 El ocupamiento de un espacio común los vuelve partícipes de los fenómenos físicos, climáticos, etc. que atraviesan dicho espacio.

de construcción del poder en los modernos Estados europeos, en los que una región, destacada por sus asentamientos poblacionales, impone la unidad al resto y dota de sentido al conjunto.

En particular, recordamos que durante los siete siglos que duró el proceso de la llamada “Reconquista”⁹⁶, en los reinos peninsulares (y más precisamente en Castilla) se desarrolló una práctica de autogobierno local y comunitario al calor de lo que se dieron en llamar “fueros de repoblamiento”, cuya figura emblemática sería el Cabildo como institución-órgano y el comunero como institución-persona⁹⁷.

La expansión ultramarina de los europeos a partir del siglo XV implicó la exportación de un modelo de desarrollo urbano, basado en el asentamiento en unidades de agrupamiento con capacidad de decisión sobre cuestiones de la vida cotidiana que crearon, en América por lo menos, una pléyade de poblados y ciudades autogobernados en materia de temas locales basados en la tradición castellana de los “fueros de repoblamiento”. La más tardía expansión inglesa iría acompañada de un proceso similar de autogobierno en materia local basa-

96 La Reconquista comenzó en 722 cuando el mítico conde Don Pelayo derrotó por vez primera a las huestes musulmanas en la batalla de Covadonga y finaliza en 1492 con la rendición de Boabdil, Rey de Granada, a manos de los Reyes Católicos Isabel de Castilla y Fernando de Aragón.

97 El Cabildo y el comunero forman una asociación inseparable que se asienta sobre el derecho de vecindad; así como hoy en día el Parlamento y el ciudadano conforman una asociación similar asentada sobre la noción de sufragio universal.

do en otras tradiciones, no menos fuertes, como la del *common law*.

En nuestras tierras, el autogobierno fue posible de la mano de los cabildos y debemos recordar algunas particulares expresiones de su valor político anteriores a las revoluciones emancipadoras de la primera década del siglo XIX tales como fueron:

- El nombramiento de Hernán Cortés como capitán general por el cabildo de Veracruz
- La resistencia de los comuneros del Paraguay a la autoridad del Adelantado Álvar Núñez Cabeza de Vaca
- La destitución del virrey Sobremonte por parte del cabildo de Buenos Aires a la par que designaba a Santiago de Liniers como comandante de armas de la plaza ⁹⁸.

La revolución americana fue un movimiento político iniciado en las ciudades, a partir de que las instituciones locales se levantaron contra el modelo de Administración centralizada y distante impulsada desde Madrid. Este movimiento tuvo luego su posterior evolución en la que fue necesario encontrar el espacio que la Administración local debía ocupar.

En el caso argentino, se destaca la polémica entre ALBERDI y SARMIENTO. En este punto se advierte que lo local adquiere otra dimensión cuando ALBERDI alude a la organización municipal.

En este caso, la disyuntiva entre centralización y descentralización es planteada en otros términos. Cuando

98 No pretendo hacer un listado exhaustivo ni agotar al lector; simplemente se pretende dejar en claro que la vida local gozaba de gran “vivacidad” durante los tiempos de la dominación hispánica.

la descentralización tiene como referente la relación nación-provincia, ésta aparece como sinónimo de anarquía; mientras que cuando el referente es la relación municipio-provincia, aquélla es pensada en términos de autonomía comunal y adquiere una valoración positiva identificada con el concepto de libertad (TERNAVASIO, 2010) ⁹⁹. Para SARMIENTO, el municipio es más que una entidad autónoma; es la piedra basal de la república democrática ¹⁰⁰.

En todos los casos, sea la entidad descentralizada por excelencia, o la base de la república, sea la organización comunal indiana o castellana, el municipio romano o las polis griegas, la administración de la propiedad raíz se constituye como uno de los principales resortes de gobierno de la organización local.

Veamos qué tratamiento le otorga la Provincia de Buenos Aires a sus municipios en este sentido.

II. El estado de la “cuestión municipal” en la actualidad

El art. 5 de nuestra Constitución Nacional consagra el deber de los Estados provinciales integrantes de la Unión Argentina de organizar el régimen municipal. Esta disposición dio lugar a diversas interpretaciones acerca de la naturaleza jurídica del municipio (v.gr. respecto de si se

99 <http://www.flacso.org.ar/publicaciones/tesis/ternasaviopdf.zip>.

100 Domingo F. SARMIENTO. *Comentarios de la Constitución* (1856). En *Obras Completas*, Buenos Aires, ed. Belín Sarmiento, 1896, tomo 8, pg. 241.

trataba de una institución autárquica ¹⁰¹ o autónoma ¹⁰², de si era una institución política o natural, etc.) sobre los que no es el objeto de este trabajo volver. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió sobre el tema de manera harto suficiente en el conocido fallo “Rivademar c/Municipalidad de Rosario” ¹⁰³ y sus postulados fueron recogidos por los convencionales constituyentes de 1994 que dieron forma al artículo 123.

Resulta también destacable que 20 provincias argentinas hayan adaptado sus instrumentos políticos para recoger y regular la manda constitucional que emana del citado art. 123, quedando en mora respecto de su implementación tres jurisdicciones: Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe. De las tres provincias indicadas, la primera de ellas modificó su Constitución en el mismo año que se modificaba la Constitución Nacional y, a pesar de ya estar aprobado el texto del citado art. 123, la convención bonaerense no aprehendió dicha disposición privando así a los habitantes del suelo bonaerense de uno de los derechos políticos más básicos reconocidos a los pueblos como es el de darse la propia organización.

No es a modo de disculpa ni de excusa, pero cabe en estos devaneos considerar que las provincias de Mendoza y Santa Fe son las únicas que no han sido modificadas desde el retorno a la democracia producida en 1983. La Constitución santafesina actualmente vigente data de la década de los sesenta en tanto la mendocina se remonta a los tiempos de entre guerra.

101 MARIENHOFF y BIELSA, entre otros.

102 FILLOY, TENAGLIA, BASTONS entre otros.

103 *Fallos*, 312:326.

Otra cuestión que no resulta menor señalar es que los instrumentos normativos que regulan la tierra pública en la Provincia de Buenos Aires provienen de los tiempos de la última dictadura como son los decretos-ley 8912/77¹⁰⁴ y 9533/80¹⁰⁵. La Provincia de Buenos Aires se rige aún por instrumentos normativos generados en períodos no democráticos de nuestra vida institucional, lo cual constituye una verdadera mora de las autoridades provinciales desde 1983 a la fecha¹⁰⁶.

Ahora bien, se ha establecido por parte de destacados autores¹⁰⁷ que el concepto de autonomía se puede desagregar en varias componentes y así se puede hablar de autonomía para organizarse, para darse leyes y re-

104 Decreto/Ley de ordenamiento territorial y uso del suelo.

105 Régimen de los inmuebles del dominio municipal y provincial.

106 La Ley Orgánica Municipal, el Código de Faltas municipal, la norma previsional de los agentes públicos de la Provincia de Buenos Aires, así como normas relativas a la competencia de la Justicia de Paz Letrada, etc.

107 DANA MONTAÑO ha establecido una serie de manifestaciones de la autonomía municipal y enumera:

1) El poder constituyente “o facultad de darse su propia Carta Orgánica”

2) El Poder Legislativo “para reglar jurídicamente, por medio de reglamentos y ordenanzas, las materias de su competencia”.

3) El Poder Ejecutivo “para realizar sus decisioens”.

4) El Poder impositivo y financiero “para costear los servicios locales”.

5) El Poder jurisdiccional “para resolver sus propios litigios”.

glamentos, para castigar las faltas al orden y la moral públicas, para elegir a los propios gobernantes, para establecer tributos y/o gravámenes y para administrar los recursos.

En particular nosotros sostenemos que la Provincia de Buenos Aires ha abrevado en ambas de las corrientes políticas que dominaron el siglo XIX para defender sus atribuciones frente a las demás provincias y el gobierno federal con una actitud federalista; y para ejercer el más férreo control hacia adentro de sus fronteras respecto de cualquier atisbo de poder local que pudiera surgir, con una actitud unitaria y centralista.

Precisamente uno de los aspectos más notables del sometimiento de los Estados municipales al régimen político unitario de la Provincia de Buenos Aires lo encontramos en materia de restricciones a la administración de su propio patrimonio y especialmente en relación a las posibilidades jurídicas en relación a los bienes inmuebles que conforman el patrimonio del mismo. El análisis de su régimen nos presenta, con gran claridad, la inexistente capacidad de disposición que los municipios de la Provincia de Buenos Aires pueden ejercer sobre sus bienes inmuebles.

III. El Municipio Bonaerense y los(sus) bienes inmuebles

Tal como lo venimos desarrollando en los acápites anteriores, el tema de cómo los municipios bonaerenses administran sus bienes inmuebles es una prueba acabada del nulo valor que nuestra provincia les ha otorgado en materia de autonomía económica, lo que los vuelve dependientes del poder central provincial para la toma de decisiones

Concretamente la LOM tiene establecido en su art. 55 la siguiente disposición:

Artículo 55 (Texto según Dec-Ley 8613/76) *El Concejo autorizará las transmisiones, arrendamientos o gravámenes de los bienes públicos y privados municipales por mayoría absoluta del total de sus miembros.*

Las enajenaciones se realizarán de conformidad con lo dispuesto por el artículo 159.

Cuando se trate de enajenar o gravar edificios municipales, se requerirá, además, autorización legislativa.

¿De qué se trata la autorización legislativa? Se trata, valga el perogrullo, de una norma votada por la Legislatura que autorice al Estado municipal a disponer de un bien, en el sentido más amplio del término.

En efecto, si nos preguntásemos cuál fue la intención del legislador al establecer esta regla, queda claro que cualquier acto de disposición a título oneroso que el municipio decida tomar sobre un edificio propio deberá ser previamente autorizado por el Poder Legislativo de nuestra provincia. Entendemos, asimismo, que dado el carácter centralista que priva en la interpretación de las normas de Derecho Público que rigen la Provincia por parte de su Poder Judicial, la voz “edificio” debe considerarse como sinónimo de “inmueble”.

El artículo *sub examine* nos pone, además, frente a la exigencia de una doble decisión para realizar estos actos de disposición:

a) Por un lado la necesidad de que la medida sea aprobada por el Concejo Deliberante, para lo cual se requiere de la mayoría absoluta del cuerpo en pleno ¹⁰⁸.

108 El artículo 55 reza claramente “mayoría absoluta del total de sus miembros”.

b) Aprobado por el Concejo Deliberante, la decisión pasa a la Legislatura.

Recordemos que el art 1 del decreto/ley 9533 establece:

ARTICULO 1°.- Constituyen bienes del dominio público municipal las calles o espacios circulatorios, ocharvas, plazas y espacios verdes o libres públicos que se hubieren incorporado al dominio provincial con anterioridad a esta Ley y los inmuebles que en el futuro se constituyan para tales destinos en virtud de lo dispuesto por la Ley 8912 -de Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo-.

El sometimiento de los municipios a las autoridades provinciales queda patente también en el decreto/ley 8912 conforme se infiere claramente de la lectura de los siguientes artículos de la citada norma:

ARTÍCULO 15.- Toda creación de un núcleo urbano deberá responder a una necesidad debidamente fundada, ser aprobada por el Poder Ejecutivo, a propuesta del municipio respectivo, por iniciativa de entidades estatales o de promotores privados, y fundamentarse mediante un estudio que, además de tomar en cuenta las orientaciones y previsiones del respectivo plan regional, contenga como mínimo:

a) Justificación de los motivos y necesidades que indujeron a propiciar la creación del nuevo núcleo urbano, con una relación detallada de las principales funciones que habrá de cumplir dentro del sistema o subsistema urbano que pasará a integrar.

b) Análisis de las ventajas comparativas que ofrece la localización elegida en relación con otras posibles y la aptitud del sitio para recibir los asentamientos correspondientes a los diferentes usos.

c) Evaluación de la situación existente en el área afectada en lo relativo a uso, ocupación, subdivisión y equipamiento del suelo.

d) Demostración de la existencia de fuentes de aprovisionamiento de agua potable en calidad y cantidad para satisfacer las necesidades de la población potencial a servir.

e) Comprobación de la factibilidad real de dotar al nuevo núcleo urbano de los servicios esenciales para su normal funcionamiento.

f) Plan Director del nuevo núcleo urbano conteniendo como mínimo:

- Justificación de las dimensiones asignadas al mismo, así como a sus áreas y zonas constitutivas, con indicación de las densidades poblacionales propuestas.

- Trama circulatoria y su conexión con los asentamientos urbanos del sistema o subsistema al cual habrá de incorporarse.

- Normas sobre uso, ocupación, subdivisión, equipamiento y edificación del suelo para sus distintas zonas.

- Red primaria de servicios públicos.

- Localización de los espacios verdes y reservas de uso público y su dimensión según lo dispuesto por esta Ley.

g) Plan previsto para la prestación de los servicios esenciales y dotación de equipamiento comunitario.

ARTÍCULO 17.- La ampliación de un área urbana deberá responder a una fundada necesidad, **ser aprobada por el Poder Ejecutivo a propuesta del municipio respectivo** y justificarse mediante un estudio que, sin apartarse de las previsiones y orientaciones del correspondiente plan de ordenamiento, cumplimente los siguientes recaudos:

a) Que la ampliación propuesta coincida con alguno de los ejes de crecimiento establecidos en el respectivo plan urbano y que las zonas o distritos adyacentes no cuenten con más de treinta (30) por ciento de sus parcelas sin edificar.

b) Demostración de la existencia de fuentes de aprovisionamiento de agua potable en calidad y cantidad para satisfacer las necesidades totales de la población potencial a servir.

c) Una cuidadosa evaluación de las disponibilidades de tierra para el desarrollo de los usos urbanos y una ajustada estimación de la demanda que la previsible evolución de dichos usos producirá en el futuro inmediato.

d) Aptitud del sitio elegido para el desarrollo de los usos urbanos.

e) Evaluación de la situación existente en el área afectada en lo relativo a uso, ocupación, subdivisión y equipamiento del suelo.

f) Demostración de la factibilidad real de dotar al área elegida de los servicios esenciales y equipamiento comunitario que establece esta Ley.

g) Plan Director del área de ampliación conteniendo como mínimo lo siguiente:

- Justificación de la magnitud de la ampliación propuesta.
- Densidad poblacional propuesta.
- Trama circulatoria y su conexión con la red existente.
- Localización y dimensión de los espacios verdes y libres públicos y reservas fiscales.

h) Plan previsto para la prestación de los servicios esenciales y la dotación del equipamiento comunitario.

ARTÍCULO 21.- Todo proyecto de reestructuración de las áreas constitutivas de un núcleo urbano deberá fundamentarse debidamente y ser **aprobado por el Poder Ejecutivo a propuesta del municipio**

ARTÍCULO 24.- (Ley 10764) **La denominación de los nuevos núcleos urbanos la fijará el Poder Le-**

gislativo, prefiriendo a dichos efectos aquellas que refieran a la región geográfica, a hechos históricos vinculados con el lugar, a acontecimientos memorables, así como a nombres de personas que por sus servicios a la Nación, a la Provincia, al Municipio o a la Humanidad, se hayan hecho acreedoras a tal distinción.

El cambio o modificación en la denominación de los núcleos urbanos la fijará el Poder Legislativo a propuesta de la Municipalidad con jurisdicción sobre los mismos, respetando las pautas señaladas en el párrafo anterior.

De los artículos expuestos surge claramente que los municipios carecen de libertad para poner en marcha cualquier decisión en materia de bienes inmuebles toda vez que se requiere de la autorización del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo provinciales. Como vimos de los artículos precedentemente citados, los municipios deben someter a la aprobación de la Gobernación o de la Legislatura los proyectos de disposición sobre sus bienes inmuebles.

Llegados a este punto, cabe preguntarse ¿cuál será el temperamento a seguir en caso de que alguno de los municipios pretenda constituir un derecho real de superficie sobre un bien inmueble propio? Creemos necesario echar algo de luz sobre este particular instituto de derecho real antes de responder la pregunta.

IV. Algunas precisiones sobre el derecho real de superficie

El derecho real de superficie nació en la Roma tardía, casi justinianea (RABINOVICH-BERKMAN, 2001). En rigor de verdad, el concepto romano de dominio no admitía ninguna restricción en su contenido de acuerdo

con su concepción originaria ¹⁰⁹. Empero el avance de la sociedad y la complejización de la vida hicieron surgir las formas del llamado dominio bonitario, el reconocimiento de la posesión (así como su protección por vía de acciones concedidas por los pretores) y la aparición de otros derechos como la enfiteusis y el instituto que analizamos.

La superficie vino a cumplir el rol de permitir la explotación de terrenos sin necesidad de arrendarlos o transferirlos. El instituto se aplicó inicialmente en terrenos públicos, luego municipales y finalmente privados, en un contexto en el que la población crecía y ni el Estado ni los particulares se deshacían de la titularidad de los mismos.

En esencia, el titular del inmueble retenía la nuda propiedad del mismo, en tanto un tercero denominado superficiario tenía derecho a explotar la superficie edificando y obteniendo una renta por el alquiler de las unidades funcionales que establecía sobre el terreno. La superficie no implicaba un quiebre de las reglas de la accesión, pero concedía al superficiario las acciones e interdictos suficientes como para defender su derecho. Este derecho se incorporaba al patrimonio del superficiario, quien podía enajenarlo y transmitirlo a sus herederos.

Entre nosotros, VÉLEZ SARSFIELD rechazó la posibilidad de reconocer este derecho en la nota al art. 2503 prohibiendo expresamente el derecho real de superficie, la

109 Recordemos que el dominio reunía en cabeza del dueño los derechos de uso, goce y disposición de las cosas expresadas en las fórmulas latinas *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*, y que los romanos sostenían que el citado derecho se caracterizaba por resultar absoluto, exclusivo y perpetuo.

enfiteusis y la división horizontal de la propiedad de los inmuebles (arts. 2518, 2519, 2614, 2617 y concordantes) amparado en una particular visión del Derecho Civil y de la realidad socioeconómica de aquel momento. Es que considerando que en la Argentina de 1870 no existían los problemas derivados del hacinamiento urbano y de la emergencia habitacional, es probable que el codificador no hubiese considerado de utilidad el reconocimiento de este derecho.

Ahora bien, la reforma de nuestra legislación común a partir de la implementación del Código Civil y Comercial de la Nación en agosto de 2015 vino a cambiar la situación.

En efecto, el artículo 2114 literalmente establece:

*Art. 2114 Concepto. El derecho de superficie es un **derecho real temporario**, que se constituye **sobre un inmueble ajeno**, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el suelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.*

El derecho de superficie es, en términos simples, el derecho real sobre una cosa propia en terreno ajeno. La superficie, con precisión más técnica, es el derecho real de construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado. (KIPER, 2015).

El derecho de superficie es, desde otro ángulo, la disposición legal que permite desconocer el principio de

exclusividad del dominio ¹¹⁰. En efecto, uno de los subprincipios que se desprenden del carácter absoluto del dominio es el de la accesión, por la cual todo objeto que se integra a un inmueble se hace parte de éste ¹¹¹. La superficie, empero, permite romper este supuesto en tanto un sujeto distinto del propietario del inmueble aparece facultado para tomar decisiones económicas respecto del citado inmueble.

Del análisis esbozado se desprende que nos encontramos frente a un derecho que restringe las facultades del nudo propietario el cual ha cedido al superficiario el derecho a construir, plantar o forestar sobre la propiedad superficiaria y a constituir derechos de garantía sobre los derechos anteriormente enumerados ¹¹². Asimismo, debe decirse que el derecho de superficie se puede constituir por contrato, ya sea oneroso o gratuito ¹¹³.

No nos cabe duda de que el acto de desprenderse de facultades que se tienen sobre un bien implica la constitución de un gravamen sobre el mismo, para lo cual el municipio, a la luz del art 55 de la Ley Orgánica de las Municipalidades requerirá de la autorización del Concejo

110 Art 1943 del CCCN. El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular.

111 Art 1945. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o con sus accesorios (...) Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño ***excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.***

112 Art. 2120 del CCCN.

113 Art. 2119 del CCCN.

Deliberante por la mayoría absoluta de sus miembros. Si el bien a gravar con este derecho fuere un inmueble edificado, entendemos que se debería requerir la autorización especial prestada por la Legislatura.

V. La L.O.M. frente al derecho real de superficie

En vista de que las normas no se ocupan de regular mundos ideales, sino de ordenar la vida comunitaria, es dable considerar que los municipios considerarán el mérito y la oportunidad (o no) de conceder/otorgar/constituir derechos de superficie sobre inmuebles sujetos a su dominio.

Así las cosas, debemos resolver el tema de cómo debería actuar el municipio en el caso de que se intente utilizar la figura de la superficie para promover el desarrollo de actividades que traigan como resultado el aumento de los beneficios de los que goza la población local.

En este punto, debemos recordar que el art. 107 de la norma citada establece que *La administración general y la ejecución de las ordenanzas corresponde exclusivamente al Departamento Ejecutivo*. Esta disposición no colisiona, sino que se complementa con las disposiciones contenidas en el art. 55 (ya indicadas en el punto III) y con el art. 159 que establece que:

Art. 159 LOM Los bienes municipales serán enajenados por remate o licitación pública. No obstante podrá convenirse la venta:

1.- **Por licitación privada**, cuando el valor estimado para la operación no exceda de cuarenta y ocho pesos con sesenta y tres centavos (\$ 48,63).

2.- Mediante **concurso de precios** cuando el valor estimado no exceda de dieciséis pesos con veintiún centavos (\$ 16,21).

3.- **Directamente:**

a) Cuando la operación no exceda de tres pesos con veinticuatro centavos (\$ 3,24).

b) Con Reparticiones Oficiales, Nacionales, Provinciales, o Municipales, entidades en las que el Estado tenga participación mayoritaria y entidades de bien público legalmente reconocidas.

c) Cuando la licitación pública o privada, el concurso de precios o el remate resultaren desiertos o no se presentaren ofertas válidas admisibles o convenientes.

d) Por razones de urgencia o emergencia imprevisible.

e) De productos perecederos y de los destinados a la atención de situaciones de interés público siempre que la misma se efectúe de acuerdo con planes establecidos por ordenanza.

f) De inmuebles en planes de vivienda y de parques y zonas industriales.

Las enajenaciones deben realizarse previa tasación oficial de los bienes. Las causales de excepción deberán ser fundadas por el Intendente y el Jefe de Compras, quienes serán responsables solidariamente en caso de que no existieren los supuestos que se invocaren.

Ahora bien, la Ley Orgánica no ha sido actualizada para adecuarse al Código Civil y Comercial puesto en vigencia en agosto de 2015, pero sus disposiciones pueden análogamente aplicarse y, por lo tanto, la constitución de un gravamen sobre un bien inmueble puede asimilarse al proceso necesario para enajenar un bien inmueble.

La vida cotidiana exige que se consideren respuestas posibles para situaciones hipotéticas que puedan llegar a desarrollarse. En este sentido, los municipios no pueden depender de que la Legislatura incluya en su agenda el análisis de los artículos correspondientes y se vuelve ne-

cesario adoptar criterios de practicidad para resolver los probables escenarios.

Consecuentemente, sostendremos que **para la constitución de un derecho real de superficie sobre un bien inmueble cuyo dominio corresponda a un municipio bonaerense deberá aplicarse un procedimiento idéntico al previsto por el art. 55, con la consideración especial de que si se constituyere dicho derecho de superficie sobre un inmueble edificado deberá requerirse autorización legislativa** ¹¹⁴.

VI. Conclusión

Sin duda, la mejor de todas las soluciones posibles para la resolución de un problema como el que hemos planteado debería ser el reconocimiento definitivo y pleno de la autonomía municipal en territorio bonaerense.

La norma que rige la organización de los municipios responde a un esquema pensado a fines de la década de los años cincuenta del siglo pasado, cuando en la Argentina la población no llegaba a la mitad de la actual, la educación secundaria era optativa y el medio de transporte urbano más frecuente era el tranvía. Este análisis, por sí solo, debería compeler a nuestros legisladores a pensar el tema aunque, a ojos vista, este deseo esté lejos de realizarse.

Mientras tanto, las Administraciones locales no pueden dejar pasar oportunidades para mejorar las condi-

114 La autorización legislativa no figura entre las atribuciones que la Constitución bonaerense establece respecto del Poder Legislativo, pero puede considerarse una mutación por adición.

ciones de vida de los vecinos y, si a juicio de los decisores locales, se debe recurrir a la utilización del instituto del derecho real de superficie no se puede aplazar *sine die* la resolución con la excusa de carecer de una norma específica que lo reconozca e incorpore.

Entendemos que la interpretación armónica del Código Civil y Comercial, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de la Ley Orgánica Municipal y de las normas locales sobre organización del territorio (decreto ley 8912/77) y dominio de inmuebles provinciales y municipales (decreto ley 9530/80) permite resolver el dilema por la aplicación análoga de los artículos analizados oportunamente.

En síntesis, la falta de una norma específica no debería obstar a que los municipios bonaerenses aprovechen el instituto del derecho real de superficie para aumentar la calidad de vida de sus habitantes, permitiendo que inversores privados impulsen desarrollos que reviertan en beneficio para la comunidad sin necesidad de desapoderarse de sus inmuebles y edificios.

Bibliografía

BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015.

KIPER, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

Violencia de género durante la pandemia de COVID-19: estándares interamericanos de derechos humanos para combatirla

Autor: Isaac Marcelo BASAURE MIRANDA ^{115*}

Resumen: la irrupción de la pandemia de COVID-19 supuso, a nivel global, una incesante serie de medidas estatales orientadas a asegurar el confinamiento y el distanciamiento social, con el objeto de prevenir la propagación del SARS-CoV-2. Del análisis de diversas fuentes informativas, se extrae como resultado que la emergencia sanitaria ha evidenciado, dentro de América Latina, un efecto negativo, consistente en un incremento exponencial de episodios de violencia de género. Ante este contexto, se plantea como problema la grave situación de vulnerabilidad intrafamiliar que atraviesan las mujeres durante los estados de excepción declarados por los Estados miembro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como respuesta a ello, se abordan e identifican los principales estándares de protección elaborados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la materia, con el objetivo de proponerlos, mediante fundamentos jurídicos, como una solución superadora, frente a aquella legislación nacional carente de perspectiva de género.

115 Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Director de la Revista de Teoría y Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora.

1. Introducción

El 11 de marzo de 2021 la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), declaró oficialmente a la enfermedad por COVID-19 ¹¹⁶ como una pandemia ¹¹⁷ (OMS, 2020). A partir de esta fecha se desencadenó, a nivel global, una incesante serie de medidas, llevadas a cabo por los diferentes gobiernos del mundo, orientadas a asegurar el confinamiento y el distanciamiento social, con el objetivo de prevenir la propagación del SARS-CoV-2 (SANAHUJA, 2020). Las medidas de contención fueron diversas, pero transversales a todos los continentes. En Europa, entre las más destacadas, pueden mencionarse: cuarentena interna y/o confinamiento domiciliario, estados legales de emergencia, toque de queda, cierre de fronteras internacionales, cierre de comercios no esenciales, cierre de hotelería, locales de ocio y edificios culturales, prohibición de eventos públicos con más de 500 personas y suspensión de clases presenciales en todos los niveles educativos (CIDOB, 2020). En Asia, se replicaron las medidas implementadas por Europa, donde la mayoría de

116 La OMS define a la COVID-19 como una “enfermedad causada por el nuevo coronavirus conocido como SARS-CoV-2. La OMS tuvo noticia por primera vez de la existencia de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, al ser informada de un grupo de casos de “neumonía vírica” que se habían declarado en Wuhan (República Popular China) (OMS, 2020).

117 Una pandemia es, según la OMS, la “propagación mundial de una enfermedad generada por un microorganismo que se transmite de forma eficaz y es capaz de producir casos por transmisión comunitaria en múltiples lugares” (BOTERO-RODRÍGUEZ *et al.*, 2020, p. 18).

las decisiones se fundamentaron en leyes que contemplaban la gestión de desastres naturales o emergencias de salud pública (ONU, 2020).

En América Latina, las estrategias epidemiológicas también fueron similares, destacándose la combinación de acciones preventivas: cierre de centros educativos, cierre de fronteras, cierre de empresas no esenciales, disminución de las actividades esenciales al mínimo posible, restricciones en el transporte público -limitándolo sólo a personal estratégico-, y cuarentenas obligatorias dentro del domicilio (FILGUEIRA *et al.*, 2020).

En Oceanía, principalmente en Australia y Nueva Zelanda, se llevaron a cabo acciones de inmediato: el gobierno australiano prohibió, el 16 de marzo de 2020, las reuniones de más de 500 personas y se aisló a todos los ciudadanos que provenían del extranjero por un período de 14 días. El 19 de marzo cerraron las fronteras y el 25 de marzo los negocios no esenciales fueron obligados a cerrar. Por su parte, Nueva Zelanda, cerró las fronteras y puertos el 19 de marzo; además, aplicó desde el 21 de marzo un sistema de alertas, cuyo máximo nivel, el 4, supuso que el 24 de marzo el país entrara en un bloqueo nacional (BELDARRAÍN-CHAPLE y GILLIES-LEKAKIS, 2020).

En África también se actuó a tiempo. Varios países adoptaron medidas sin tener aún pacientes COVID-19 confirmados, tales fueron los casos de: Kenia, Sudáfrica, Uganda y Zambia; que decretaron la cuarentena obligatoria para viajeros sospechosos de ser portadores del SARS-CoV-2 (GONZÁLEZ, 2020). Finalmente, Estados Unidos, declaró la emergencia nacional por COVID-19 el 13 de marzo de 2020, lo que derivó en la imposición de una cuarentena general, con diferentes niveles restrictivos, dependiendo de los Estados, que comenzó a regir el 15 de marzo (LIU *et al.*, 2021).

2. 1. Aumento de la violencia de género a nivel mundial en 2020

El conjunto de políticas públicas desplegado por los Estados, a escala global, con el fin de contener la crisis sanitaria que desencadenó el COVID-19, manifestó un alarmante efecto negativo, consistente en un incremento exponencial de episodios de violencia de género ¹¹⁸ en el ámbito doméstico. Dicha consecuencia expuso la grave situación de vulnerabilidad intrafamiliar que atraviesan las mujeres durante los estados de excepción. Dubravka Šimonovic, Relatora Especial de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), sobre la violencia contra la mujer, advirtió, el 27 de marzo de 2020, que las medidas restrictivas adoptadas por los gobiernos del mundo intensificaron el riesgo de violencia hogareña, tal y como lo demostraban los informes de policía y líneas telefónicas de prevención (ONU, 2020). El 5 de abril de 2020, la ONU, a través de su Secretario General, António Guterres, emitió un llamamiento contra la violencia de género y la COVID-19, donde se alertaba que, como resultado de los confinamientos, muchas mujeres se vieron obligadas a convivir con parejas abusivas, lo cual desembocó en un alza mundial de la violencia doméstica (ONU, 2020). El 6 de abril de

118 Se entiende a la violencia de género como “un fenómeno de carácter estructural, social, político y relacional, constituye una violación a los derechos humanos, afecta principalmente a las mujeres, no excluye a personas con identidades de género diversas, rompe el derecho a la vida, la dignidad, la integridad física y moral, la igualdad, la seguridad, la libertad, la autonomía y el respeto» (JARAMILLO-BOLÍVAR y CANAVAL-ERAZO, 2020, p. 183).

2020, la Directora Ejecutiva de ONU Mujeres, Phumzile Mlambo-Ngcuka, efectuó una declaración en la que aseguraba que las líneas de atención y refugios contra la violencia de género, notificaban un aumento de las llamadas y denuncias por violencia intrafamiliar (ONU, 2020). El 29 de abril de 2020, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, Michelle Bachelet, señaló que la crisis de la COVID-19 ha ocasionado un aumento de la violencia de género en numerosos países del mundo; especialmente, en aquellos donde se han adoptado cuarentenas (ONU, 2020).

El impacto perjudicial de la COVID-19 en la violencia contra las mujeres, tiene un origen multicausal: las medidas restrictivas obligan a las víctimas a convivir con los perpetradores, reduciendo, así, sus posibilidades de solicitar ayuda o escapar hacia algún centro asistencial. Los agresores aumentan su nivel de violencia, provocado por la inestabilidad económica derivada de la COVID-19, que se ve reflejada en pérdida de empleo, incertidumbre, estrés. Estos hechos generan en los atacantes una sensación de menoscabo de su poder y autoridad, lo cual eleva la severidad y repetición de los ataques domésticos. El aislamiento obligatorio es responsable, asimismo, de implantar barreras suplementarias a las víctimas de violencia de género, ya que se les dificulta acceder a servicios esenciales para proteger su vida. Así, las restricciones a la movilidad y la sobrecarga de los sistemas de salud, de policía y de Justicia, crean dificultades adicionales a las mujeres para obtener cuidados básicos. Además, el confinamiento puede estimular una percepción de impunidad en los agresores, ya que las autoridades han destinado la mayoría de los recursos a la lucha contra la COVID-19. La pandemia también ha dificultado a las

mujeres la obtención de un empleo formal, lo que coadyuva a ocasionar mayores casos de violencia de género (ONU Mujeres, 2020).

2.2. Aumento de la violencia de género en América Latina en 2020

En América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en su declaración 1/20 del 9 de abril de 2020, exhortó a los Estados miembro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), a que las estrategias que aborden para contener la COVID-19 se adopten cumpliendo las normas de los pactos internacionales de derechos humanos y los estándares de protección elaborados por la Corte IDH en su jurisprudencia. En concreto, advirtió que las medidas de aislamiento social están desembocando en mayores casos de violencia contra las mujeres y niñas. Para contrarrestar este flagelo, la Corte IDH resalta la importancia del deber estatal de debida diligencia (Corte IDH, 2020).

Por su parte, la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA), y la Comisión Interamericana de Mujeres (en adelante CIM), informaron que en América Latina el confinamiento está obligando a las mujeres a aislarse junto con sus maltratadores. Este encierro obligatorio, incrementa el riesgo de violencia hacia ellas, puesto que las medidas restrictivas prolongan la convivencia y posibilitan un aumento en la frecuencia de conflictos domésticos. Indicaron, además, que los servicios de protección contra la violencia de género, no están preparados para satisfacer la demanda creciente de denuncias motivadas por la emergencia de COVID-19. Por ello, solicitaron a los Estados a que los rediseñen, para

asegurar el acceso de las víctimas a una debida atención (OEA, 2020).

En la misma línea que la OEA y la CIM, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), realizó el 11 de abril de 2020, un llamado a los Estados de la región a incorporar la perspectiva de género ¹¹⁹ y a combatir la violencia intrafamiliar en contexto pandémico. El monitoreo de la CIDH arrojó una suba significativa de episodios de violencia de género e indicó, como caso concreto, a Brasil, donde se registró un 17% de aumento en las denuncias (CIDH, 2020). En el mismo sentido, Amnistía Internacional comprobó que, a nivel continental, la violencia de género tuvo un ostensible repunte, como consecuencia de las medidas restrictivas de la pandemia de COVID-19. Uno de los países con mayores índices de violencia contra las mujeres, fue México, ya que en 2020 se constataron 3.752 homicidios. En Brasil, en el primer semestre de 2020, se realizaron 120.000 denuncias de violencia de género; mientras que en 14 de los 26 Estados brasileños, la tasa de femicidios creció entre el 100% y el 400%. Finalmente, en Argentina, en 2020, las llamadas telefónicas de auxilio por violencia de género experimentaron un alza del 18% en comparación con 2019 (Amnistía Internacional, 2021).

Continuando con la coyuntura regional, Mundo Sur denunció un aumento de la violencia de género en Améri-

119 Perspectiva de género: “Debe entenderse como una metodología y/o mecanismo que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de las mujeres, para así poder implementar acciones positivas sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad en la materia» (SOSA, 2021, p. 2).

ca Latina durante 2020. En los 46 días que siguieron a la declaración de pandemia de la COVID-19 por parte de la OMS, se produjo una suba de entre el 17% y 100%, en las llamadas a servicios de atención y denuncias en: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Dentro del mencionado período, se calculó que acontecieron, al menos, 51.456 casos de violencia de género, con un promedio de 1.119 denuncias diarias, desde el 11 de marzo hasta el 25 de abril de 2020 (Mundo Sur, 2021).

Cabe destacar que la violencia de género no es un fenómeno social que haya nacido con la pandemia de COVID-19, sino que es parte de una violencia estructural contra las mujeres. En este aspecto, es oportuno mencionar que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), manifestó que el femicidio es de carácter persistente en la región americana, dado que en 2019 se verificaron 4.640 casos, según datos oficiales de 18 países de América Latina y 6 del Caribe. Además, la tasa de mujeres asesinadas en el continente es de 2 por cada 100.000 habitantes (CEPAL, 2020). En la misma tónica, ONU Mujeres, sostiene que 1 de cada 3 mujeres sufre violencia de género a lo largo de su vida en América. Agrega que el 12% -aproximadamente 19.2 millones- de las mujeres americanas de entre 15 y 49 años, fue víctima de violencia de género o sexual. En términos económicos, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), informa que el costo contra la violencia de género consume entre el 1.6% y el 2% del PBI de los países de América Latina y el Caribe (ONU Mujeres, 2020).

El recrudecimiento de la violencia de género, motivado por la pandemia de COVID-19, también ha sido evaluado por ONU Mujeres: en Colombia, entre el 20 de marzo y el 4 de abril de 2020, se registró un aumento del 51%;

en México, un 30%; en Brasil un 50% y en Argentina, un 39%. En Uruguay, el Instituto Nacional de las Mujeres, comprobó un aumento sustancial de las llamadas de atención por violencia de género; en Bolivia, desde el 11 de marzo hasta el 15 de abril de 2020, se constataron 1.200 casos de violencia contra la mujer, y en Honduras, las casas de refugio reconocieron estar desbordadas desde que se inició la pandemia (ONU Mujeres, 2020).

En cuanto a los femicidios, en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico y Venezuela, se registraron, dentro de los períodos de confinamiento de cada país, un total de 1.381 femicidios. Los femicidios aumentaron en varios Estados americanos durante 2020 con relación a 2019: en Venezuela, ocurrieron 258 femicidios en 2020, un 53% superior a 2019. En Brasil, aumentaron un 22% en marzo y abril de 2020, en comparación con el mismo período de 2019 (Mundo Sur, 2021). En México, en los primeros siete meses de 2020, fueron asesinadas 2.240 mujeres, evidenciando un incremento de 3.1 respecto a 2019 (Infobae, 2020). Mientras que en los cinco primeros meses de 2021, en México, los femicidios aumentaron un 7.1% (El País, 2021). En Chile, los femicidios aumentaron un 42% en el primer semestre de 2020, respecto a 2019 (T13, 2020) y los femicidios frustrados aumentaron en 2020 un 138% más que en 2019 (Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, 2021).

Por último, en Argentina, durante 2020 se observó un aumento de los femicidios, puesto que en dicho año se registraron 295, mientras que en 2019 la cifra fue de 280. La mayoría de las víctimas (116) fueron asesinadas por sus parejas. Las modalidades más frecuentes, en Argentina, han sido el apuñalamiento (64) y el disparo de armas de fuego (63) (Observatorio de Femicidios de la Defenso-

ría del Pueblo de la Nación, 2020). Respecto a 2021, en Argentina, entre el 1 de enero y el 30 de junio del citado año, se registraron 137 femicidios. En cuanto al tipo de vínculo, la mayoría de ellos (48) fueron perpetrados por la pareja de ese momento (Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación, 2021).

La información estadística analizada hasta aquí, demuestra que el problema planteado en el presente artículo -la grave situación de vulnerabilidad que atraviesan las mujeres, durante los estados de excepción, decretados por los Estados parte de la CADH, como consecuencia del aumento de la violencia de género- existe, ya que presenta, en la actualidad, una vigencia fáctica relevante, toda vez que la violencia de género se manifiesta, en la región, como un fenómeno social de tipo estructural.

Ante el impacto negativo que han suscitado las medidas de restricción implementadas por los gobiernos, dentro del contexto de la pandemia de COVID-19, en la integridad personal de las mujeres de América Latina, el presente trabajo se propone analizar e identificar los principales estándares de protección elaborados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), que los Estados parte de la CADH están obligados a adoptar, con el objetivo de proponerlos, mediante fundamentos jurídicos, como una solución superadora y de base, frente a aquella legislación nacional carente de perspectiva de género.

3. Estándares de protección contra la violencia de género desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La competencia de la Corte IDH para intervenir en asuntos en los que se controviertan derechos convencio-

nales, está dada por el art. 33 de la CADH. Asimismo, el art. 68.1 de la CADH, obliga a los Estados miembro, que han sido parte en un caso contencioso, a cumplir con la sentencia impuesta por la Corte IDH. Sobre los Estados parte también recae el deber de adoptar los estándares de derechos humanos que la Corte IDH consagre a través de su labor jurisprudencial. Dicha responsabilidad encuentra su fundamento en el art. 69 de la CADH, el cual dispone notificar los fallos de la Corte IDH a todos los Estados signatarios, con el fin de que implementen las nuevas directrices del máximo tribunal interamericano (FERRER MAC-GREGOR, 2013). Los arts. 1 y 2 de la CADH refuerzan esta imposición, ya que obligan a los Estados a respetar los derechos (art. 1) y a adoptar disposiciones de Derecho interno, con el fin de hacer efectivas las garantías y libertades tuteladas en la CADH (art. 2).

El marco legal, dentro del ámbito del SIDH, que recepta la violencia contra las mujeres, está integrado por la CADH (San José de Costa Rica, 1969), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer -en adelante Convención de Belém do Pará- (Belém do Pará, 1994) y la Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio) (Washington D.C., 2018).

Dado su alcance global, a esta serie de pactos interamericanos, debe añadirse un significativo instrumento internacional de la ONU: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés- (Nueva York, 1979). Asimismo, es pertinente tener en cuenta la valiosa Recomendación General N.º 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la violencia por razón de género contra la

mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N.º 19 de 1992 (CEDAW, 2017). La Recomendación N.º 19 es relevante porque complementa la definición de discriminación contra la mujer de la CEDAW comprendida en su art. 1, al aclarar que dentro de la discriminación está incluida la violencia por razón de género, definiéndola como “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” (CEDAW, 1992, p. 1), considerándola como una violación de sus derechos humanos. La Recomendación General N.º 35 es notable porque actualiza y amplía el alcance de la definición de *violencia contra la mujer*, por el de *violencia por razón de género contra la mujer*, categorizando al delito como un problema social y no individual (CEDAW, 2017). Tomando como fuente los precitados instrumentos internacionales, la Corte IDH, a través de su jurisprudencia contenciosa, ha elaborado los siguientes criterios en materia de protección interamericana contra la violencia de género.

3.1. La perspectiva de género debe aplicarse en todos los casos de violencia contra la mujer

El primer litigio contencioso sobre violencia de género que alcanzó la instancia de la Corte IDH, fue el Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú de 2006 (FERIA-TINTA, 2007).

En él la Corte IDH aplicó, por primera vez, la perspectiva de género a un caso de violencia contra mujeres; de igual modo, fue la primera ocasión en la que se aplicó la Convención de Belém do Pará. Asimismo, la Corte IDH, esclareció las nociones de violencia de género y violencia sexual. Respecto a la violencia de género, replicó el concepto esgrimido por el Comité de la CEDAW, definiéndola

como un conjunto de actos violentos, basados en el sexo, que están dirigidos contra la mujer, por el solo hecho de ser mujer y que buscan afectarla de manera desproporcionada. Esta conducta incluye acciones que persiguen causar daños o sufrimientos físicos, psíquicos, mentales o sexuales, amenazas, coacción y diversas formas de privación de la libertad (Corte IDH, 2006).

En lo relativo a la definición de femicidio, la Corte IDH, en Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México (2009), emplea la nomenclatura *homicidio de mujer por razones de género*, entendiendo por éstos, todos aquellos que reúnan los siguientes supuestos: **a)** homicidio de mujeres, por el hecho de serlo; **b)** los asesinatos deben presentar altos grados de violencia, en la que suele estar incluida la violencia sexual; **c)** se llevan a cabo en un contexto sociocultural de discriminación contra la mujer; **d)** el marco social influye en las causas y modalidades de los asesinatos y **e)** complicidad estatal, manifestada en un ámbito de impunidad, donde la investigación de los homicidios es llevada a cabo con ineficacia e indiferencia (CLÉRICO y NOVELLI, 2014).

En lo atinente a la violencia sexual, la Corte IDH la concibe como una modalidad paradigmática de agresión contra las mujeres (Corte IDH, 2010). En Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, la Corte IDH sostuvo que ésta se materializa con “acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno” (Corte IDH, 2006, p. 106). Es importante añadir a la definición, que la violencia sexual no se reduce a una penetración vaginal mediante relaciones sexuales básicas -inserción del pene en la vagina-, sino que debe ampliarse a otros tipos de

conductas gravemente ultrajantes, como lo son: **a)** actos de penetración anales o vaginales, a través del empleo de otras extremidades anatómicas del agresor **b)** utilización de objetos para los mismos fines deshonestos y **c)** penetración bucal por miembro viril (Corte IDH, 2006). Desde este enfoque, la Corte IDH interpreta que cualquier tipo de penetración, por insignificante que parezca, es suficiente para considerar tal acción como violación sexual (Corte IDH, 2014).

Por otro lado, el objetivo de la violencia sexual, no debe ser restringido a una mera búsqueda de satisfacción erótica, sino que éste incluye, además, otros fines, como lo son: humillar, degradar, castigar, intimidar o controlar a la persona que la sufre (Corte IDH, 2010).

Los hechos denunciados en Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, versaban sobre un operativo de las fuerzas de seguridad del Estado peruano, denominado Operativo Mudanza 1, acontecidos el 6 de mayo de 1992, dentro del Penal Miguel Castro Castro; durante el cual se produjo la muerte de, por lo menos, 42 internos y se perpetraron tratos crueles, inhumanos y degradantes a 322 detenidos. El abordaje de la perspectiva de género, por parte de la Corte IDH, con el fin de determinar la responsabilidad internacional de Perú en el expediente en cuestión, quedó expuesto, con claridad, en su considerando 223: “Al analizar los hechos y sus consecuencias la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres” (Corte IDH, 2006, p. 79).

La elección de la categoría analítica *género*, por parte de la Corte IDH, fue acertada, porque el ataque con ar-

mas de fuego estuvo dirigido, en principio, contra las 133 mujeres que se hallaban en el pabellón 1-A de la prisión, es decir, fue una ofensiva direccionada específicamente contra un grupo de internas, por su condición de mujer. En el mismo sentido, se constató que los internos padecieron un trato inhumano por parte de las autoridades, el cual fue especialmente grave en los casos de mujeres embarazadas (Corte IDH, 2006).

De manera tal que, la Corte IDH, reconoció que los actos ejecutados por agentes del Estado, contra la integridad personal de las mujeres, constituyen una responsabilidad estatal agravada. Esta apreciación permite afirmar que, tanto la violencia de género como la violencia sexual, se encuentran prohibidas por la CADH, en su art. 5, el cual garantiza el derecho que tiene toda persona a que se respete su integridad física, psíquica o moral. La protección convencional de las mujeres abarca otros derechos elementales, que guardan conexión con episodios de violencia de género, tales como el derecho a la vida (art. 4 CADH), en aquellos casos en que se produzca la muerte de la víctima y el derecho a la honra y a la dignidad (art. 11 CADH). Por lo expuesto, la calificación jurídica que la Corte IDH efectúa, respecto de los actos u omisiones que implican violencia de género, comprende el conjunto de violaciones del derecho a la vida, integridad física, psíquica, moral, honra y dignidad en contra de las mujeres. Asimismo, del Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, puede concluirse que el derecho a la integridad personal, en términos convencionales, debe ser reforzado por la protección específica que brinda el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, el cual impone a los Estados parte el deber de adoptar todos los medios necesarios para evitar la violencia contra las mujeres. Entre las políticas públicas que enuncia el art. 7 del citado instrumento in-

ternacional, debe incluirse una Justicia que juzgue con perspectiva de género.

3.2. La violencia de género perpetrada por un agente del Estado debe ser considerada como una forma de tortura

El delito de tortura se encuentra tipificado expresamente en dos pactos internacionales del SIDH, los cuales son: la CADH, en su art. 5.2, que tutela el derecho a la integridad personal, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante CIPST) en su art. 2. La Corte IDH, en su jurisprudencia, utiliza estas nociones para categorizar una determinada conducta como tortura, añadiendo que, en principio, debe ser perpetrada por un agente estatal o bajo su complicidad o aquiescencia, para ser considerada como tal. Sin embargo, el art. 3.2 de la CIPST, incluye, también, a sujetos particulares que instiguen a funcionarios públicos a cometer actos de tortura (NASH, 2009).

A la referida particularidad, debe agregarse la verificación de una serie de supuestos para que la tortura se configure. Así, en Caso Bueno Alves vs. Argentina (2007), la Corte IDH desarrolló tres condiciones que deben producirse de manera concurrente: **a) intencionalidad:** el acto tiene que ser obra de una acción u omisión deliberada; **b) severidad del sufrimiento padecido:** el acto debe producir severos sufrimientos, ya sean a nivel físico o mental y **c) finalidad:** la acción debe ejecutarse con una finalidad específica, es decir, debe perseguir un determinado fin o propósito, cualquiera sea (Corte IDH, 2007). Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Corte IDH, en Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, resolvió, por primera vez, considerar a la violencia de género

ejercida por agentes estatales, en perjuicio de las mujeres, como tortura. Para así decidir, consideró las condiciones de detención y el tratamiento dispensado a las internas. El hacinamiento, las deplorables condiciones higiénicas y sanitarias, incomunicación con familiares, alimentación insuficiente, atención médica inadecuada, golpes con cachiporras de metal, insultos; fueron circunstancias que motivaron la consideración de tortura. El tratamiento inhumano dispensado a las mujeres y embarazadas, fue considerado intencional, particularmente grave y con una finalidad expresa: dañar física y psicológicamente a las internas, constituyendo, de este modo, tortura, por parte de los agentes estatales encargados de su custodia.

La Corte IDH reiteró el criterio de que toda violencia de género practicada por agentes estatales es tortura, en Caso Fernández Ortega y otros vs. México (2010), en el que se acreditaron maltratos deliberados contra la Sra. Fernández Ortega, que incluyeron la violación sexual por parte de agentes militares. La sentencia es valiosa, además, porque establece que los actos de tortura contra las mujeres no se hallan reducidos, exclusivamente, a hechos de violencia física, sino que abarcan, también, aquellas acciones tendientes a generar sufrimientos de tipo psíquico o moral. En la misma línea, puede mencionarse el Caso Gelman vs. Uruguay (2011), en el que la Corte IDH consideró que la detención de la Sra. García, en un centro clandestino, dentro del cual ella podía oír las torturas aplicadas a otros detenidos, constituía la forma más grave de tortura mental, en atención a la honda afectación que tales hechos produjeron en su integridad psíquica. Otro precedente jurisprudencial notable en la materia, es el Caso Rosendo Cantú vs. México (2010), donde la Corte IDH precisó que la violación sexual constituye tortura, aun cuando se cometa mediante una única acción

u ocurra fuera de los establecimientos estatales, ya que el componente primordial es que sea ejecutada por un agente del Estado o bajo su complicidad, toda vez que “los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto” (Corte IDH, 2010, p. 39).

Finalmente, se debe resaltar que en los casos de violencia de género, el estándar probatorio que aplica la Corte IDH, es de una formalidad menor respecto al que puede exigirse en un tribunal penal. Por lo tanto, se vale de elementos de convicción que surgen de los casos concretos, sin mayores requisitos probatorios (Corte IDH, 2010). En este sentido, en un proceso de violencia de género y/o sexual contra una mujer, la declaración de la víctima deviene en una prueba esencial “Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho” (Corte IDH, 2010, p. 31).

3.3. Los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos pueden ser responsables por actos cometidos por particulares en casos de violencia doméstica

Si bien la regla interpretativa general de la Corte IDH, indica que los Estados miembro de la CADH no son responsables por todos los actos cometidos por particulares (Corte IDH, 2009) ya que las obligaciones convencionales no suponen una responsabilidad estatal ilimitada ante cualquier acto o hecho de particulares (Corte IDH, 2018), el máximo tribunal interamericano también ha señalado



que, si bien la comisión de un hecho ilícito, violatorio de los derechos humanos, por parte de un particular, no es, en principio, imputable directamente al Estado miembro, ello no clausura la posibilidad de que al Estado pueda imputársele una responsabilidad internacional, en virtud de la obligación del art. 2 de la CADH. Esta atribución de responsabilidad no se funda en el hecho fáctico en sí mismo, que ha sido cometido por un sujeto privado, sino en el incumplimiento estatal de faltar al deber de debida diligencia, al no haber prevenido la violación al derecho humano que se denuncia, o al no haber actuado para recomponer el daño causado, bajo los términos de la CADH (Corte IDH, 1988). La CIDH comparte la posición adoptada por la Corte IDH, al afirmar que los Estados parte de la CADH, son capaces de contraer una responsabilidad internacional por el comportamiento de actores no estatales, dado que los derechos y garantías de la CADH pueden ser vulnerados por la falta estatal de debida diligencia, es decir, en todos aquellos casos en los que el Estado parte no ha actuado para prevenir, procesar y sancionar actos de violencia doméstica perpetrados por individuos particulares (CIDH, 2011). La CIDH también coincide con la Corte IDH, al observar que del art. 2 de la CADH, se desprende el deber de debida diligencia, asumiendo que las obligaciones allí descriptas, incluyen la erradicación de la violencia contra la mujer como una de las finalidades sustanciales del deber de los Estados. En consecuencia, en determinadas circunstancias -como pueden ser los casos de violencia de género contra las mujeres-, el Estado es pasible de incurrir en una responsabilidad internacional, por la falta de no haber protegido a las mujeres, mediante la debida diligencia, de hechos de violencia doméstica, cometidos por particulares (CIDH, 2011).

Por lo examinado, se concluye que uno de los deberes fundamentales de los Estados parte de la CADH, consiste en asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos contemplados en ella, a través de la implementación de medidas legislativas o de cualquier otro carácter, que coadyuven a efectivizar dichas garantías (CEJIL, 2010).

4. El deber de los Poderes Judiciales nacionales de aplicar el control de convencionalidad *ex officio*

El control de convencionalidad es una obligación de Derecho Internacional Público, que recae sobre los Estados miembro de la CADH. Tiene su fundamento en los arts. 1.1, 2 y 29 de la misma, que determinan las obligaciones de los Estados parte. En el marco del SIDH, el control de convencionalidad es una creación de la jurisprudencia interamericana, ya que la noción fue mencionada, por primera vez, por la Corte IDH, en Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003). El control de convencionalidad deriva, de este modo, de criterios interpretativos producidos por la Corte IDH en su jurisprudencia contenciosa. Este control consiste en la obligación que tienen los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las normas de su Derecho interno, que tienen que aplicar a un caso concreto, con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH (MARURI ARMAND-UGÓN, 2018).

De modo que el magistrado debe realizar una confrontación normativa, entre el ordenamiento jurídico interno y la norma convencional, con el objeto de esclarecer si la ley local se adecua a la CADH y a los estándares de la Corte IDH (CASTRO-BUITRAGO *et al.*, 2016). En la hipótesis de que la legislación interna sea contraria o violatoria de la CADH, el juez debe optar siempre por la solución que

jerarquice a la CADH (MARTÍNEZ LAZCANO, 2020). Todo ello, con el fundamento jurídico de que los Estados miembro tienen prohibido invocar su Derecho interno, con el fin de evadirse de su responsabilidad internacional, ante un acto violatorio del SIDH. Asimismo, tampoco pueden ampararse en su normativa interna para dejar de cumplir sus obligaciones interamericanas (CIDH, 2021).

El control de convencionalidad es, por tanto, una obligación de garantía, justificada por el compromiso asumido por los Estados parte de la CADH, de asegurar el efectivo ejercicio y goce de los derechos y libertades consagrados en ella. A los efectos de lograr este cometido, los Estados deben adoptar disposiciones de Derecho interno (art. 2, CADH), que armonicen la compatibilidad de las normas internas con las obligaciones convencionales de derechos humanos (NASH, 2019).

En este orden de ideas, es el art. 29 de la CADH el que fija los criterios interpretativos del texto convencional, obligando a todos los poderes públicos y organismos de los Estados miembro, a aplicar una hermenéutica que sea lo más amplia, en cuanto al reconocimiento y goce de derechos; y lo más restrictiva, en lo atinente a la limitación de los mismos. De manera que, cuando un Estado ha ratificado la CADH, el Poder Judicial local también se encuentra, por consiguiente, sometido a los objetivos y fines de ella. Esto se traduce en la obligación que tienen los jueces locales de aplicar, de oficio, un control de convencionalidad, con la finalidad de verificar si la norma interna se adecua a los estándares impuestos por la CADH y por la Corte IDH. El efecto que se busca es que, el contenido de la CADH, no se vea desvirtuado o limitado por la aplicación de una legislación nacional contraria a sus disposiciones (Corte IDH, 2006).

En atención a lo expuesto, dado que la violencia de género es una categoría protegida por el derecho a la integridad personal (art. 5 de la CADH), se concluye que los poderes judiciales de los Estados signatarios, tienen la obligación de aplicar, *ex officio*, el control de convencionalidad, en todos aquellos casos concretos de violencia contra las mujeres. Se observa, además, que la evaluación de compatibilidad debe ser ejercida de manera difusa, es decir, el control de convencionalidad no es facultativo, sino que, por el contrario, es obligatorio para todos los magistrados; es por ello que debe ser aplicado de manera oficiosa o, en su defecto, a pedido de parte legitimada (CRUZ CADENA *et al.*, 2020). Finalmente, cabe destacar que el Poder Judicial no debe limitarse a realizar el test de convencionalidad basándose, exclusivamente, en la CADH, sino que su análisis debe incluir la jurisprudencia de la Corte IDH, toda vez que este órgano es su máximo intérprete (Corte IDH, 2006). Asimismo, las actuaciones judiciales que aborden casos de violencia de género, tienen que cumplir con el deber de debida diligencia del art. 7, b, de la Convención de Belém do Pará.

5. Conclusiones

En el presente trabajo se planteó como problema la grave situación de vulnerabilidad intrafamiliar que atraviesan las mujeres, durante los distintos estados de excepción, aplicados por los Estados miembro de la CADH, durante la pandemia de COVID-19.

Del análisis de las diferentes fuentes de información reseñadas, se concluye que la violencia de género, en contexto de pandemia, presenta una alarmante realidad fáctica. Ante la probada existencia del conflicto, el examen de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH y de

informes de la CIDH, permiten arribar a las siguientes conclusiones:

1) La violencia de género es transversal a todos los Estados de la CADH. Si bien el SIDH ha demostrado su compromiso en la prevención de episodios de violencia, basados en el género, dichos esfuerzos aún no se han plasmado en un descenso estadístico, de dimensión continental, de la problemática.

2) El marco jurídico sobre el cual la Corte IDH fundamenta sus sentencias, relativas a violencia de género, tiene como principales ejes a la CADH, a la Convención de Belém do Para y a la CEDAW. Asimismo, la Corte IDH considera a la violencia de género como un menoscabo del derecho a la integridad personal, consagrado en el art. 5 de la CADH.

3) Los Estados parte, al momento de intervenir e investigar supuestos actos de violencia de género contra las mujeres, deben emplear la perspectiva de género como herramienta analítica en todos los procesos judiciales de este tenor.

4) La violencia de género cometida por agentes estatales, dentro del SIDH, es considerada tortura, puesto que es el propio Estado el que, valiéndose de su aparato estatal, posibilita la concreción de conductas susceptibles de ser consideradas como tortura, siempre que estas acciones cumplan con los requisitos de intencionalidad, severidad del sufrimiento padecido y finalidad.

5) Los Poderes Judiciales de los Estados miembro de la CADH, se hallan obligados a ejercer un control de convencionalidad difuso y *ex officio*, en todos aquellos casos de violencia de género.

6) Los Estados parte de la CADH no pueden evadirse de su responsabilidad internacional, ante un acto de violencia de género cometido por un particular, ya que

en este caso, el Estado es culpable de manera indirecta, al no haber asegurado el deber de debida diligencia, para que ese hecho violatorio de la CADH, no se produjera.

Propuestas de solución: a modo de colofón, se proponen algunas políticas de emergencia y estrategias básicas, que los Estados parte de la CADH, deben adoptar, a los fines de prevenir y erradicar la violencia de género en la región: **a)** adoptar los estándares internacionales establecidos por el SIDH, en materia de violencia de género; **b)** aprobar partidas presupuestarias que permitan financiar, de manera prioritaria, paquetes de subsidios esenciales para la prevención de la violencia de género, tales como la subvención de centros médicos y refugios especializados en la temática; destinar mayores recursos a las fiscalías especializadas en casos de violencia de género, aumentar los operadores telefónicos que atienden las líneas de ayuda, etc.; **c)** generar políticas públicas, campañas de capacitación y publicitarias, con el objeto de generar una concientización y sensibilización de la población, en materia de violencia de género; **d)** priorizar la asistencia médica y el acceso a la Justicia de las mujeres víctimas de violencia de género; **e)** financiar servicios de acompañamiento multidisciplinario -asistencia médica, física y psicológica- a las mujeres sobrevivientes de violencia de género; **f)** garantizar a las víctimas de violencia de género, inserción en el mercado laboral, puesto que en la mayoría de los casos, la falta de autonomía económica impide a las mujeres independizarse de sus agresores y **g)** invertir en la recopilación de datos estadísticos que posibiliten la mejora de los programas y servicios destinados a la erradicación de la violencia de género.

6. Bibliografía

Amnistía Internacional. (2021). *Informe 2020/21*.

BELDARRAÍN-CHAPLE, E. y GILLIES-LEKAKIS, S. (2020). “La pandemia de COVID-19, estudio de casos: Australia, Nueva Zelanda y Cuba”. *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 19 (6), e3657.

BOTERO-RODRÍGUEZ, F., FRANCO, O. y GÓMEZ-RESTREPO, C. (2020). “Glosario para una pandemia: el ABC de los conceptos sobre el coronavirus”. *Biomédica*, 40 (2), 16-26.

CASTRO-BUITRAGO, C., CUBIDES-CÁRDENAS, J. y MARTÍNEZ LAZCANO, A. (2016). “La génesis del control de convencionalidad: el ejercicio del control de convencionalidad difuso (CCVD) por parte del Consejo de Estado colombiano 2006-2014”. *JUS público*, (17), 15-49.

CEDAW. (1992). *Recomendación general núm. 19*.

CEDAW. (2017). *Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19*.

CEJIL. (2010). *Debida diligencia en la investigación de graves violaciones a Derechos Humanos*.

CEPAL. (2020). *Enfrentar la violencia contra las mujeres y las niñas durante y después de la pandemia de COVID-19 requiere financiamiento, respuesta, prevención y recopilación de datos*.

CIDH. (2020, 11 de abril). *La CIDH hace un llamado a los Estados a incorporar la perspectiva de género en la respuesta a la pandemia del COVID-19 y a combatir la violencia sexual e intrafamiliar en este contexto.*

CIDOB. (2020). *COVID-19: la respuesta de Europa contra la pandemia.*

CLÉRICO, L. y NOVELLI, C. (2014). “La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, 12 (1), 15-70.

Comisión IDH. (2011). *Informe no. 80/11. Caso 12.626. Fondo. Jessica Lenahan (Gonzáles) y otros. Estados Unidos.*

Comisión IDH. (2021). *Obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos.*

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre, 1969.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 9 de diciembre, 1985.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, 9 de junio, 1994.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 18 de diciembre, 1979.



Corte IDH. (2020, 9 de abril). *COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales.*

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, No. 154.

Corte IDH. Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, No. 164.

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia del 25 de noviembre de 2006, serie C, No. 160.

Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Sentencia del 20 de noviembre de 2014, serie C, No. 289.

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, No. 215.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, No. 221.

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, No. 205.

Corte IDH. Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Sentencia del 26 de septiembre de 2018, serie C, No. 362.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, No. 101.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, No. 216.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, No. 04.

CRUZ CADENA, K., CABALLERO PALOMINO, S., VÁSQUEZ GUALDRÓN, L. y MORENO ORTIZ, M. (2020). “Alcance del control difuso de convencionalidad en las providencias judiciales en Colombia”. *Advocatus*, 17 (34), 37-46.

FERIA-TINTA, M. (2007). “Primer caso internacional sobre violencia de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso del Penal Miguel Castro Castro; un hito histórico para Latinoamérica”. *Revista CEJIL*, 2 (3), 30-45.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2013). “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)”. *Estudios Constitucionales*, 11 (2), 641-694.

FILGUEIRA, F., GALINDO, L., GIAMBRUNO, C. y BLOFIELD, M. (2020). “América Latina ante la crisis del COVID-19: vulnerabilidad socioeconómica y respuesta social”. *Serie Políticas Sociales CEPAL*, (238).

GONZÁLEZ, S. (2020). “África Subsahariana frente a la COVID-19: escenarios socioeconómicos más probables”. *Revista Política Internacional*, (7), 20-32.

GUILLÉN, B. (2021, 28 de junio). “Los feminicidios en México aumentan un 7,1% en los cinco primeros meses de 2021”. El País.

Infobae. (2020, 26 de agosto). “Fueron asesinadas 2.240 mujeres en México en los primeros siete meses de 2020, de acuerdo con cifras oficiales”. Infobae.

JARAMILLO-BOLÍVAR, C. y CANAVAL-ERAZO, G. (2020). “Violencia de género: un análisis evolutivo del concepto”. Universidad y Salud, 22 (2), 178-185.

Ley Modelo Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Muerte Violenta de Mujeres y Niñas (Femicidio/Feminicidio), 5 de diciembre, 2018.

LIU, S., Ermolieva, T., CAO, G., CHEN, G. y ZHENG, X. (2021). #Analyzing the Effectiveness of COVID-19 Lock-down Policies Using the Time-Dependent Reproduction Number and the Regression Discontinuity Framework: Comparison between Countries”. Engineering Proceedings, 5 (1). <https://doi.org/10.3390/engproc2021005008>

MARTÍNEZ LAZCANO, A. (2020). “Control difuso de convencionalidad: transición de la cultura jurídica en América Latina”. Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo, 12 (24), 250-270.

MARURI ARMAND-UGÓN, S. (2018). “El control de convencionalidad: un concepto de creación jurisprudencial”. Revista de Derecho, 17 (34), 79-88.

Mundo Sur. (2021). *Feminicidios en América Latina en contexto de pandemia*.

NASH, C. (2009). “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 25, 585-601.

NASH, C. (2019). “Breve introducción al control de convencionalidad”. En Corte IDH. (Eds.). Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7: control de convencionalidad (pp. 4-6). Corte IDH.

Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación. (2020). *Femicidios. Informe anual 2020*.

Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación. (2021). *Femicidios. Informe parcial 2021*.

OEA. (2020). *COVID-19 en la vida de las mujeres: razones para reconocer los impactos diferenciados*.

OMS. (2020, 11 de marzo). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*.

OMS. (2020, 12 de octubre). *Información básica sobre la COVID-19*.

ONU Mujeres. (2020). *Prevención de la violencia contra las mujeres frente a COVID-19 en América Latina y el Caribe*.

ONU Mujeres. (2020, 6 de abril). *Violencia contra las mujeres: la pandemia en la sombra*.



ONU. (2020). *Informe de políticas: las repercusiones de la COVID-19 en Asia Sudoriental.*

ONU. (2020, 14 de julio). *Joint statement by the Special Rapporteur and the EDVAW Platform of women's rights mechanisms on Covid-19 and the increase in violence and discrimination against women.*

ONU. (2020, 29 de abril). *Diálogo Interamericano sobre el impacto de la COVID-19 sobre los derechos humanos, especialmente los derechos de las mujeres y las niñas en América Latina.*

ONU. (2020, 5 de abril). *Declaración del Secretario General sobre la lucha contra la violencia de género y el COVID-19.*

Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. (2021). *Dossier informativo: 2020-2021. Violencia contra las mujeres en Chile.*

SANAHUJA, J. (2020). "COVID-19: riesgo, pandemia y crisis de gobernanza global". Anuario CEIPAZ, 27-54.

SOSA, M. (2021). "Investigar y juzgar con perspectiva de género". Revista Jurídica AMFJN, (9), 1-10.

T13. (2020, 6 de agosto). Femicidios aumentaron 42% durante el primer semestre de 2020. T13.

Neoextractivismo en el Alto Valle patagónico: análisis en clave ecofeminista con propuestas desde el “buen vivir”

Autora: Abril QUINTANA THEA

Resumen

El presente trabajo busca profundizar en el análisis de un caso de neoextractivismo en Argentina, que da cuenta de la necesaria revisión de las prácticas históricas y renovadas que se proponen para hacer sostenibles modelos de desarrollo que, paradójicamente, no lo son.

En el Alto Valle patagónico se ha implementado, a través del Decreto Chevrón (N° 929/13), el método de extracción no convencional de hidrocarburos -conocido como *fracking*- como modelo de desarrollo económico y social.

Sin embargo, dicho método ha impactado de alarmantes maneras a la región y el ambiente. La zona sufre una crisis frutícola que el *fracking* ha acelerado, la emisión de hidrocarburos ha generado diversas patologías que afectan a la población regional, existe el riesgo permanente de contaminación del agua ¹²⁰, de sismos ¹²¹, y se ha ob-

120 Dato no menor, referente a la situación del agua en la zona, resulta la declaración del estado de Emergencia Hídrica realizada por la Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas (AIC) el día 25 de julio del año 2021. Disponible en el sitio web de la AIC, recuperado de: <http://www.aic.gob.ar/sitio/novedades-ver?a=730&z=2090819242>. Último acceso: 29/08/21.

121 Recientes investigaciones vinculan los sismos, que comenzaron a registrarse y denunciarse en el año 2018 por

servado una inflación económica descontrolada a la sombra del neoextractivismo desmedido (ÁLVAREZ MULLALLY, 2015).

Resulta de interés indagar en procesos de construcción teóricos y epistemológicos que permitan analizar en profundidad los conflictos socio-jurídicos que surgen en la región del Alto Valle patagónico, particularmente en el Municipio de Allen, a causa del actual modelo de desarrollo impuesto y el consecuente extractivismo/neoextractivismo que avanza violetamente sobre cuerpos y territorios.

Palabras claves: Neoextractivismo, ecofeminismo, “Buen Vivir”, modelos de desarrollo.

introducción

En el Alto Valle patagónico se ha implementado, a través del Decreto Chevrón (Dec. N° 929/13), el método de extracción no convencional de hidrocarburos -conocido como comúnmente *fracking*- como modelo de desarrollo económico y social.

La región se extiende a la vera del río Negro y de los ríos Limay y Neuquén, que al confluir dan nacimiento al primero. Con un clima seco, desértico y frío, la zona se

habitantes afectados, con la actividad del *fracking*. Ver nota: “Aseguran que ‘hay relación directa’ entre *fracking* y sismos” (29/07/2021) disponible en la página web del Observatorio Petróleo Sur (OPSur), recuperado de: <https://opsur.org.ar/2021/06/29/tras-siete-anos-de-investigacion-aseguran-que-hay-relacion-directa-entre-fracking-y-sismos/>. Último acceso: 28/08/2021.

caracteriza principalmente por sus vientos ¹²². Como actividades geoeconómicas se destaca la fruticultura, siendo la principal productora de manzanas y peras del país ¹²³.

Sin embargo, el *fracking* ha impactado de alarmantes y diversas maneras a la región y el ambiente. La zona sufre una crisis frutícola que este método ha acelerado, la emisión de hidrocarburos ha generado diversas patologías que afectan a la población regional, existe el riesgo permanente de contaminación del agua, de sismos, y se ha observado una inflación económica descontrolada a la sombra del neoextractivismo desmedido (ÁLVAREZ MULLALLY, 2015).

Surgen varios interrogantes en este recorrido, como los siguientes ¿cuáles son nuestros vínculos con la naturaleza? ¿cómo se construyen? ¿podemos pensar en relaciones naturaleza-sociedad que se alejen de la racionalidad económica y se acerquen a éticas vinculadas con la protección ambiental y de la salud? (LEFF, 2004; GUDYNAS, 2012;

122 Para una mayor profundización sobre las características ecosistémicas de la zona ver: RODRÍGUEZ, Andrea Betiana y HOLZMANN DE LIMA, Rosa (2017). “Características edafoclimáticas de los valles irrigados de la Norpatagonia”. Disponible en la página del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria. Recuperado de: <https://inta.gob.ar/documentos/caracteristicas-edafoclimaticas-los-valles-irrigados-de-la-norpatagonia>. Último acceso: 06/08/21.

123 Para más información sobre la producción frutícola de la región ver: BRUZONE, Iván (2008). “Perfiles productivos. Pera y manzana”. Disponible en la página de la Dirección de Industria Alimentaria. Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca. Recuperado de: <http://www.alimentosargentinos.gob.ar/HomeAlimentos/Publicaciones/revistas/nota.php?id=273>. Último acceso: 06/08/21.

LANFRANCO VÁZQUEZ, 2016; LANFRANCO VÁZQUEZ, 2017), ¿con qué elementos, herramientas, recorridos, experiencias podemos revisar esas prácticas?

Es por ello que el objetivo general de este trabajo es indagar en procesos de construcción teóricos y epistemológicos que permitan analizar en profundidad los conflictos socio-jurídicos que surgen en la región del Alto Valle patagónico, particularmente en el Municipio de Allen, a causa del actual modelo de desarrollo impuesto y el consecuente extractivismo / neoextractivismo que avanza violetamente sobre cuerpos y territorios.

Del clásico extractivismo al neoextractivismo

A modo de alcanzar una aproximación al término extractivismo, y siguiendo a Eduardo GUDYNAS, podemos decir que se trata de un “modo de apropiación” más que uno de producción, caracterizándose por la explotación de enormes cantidades de recursos naturales (generalmente no renovables), que se exportan como *commodities* y dependen de economías de enclave, e incluye actividades como la explotación petrolera, así como la minera y los monocultivos intensivos (2012).

El modo de acumulación extractivista históricamente se ha definido por una lógica de “saqueo y apropiación colonial y neocolonial” (ACOSTA, 2012:2) a favor del “norte global”, de manera que la mayor parte de la producción se destina a la exportación y no al consumo en el mercado interno, dando lugar a beneficios nacionales muy bajos.

Sin embargo, el actual paradigma neoextractivista latinoamericano diferiría del modelo extractivo “clásico” neoliberal debido al menor peso relativo del capital privado extranjero y al papel más activo del Estado, que habría abandonado su papel garantista para convertirse

en interventor, regulador, actor directo y legitimador de dicho patrón de acumulación (GUDYNAS, 2012).

Es que se instala en el imaginario social latinoamericano *la ilusión ¿desarrollista?* de que gracias a las oportunidades económicas que presentaba el nuevo auge de los *commodities* en la economía mundial lograríamos alcanzar el desarrollo, siendo clave para ello un papel activo del Estado (SVAMPA, 2019).

Frente a este nuevo rol estatal, y desde una perspectiva jurídica, se observa una importante contradicción con la manda del art. 41 de la Constitución Nacional argentina, siendo el Estado el encargado de garantizar “el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”; y las autoridades “proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica”.

Además de esta oposición entre la implementación del modelo neoextractivo con las obligaciones dictadas por nuestra Constitución para el Estado argentino, este nuevo modelo tiene fuertes efectos territoriales: mantiene o acentúa la fragmentación territorial, lo que implica la existencia de sitios de explotación vinculados a la globalización, mientras extensas zonas permanecen desatendidas por el Estado; e impone una nueva geografía basada en el desplazamiento de comunidades locales y la anulación de otros circuitos productivos (GUDYNAS, 2012).

Análisis jurídico-situado de la problemática

Por su parte, las consecuencias generadas por el modelo neoextractivo también han trascendido a la esfera

pública, de manera que se ha suscitado entre el Municipio de Allen y la Provincia de Río Negro un conflicto de poderes en torno a la utilización de los recursos naturales de la zona.

El 22 de agosto del año 2013 una movilización vecinal logró que el Consejo Deliberante de Allen sancionara por unanimidad la Ordenanza Municipal N° 046/2013 prohibiendo la utilización del método de *fracking* en la zona, con fundamento en el principio precautorio establecido en la Ley General de Ambiente, la cual resulta fundamental para dilucidar la cuestión en torno a la regulación jurídica vigente en materia ambiental del método de *fracking*, así como la compatibilidad (o no) entre éste y el derecho a un ambiente sano.

No obstante lo dispuesto por la ciudad de Allen, la Provincia de Río Negro demanda al Municipio a fin de que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad de la Ordenanza, alegando que la misma interfiere con el ejercicio de competencias de la Provincia.

El caso es resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en autos “Provincia de Río Negro c/Municipalidad de Allen s/conflicto de poderes (Ordenanza Municipal N° 046/2013)” (Expte. N° 26731/13-STJ) ¹²⁴, en el cual sostiene que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en el territorio provincial; y que, en consecuencia, es la Provincia de Río Negro quien tiene la

124 Puede accederse al texto completo de la sentencia a través del sitio web del Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad (CGPYR) en el siguiente enlace recuperado de: http://www.cgpyr.org.ar/area_detalle?area=365. Último acceso: 29/08/21.

competencia en materia de regulación y administración de sus recursos hidrocarburíferos. Declara, finalmente, la inconstitucionalidad de la Ordenanza municipal en cuestión.

Retomando la mencionada Ley n° 25.675 ¹²⁵, la misma constituye una de las normas de presupuestos mínimos que surgen al amparo del tercer párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional argentina y que delinea la política ambiental del país (NONNA, 2017).

El bien jurídico protegido es el ambiente (tomado en sentido amplio), aspira a una gestión sustentable y adecuada del mismo, a la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable (art. 1). En este rumbo, establece objetivos específicos y principios rectores, así como estructura instrumentos de política ambiental nacional fundamentales para la toma de decisiones y para un eficaz ejercicio del poder de policía ambiental que compete a autoridades nacionales, provinciales y municipales (art. 8).

Acercas del principio precautorio instituido en dicha ley (art. 4), la misma establece: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente”.

Por otro lado, en el título “Participación Ciudadana” se consagra el derecho que tiene toda persona “a ser con-

125 Puede accederse al texto completo de la ley a través de la web de InfoLeg en el siguiente enlace, recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/75000-79999/79980/norma.htm>. Último acceso 29/08/21.

sultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general” (art. 19), debiendo las autoridades “institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente” (art. 20); un derecho que cobra amplia relevancia para el estudio del caso en cuestión y del cual surge como interrogante si es que en la práctica estatal, se ha tornado o no ilusorio.

Siguiendo con los principios constitucionales que nos rigen en Argentina, es sabido que los yacimientos de hidrocarburos, como parte del subsuelo provincial, pertenecen al dominio de las provincias (art. 124 de la Constitución Nacional) en cuyo territorio se encuentran (HERNÁNDEZ, 2008), así también lo expresa el art. 79 de la Constitución de la Provincia de Río Negro. Sin embargo, no quedan dudas tampoco de que el municipio es titular del poder de policía, sobre todo luego de la reforma constitucional del año 1994, por lo que la competencia municipal es aun más determinante en materia ambiental, correspondiéndole a éste un rol fundamental en la aplicación de los contenidos del art. 41 y 124 de nuestra Carta Magna, conforme la distribución de competencias que realiza la misma, y en función del reconocimiento de la autonomía municipal que hace la Constitución de la Provincia de Río Negro en el art. 225, y del poder de policía municipal en el art. 229 inc. 15.

Y es que, en palabras del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en el fallo “T., H. R. c/ Municipalidad de San Antonio Oeste s/Contencioso Ad-

ministrativo s/Apelación”¹²⁶, el poder de policía resulta esencial al “deber primigenio de todo gobierno en el marco de sus propias jurisdicciones, de proteger la vida, la seguridad y la salud, entre otros cometidos, de los habitantes comprendidos en el ámbito subjetivo y objetivo de actuación de esas potestades”.

Se evidencia, entonces, la necesidad de profundizar en el análisis de los límites a las competencias otorgadas a la Provincia de Río Negro y al Municipio de Allen en cuanto a la regulación de la actividad hidrocarburífera en la zona, a fin de evitar posibles conflictos de poderes futuros. Asimismo, resulta necesario encontrar reglas claras en cuanto al ejercicio del derecho a la participación ciudadana, de forma que no pierdan operatividad los principios y derechos ambientales que nos rigen en Argentina.

Aportes teóricos y epistemológicos

La propuesta de este trabajo parte de explorar un marco teórico y bibliográfico que apunte a reflexionar y priorizar los derechos ambientales y de incidencia colectiva en el territorio.

Es así que, en el marco del mismo, surgen algunas preguntas de investigación como las siguientes: ¿Podría pensarse en relaciones naturaleza-sociedad que se alejen

126 Puede accederse al texto completo de la sentencia a través la web de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ) en el siguiente enlace, recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/superior-tribunal-justicia-local-rio-negro--municipalidad-san-antonio-oeste-contencioso-administrativo-apelacion-fa06054093-2006-08-16/123456789-390-4506-0ots-eupmocsollaf?#>. Último acceso 27/08/21.

de la racionalidad económica y se acerquen a éticas vinculadas con la protección ambiental y de la salud? (LEFF, 2004; GUDYNAS, 2012; LANFRANCO VÁZQUEZ, 2016; LANFRANCO VÁZQUEZ, 2017), ¿es posible pensar en aportes provenientes de recorridos teóricos y de luchas sociales que se oponen a modelos de desarrollo extractivistas como los existentes?

En base a esos interrogantes se busca profundizar en aportes derivados de procesos de construcción teóricos y epistemológicos no hegemónicos que permitan una lectura alternativa de los conflictos socio-jurídicos que surgen en la región del Alto Valle patagónico a causa del actual modelo de desarrollo impuesto y el consecuente extractivismo/neoextractivismo.

Aportes de las teorías ecofeministas

El término ecofeminismo nace en la década de los 70' (SVAMPA, 2015), a partir de las protestas de mujeres en EE. UU. contra la posibilidad de una guerra nuclear, denunciando la “cultura de la muerte”¹²⁷ que implica la violencia, tanto contra las mujeres, como contra la naturaleza.

El ecofeminismo, o los ecofeminismos, han nacido de la reunión de dos grandes espacios (también plurales) del saber y de la acción. Por un lado, el/los ecologismos, y por el otro el/los feminismos. De la intersección de ambos

127 SVAMPA, Maristella (2018). “Ecofeminismo y feminismos plurales”. Conferencia “La Noche de la Filosofía”. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=TveVMH3Y4YI&t=795s>. Último acceso 17/11/21.

espacios emergentes aparecen en el centro, al menos, dos postulados: la interdependencia y la ecoddependencia.

La ecoddependencia nos enseña a pensar que, como especie a su vez, dependemos de los otros elementos de la naturaleza, de la biosfera en general, para poder seguir vivos (HERRERO, 2012; PULEO, 2008; PÉREZ OROSCO, 2014).

Por otro lado, la interdependencia nos indica que como seres humanos somos dependientes de otros seres humanos a lo largo de toda nuestra vida y en especial en los momentos en los que somos más vulnerables. De este postulado se desprende una “ética del cuidado”, sostenida por Carol GILLIGAN, quien plantea que el cuidado y la asistencia no son asuntos de mujeres; son intereses humanos. Para ver este debate tal y como es, no hay más que mirar a través de la óptica del género: la justicia se coloca junto a la razón, la mente y el Yo (los atributos del “hombre racional”), y el cuidado, junto a las emociones, el cuerpo y las relaciones (las cualidades que, como las mujeres, se idealizan a la vez que se menosprecian en el patriarcado) (2013:54).

Siguiendo con esto, los ecofeminismos cuestionan la visión dualista mente/cuerpo, cultura/naturaleza, razón/emoción, hombre/mujer, y las relaciones jerárquicas entre naturaleza humana y no humana, dicotomías planteadas por el pensamiento patriarcal (PASCUAL RODRÍGUEZ y HERRERO LÓPEZ, 2010).

Desde este aspecto podemos preguntarnos ¿cuáles son las lógicas detrás de la práctica estatal en cuanto a la administración de la actividad neoextractiva en la región del Alto Valle patagónico?

Partiendo desde el enfoque ecofeminista, podemos evidenciar el rol paternalista que ha ocupado el Estado argentino (ya sea representado por las prácticas del Estado provincial o por las decisiones del Superior Tribunal de

Justicia de Río Negro) al posicionarse como único actor determinante de las estructuras de vida y de producción en la región en pos del “buen desarrollo” (SVAMPA y VIALE, 2014), invisibilizando los reclamos, necesidades y salud de su población y del ambiente.

Es así que adquiere suma importancia el análisis de las corrientes ecofeministas, sobre todo al poner de relieve la visión compartida por las distintas corrientes que entienden a la explotación de la mujer y a la del ambiente “como dos caras de una misma moneda y responden a una lógica común: la lógica de la dominación patriarcal y la supeditación de la vida a la prioridad de la obtención de beneficios” (PASCUAL RODRÍGUEZ y HERRERO LÓPEZ, 2010:6).

Desde una de las corrientes, que podría considerarse esencialista, María MIES y Vandana SHIVA (1997) evidencian una relación directa entre el sistema capitalista y la destrucción del ambiente, comprobándose prácticas colonizadoras por parte del sistema económico sobre mujeres, pueblos y territorios para explotarlos y acaparar su naturaleza.

Los humanos históricamente han establecido diferentes sistemas de dominación y jerarquización, no pudiéndose desconocer que los cuerpos, particularmente los de las mujeres, también han representado zonas de conquista. Es así que se afirma que la explotación de la naturaleza y el sometimiento de las mujeres resultan dos caras de una misma moneda, con una lógica de dominación común: la del patriarcado y la de la economía capitalista frente a la vida.

Desde otro enfoque de la teoría ecofeminista, HERRERO (2013) sostiene que:

“El modelo de pensamiento acuñado en la sociedad occidental durante la Modernidad se ha desarrollado en

oposición a las bases materiales que sostienen la vida. Construida sobre cimientos patriarcales, antropocéntricos y capitalistas, la arquitectura de nuestras sociedades actuales pone en riesgo los equilibrios ecológicos que permiten la vida humana, y la de otras especies” (p. 281).

La autora pone de relieve que el sistema económico capitalista y todo el armazón cultural que le acompaña se han desarrollado en contradicción con las dos dependencias materiales que permiten la vida. Crecen sin observar límites a costa de la destrucción de lo que precisamente necesitamos para sostenernos en el tiempo. Se basan en una creencia peligrosa para el futuro de los seres humanos: la de una falsa autonomía, tanto de la naturaleza como del resto de las personas.

Durante el proceso de acumulación de riquezas se priorizaron los beneficios económicos y la maximización de la actividad, pasando a considerarse a la producción, en términos económicos, como la encargada de sostener las existencias. Se asimila así, en palabras de HERRERO (2021), una *lógica sacrificial*¹²⁸ donde todo merece ser sacrificado con tal de que la economía crezca.

Es en este punto donde encontramos una fuerte vinculación con la actividad neoextractiva. Ya no alcanza con utilizar los antiguos modos de extracción de hidrocarburos, sino que, frente al agotamiento de los recursos se idean nuevos métodos, como el *fracking*, que implican extraer hasta el más mínimo de los recursos naturales,

128 HERRERO, Yayo (2021). “Ecofeminismo y cuidados en tiempos de pandemia”. Ciclo “Complejidades latinoamericanas en pandemia”. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=raIJPBRsIR0>. Último acceso: 17/11/21.

sin importar las consecuencias y riesgos ambientales que conlleven.

Aportes de las cosmovisiones del “Buen Vivir”

A su vez, en el proceso de este trabajo cobran entidad conceptos claves de las cosmovisiones del “Buen Vivir” que recupera tradiciones y saberes de nuestros pueblos originarios, y de otras regiones, sobre los modos de habitar el mundo y nuestro vínculo con la naturaleza, como reacción contra los modelos desarrollistas hegemónicos y como alternativa sustancial, reconociendo valores intrínsecos de la naturaleza. En palabras de GUDYNAS y ACOSTA (2011), el “Buen Vivir”:

“Se apartaba de las ideas occidentales convencionales del progreso, y apuntaba hacia otra concepción de la vida buena, incluyendo una especial atención a la Naturaleza. Si bien, el Buen Vivir no puede ser simplistamente asociado al ‘bienestar occidental’, tampoco rechaza algunos aportes contemporáneos que parten del saber occidental, en especial aquellas corrientes críticas y contestarias como las que ejemplifica el ambientalismo o feminismo” (p. 76)

Se trata de un concepto plural cuya indagación resulta fundamental para la construcción política y normativa de los Estados como alternativas al neoextractivismo y a modelos de desarrollo aplicados en el presente, un concepto que ha sido instituido ya en Constituciones como la de Bolivia y Ecuador. Y es que nuestro sistema jurídico ha sido construido desde bases meramente individualistas propias del paradigma antropocéntrico europeo, dotando como único sujeto de derechos y obligaciones al individuo (HUANACUNI MAMANI, 2010). Siguiendo a ACOSTA (2014)

Europa consolidó aquella visión que puso al ser humano figurativamente hablando por fuera de la Naturaleza. Se definió la Naturaleza sin considerar a la Humanidad como parte integral de la misma. Y con esto quedó expedita la vía para dominarla y manipularla (p. 29).

No existe en el universo normativo argentino vigente la posibilidad de pensar a la naturaleza como sujeto de derechos. Asimismo, desde una mirada ecofeminista del lenguaje de las normas, se observa la masculinización de la misma, al reemplazársela por el término “ambiente”, como ocurre con la ya mencionada Ley General del Ambiente.

Por otra parte, la legislación argentina en materia ambiental también refiere a la correcta administración, uso sustentable, protección y preservación de los “recursos naturales”. Sin embargo, si ahondamos en el significado del término “recurso” observamos que se los reduce a elementos que permiten satisfacer una necesidad meramente humana.

A diferencia de las visiones de los pueblos indígenas que no refieren a la correcta administración de recursos naturales sino a la gestión en términos de equilibrio, se evidencian lógicas antropocéntricas y de apropiación en la normativa argentina. Como sostiene HUANACUNI MAMANI (2010):

“Para estos sistemas de gobierno, los animales, las plantas, las montañas, los ríos, constituyen recursos y han generado una relación con ellos de explotación extrema. Aunque con el concepto de ‘explotación racional’ pretendan cambiar la forma, en el fondo sigue siendo explotación y continúan provocando el deterioro de toda forma de vida (p. 53).

Metodología

Para la propuesta de este trabajo se parte de actividades como la recopilación, relevamiento, análisis y síntesis del marco teórico y metodológico seleccionado; así como el uso de fuentes primarias y secundarias. Dentro de las primeras se trabajó fuentes documentales y normativas de diversos niveles de gobierno y jurisprudencia.

Además de lo mencionado, se procuró partir desde un enfoque de “conocimientos situados” (HARAWAY, 1995), perspectiva que sugiere que el conocimiento es parcial y “posicionado”, en razón de que surge de las características semiótico-materiales de las posiciones y articulaciones a partir de las cuales conocemos y que estarían en constante transformación. Es decir, la posibilidad de conocer parte desde un cuerpo, un tiempo y un lugar. Este posicionamiento resulta imprescindible para el análisis de “la lucha concreta y acuerpada de las mujeres en los territorios, lo que conlleva una fuerte identificación con la tierra y sus ciclos vitales de reproducción, así como a la desacralización del mito del desarrollo y la construcción de una relación diferente con la naturaleza” (SVAMPA, 2019, p. 66).

Para el enfoque de la acción situada, el reemplazo de la metáfora de la construcción por la metáfora de la articulación, implica dejar la tesis construccionista de situar las narraciones en un tiempo y un lugar, y para dar paso al desafío metodológico de investigar el tiempo y el lugar como elementos narrativos con capacidad de significación. La investigación cualitativa emerge, entonces, como una práctica articuladora, en la cual los diversos actores situados en unos contextos simbólicos y materiales que les sirven de trasfondo, participan en una verda-

dera experiencia de traducción. Se advierte, así, que la investigación social debe comprender y traducir, y para ello debe dialogar y reinscribir los testimonios, representados institucionalmente como resultados de una práctica científica de investigación, en una escena con cuerpos y lugares, tiempos y distancias. El acto de devolución de la palabra a sus propios actores, permite el acto moral de la re-escritura y la contextualización, y éste a su vez hace inevitable el acto político de una nueva desconstrucción (SANDOVAL, 2013).

Resultados preliminares

Evidenciamos que se instala en el imaginario social latinoamericano la ilusión ¿desarrollista? de que gracias a las oportunidades económicas que presentaba el nuevo auge de los *commodities* en la economía mundial lograríamos alcanzar el desarrollo, siendo clave para ello un rol activo del Estado (SVAMPA, 2019).

En consecuencia, se observa una importante contradicción entre la implementación del modelo neoextractivista con la manda constitucional del art. 41, siendo el Estado el encargado de garantizar “el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

Por otra parte, la reconfiguración territorial, consecuencia de este modelo de apropiación, se traduce en violencias tanto sobre los cuerpos como en los territorios. Se afecta tanto al ambiente como a las comunidades que lo habitan, desplazándolas o modificando las condiciones de reproducción de la vida en general.

Asimismo, se han observado lógicas paternalistas y patriarcales en las prácticas y políticas estatales, siendo que el Estado se ha posicionado como único actor determinante de la matriz productiva y de las estructuras de vida en la región, invisibilizando las necesidades, reclamos e incluso la salud de sus habitantes y el ambiente.

Conclusiones

Lejos de intentar alcanzar una conclusión absoluta a una problemática tan compleja, y en pos de invitar a generar nuevos interrogantes que nos aventuren en el análisis de las lógicas de poder que existen detrás de los modelos neoextractivos en la región, es que se reafirma la necesidad de profundizar en las experiencias, recorridos y construcciones comunitarias que parten de bases alternativas a las hegemónicas.

Como propuestas alternativas a este modelo desarrollista toman fuerza los aportes de las teorías ecofeministas y de los pueblos indígenas condensados en el “Buen Vivir”, como oportunidad para (re)construir colectivamente nuevas estructuras de vida.

Urge, entonces, indagar en otras epistemologías y planteos de la relación naturaleza-sociedad (LANFRANCO VÁZQUEZ, 2017) re-pensando las lógicas del poder y de dominación que existen en el modelo extractivo no convencional de hidrocarburos, lo que nos posibilitará aportar bases concretas desde la praxis política y jurídica para la consagración de alternativas que nos permitan acceder a estructuras de vida más equitativas, democráticas y respetuosas de la naturaleza y los saberes comunitarios.

Referencias bibliográficas

ACOSTA, A. (2012). “Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición”. Disponible en el sitio web EcoPortal, recuperado de: https://www.ecoportall.net/temas-especiales/mineria/extractivismo_y_neoextractivismo_dos_caras_de_la_misma_maldicion/. Último acceso: 28/08/21.

ACOSTA, A. (2014). “El Buen Vivir, más allá del desarrollo”. En *Buena vida, buen vivir: imaginarios alternativos para el bien común de la humanidad*. Gian Carlo DELGADO RAMOS (coordinador). México: UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades. ISBN 978-607-02-5402-4.

ÁLVAREZ MULLALLY, M. (2015). *Alto Valle Perforado. El petróleo y sus conflictos en las ciudades de la Patagonia Norte*. Observatorio Petróleo Sur. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones del Jinete Insomne.

GILLIGAN, C. (2013). “La ética del cuidado”. Fundació Víctor Grífols i Lucas, 5181/1. Recuperado de: <http://www.secpal.com/%5Cdocumentos%5Cblog%5Ccuaderno30.pdf>

GUDYNAS, E. y ACOSTA, A. (2011). “La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa”. *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*/ISSN 1315-5216. CESA - FCES - Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela.

GUDYNAS, E. (2012). “Estado compensador y nuevos extractivismos. Las ambivalencias del progresismo sudamericano”. *Nueva Sociedad*, 237, 128-146.

HARAWAY, D. (1995). *Ciencia, cyborgs y mujeres. La reinvención de la naturaleza*. Madrid: Cátedra.

HERNÁNDEZ, A. M. (2008). *Derecho Público Provincial*. LexisNexis Argentina.

HERRERO, Y. (2012). “Propuestas ecofeministas para un sistema cargado de deudas”. En *Revista Economía Crítica del primer semestre* n° 13 año 2012.

HERRERO, Y. (2013). “Miradas ecofeministas para transitar a un mundo justo y sostenible”. *Revista de economía crítica*, ISSN 1696-0866, N°. 16.

HERRERO, Y. (2021). “Ecofeminismo y cuidados en tiempos de pandemia”. Ciclo “Complejidades latinoamericanas en pandemia”. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=raIJPBRsIR0>. Último acceso: 17/11/21.

HUANACUNI MAMANI, F. (2010). *Buen Vivir/Vivir Bien. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas*. Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI), Lima, febrero de 2010.

LANFRANCO VÁZQUEZ, M. L. (2016) “Análisis jurídico ambiental del uso del suelo desde la ética intergeneracional en municipios de la costa sur del Río de la Plata (1979-2008)”. Tesis doctoral, Repositorio SEDI-CI, recuperado de: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/60696/Documento_completo.pdf-PDFA2u.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

LANFRANCO VÁZQUEZ, M. L. (2017). *Economía y ambiente. Entre sustentabilidad y saberes plurales*. De-



recho Y Ciencias Sociales, 1(16), 9-21. <https://doi.org/10.24215/18522971e002>.

LANFRANCO VÁZQUEZ, M. L. (2019). “*Protección de derechos vinculados a la soberanía alimentaria y ambiental. Una mirada desde el Ecofeminismo*”, en GONZÁLEZ M.G., MIRANDA M. y ZAIKOSKI BISCAY. D. *Género y Derecho*, Editorial EdUNLPam.

LANFRANCO VÁZQUEZ, M. L. y GONZÁLEZ, M. G. (2020). “*Mujeres, políticas públicas, acceso a la justicia, ambiente y salud mental: Miradas desde la perspectiva de género*”. Instituto de Cultura Jurídica, JurSoc, UNLP. Repositorio SEDICI, recuperado de <https://libros.unlp.edu.ar/index.php/unlp/catalog/book/1559>.

LEFF, E. (2004). “Ecofeminismo: El género del ambiente”. Polis, Revista Latinoamericana.

MIES, M. y SHIVA, V. (1997). *Ecofeminismo. Teoría, crítica y perspectivas*. Colección Icaria Antrazyt.

NONNA, S. (2017). *La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina*. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

OBERVATORIO PETRÓLEO SUR (2021). “Aseguran que ‘hay relación directa’ entre fracking y sismos”. Disponible en la página web del Observatorio Petróleo Sur (OPSur), recuperado de: <https://opsur.org.ar/2021/06/29/tras-siete-anos-de-investigacion-aseguran-que-hay-relacion-directa-entre-fracking-y-sismos/>. Último acceso: 28/08/2021.

PASCUAL RODRÍGUEZ, M. y HERRERO LÓPEZ, Y. (2010). “Ecofeminismo, una propuesta para repensar el presente y construir el futuro”. Boletín ECOS no 10 (CIP-Ecosocial).

PÉREZ OROSCO, A. (2014). *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida*. Traficante de sueños, Madrid, España.

PULEO, A. (2008). “Libertad, igualdad, sostenibilidad. Por un ecofeminismo ilustrado”. En Isegoría Revista de Filosofía Moral y Política n° 38, p. 39-59.

SANDOVAL, J. (2013). *Una Perspectiva Situada de la Investigación Cualitativa en Ciencias Sociales*. Universidad de Valparaíso, Chile ISSN 0717-554X.

SVAMPA, M. y VIALE, E. (2014). *Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y del desajo*. Editorial Katz.

SVAMPA, M. (2015). “Feminismos del Sur y ecofeminismo”. Revista Nueva Sociedad, N° 256, ISSN: 0251-3552.

SVAMPA, M. (2018). “Ecofeminismo y feminismos plurales”. Conferencia “La Noche de la Filosofía”. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=TveVMH3Y4YI&t=795s>. Último acceso 17/11/21.

SVAMPA, M. (2019). *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina*. Editorial: Bielefeld University Press, CALAS.

Las personas y el derecho a la salud, una dúo realidad

Por María Florencia POURREUX -María Lis AMAYA

SUMARIO: I. Resumen.- II. El derecho a la salud en la Provincia de Buenos Aires: contradicciones entre la teoría y la práctica.- III. Realidad vs. Normativa.- IV. Importancia de una política pública en salud con anclaje territorial.- V. Conclusión.- VI. Bibliografía

I. Resumen

El Estado tiene obligaciones de acción y omisión frente al derecho a la salud, en tanto derecho humano inherente a toda persona. En el contexto de encierro, las personas se encuentran bajo su tutela, en función de ello, el incumplimiento cobra otra relevancia.

En este marco, está obligado a desarrollar políticas públicas en función de garantizar que todas las personas puedan acceder de forma plena y sin discriminación a gozar del derecho a la salud. Para ello, es necesario un sistema de salud integrado, que contemple tanto a las personas libres, como a aquellas que se encuentran detenidas.

Veremos, en líneas generales, cómo a lo largo del tiempo en el contexto de las personas privadas de su libertad en la Provincia de Buenos Aires, este derecho ha sido vulnerado, con marcadas diferencias discriminatorias del sistema público de salud en relación a los sujetos de derecho que gozan de plena libertad.

Observamos entonces, un sistema de salud fragmentado, aplicando las lógicas securitistas a la gestión del

derecho a la salud en el encierro, prevaleciendo por sobre las lógicas sanitarias. Asimismo, las distintas realidades y la falta de intervención estatal especializada, generan un desconocimiento de las particularidades del sistema carcelario, que son necesarias advertir a fin de poder llevar a la práctica políticas públicas que cumplan el objetivo para el que fueron diseñadas, en este caso: garantizar el pleno uso y goce del derecho a la salud en el contexto de encierro.

Esta “dúo realidad” coloca a dichos sujetos en una situación de extrema vulnerabilidad. Como operadores jurídicos, nos vemos en la necesidad de remarcar y defender celosamente los derechos humanos consagrados en nuestra Carta Magna, ampliando la mirada, saliendo de la zona de confort que implica el análisis de la letra de la ley, entendiendo que la forma de implementación de éstas también conforma una parte importante de las políticas públicas que impactan de forma concreta y contundente en la vida de las personas.

Abogar, en este aspecto, nos permite generar un contexto reflexivo que constituya el puntapié inicial para el desarrollo de políticas públicas adecuadas a las realidades, de alta calidad, bajo una mirada igualitaria, no discriminatoria, basada en la perspectiva de los derechos humanos.

I. Abstract

The State has obligations of action and omission regarding the right to health, as an inherent human right of every person. In the context of confinement, people are under its guardian ship, base don this, non-compliance takes on another relevance.



With in this frame work, it is obliged o develop public policies in order to guarantee that all people hace full access and without is crimination to enjoy theright to health. For this, an integrated health system is necessary, which in cludesboth free people ante those who are detained.

We will see, in general lines, how over time in the context of people deprived of their liberty in the Province of Buenos Aires, this right has been violated, with marked discriminatory differences of the publichealth system in relation to the subjects of right that they enjoy full freedom.

We observe then, a fragmented health system, applying the security logics to the management of the righth to health in the confinement, prevailing over the health logics. Likewise, the different realities and the lack of specialized state intervention, generate a lack of knowledge of the particularities of the prison system, which are necessary towarn in order to beable top ut practice public olicies that meet the objective for which they wew designed in this case: guarantee the full use and enjoy mentof the right to health in the context of confinement.

This “reality duo” places these subjects in a situation of extreme vulnerability.

As legal operators, we find our selves in the need to high light and jealously defend the human right senshri- ned in our Magna Carta, broadening the view, leaving the confort zone tha timplies the analysis of the letter of the law, understanding that the form of implementation the seal so make up an important part of public policies that have a concrete and forceful impacton people´s lives.

Advocating, in this regard, allowa us to generate a reflective context that constitutes the starting point for the development of public policies that are appropriate to

the realities, of high quality, under an egalitarian, non-discriminatory perspective, based on the perspective of human rights.

II. El derecho a la salud en la Provincia de Buenos Aires: contradicciones entre la teoría y la práctica

El derecho a la salud es un derecho humano contemplado ampliamente en las legislaciones internacional, nacional y provincial, y enmarcado particularmente dentro de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Desde esta óptica, la obligación del Estado frente al derecho a la salud ¹²⁹ se despliega en 3 sentidos: 1.- la obligación de respetar, obligación de “no hacer”, en cuanto a no interferir con el disfrute del derecho a la salud; 2.- la obligación de proteger, obligación de garantizar, evitando interferencias en el disfrute de este derecho; y, la obligación de garantizar o cumplir, obligación “de hacer”, que implica adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno disfrute del derecho. En este sentido, ello implica el diseño e implementación de políticas públicas adecuadas al contexto y población para las que son destinadas.

Este derecho, es inherente a todas las personas, independientemente de la situación en la que se encuentren, esto es, y en este caso, más allá de estar en libertad o privado de ella bajo la tutela del Estado, como es el caso de las cárceles de la Provincia de Buenos Aires.

129 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cabe destacar que frente al derecho internacional de los derechos humanos, el Estado es el único y principal infractor de los mismos, siendo éste quien puede constituirse en violador de los derechos humanos, por sí o por medio de sus agentes en el ejercicio de sus funciones. En este marco, cuando la persona se encuentra privada de su libertad por decisión estatal existe una doble responsabilidad. Ya que estar en la cárcel implica que la ejecución de toda asistencia y prevención en materia de salud está mediada por el Estado, particularmente por el SPB (Servicio Penitenciario Bonaerense).

La realidad concreta de las cárceles de la Provincia de Buenos Aires, muestra cómo el Estado viola sistemáticamente el derecho humano a la salud en el contexto de encierro, transformándolo en un “beneficio”; en primer lugar, dependiendo del lugar que la persona ocupe en la sociedad: en libertad o detenida; y luego, según una multiplicidad de factores que analizaremos.

Acotando el análisis a la Provincia de Buenos Aires, encontramos un sistema de salud para las personas que viven en libertad y otro para las personas que se encuentran detenidas bajo la tutela del Estado en las cárceles¹³⁰. Adelantándonos, diremos que la salud/no salud es parte de la condena, ya sea ésta impuesta o implícita.

Cuando nos referimos al derecho a la salud, partimos del concepto de salud integrado por las dimensiones biopsico-social que deben ser contempladas en el proceso salud-enfermedad. Y en función de ello, cómo el Estado garantiza el *máximo bienestar posible*¹³¹. Para ello, ha de analizarse el derecho a la salud, en función de los ele-

130 Res. 1/08 CIDH sobre personas privadas de libertad.

131 Definición de salud de la OMS y PIDESC.

mentos esenciales: a) disponibilidad: cantidad suficiente de establecimientos, bienes y servicios; b) Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios deben estar al alcance de todas las personas bajo los siguientes lineamientos: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica (asequibilidad) y acceso a la información; c) aceptabilidad: respetuosos de la ética médica y de la cultura de las personas, sensibles a los requisitos de género y al ciclo de vida; d) buena calidad: apropiados científica y médicamente: profesionales capacitados, medicamentos y equipos adecuados ¹³². En todos los elementos se incluye la observancia por los determinantes sociales de la salud, como por ejemplo el agua potable.

Asimismo, es importante tener en cuenta que las pautas que hoy rigen el derecho a la salud, se enmarcan en un fuerte cambio de paradigma, que implica traspasar las barreras de un sistema paternalista, que enarbola el modelo médico hegemónico, fundado sobre la idea de que las personas adoptan un rol pasivo en la relación con el sistema de salud, sometándose a sus reglas y condiciones, hacia un modelo basado en los derechos humanos, la bioética y centrado en la autonomía de la voluntad y la participación comunitaria. En este segundo modelo, las personas adoptan una actitud activa en la toma de decisiones en relación a la salud, tanto de forma individual como colectivamente. En nuestro sistema jurídico, este nuevo paradigma ha quedado plasmado en la Ley de Derechos del Paciente, sancionada en el año 2009.

En esta línea de pensamiento, para poder abordar los distintos universos -o realidades- existen formas de agrupar a las personas de acuerdo a sus características. En

132 OBSERVACION N 14 Comité DESC.

función de ello, como método de discriminación positiva, se utiliza la categoría de “grupos en situación de vulnerabilidad” para referirse a aquellos grupos de personas que por sus particularidades se encuentran más expuestos a ver violados o ignorados sus derechos. En este sentido, las personas privadas de su libertad conforman uno de estos grupos.

Al observar de cerca la realidad del contexto de encierro, no cabe duda de que el derecho a la salud forma parte de las condiciones de detención. Por tanto, cuando se habla de los agravamientos de estas condiciones de *vida*, se incluye la falta de acceso a la asistencia, la mala calidad de atención, falta de elementos, bienes, productos y servicios, falta de recursos profesionales en el ámbito de salud en el encierro y por supuesto determinantes sociales contrarios a la promoción, prevención y rehabilitación de la salud. Como así también, la falta o deficiente diseño de la política pública para abordar la población específica.

Entonces, la salud como un agravamiento de las condiciones de detención, facilita que las personas que se encuentran en el encierro enfermen o incluso mueran por causas evitables. Ello implica un amplio abanico: el desmejoramiento de la salud de las personas que tienen patologías previas, el desarrollo de enfermedades crónicas, enfermedades contraídas como consecuencias de las condiciones materiales y los regímenes de vida carcelarios¹³³; como así también, las agresiones físicas, las autolesiones y las muertes en contexto de encierro.

133 Fallo “Verbitsky”, en relación al análisis que relaciona sobrepoblación y la contracción de enfermedades infectocontagiosas, como así también la consecuencia de mayores hechos de violencia.

En consecuencia, se observa la violación del derecho a la salud en tanto derecho humano, comprometiendo los compromisos internacionales asumidos en la materia por el Estado Argentino, y el Estado de la Provincia de Buenos Aires, en este caso. Cabe destacar que las malas condiciones de detención, en este caso la falta de acceso al derecho a la salud, está calificada como torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes ¹³⁴. Habiéndose generado en los últimos años una amplia doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como internacional al respecto, destacándose la generada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

III. Realidad vs. Normativa

En función de la Convención contra la tortura, el Estado Argentino creó el Comité Nacional de Prevención de la Tortura y generó la obligación a los Estados provinciales de seguir dicho lineamiento. En el caso de la Provincia de Buenos Aires, la puesta en marcha del mecanismo para prevenir la tortura se demoró hasta el año 2019. En dicho momento, habiéndose cumplido el plazo establecido por la ley nacional N° 26.827, para que la Provincia lo conforme, el Consejo Federal, conforme a su art. 22 inc. h y arts. 1, 3 y 5, nombró de manera provisoria a la Comisión Provincial por la Memoria como Mecanismo Provincial de Prevención de la Tortura en la Provincia de Buenos Aires.

134 Las normas principalmente aplicables: Convención Contra la Tortura, Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura y protocolos facultativos. Fallos de la CIDH.

La función principal de este mecanismo es la de controlar que el Estado cumpla con los derechos humanos de las personas que se encuentran privadas de libertad bajo la tutela del Estado, sean o no instituciones relacionadas con la violación a la ley penal, incluso independientemente de que se trate de una institución pública o privada ¹³⁵.

En materia de salud, en el contexto de encierro carcelario, la gestión y administración está bajo la órbita del SPB, dependiendo de la Dirección Provincial de Salud Penitenciaria. Por su lado, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, quien está a cargo el funcionamiento del Sistema de Salud, creó recién en el año 2017 ¹³⁶ el Programa de salud en contextos de encierro, que tiene como misión principal la articulación con los organismos intervinientes en la temática.

Esta organización administrativa impacta en la práctica, como una fragmentación que opera negativamente, generando dentro del sistema público de salud universal y gratuito distintos niveles de calidad, accesibilidad, y atención en salud diferenciados de acuerdo a los destinatarios del mismo. Que además, se ensambla con la división en subsistemas del sistema de salud en nuestro país. Y que se reproduce en las provincias.

Por ejemplo, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, quien se encuentra a cargo de diseñar y sostener las políticas de salud pública es el Ministerio de Salud. Se puede observar que la organización del mismo está dada por territorio (regiones sanitarias), por temas (HIV,

135 Resolución 01/08 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

136 Resolución ministerial 1963/17.

TBC) y por grupos vulnerables (ancianos, mujeres, niños, GLBTTTi, encierro).

Dentro de esta amplitud, analizaremos el derecho a la salud, en cuanto a política pública del Estado provincial frente a las personas que se encuentran privadas de su libertad en cárceles, alcaldías y comisarias -48.996 personas en la Provincia de Buenos Aires¹³⁷-, y cómo el derecho a la salud, es también el no acceso a la Justicia. Ya que la particularidad aquí, es que dicho derecho se encuentra mediado y puesto en juego por las instituciones que pertenecen al sistema penal (tanto judicial como administrativo) y en donde la intervención del Ministerio de Salud es casi inexistente.

A lo largo de los años, se han desarrollado expedientes judiciales de carácter colectivo¹³⁸ (principalmente *habeas corpus*) que han abordado la problemática de la salud en las cárceles, presentados por organismos estatales y también de la sociedad civil, que vistos a la luz del paso del tiempo, no han dado resultados sobre el fondo del problema, que garantice el acceso a la adecuada atención de la salud de las personas privadas de libertad. Se observará cómo, además, para tratar y resolver sobre esta cuestión, en pocas ocasiones se le ha dado intervención al Ministerio de Salud¹³⁹.

137 <https://www.comisionporlamemoria.org/datosabiertos/>.

138 Ver Informes Anuales “El Sistema de la Crueldad”, Comisión Provincial por la Memoria.

139 Órgano responsable de pensar y ejecutar la política de salud para todas las personas que se encuentren en la Provincia.

En el marco del contexto de pandemia mundial, la situación de la salud en las cárceles, tomó mayor importancia -momentáneamente- debido a que las falencias preexistentes al fenómeno, ponían doblemente en jaque el abordaje del virus en dichos contextos. Entre las acciones que se llevaron a cabo se encuentra la inauguración de hospitales modulares para abordar la salud en los complejos penales. La construcción de los mismos se dispuso en espacios fuera de los muros de las unidades penales, para ser utilizados por todas las cárceles que componen cada uno de los complejos penales. Ello implica que los agentes a cargo de la seguridad (SPB) deben realizar una logística que implica depender de personal exclusivamente para trasladar/acompañar a la persona detenida hasta las instalaciones. De hecho, para operativizar estos espacios no se contempló la contratación de personal penitenciario para cumplir esta tarea ni profesionales de salud específicamente para estos espacios, al momento de ponerse en funcionamiento.

Las cárceles cuentan con menos personal del necesario en relación a la cantidad de personas detenidas que alojan. Frente a esto se priorizan las tareas -en este caso traslados- de acuerdo a criterios de seguridad; en este marco, en muchas ocasiones, disponer de personal para acompañar a una persona fuera de los muros de la unidad no es una prioridad y por ende, no se lleva a cabo.

En el caso de los equipos de salud, la atención hasta la aparición de estos nuevos espacios, se desarrollaba en el Sector de Sanidad que posee cada unidad penal y se encuentra ubicado dentro de la misma. Ello generaba mejores posibilidades de que las personas pudieran salir del pabellón y llegaran a Sanidad. Por otro lado, la creación de estos hospitales modulares no implicó en todos los casos la contratación de personal, sino que se ordenó

que los profesionales de Sanidad comenzaran a atender en estos lugares abandonando las históricas sanidades.

Por otro lado, las características de infraestructura de los hospitales modulares no se adecuan específicamente a las necesidades de los complejos penales. Por ejemplo, el correspondiente a las UP 33 y UP 8, no cuenta con elementos como heladera (necesaria para refrigeración de determinadas medicaciones), todas las puertas -incluyendo habitaciones de los profesionales, consultorios y baños- poseen cierre automático del lado de afuera y sin que puedan ser manipulados por los propios profesionales. Agregando mayor complejidad, no cuenta con instalaciones adaptadas específicamente de atención para mujeres y niños -población beneficiaria- y posee una sala de Rayos X que no cuenta con el aislamiento correspondiente para su utilización sin riesgo para la salud de las personas ¹⁴⁰.

IV. Importancia de una política pública en salud con anclaje territorial

La dificultad principal y que genera el arrastre del problema, es la falta de diseño de una política pública en salud orientada a garantizar el derecho a la salud de las personas detenidas, que parta del análisis de la realidad y no desde atrás de un escritorio. La necesidad de nutrir la teoría y los conocimientos académicos con la realidad del territorio al cual se dirige resulta aquí evidente y

140 Informes presentados por la CPM, Juzgado de ejecución N°2 de La Plata, causa actuaciones jurisdiccionales sobre condiciones de detención unidades penales del Dpto. Judicial La Plata.

fundamental. Veremos cómo a lo largo del tiempo, se ha hecho todo lo contrario, dando como resultado intentos frustrados de garantizar la intervención del Estado en su carácter de garante del derecho humano a la salud de todas las personas que se encuentran habitando, en este caso, la Provincia de Buenos Aires. Hablaremos aquí de las consecuencias que atañe generar, de esta manera, políticas públicas en salud para el contexto de encierro.

Los problemas de la salud en las cárceles no son nuevos, sino más bien históricos. Esto puede observarse en los distintos informes anuales de la Comisión Provincial por la Memoria, en donde se describen las condiciones de detención, y entre otros temas las problemáticas de la salud en el encierro ¹⁴¹. Se observa que año tras año, las problemáticas se reiteran, al mismo tiempo que se describe también la acción del Estado frente a éstos.

Describiremos a continuación las más reiteradas problemáticas del derecho a la salud en el encierro.

- Falta de acceso al sistema de salud: como se explicó anteriormente, los sectores de sanidad son los espacios que se encuentran ediliciamente dentro de la misma unidad penal, sin embargo, las personas para llegar hasta allí deben ser llevados por agentes del SPB, ya que las personas detenidas no circulan “solas” en estas instituciones, sino con “custodia”. Si bien las sanidades continúan funcionando en muchas unidades, hoy funcionan también los Hospitales Modulares, creados sobre la idea de cubrir las falencias relacionadas con la atención en salud, pero que no ha logrado hasta ahora solucionar el primer paso de la atención: el acceso al sistema de salud.

141 Informes anuales Comisión Provincial por la Memoria.

Esta realidad se repite, sumando la dificultad de trasladar a un detenido fuera de los muros de la unidad.

La falta de acceso se completa con la mediación penitenciaria: los agentes penitenciarios a cargo de los pabellones son quienes reciben la demanda de las personas detenidas solicitando atención médica. Frente a ello, estos agentes son quienes deciden si la persona debe o no ser trasladada al sector de sanidad. Sin embargo, estos agentes no están formados con criterios sanitarios para tomar dicha decisión, más bien es ésa la función del personal de salud: identificar situaciones de salud-enfermedad.

La falta de acceso se completa con la carencia de infraestructura adecuada, falta de recursos humanos y materiales, relativos a insumos, medicamentos, aparatología.

- En la organización penitenciaria, los pabellones tienen distintos regímenes de vida, que principalmente se diferencian por la cantidad de horas que los internos pasan encerrados en la celda y fuera de ella. Sobre esta realidad se estructura el acceso a los demás derechos: educación, trabajo, recreación, visitas, etc. En particular haremos una mención específica a los pabellones denominados SAC (Separación del Área de Convivencia), ya que en particular, éstos son sector de aislamiento prolongado.

En función de que las personas allí alojadas pueden estar expuestas a situaciones de mayor vulnerabilidad, se dictó la Resolución N°3090/05 y Anexo I: Reglamento del Pabellón de Separación del Área de Convivencia, dictada por la Jefatura del Servicio Penitenciario Bonaerense, por medio de la cual se impone que los profesionales médicos de sanidad concurren de forma diaria a estos sectores. De los informes anuales de la CPM se extrae que las

personas alojadas en SAC denuncian que los profesionales no concurren y que los agentes no los llevan hasta el sector de sanidad.

- La visión de la salud reflejada en las prácticas profesionales, se alejan del paradigma actual y contemplado en la legislación: no se aplica el Protocolo de Estambul, ni las normativas relativas a la asistencia en salud en contextos de encierro ¹⁴², como tampoco la ley de derechos del paciente: las personas detenidas refieren desconocer su diagnóstico, habitualmente no son informadas de forma clara, precisa y adecuada a la capacidad de entendimiento sobre su estado de salud, tratamientos, estudios, pronósticos, efectos secundarios, entre otros establecidos; bajo esos parámetros el consentimiento informado es nulo. Personas entrevistadas bajo tratamiento médico, al consultarles por el mismo manifiestan consumir alguna “pastilla”, desconociendo de qué droga de trata.

Las historias clínicas no se completan adecuadamente, son registros incompletos que no respetan las pautas establecidas en la ley y las entrevistas médicas en muchos casos carecen de confidencialidad e intimidad, en muchas ocasiones se llevan a cabo con la presencia de personal penitenciario.

Por otro lado, se descrea de la palabra del detenido, lo que genera una atención en salud basada en preconceptos.

142 Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

- Otro de los grandes problemas es la articulación con los hospitales extramuros. En este punto, se refuerza la idea de un sistema de salud, cuyo concepto es de unicidad, pero que en la práctica funciona fragmentado, hasta dividirse en dos. Los profesionales que trabajan en Sanidad relatan las dificultades, trabas burocráticas y negativas que reciben como respuesta de los hospitales extramuros al momento de derivar una persona para su atención, como para solicitar turnos de consultas, operaciones o estudios. Llegando a requerir incluso la intervención judicial para que la asistencia en salud se lleve a cabo. Sobre esto cabe destacar que el sistema de salud en la Provincia de Buenos Aires es un sistema que organiza la atención en función de la clasificación de los efectores de salud (hospitales, unidades sanitarias, entre otros) en tres niveles de atención y complejidad: primer nivel de atención con menor complejidad, segundo nivel con complejidad media y tercer nivel de atención con alta complejidad.

De acuerdo a esta idea, las personas deben ingresar al sistema de salud por el primer nivel de atención, accediendo a los demás principalmente por derivación del propio sistema. Las personas detenidas no deberían estar “afuera” o apartadas del funcionamiento del sistema establecido. Sin embargo, la negativa de atención o la mala (o reducida) asistencia en los hospitales extramuros que reciben las personas detenidas, muestra lo contrario.

Por otro lado, el abordaje en salud, de acuerdo a las concepciones internacionales y nacionales debe ser biológico, psicológico y social. Ello implica un conjunto de medidas articuladas entre sí para su abordaje. Lo poco que se aborda en salud en el encierro está íntimamente ligado con “el riesgo inminente de vida”, o sea: aquellas cuestiones biológicas que de no atender causan la muerte de

la persona, desplegando a posteriori una cadena de responsabilidades. En cuanto a la salud mental, el abordaje psicológico es limitado. La principal función es la confección de informes a solicitud de los juzgados requeridos para decidir el otorgamiento de determinados institutos penales, que las personas detenidas llaman “beneficios”. En cuanto al abordaje social de la salud, es prácticamente inexistente, toda vez que las variables educación y trabajo, como así desvinculación familiar y afectiva y con el mundo exterior, son poco abordadas o llegan a un porcentaje tan bajo de personas en contexto de encierro que no pueden entenderse como el funcionamiento de una política pública.

V. Conclusión

A nuestro juicio, la cárcel constituye un espacio que tiene por fin, no la resocialización del reo, sino por el contrario, su estigma, donde la sociedad esconde los frutos perdidos. La penalidad no se limita a la libertad de circulación, sino al ejercicio de derechos humanos básicos que hacen a la dignidad de las personas.

El sistema de salud, reproduce esta idea. Por lo que se considera personas a quienes están en libertad como primera regla; a su vez, el sistema carcelario desarrolla su propia política de salud basada en criterios securitistas que resulta ser deficitaria o inexistente al ser observada bajo la perspectiva de los criterios en salud.

No debemos perder de vista que la Res. 01/08 de la CIDH establece que toda persona privada de su libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratado humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías

fundamentales; asimismo el artículo 8 de nuestra Carta Magna establece que las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice, pero en la práctica se configuran como lugares de exclusión, de pura deshumanización.

Estas líneas preliminares de investigación, pretenden generar un ámbito de debate reflexivo sobre la realidad existente; si hemos logrado eso, nuestra misión se ha cumplido.

VI. Bibliografía

- 1.) Constitución Nacional de la República Argentina.
- 2.) Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- 3.) Informes Anuales: El Sistema de la Crueldad, Comisión Provincial por la Memoria. N° I a XV.
- 4.) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- 5.) Observación General N° 14 Comité DESC.
- 6.) Ley de Derechos del Paciente, Ley 26.529.
- 7.) Fallo “Verbitsky”.
- 8.) <https://www.comisionporlamemoria.org/datosabiertos/>.



9.) “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

10.) Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y Documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas Crueles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.

11.) Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016). ONU.

12.) Resolución 1963/17, Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

13.) Resolución N°3090/05 y Anexo I: Reglamento del Pabellón de Separación del Área de Convivencia, dictada por la Jefatura del Servicio Penitenciario Bonaerense.

14.) Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

15.) Jurisprudencia de la CIDH cuadernillos 9 y 10: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo9.pdf> y <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo10.pdf>.

**Trabajos de
Doctrina
elaborados
por
Profesores**



Violencia contra la mujer y legítima defensa

Por Santiago M. IRISARRI

Introducción al tema

“Cansada de los golpes, malos tratos y abusos constantes, una noche tomó un cuchillo y, aprovechando el sueño de su agresor, puso fin al calvario”

El relato antedicho ha sido inventado por quien escribe, pero con la fiel convicción de que refleja muchos casos que han tenido, tienen y tendrán lugar en la realidad. No hablamos de mujeres -víctimas de violencia de género- que se defienden durante el ataque, sino de mujeres que -sin escapatoria- deciden acometer contra su agresor aprovechando su estado de indefensión.

La cuestión, que en principio no parecería reflejar complejidad, en tanto los casos deberían resolverse conforme las enseñanzas que hacen a la teoría del delito y más concretamente a las causales de justificación, en el fondo evidencia un problema de difícil solución que requerirá un enfoque de análisis especializado o, como suele decirse, un estudio del caso con *perspectiva de género*.

Desarrollo

El contexto de violencia de género, entendido como el “proceso de vulneración psicológica o física que sufre la mujer durante un período de tiempo prolongado”¹⁴³, otor-

143 IRISARRI, Santiago “*Violencia contra la mujer*”, ASTREA, 2018.

ga características propias a estos casos que, por tal motivo, no pueden ser resueltos de una forma “ortodoxa”.

Lo primero que debemos entender para comprender debidamente el problema es que no estamos ante casos donde la mujer haya sido agredida en una única oportunidad ni tampoco ante casos en que la mujer haya reaccionado en el momento mismo de la agresión; estamos ante casos donde las agresiones (físicas, psíquicas, etc.) se materializan a lo largo del tiempo y que, como la doctrina modernamente ha calificado, ameritan un estudio propio y particularizado conforme la denominada “perspectiva de género”.

Los casos que seguidamente estudiaremos no son habituales, en tanto las mujeres víctimas de violencia de género no suelen reaccionar, sino todo lo contrario: suelen retraerse y asumir que no existe escapatoria, que nada se puede hacer, que no queda más que soportar (incluso, la psicología ha desarrollado el concepto de “la mujer maltratada”, el cual evidencia la existencia de una víctima que -resignada ante tal sombrío panorama- comienza a naturalizar lo ocurrido, volviéndose cada vez más sumisa).

La problemática aparece cuando la “reacción” de la mujer no se produce en el momento del ataque, sino en momentos posteriores, cuando el ataque ya ha cesado (por ejemplo, cuando la mujer víctima, cansada de los abusos, de los malos tratos, de la violencia ejercida de forma cotidiana, reacciona dando muerte a su victimario mientras éste se encuentra dormido o desatento).

Para analizar debidamente la cuestión y, más concretamente, para otorgar una conclusión jurídica a estos casos complejos, debemos previamente realizar algunas consideraciones con relación a la legítima defensa.

La legítima defensa es una causal de justificación que se encuentra legislada en el art. 34 inc. 6 del Código Penal, el cual refiere que no es punible “el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”¹⁴⁴.

Como causal de justificación, la legítima defensa elimina la antijuridicidad del comportamiento, denotando que pese a la subsunción de la acción bajo una figura típica, no estamos ante una conducta contraria al Derecho¹⁴⁵.

144 El Anteproyecto de Reforma del Código Penal (“Proyecto Zaffaroni”) establecía en su art. 5 inc. d tercer párrafo que “*Igual presunción (se refiere a la presunción de que concurren las circunstancias habilitantes de la legítima defensa) corresponde cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia*”.

145 WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 12va edición -3ra edición castellana-, traducción del alemán por los profesores BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 116: “Si el autor ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa. La tipicidad, y la consiguiente antinormatividad, es un indicio de la antijuridicidad. Pero, tal como lo señalamos, no se trata de dos cosas idénticas. La antinormatividad es la contradicción entre la realización típica y la norma prohibitiva individual (abstracta). La antijuridicidad es, en cambio, la violación del orden jurídico en su conjunto, mediante la realización del tipo. A las normas prohibitivas se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en

Su fundamento (es decir, el fundamento por el cual estos comportamientos típicos son validados por el Derecho) puede ser determinado a partir de dos puntos de vista: “para unos, su fundamento es más bien social o colectivo, en cuyo caso la legítima defensa defendería primordialmente al derecho objetivo, en tanto que para otros su fundamento es individual, en cuyo caso la defensa primordial sería la de los derechos subjetivos injustamente agredidos. Para unos implica la defensa del derecho mismo, del orden jurídico en sí mismo, en tanto que para los otros es mera defensa de bienes jurídicos y no del derecho en el sentido de orden objetivo”¹⁴⁶. Esta doble perspectiva no es una cuestión menor, sino todo lo contrario, en tanto “al cargar el acento sobre la defensa del orden jurídico entendido como derecho en sentido objetivo, el ámbito de la legítima defensa se irá restringiendo, exigiendo cada vez más la equivalencia del mal que se causa con el que se evita, lo que acercará la defensa al estado de necesidad justificante, pasando por alto la relevancia jurídica de la antijuridicidad de la agresión”, en cambio “la vertiente individualista, por su parte, tiene origen abiertamente contractualista, partiendo de que cuando el derecho no puede acudir en defensa de los derechos naturales del

deber jurídico concreto, y que permiten, por eso, la realización típica. Tales disposiciones permisivas se denominan causas de justificación. A ellas pertenecen, entre otras, la legítima defensa, la autoayuda, el consentimiento del ofendido, etc. Cuando entran a operar, la realización típica no es antijurídica. Por lo tanto, las causales de justificación no excluyen la tipicidad de una conducta, sino exclusivamente su antijuridicidad”.

146 ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 586.

individuo, cesa el deber de obediencia que éste tiene para con el Estado, porque no pudiendo el Estado tutelar al individuo, tampoco puede exigirle obediencia. Siendo ello así, para nada importará la magnitud del daño que se infiera en la defensa, que sólo estará limitada por la necesidad que no conoce la ley”¹⁴⁷.

Más allá de esto último, la doctrina ha superado este debate “limitándose a fundar la legítima defensa en el principio de que el Derecho no tiene por qué soportar lo injusto, partiendo del reconocimiento del carácter subsidiario de la legítima defensa, es decir, de que la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a los órganos o medios establecidos jurídicamente. Este fundamento supera el debate, porque quien no tiene el deber de soportar lo injusto es porque tiene el deber de rechazarlo o hacerlo cesar, de modo que no sólo no sería incompatible con la naturaleza de ejercicio de derecho de la legítima defensa, sino que confirmaría ese carácter”¹⁴⁸.

Pero tal derecho a no tener que soportar lo injusto no puede ser entendido de forma absoluta o irrestricta, sino todo lo contrario. El límite debe encontrarse en la racionalidad, excluyéndose de la legítima defensa aquellos casos de lesiones aberrantemente desproporcionadas¹⁴⁹.

Lo que se repele es una “agresión ilegítima”, entendida no como una violación delictiva de un derecho, sino como

147 ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. III, cit., p. 587.

148 ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, segunda edición, Buenos Aires, 2014, p. 476.

149 ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, ob. cit., p. 477.

cualquier comportamiento (acción u omisión) que ponga en peligro bienes jurídicos sin derecho a hacerlo. Si bien el legislador argentino no se refiere a una agresión “actual” o “inminente” (en contraposición a la clásica normativa penal alemana) consideramos que no estamos ante un óbice para entender que la agresión se encuentra condicionada a tales exigencia (así lo ha decidido la doctrina de forma pacífica ¹⁵⁰; volveremos sobre esta cuestión).

Con relación a la reacción o defensa -propriadamente dicha- desplegada por quien sufre el ataque ilegítimo, el Código requiere “necesidad racional del medio empleado” (denotando que la defensa es la forma que tiene la víctima para *evitar* la agresión). Esta “necesidad racional

150 En contra, se han expresado recientemente FELLINI y MORALES DEGANUT al sostener que “El código prevé, en primer término, que la acción de quien alega defensa debe haber estado precedida por una agresión ilegítima. Asimismo, la doctrina mayoritaria ha sido unánime al considerar que esa agresión debe ser actual o inminente. Esto tiene razón de ser porque la ‘actualidad’ es requisito del tipo en el Código Penal alemán de la legítima defensa como del estado de necesidad, por eso la mayoría de los autores se ocupan de ello...el requisito de actualidad, que no exige nuestro Código Penal, no justifica los argumentos de la doctrina para determinar que si no lo hay en el hecho concreto la conducta no debe ser justificada. Esto no es un obstáculo insalvable en nuestro derecho interno...quienes afirman que la agresión debe ser actual como requisito del tipo penal están en un error, ya que el art. 34 de nuestro ordenamiento jurídico en ningún momento lo exige, como sí ocurre en otras legislaciones” (*Violencia contra la mujer*, Hammurabi, Buenos Aires, 2018, p. 239). Por nuestra parte, no compartimos el criterio antedicho, en tanto no hace más que legitimar la “ley de la selva”, la “venganza privada” o la “justicia por mano propia”.

del medio empleado” se analiza en base a la naturaleza y gravedad de la agresión, no sólo evaluando o comparando los instrumentos utilizados por el victimario, sino también las condiciones personales del agresor y del agredido ¹⁵¹. Vale aclarar que tal análisis debe ser realizado *ex ante* o, en otras palabras, al momento de la agresión y poniéndose en el lugar de la persona agredida, en tanto si evaluamos la defensa *ex post* muy posiblemente desacreditemos el comportamiento de la víctima, pues casi siempre podremos encontrar una actuación menos lesiva para realizar (por ello, es sustancial retrotraernos al momento del hecho, conforme las particularidades del caso en concreto y estudiando detenidamente las capacidades de la persona agredida). Para que exista necesidad racional del medio empleado se debe optar, entre todos los medios posibles, por aquel menos lesivo, pero efectivo para repeler la agresión y concretar la defensa. Esto quiere decir que si la única forma existente para repeler el ataque es causando la muerte del agresor, entonces tal deberá ser el medio autorizado para emplear (vale aclarar, como ya se insinuó, que en la legítima defensa no existe proporcionalidad de bienes, salvo en aquellos casos en que la desproporción sea demasiado evidente; se suele ejemplificar con el comportamiento de aquel hombre que para evitar que lo mojen en un carnaval ataca con un arma a las restantes personas o el caso del anciano en sillas de ruedas que, para evitar que un niño tome una manzana de su árbol, decide dispararle) ¹⁵².

151 SOLER, Sebastian *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, T. 1, p. 350.

152 ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de derecho penal. Parte general*, T. III, cit., p. 591: “Contra esta limitación al derecho

Es importante mencionar que la legítima defensa tiene *siempre* carácter subsidiario, el cual se deriva de la necesidad ante la imposibilidad de que las autoridades estatales acudan en defensa de la persona agredida ¹⁵³. El escape no es una solución válida para la víctima; lógicamente puede hacerlo si así quiere, pero éste no es un deber impuesto por el ordenamiento jurídico ni un óbice para validar la defensa. Quien quiere escapar puede escapar y quien quiere defenderse puede defenderse ¹⁵⁴.

de defensa se suele alzar el argumento individualista extremo que objeta que, de esta manera, el derecho consagra el deber de soportar la injusticia. El argumento es más efectista que real, puesto que debe quedar bien en claro que la regla general es la inversa y que sólo se trata de casos de excepción. Por otra parte, son supuestos extremos que deben reconocerse en cualquier ámbito del derecho y no únicamente en el derecho penal. Así, este principio limitativo debe ser reconocido también en el derecho internacional, pues de lo contrario sus conclusiones serían catastróficas. En este campo, con toda razón observó Pio XII en 1954 que "no basta tener que defenderse contra cualquier injusticia para utilizar el medio violento de la guerra. Cuando los daños que entraña no son comparables a la injusticia tolerada, puede haber obligación de sufrir injusticia".

153 ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado...*, cit., p. 589.

154 "Tampoco obsta a la necesidad de la defensa concreta el que el agredido pudiera escapar corriendo y sustraerse así a la agresión, pues el §32 permite la defensa necesaria para repeler la agresión y escapar corriendo no es repeler la agresión. Por consiguiente, quien podría huir estará pese a ello amparado por legítima defensa si hace frente a la agresión y lesiona al agresor obligado por la necesidad. Si hubiera que huir ante las agresiones, los camorristas y matones tendrían en sus manos el poder expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios

Debe notarse que, tratándose de agresiones contra la mujer, todas estas cuestiones deben ser analizadas detenidamente: en la actualidad, y debido a los reiterados casos de violencia de género, el Estado ha desarrollado campañas tendientes a incrementar el sistema protectorio, posibilitando la realización de denuncias telefónicas o denuncias ante juzgados especializados del fuero de familia que rápidamente logran poner en marcha medidas cautelares -exclusión del hogar y prohibición de acercamiento para el agresor-; a su vez, en el ámbito penal, es común encontrarse con fiscalías especializadas para estos casos.

Aclarando que estamos ante una *casuística* inimaginable (los casos de violencia de género contra la mujer son de los más variados y se presentan en las más diversas formas), podemos a grandes rasgos clasificarlos en: aquellos casos en que la mujer reacciona en el momento de la agresión y aquellos casos en que la mujer reacciona en momentos en que la agresión no se está llevando a cabo.

Como ya dijimos, los primeros casos no conllevan demasiada complejidad y consideramos que pueden ser fácilmente resueltos con los parámetros generales de la legítima defensa; en cambio, el estudio pormenorizado debe darse en el segundo grupos de casos donde, a primera vista, parecería ser que no se dan los elementos requeridos por el Código Penal para autorizar la defensa.

donde quisieran imponer su dominio; y eso sería incompatible con el principio del preavalecimiento del Derecho y del orden legal pacífico” (ROXIN, Claus, *Derecho penal parte general. T. 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Editorial Civitas, 1997, p. 633.

Entonces ¿es posible sostener que ha habido legítima defensa si la reacción se ha producido mientras el agresor se encuentra dormido?

Pues bien, primeramente vale aclarar qué entendemos por “agresor”, en tanto si el agente se encontraba durmiendo difícilmente pueda estar agrediendo a alguien y, en consecuencia, difícilmente pueda ser considerado “agresor”; pese a ello, como seguidamente explicaremos, sostenemos que existe una agresión y que estamos ante un agresor.

Los casos de violencia de género contra la mujer no se materializan mediante un único y aislado comportamiento; no estamos hablando de un solo suceso de violencia, sino de un *proceso* que se desarrolla a lo largo del tiempo mediante reiterados y sucesivos ataques. El “Síndrome de la Mujer Maltratada” refleja que estamos ante un ciclo de violencia que puede ser subdividido en tres etapas: primero la acumulación de tensión, luego el episodio explosivo de violencia y, finalmente, la luna de miel o etapa de perdón y arrepentimiento. La violencia aparece y desaparece, repitiéndose una y otra vez a lo largo del tiempo

155

Por ello, esta particularidad “es de vital trascendencia en la explicación de la situación de peligro permanente, de gran importancia en el análisis de la legítima defensa en casos de mujeres maltratadas, especialmente en la legitimación del denominado peligro permanente, derivado precisamente de la naturaleza cíclica de esta violencia, y

155 ROA AVELLA, Marcela, “Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante”, en *Nova et Vetera*, 21(65), 2012.

la conclusión de que estos episodios de estallidos de violencia frecuentemente vuelven”¹⁵⁶. Sin perjuicio de que no todos los casos presentan estas notas características, ante circunstancias excepcionales podremos alegar que la mujer se encuentra en una constante y permanente situación de peligro, pues si bien no se sabe cuándo se producirá la nueva agresión, sí se sabe que se producirá.

Al respecto, explica SOLER que “la agresión ilegítima puede o no consistir en un acto súbito e instantáneo, y crear, en cambio, un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste mientras subsiste el peligro”. Tal fórmula sería aplicable a los casos estudiados donde concretamente no se advierte un ataque (actual o inmediato), sino una situación de peligro constante. Por tal motivo ROA AVELLA sostiene que “en el escenario de la violencia a manos de la pareja, es común que la violencia psicológica, el amedrentamiento, las amenazas y las coacciones sean una constante en la relación, todo ello como antesala de los episodios denominados estallidos de violencia de acuerdo con el planteamiento del Ciclo de la Violencia. Debe entenderse que en ciertos eventos la mujer sometida a maltrato constante sufre una circunstancia de peligro permanente que a nuestro juicio es equiparable a la inminencia exigida por las causales”¹⁵⁷.

El CEVI (Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belem do Pará) refiere que el requisito de inminencia debe ser considerado desde una *perspectiva de género*, ya que lo opuesto conllevaría la

156 ROA AVELLA, Marcela, ob. y loc. cit.

157 ROA AVELLA, Marcela, ob. y loc. cit.

negación para las mujeres de librarse de este tipo de enfrentamientos”, advirtiendo que “la violencia de género en las uniones de hecho o de derecho no debe concebirse como hechos aislados, sino que se debe comprender su intrínseco carácter continuo, pues permanentemente se merman derechos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica”. A partir de ello, el Comité establece que la inminencia de la agresión se caracteriza por dos elementos: “en primer lugar existe continuidad de la violencia ya que la conducta del agresor en situación de convivencia puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia; consecuentemente, la mujer tiene temor, preocupación y tensión constantes lo que causa que continuamente espere una agresión. En segundo lugar existe el carácter cíclico de la violencia, en el cual las mujeres que han sido maltratadas anteriormente, muy posiblemente vuelvan a serlo. El ciclo de violencia funciona como una trampa, que hace que la mujer se quede en la relación, porque el hombre se comporta como cuando la conquistó y asume actitudes de conquista”¹⁵⁸.

Por otro lado, y para entender la reacción de la mujer en momentos en que el ataque no se está llevando a cabo, habrá que tener en cuenta también que ante una agresión física desarrollada por un hombre, la mujer no se encuentra en un estatus de igualdad para desarrollar eficazmente una defensa (en la mayoría de los casos el hombre es más fuerte, más robusto y tiene mayor poder ofensivo que la mujer; denotando una clara “desigualdad

158 Recomendación general del Comité de Expertas del MESECVI, Nro. 1 *Legítima defensa y violencia contra las mujeres*, 2018.

de armas”). No podemos pretender que la mujer aguarde el próximo ataque para recién allí desplegar su defensa. Esta cuestión es lo que nos permitiría, en principio, legitimar el comportamiento de la mujer, en tanto atacar a su agresor mientras éste duerme implicaría en cierto sentido “equiparar las condiciones”. En tal sentido, la racionalidad del medio empleado en la defensa “debe reconocer la realidad de la mujer maltratada, el drama que vive diariamente al lado del tirano de la casa, su desventaja natural física y psicológica para enfrentarse a él y sus minadas capacidades como resultado de la feroz violencia que influye en los medios, momentos y escenarios en los que puede defenderse”¹⁵⁹.

Pero la cuestión no debe quedar aquí, pues el Derecho, bajo ningún punto de vista, puede validar la “justicia por mano propia” o la “venganza privada”. El Derecho debe permitir la defensa, pero sólo en aquellos casos en que no exista otra escapatoria. Una mujer agredida, por más violentos que hayan sido los ataques o por más prolongados a lo largo del tiempo, no se encuentra legitimada a atacar a su victimario en momentos de indefensión; para ello, la mujer debe previamente haber buscado ayuda (sea mediante la realización de la denuncia, asistiendo a oficinas de organismos estatales, acudiendo ante abogados, comunicándose con amigos o familiares, etc.), sin que tal actividad haya logrado cambiar su situación¹⁶⁰. No decimos que la escapatoria sea fácil o sencilla, pues

159 ROA AVELLA, Marcela, ob. y loc. cit..

160 Sobre el “acceso a la Justicia” en casos de violencia de género puede verse KAMADA, Luis Ernesto, *Violencia de género. No sólo un delito sino un contexto*, Editorial El Fuste, San Salvador de Jujuy, 2018.

sabemos que los organismos estatales no funcionan a la perfección, pero no por ello debemos legitimar aquello que no debe ser legitimado.

Sin perjuicio de que cada caso es diferente y que difícilmente se logren establecer consideraciones generales para la resolución de casos en concreto, consideramos que la legítima defensa será tal, aun encontrándose el agresor bajo un estado de indefensión, sólo ante la verificación de los siguientes requisitos: a) la violencia contra la mujer debe desarrollarse durante un período de tiempo prologando (no tratándose de un único y esporádico ataque); y b) la mujer debió haber buscado ayuda, sin haber tenido una satisfactoria respuesta (sea por no querer tomarle la denuncia, por archivar las actuaciones, por no lograr excluir del hogar a su agresor o mantenerlo alejado, etc.). Pese a ello, consideramos que este último requisito podría ser dejado de lado cuando la mujer acredite que la búsqueda de ayuda -por el motivo que sea- no era realmente posible.

Conclusiones

Hablar de legítima defensa en casos de violencia de género contra la mujer, no es hablar sólo de “legítima defensa”. Es hablar de casos cuyo análisis requieren un acabado conocimiento de la realidad y, más concretamente, un acabado conocimiento de los padecimientos de quienes sufren violencia de género. En fin, se requiere un análisis de los casos con *perspectiva de género*. Quien no conoce la realidad de estas mujeres, es no conocer aquello que -a fin de cuentas- permite conocer el caso; quien no conoce esta realidad, no conoce aquello necesario para hacer *justicia*.

Crowdfunding y crowdlending en Argentina. **Aspectos conceptuales y normativos**

Autores: GOCHICOA, Adrian Emir
LETURIA, Mauro Fernando

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Acerca del marco conceptual: *crowdfunding-crowdlending*.- 3. Acerca del marco normativo del *crowdfunding-crowdlending* en Argentina.- 4. Conclusión: Consideraciones sobre algunas características generales del sistema regulado.- 5. Bibliografía

Resumen

El presente trabajo busca indagar en consideraciones conceptuales y normativas respecto al sector referido a las Plataformas de Financiamiento Colectivo (*Crowdfunding-Crowdlending*), el cual es un sector con una regulación propia en el marco de la ley 27.349 (Ley de Apoyo al Capital Emprendedor), y la Comunicación “A” 7406 de fecha 25/11/2021 del BCRA. Se entiende por *crowdfunding* una forma o manera de financiación colectiva mediante el uso de plataformas o páginas web. Respecto a lo que se entiende por *crowdlending*, resulta ser la modalidad de *crowdfunding* o financiamiento colectivo por préstamos donde el gestor de la plataforma de internet se limita a intermediar entre los prestamistas (aportantes) y quienes buscan financiar sus proyectos (Promotores del proyecto).

Abstract

The present work seeks to investigate conceptual and normative considerations regarding the sector referred to the Collective Financing Platforms (Crowdfunding - Crowdlending), which is a sector with its own regulation within the framework of Law 27.349 (Law of Support to Capital Entrepreneur), and Communication “A” 7406 dated 11/25/2021 from the BCRA. Crowdfunding is understood as a form or manner of collective financing through the use of platforms or web pages. Regarding what is meant by Crowdlending, it turns out to be the modality of crowdfunding or collective financing by loans where the manager of the internet platform is limited to intermediating between the lenders (contributors) and those who seek to finance their projects (Project Promoters).

Palabras claves: **Financiamiento colectivo. Plataformas de Internet. Crowdfunding. Crowdlending.**

1. Introducción

Los cambios tecnológicos como así también la aparición de nuevas tecnologías conllevan la modificación y/o adaptación de la manera de producir, intercambiar y consumir bienes y servicios, con prescindencia del sistema político y/o económico donde se produzcan. El Derecho en cuanto sistema de normas estatales que regula lo “social” no escapa a esos cambios, implicando también la modificación y/o adaptación de las estructuras jurídicas que regulan las diferentes relaciones sociales en las que se aplican. Así la aparición y masificación de las computa-

doras personales, como del “internet”, implicaron e implican la aparición de nuevas estructuras o figuras jurídicas en ciertas ramas del Derecho y la omisión consciente o no de su regulación en otros campos jurídicos.

Nos encontramos en un momento histórico (acelerado por la última pandemia de Covid-19) donde muchos aspectos de nuestra vida, y no solamente aquellos referidos a lo productivo, suceden o se suceden a través de internet (CASTEL, Robert:2010; Manuel CASTELLS:2000). Desde vínculos personales, cuestiones de salud, educación, hasta parte de nuestro sistema de producción, distribución y consumo de bienes y servicios en general. En este contexto y vinculado al último aspecto señalado, una gran variedad de productos y servicios son comercializados, distribuidos y consumidos directa o indirectamente a través de Internet.

La actividad financiera en cuanto actividad económica, no escapa a esta nueva realidad: Por un lado, las empresas se financian para la producción de bienes y servicios tomando préstamos con bancos y entidades financieras (mercado financiero) o, entre otras alternativas, emitiendo obligaciones negociables, acciones, en general títulos de valores que otorgan a su titular la participación en los activos titularizados (mercado de valores o bursátil). Los consumidores, por otro lado, también lo pueden realizar en el mercado financiero mediante la toma de un crédito como a través del financiamiento directo por parte de las empresas (proveedores) de las cuales adquieren los productos y servicios. Estas operaciones, tanto para las empresas como para los consumidores pueden ser en la actualidad realizadas a través de internet, y son englobadas “a priori” dentro de los modelos de “comercio electrónico”, específicamente en los modelos de comercio entre empresas (*business to business* B2B), entre empresas y consumi-

dores (*business to consumers* B2C) y entre consumidores (*consumers to consumers* C2C), conforme se verá.

Dentro del gran marco que abarca el “comercio electrónico” podemos ubicar, con fines académicos, a las denominadas *fintech* o finanzas tecnológicas. Son conceptualizadas como los servicios financieros mediante el uso de tecnologías modernas, los cuales abarcan los sectores de Préstamos, Pagos digitales, *Blockchain* y Criptoactivos, seguros digitales, Inversiones, Servicios B2B o entre empresas, el Financiamiento colectivo, la Seguridad informática, entre otros sectores conforme a su actual expansión (MORA y PALAZZI:2019).

El presente trabajo busca indagar en consideraciones conceptuales y normativas respecto al sector referido a las Plataformas de Financiamiento Colectivo (*crowdfunding-crowdlending*), el cual es un sector con una regulación propia en el marco de la ley 27.349 (Ley de Apoyo al Capital Emprendedor), y la Comunicación “A” 7406 de fecha 25/11/2021 del BCRA.

2. Acerca del marco conceptual: *crowdfunding-crowdlending*

Se entiende por *crowdfunding* una forma o manera de financiación colectiva mediante el uso de plataformas o páginas web. Se señala que “...las definiciones de la financiación colectiva (en el plano descriptivo), suelen converger en la referencia al uso de internet para obtener dinero en montos pequeños de gran número de personas, para un proyecto determinando...” (PAOLANTONIO:2013), indicándose que las diferentes variantes o modelos se vinculan con el mercado de capitales y en su faz jurídica con las ofertas públicas de valores negociables. Se lo ha conceptualizado como “...un sistema de cooperación co-

lectiva, llevado a cabo por muchas personas por medio de una red, generalmente por internet, para brindar dinero u otros recursos para financiar esfuerzos e iniciativas de emprendedores o de organizaciones que los requieren...” (FAVIER DUBOIS y SPAGNOLO:2017), y descripto “...como un amplio y variado fenómeno consistente en la creación de un entorno (electrónico) para la agrupación de un colectivo, la aportación de ideas, recursos y fondos y la interacción en red dirigidas a apoyar conjuntamente proyectos, esfuerzos e iniciativas de individuos, organizaciones o empresas...” (RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL:2013).

Se indica que pueden distinguirse diferentes variantes o modelos de *crowdfunding*. Por donaciones; por recompensa; por compra anticipada; por préstamo; y por participaciones de capital, siendo estos dos últimos casos los que se desarrollan en el ámbito del mercado de capitales (FAVIER DUBOIS y SPAGNOLO:2017, PAOLANTONIO:2013 y 2014, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL:2013).

Otros autores distinguen entre *crowdfundings* no financieros (abarca el sistema de donaciones y recompensas) y los financieros (abarca la emisión de deuda o préstamo, participaciones de capital y de acciones), señalándose que dentro de los financieros, la captación de recursos como inversión se canaliza mediante contratos por los cuales se transfieren los fondos ya sea a cambio de una participación en el capital (emitiendo acciones) o cambio de un bono o valor negociable (emitiendo deuda el fondo administrado (LANÚS OCAMPO:2017).

Antes de profundizar respecto a las modalidades que puede en el plano teórico adoptar el *crowdfunding*, debe señalarse que presenta como características principales la finalidad de lograr un financiamiento colectivo para realizar un proyecto y el uso de la tecnología (plataformas de internet) para lograr ese fin. En esa estructura

mínima descriptiva pueden distinguirse el promotor del proyecto a financiar, el gestor de la plataforma como intermediario y los aportantes como usuarios de dicha plataforma (RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL:2013).

Como se indicó se pueden distinguir diferentes variantes o modelos de *crowdfunding*:

a) Por donaciones, en el cual se recauda con fines benéficos o sociales sin ánimo de lucro.

b) Por recompensa, en el cual se busca financiar un proyecto pero quien aporta obtiene un rédito. En este caso lo que motiva el aporte es la percepción de una recompensa la cual puede o no ser económica, ya que podría ser un servicio adicional. La recompensa económica podría ser desde un financiamiento del precio de un producto o servicio (en este caso estamos frente al modelos por compra anticipada) hasta una contraprestación propiamente dicha.

c) Por préstamo, donde las operaciones de préstamo se realizan entre los aportantes y los promotores de un proyecto actuando el gestor de la plataforma como intermediario de estas operaciones. El incentivo para aportar y constituirse en prestamista, es el pago de intereses sobre el dinero prestado.

d) Por participaciones de capital; en este caso existe una Sociedad que resulta ser promotora la cual emite títulos o acciones para financiar un proyecto, permitiendo a los aportantes participar del capital de la Sociedad. El aportante se convierte en accionista del promotor del proyecto, mediante la intermediación del gestor de la plataforma.

Respecto a lo que se entiende por *crowdlending*, resulta ser la modalidad de *crowdfunding* o financiamiento colectivo por préstamos donde el gestor de la plataforma de internet se limita a intermediar entre los prestamis-

tas (aportantes) y quienes buscan financiar sus proyectos (promotores del proyecto). Se señala (RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL:2013) que en esta modalidad el intermediario (el gestor de la plataforma) puede participar recaudando los fondos y garantizando los reembolsos o bien limitarse solamente a poner en contacto directo a los prestamistas con los promotores de cada proyecto.

3. Acerca del marco normativo del *crowdfunding-crowdlending* en Argentina

En la actualidad ciertas modalidades del *crowdfunding* se encuentran reguladas en nuestro Derecho. Por un lado la sanción de la Ley 27.349 referida al apoyo al capital emprendedor estableció una regulación específica para los sistemas de financiamiento colectivos en su título II. Por otro lado mediante la Comunicación “A” 7406 de fecha 25/11/2021 el BCRA regula el *crowdlending*.

Respecto al *crowdfunding*, la Ley 27.349 en su Art. 22 establece como autoridad de aplicación a la Cámara Nacional de Valores y de aplicación sobre dicho sistema la Ley 26.831, asimismo, es la encargada de reglamentar¹⁶¹ su funcionamiento conforme los Arts. 22 y 25.

Incorpora el artículo 2 de la Ley 26.831 la definición de plataforma de financiamiento colectivo como “...sociedades anónimas autorizadas, reguladas, fiscalizadas y controladas por la CNV y debidamente inscriptas en un registro con el objeto principal de poner en contacto, de manera profesional y exclusivamente mediante portales web u otros medios análogos, a una pluralidad de per-

161 A tal efecto se reglamento por Resolución General 717 de la CNV.

sonas humanas o jurídicas que actúan como inversores con personas humanas o jurídicas que solicitan financiación en calidad de emprendedores de financiamiento colectivo...” y al Proyecto de financiamiento colectivo como aquel “...individualizado presentado por un emprendedor de financiamiento colectivo a través de una plataforma de financiamiento colectivo y que solicita fondos del público inversor con la finalidad de crear o desarrollar un bien o servicio...”.

El Responsable de plataforma de financiamiento colectivo puede ser una persona humana designada por los accionistas de la plataforma de financiamiento colectivo para el cumplimiento de los requerimientos exigidos por la CNV, actuando en representación de la plataforma de financiamiento colectivo.

Por su parte el Emprendedor del financiamiento colectivo puede ser una persona humana o jurídica que presenta un proyecto de financiamiento colectivo con la finalidad de obtener fondos del público inversor para su desarrollo, conforme la reglamentación que a tales fines dicte la CNV.

Conforme al Art. 24 de la Ley 27.349 las participaciones en un proyecto de financiamiento colectivo deberán ser concretadas “on line” a través de una plataforma con la finalidad de destinar fondos a ese proyecto de financiamiento colectivo. La manera de participar es a través de la titularidad de acciones de una sociedad anónima (S.A.) o sociedad por acciones simplificada (SAS), la adquisición de préstamos convertibles en acciones de una sociedad anónima (S.A.) o de una sociedad por acciones simplificada (SAS) y, mediante la participación en un fideicomiso.

Puede notarse que la regulación busca distinguir el patrimonio del promotor del proyecto de lo recaudado para

ese proyecto específico, como así también del patrimonio del proveedor de la plataforma.

Por su parte, conforme al Art. 28 se excluyen del sistema de Financiamiento Colectivo los proyectos destinados a la recaudación de fondos con fines benéficos, donaciones, venta directa de bienes y/o servicios a través de la plataforma de financiamiento colectivo, los préstamos que no sean convertibles en acciones de una sociedad anónima (S.A.) o de una sociedad por acciones simplificada (SAS).

Puede advertirse que conforme se regula, las previsiones están dirigidas exclusivamente a los *crowdfundings* financieros (abarca la emisión de deuda o préstamo, participaciones de capital y de acciones).

Conforme al Art. 29 se contempla la existencia de un mercado secundario por el cual las acciones o participaciones de un proyecto de financiamiento colectivo emitidas y vendidas por primera vez (Mercado primario), podrán ser vendidas por el inversor, a través de la misma plataforma de financiamiento colectivo en que las hubiere adquirido, mediante el mecanismo previsto en la reglamentación específica.

En el Art. 30 se prevé los servicios que deberán prestar las plataformas de financiamiento colectivo, entre ellos la selección y publicación de los proyectos de financiamiento colectivo, el establecimiento de canales de comunicación para facilitar la contratación del Sistema de Financiamiento Colectivo y publicidad de los proyectos de financiamiento colectivo, el establecimiento de los canales de comunicación y consulta directa de los inversores, el de presentación de la información de cada proyecto de financiamiento colectivo, y la confección y puesta a disposición de contratos proforma para la participación de los inversores en los proyectos de financiamiento colectivo.

Conforme al Art. 31 se establecen como prohibiciones de las plataformas de financiamiento colectivo (ya sea actuando por sí o mediante personas jurídicas o humanas, controlantes, controladas o vinculadas), brindar asesoramiento financiero a los inversores en relación a los proyectos de financiamiento colectivo, recibir fondos por cuenta de los emprendedores de financiamiento colectivo a los fines de invertirlos en proyectos de financiamiento colectivo desarrollados por esos mismos emprendedores, gestionar las inversiones en los proyectos de financiamiento colectivo, asegurar a los emprendedores de financiamiento colectivo la captación de la totalidad o una parte de los fondos, asegurar a los inversores el retorno de su inversión en un proyecto de financiamiento colectivo en el que participen, entre otras actividades.

Por último, resulta interesante señalar que se establecen en el Art. 32 como principios generales el actuar de acuerdo con transparencia, diligencia y objetividad, y de acuerdo con el estándar del buen hombre de negocios quedan sujetos a las obligaciones que impone la legislación específica en materia de defensa de los derechos del consumidor en el suministro de información acerca de los proyectos de financiamiento colectivo, sus riesgos y beneficios potenciales, y a la normativa aplicable en materia de prevención de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo y otras actividades ilícitas.

Respecto al *crowdfunding* como se indicó, se reguló mediante la Comunicación “A” 7406 de fecha 25/11/2021 del BCRA. Por la misma se extiende la aplicación de las disposiciones de la Ley 26.831 a los “Proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas”.

Se consideran proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas a “...aquellas

personas jurídicas que ofrezcan -como actividad principal o accesoria de su objeto social- el servicio de acercar y poner en contacto a uno o más oferentes con demandantes de crédito para concretar operaciones de préstamo en pesos”.

Además de ofrecer servicios para unir a los oferentes y demandantes de crédito en general, los proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas podrán brindar (por sí o a través de terceros) los servicios de análisis crediticio, administración y gestión de cobro de los créditos, siempre que conserve el inversor la decisión de otorgar cada crédito y pueda, asimismo, asumir o transferir en cualquier momento la administración y gestión de cobro.

Se establecen como prohibiciones las de ser oferentes o demandantes de crédito en las plataformas que administran. Dicha prohibición alcanza a su personal y/o personas humanas o jurídicas vinculadas.

También se establece la necesidad de separar jurídicamente el patrimonio de los proveedores de la plataforma de internet del de los inversores, y los créditos otorgados deberán estar jurídicamente separados del patrimonio del PSCPP (ej. a través de un fideicomiso).

Como conclusión en este punto puede señalarse que en el Derecho argentino se receptó normativamente los *crowdfundings* financieros abarcando tanto la emisión de deuda o préstamo (*crowdlending*), como las participaciones de capital y de acciones a través de la titularidad de acciones de una sociedad anónima (S.A.) o sociedad por acciones simplificada (SAS), la adquisición de préstamos convertibles en acciones de una sociedad anónima (S.A.) o de una sociedad por acciones simplificada (SAS) y, mediante la participación en un fideicomiso.

Como ejemplo de aplicación de este sistema de financiamiento colectivo puede citarse el *crowdfunding* inmobiliario. El mismo podría adoptar la modalidad de inversiones de capital (a través de acciones en la persona jurídica titular del inmueble) que le impliquen como rédito alquileres o una ganancia en la venta de la propiedad, encontrando siempre en nuestro Derecho la limitación de adquirir el bien (Art. 28 Ley 27.349).

4. Conclusión: consideraciones sobre algunas características generales del sistema regulado

A modo de conclusión, siendo el presente un texto que tiene por finalidad el limitarse a exponer el estado actual de esta temática, se señalan ciertas consideraciones sobre el marco normativo incipiente en nuestro país.

Tanto conceptualmente como normativamente pueden distinguirse diferentes relaciones jurídicas: por un lado están las que surgen entre los usuarios (Aportantes/Prestamistas/ emprendedores de financiamiento colectivo/tomadores de créditos) y el gestor de la plataforma de internet (plataforma de financiamiento colectivo/proveedores de servicios de créditos entre particulares a través de plataformas), y por otro las que se establecen entre los propios usuarios (Aportantes/Prestamistas/emprendedores de financiamiento colectivo/tomadores de créditos) entre sí.

En lo que respecta a las relaciones jurídicas entre los usuarios y el gestor de la plataforma de internet los contratos implican el acceso y uso de dicha plataforma permitiendo por un lado a los promotores del proyecto o emprendedores publicitar los mismos y recaudar los fondos, y a los aportantes facilitar la realización de sus contribuciones e interactuar con los promotores o emprendedores.

Son contratos de servicios o de prestación de servicios electrónicos o web, que junto a la actuación correspondiente determinarán su responsabilidad.

Respecto a las relaciones jurídicas entre usuarios, interesa resaltar que para el caso del *crowdfunding* por participaciones de capital el Art. 30 de la Ley 27.349 prevé como servicio de las plataformas la confección y puesta a disposición de contratos proforma para la participación de los inversores en los proyectos de financiamiento colectivo. En el caso del *crowdfunding* por participación de capital la Ley 27.349 estructura el financiamiento a través del mercado de capitales por los que los contratos proforma a ser celebrados entre la PFC, los Emprendedores de Financiamiento Colectivo y los Inversores son controlados por la Autoridad de Aplicación y estarán referidos a las formas de participación previstas por la ley, y conforme a ello a los riesgos propios del Derecho societario (dilución de la participación en la sociedad, no recibir dividendos, no poder influir en la gestión de la sociedad, no conversión de los títulos de deuda en acciones). Para el caso del *crowdlending*, las relaciones jurídicas se estructuran principalmente a través de contratos de préstamos entre los usuarios.

En todos los casos esas relaciones jurídicas son de naturaleza contractual y deben entenderse conexas entre sí. Esta postura se justifica en la finalidad de este instituto, o sea el financiamiento colectivo de un proyecto, aunque lo determinante para el aportante o prestamista sea obtener un rédito económico y para el emprendedor. En este sentido hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Y si bien sólo se prevé expresamente para el caso del *crowdfunding* por partici-

pación la contratación se realiza mediante el sistema de cláusulas predisuestas.

Ahora bien, respecto a la plataforma de internet en las modalidades reguladas puede advertirse que en ambos casos la normativa limita la actuación del gestor de la plataforma como intermediario electrónico en ciertas operaciones financieras. Así en el caso de la modalidad de participaciones de capital se prohíbe al gestor de la plataforma brindar asesoramiento financiero a los inversores en relación a los proyectos de financiamiento colectivo, y gestionar las inversiones en los proyectos de financiamiento colectivo. En el caso del *crowdlending* los servicios de análisis crediticio, administración y gestión de cobro de los créditos son opcionales para el gestor de la plataforma.

También interesa resaltar que estas operaciones descriptas de naturaleza contractual, al ser realizadas a través de internet, pueden ser englobadas “a priori” dentro de los modelos de “comercio electrónico”, específicamente en los modelos de comercio entre empresas (*business to business* B2B), entre empresas y consumidores (*business to consumers* B2C) y entre consumidores (*consumers to consumers* C2C). En este sentido dependerá por un lado de la finalidad con que se realice el financiamiento colectivo (producción de bienes y servicios o para consumo) y la finalidad con que se realice el aporte o inversión, y en este último caso también de la aceptación de la noción del “consumidor financiero”.

En otros términos dependerá de que se verifique la existencia de una relación de consumo en los términos de la Ley 24.240 y el Art. 1092 del C. C. y C. y conc.

Como se indicó, en la Ley 27.349 expresamente se contempla la aplicación del régimen de defensa del consumidor/usuario al señalarse que “...quienes se dediquen

a la captación de fondos del público inversor mediante cualquiera de las formas previstas en el Sistema de Financiamiento Colectivo, deberán actuar de acuerdo con los principios de transparencia, diligencia y objetividad, y de acuerdo con el estándar del buen hombre de negocios quedan sujetos a las obligaciones que impone la legislación específica en materia de defensa de los derechos del consumidor en el suministro de información acerca de los proyectos de financiamiento colectivo, sus riesgos y beneficios potenciales, y a la normativa aplicable en materia de prevención de los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo y otras actividades ilícitas...”.

Dicha posibilidad ya se encontraba prevista en forma implícita en el artículo 1 inc. b de la Ley 26.831, en cuanto señala como objetivo “(...) fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor (...)”.

Por último, otra cuestión a plantearse respecto al *crowdfunding* es la utilización de la tecnología del *blockchains* como registro o base de datos de estas operaciones, la ejecución de los contratos que su funcionamiento implique a través de los contratos inteligentes o autoejecutables, y la posibilidad de la *tokenización* de bienes para generar mediante el fraccionamiento en unidades y *tokenización* de las mismas el financiamiento buscado, tal como se señala en ciertos sectores de la doctrina (MORA y PALAZZI:2019).

Desde esta perspectiva puede pensarse la posibilidad del uso de la tecnología del *blockchains* y la *tokenización* aplicada a un proyecto o bien o un activo (un inmueble, o una universalidad de ganado vacuno por ejemplo) que se ‘digitalice’ mediante la generación de *tokens* en una *blockchains* y se fracciones proporcionalmente según

aporte realizado por cada inversor, previéndose futuras participaciones en las ganancias a través de acciones o deudas convertibles en acciones. A su vez, mediante la utilización de los “contratos inteligentes” podría llegar a pensarse en la autoejecución de la operatoria contractual respecto a la adquisición de las acciones y las transferencias de dinero o la operatoria de los mercados secundarios de las mismas, por ejemplo.

Lo cierto es que mientras el sistema de *blockchains* tiende a la carencia de una autoridad de contralor y administración, la recepción en nuestra legislación del financiamiento colectivo se realiza mediante la estructuración de su operatoria en el mercado de valores con una autoridad de contralor.

5. Bibliografía

Castel, Robert. (2010) *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Editorial: Fondo de Cultura Económica.

Castells, Manuel. (2000) *La sociedad red*. Editorial: Alianza Editorial. Versión castellana de Carme MARTÍNEZ GIMENO.

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa. (2013) “El *crowdfunding*: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos”. Revista Pensar en Derecho nro. 3 año 2. Editorial Universitaria de Buenos Aires Sociedad de Economía Mixta.

MORA, Santiago J.; PALAZZI, Pablo Andrés, Compiladores (2019). *Fintech: aspectos legales*. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ISBN 978-987-86-2192-0.

PAOLANTONIO, Martín E. (2013) “Regulación de la Financiación Colectiva (Crowdfunding) en la Argentina”, en www.cafidap.org.ar, Buenos Aires.

PAOLANTONIO, Martín E. (2014). “Introducción a la financiación colectiva (Crowdfunding) en el mercado de capitales”, DCCyE 2014 (abril), pag 287.

FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y SPAGNOLO, Lucía. (2017). “El crowdfunding o financiamiento colectivo por la web, frente al nuevo Código Civil y Comercial”, en *Doctrina Societaria y Concursal (Continuación de: Doctrina Societaria)* / Número: 2017 29 (351 Feb.) Revista.

LANÚS OCAMPO, María Cecilia (2017). “Financiamiento colectivo (crowdfunding) de la mano de nuevas tecnologías” en *La Ley 2017-B*, Buenos Aires, Argentina - miércoles 19 de Abril de 2017.

Los Consumidores y las “100 Reglas de Brasilia” Consumers and the “100 Rules of Brasilia”

Por Francisco LÓPEZ SIMPSON ¹⁶²
y María Victoria GISVERT ¹⁶³

Acceder a la Justicia no implica sólo llegar e ingresar al proceso, sino permanecer, salir y ejecutar la sentencia obtenida.

Y es que el efectivo acceso a la Justicia es un derecho de toda persona humana y, en general, la mayoría de las personas tienen diferentes obstáculos para ejercitar este derecho.

En el caso de los consumidores, que presentan especiales condiciones de vulnerabilidad y se enfrentan ante sujetos más poderosos (los proveedores), son quienes más

162 Abogado (UNLP), Magíster en Derecho Administrativo (U. Austral). Actualmente cursando seminarios obligatorios del Doctorado en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor Adjunto de Defensa del Consumidor, Derecho Administrativo I y Prácticas Profesionales II en la Universidad del Este. Miembro del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de la Abogacía de La Plata.

163 Abogada (UNLP), Especialista en Derecho Procesal Profundizado (U. Notarial Argentina). Actualmente cursando la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional de La Plata. Jefa de Trabajos Prácticos Interina de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Universidad Nacional de La Plata y Profesora Adjunta de Derecho Procesal II y Prácticas Profesionales II en la Universidad del Este. Secretaria Académica del Colegio de la Abogacía de La Plata y Pro-secretaria de la Comisión de Jóvenes Procesalistas de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

dificultades tienen ya que los ordenamientos procesales raramente se acuerdan de producir herramientas concretas para allanar estas barreras al sistema judicial, en este supuesto específico.

Es por eso que consideramos que, aplicando los principios y mecanismos propuestos por las 100 Reglas de Brasilia a la categoría conceptual de consumidor como sujeto vulnerable, podríamos colaborar en suplir lo que el Código Procesal Civil y Comercial no regula.

Palabras Claves: Acceso - Justicia - Consumidor - Vulnerabilidad

Accessing justice does not only imply arriving and entering the process, but staying, exiting and executing the sentence obtained.

That effective access to justice is a right of every human person and, in general, most people have different obstacles to exercise this right.

In the case of consumers, who present special conditions of vulnerability and face more powerful subjects (suppliers), they are the ones who have the most difficulties since the procedural systems rarely remember to produce concrete tools to level these barriers to the judicial system, in this specific case.

That is why we believe that, by applying the principles and mechanisms proposed by the 100 Rules of Brasilia to the conceptual category of consumer as a vulnerable subject, we could collaborate in supplying what the Code of Civil and Commercial Procedure does not regulate.

Keywords: Access - Justice - Consumer- Vulnerability

Nota preliminar: El presente trabajo constituye un avance del proyecto de investigación titulado “Legitimación colectiva de sujetos vulnerables” que estamos desarrollando como Director y Co-Directora en el marco de la convocatoria 2021/2022 realizada por la Facultad de Derecho de la Universidad del Este de La Plata.

Las “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”

En necesario comenzar destacando que las mismas surgen en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que consideró necesaria la elaboración de estas Reglas Básicas relativas al acceso a la Justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad.

En ese marco, se desarrollaron una serie de principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún 2002), específicamente los que se incluyen en la parte titulada “Una Justicia que protege a los más débiles”.

Estas 100 Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

Ahora bien, ¿quiénes son los destinatarios del contenido de las Reglas?

La Sección 3^a de las Reglas establece que son los siguientes actores:

a) Los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial;

b) Los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país;

c) Los Abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados;

d) Las personas que desempeñan sus funciones en las instituciones de Ombudsman.

e) Policías y servicios penitenciarios.

f) Y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

¿En quiénes se pensó a la hora del dictado de estas Reglas?

De la lectura de su articulado se desprende que se buscó otorgar mayor y mejor protección a las “personas en situación de vulnerabilidad”, siendo éstas, aquellas *personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de Justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.*

Es decir, que, en ese marco, constituyen causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

Y, finalmente, se hace una aclaración: *“La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.*

En este punto, queremos agregar una categoría de sujeto vulnerable, que no se encuentra taxativamente

te enunciado en el texto de las 100 Reglas, pero que en nuestro país está tomando cada vez más relevancia: el consumidor.

Entendemos que resulta fundamental poder aplicar los mecanismos y procedimientos consagrados en estas Reglas a la situación procesal desfavorable que atraviesan los consumidores de bienes y servicios a la hora de querer acceder a la Justicia.

El consumidor como sujeto vulnerable

Comúnmente, partimos de la base de entender que las relaciones jurídicas se dan en un pie de igualdad entre los sujetos que la componen. Frente a ello podemos observar que conceptos como la “sociedad de consumo” y las “fallas del mercado” se oponen a esta situación, generando un desequilibrio de fuerzas entre consumidores y proveedores.

Dicha desigualdad obedece a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran los consumidores en los contextos referidos, que provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, y, por consiguiente, mercedoras de tutela legal diferenciada.

En el caso de las relaciones de consumo, la vulnerabilidad entre consumidores y proveedores es estructural, en tanto obedece a circunstancias sociológicas y no individuales, que busca traspasar de la idea de “igualdad formal” a la de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”, en miras de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados.

La vulnerabilidad no es inherente a la persona sino al rol que ocupa en la sociedad de consumo, una condición jurídica que torna al vínculo intersubjetivo de manera desequilibrada.

Todos los consumidores, por los embates de la sociedad de consumo y las fallas del mercado, son, por tanto, vulnerables en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios.

Dicha vulnerabilidad, al ser estructural, implica una presunción *iure et de iure*, que no acepta declinación o prueba en contrario, en hipótesis alguna. No podrá argumentarse el conocimiento técnico superior a un consumidor medio, ya que la finalidad de protección de los consumidores no consiste en analizar caso por caso si revisten estas características.

En apoyo de lo dicho y echando mano a las regulaciones comparadas podemos señalar a la Resolución del Parlamento Europeo del 22 de mayo de 2012 que establece: “el concepto ampliamente utilizado de consumidores vulnerables se basa en la noción de vulnerabilidad endógena y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género”; agregándose que el concepto debe incluir también a “[...] los consumidores en una situación de vulnerabilidad”, entendiéndose por tales a aquellos que se encuentren “[...] en un estado de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y financiera (por ejemplo, el endeudamiento excesivo), el acceso a Internet, etc.”; para finalmente señalar que “[...] todos los consumidores, en algún momento de su vida, pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida

a los consumidores y entenderla, y, por tanto, precisen de una protección especial”¹⁶⁴.

Finalmente, algunos consumidores son más vulnerables que otros y sufren con mayor agudeza los embates de la sociedad de consumo. Son aquellos consumidores a los que a la vulnerabilidad estructural de ser consumidores se le suma otra vulnerabilidad, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica o cultural o a otras circunstancias permanentes o transitorias. Éstos son conocidos como “hipervulnerables” y desde luego cuando estamos en presencia de ellos, la necesidad de tutela y acceso efectivo a la Justicia se agudiza. En tal sentido fue incorporado como nueva categoría de consumidor por medio de la Resolución N°139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior -autoridad de aplicación de la Ley N°24.240 a nivel nacional- dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo.

¿Qué es un consumidor y cuál es su importancia en la sociedad?

Conforme el desarrollo que venimos hilvanando, respecto del acceso a la Justicia, las 100 Reglas de Brasilia y el Consumidor como sujeto vulnerable, resulta ahora oportuno repasar al menos sucintamente cuál es la importancia del tema que nos propusimos investigar. Para ello es vital comprender el alcance de la palabra “consumidor” y cuál es su rol en la sociedad. Según la ley especial que regula la materia -Ley de Defensa del Con-

164 Sebastián BAROCELLI. *Consumidores hipervulnerables*. Colección: Código Civil y Comercial de la Nación. Editorial El Derecho, 2018.

sumidor N° 24.240- sancionada en el año 1993, artículo primero, se considera 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.

Queda equiparado al consumidor 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. A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación, cuya vigencia data del primero de agosto de 2015, en su artículo 1092 replica a la mencionada ley y establece que: se considera consumidor a la persona humana 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.

Queda equiparado al consumidor 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 consumidor es calificado en función del destino que le asigna a los bienes o servicios de que dispone, por lo que resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar¹⁶⁵, siempre que sea para uso privado, razón por la que el sujeto protegido es aquel que actúa como destinatario final o de su grupo familiar o social.

165 STIGLITZ, Rubén S., “Defensa del Consumidor y contratación bancaria y financiera”, en Derecho del consumidor, dir. Por Gabriel STIGLITZ N°9, Juris, Rosario, 1998, p. 4.

Bien señala WAJNTRAUB¹⁶⁶, que a su vez retoma a Silvia TANZI y Ethel HUMPHREYS en su trabajo “El consumidor en el marco de la globalización”, L.L. online, que debe aclararse que no deben confundirse los términos “consumidor” y “cliente”. El cliente es cualquier sujeto colocado en situación de demanda en un vínculo convencional con el oferente, sin importar la finalidad perseguida al establecer la relación contractual; y el consumidor final es quien destina la utilización de las cosas o servicios a fines privados. Las leyes de defensa del consumidor no hacen referencia a aquél, sino que protegen éste.

Ahora bien, al ser el destinatario universal de todos los bienes y servicios que son producidos por los aparatos productivos y de servicios que existen a nivel nacional e incluso internacional, el consumidor individual tomado en el conjunto colectivo de cada país, o región, constituye una masa de sujetos inconmensurable, una suerte de masa inasible, sin perjuicio de que no todos los habitantes de cada uno de los países tienen acceso al consumo, lo cual los dota de un enorme peso en la vida diaria de cada sociedad. La afectación que se haga de sus derechos en determinado campo, desde luego impactará en el bienestar y eventualmente la paz social de cada colectividad. Es a su vez un grupo altamente heterogéneo en cuanto a su formación, desde los niveles más básicos educativos a los más elevados, pasando por consumidores muy jóvenes o adultos mayores hasta con las más diversas profesiones, oficios y ocupaciones, por eso es imprescindible generar una protección que penetre en cada una de las capas que conforma a la sociedad de consumo.

166 WAJNTRAUB, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1a ed. 2017, p. 18

Al interactuar en el mercado de consumo se adquiere el rol de consumidor y las personas quedan alcanzadas por las condicionantes que ese escenario les antepone para moverse en libertad. El escenario de los consumidores es el mercado de consumo. Éste es el contexto condicionante que influye sobre su persona y lo limita de diferentes formas. El mercado es generador constante de satisfacciones generalmente efímeras, y de frustraciones, a menudo duraderas, o al menos, recurrentes ¹⁶⁷.

Gabriel STIGLIZ señala que el correcto desenvolvimiento de las economías nacionales sobre la base de mercados libres, competitivos y abiertos, exige como recaudo complementario, pero condicionante la vigencia de un efectivo sistema político-jurídico de protección de los consumidores que garantice a éstos la concreta y real oportunidad de situarse en un punto de equilibrio con los proveedores de bienes y servicios, en las relaciones de consumo ¹⁶⁸.

¿Cómo se materializa la vulnerabilidad en el consumidor?

Si bien las clasificaciones varían según los autores vemos que existe coincidencia en señalar como principales manifestaciones de esta vulnerabilidad a la económica y cognoscente y algunos autores como RUSCONI ponderan la vulnerabilidad psicológica estando está configurada por la dominación de tipo psicológico que le significa, al consumidor, el entorno condicionante de la sociedad de

167 RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, 1a ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 4

168 STIGLITZ, Gabriel, *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*, Juris, Rosario, 1997, p. 111.

consumo. Y en tal sentido afirma “su naturaleza de sujeto necesitado, puesto frente a una multiplicidad de ofertas, informaciones, promociones, publicidades, consejos, modas y estímulos de diferente naturaleza se traduce en una alteración -supresión, disminución o retardo- de su capacidad de raciocinio”¹⁶⁹.

Vulnerabilidad económica

Por la claridad y enfoque del tema, vale aclarar que en este punto seguiremos a RUSCONI (obra citada), puesto que desde luego este tipo de hiposuficiencia se manifiesta de diferentes modos, pero las principales están dadas en primera medida por la diferencia neta de patrimonio entre el consumidor y el proveedor. Suele ser de ayuda la imagen, por cierto imperfecta por cuanto no agota el universo de consumidores y proveedores desde luego, del consumidor de servicios bancarios. Si pensamos en cualquier consumidor de a pie que por el solo y simple hecho de tener un trabajo formal o “en blanco”, cualquiera que sea ya tiene su cuenta sueldo -a lo cual generalmente viene adosada una tarjeta de crédito y cuenta corriente-, vemos fácilmente que hay una asimetría estructural entre el poderoso, proveedor del servicio, un Banco en el ejemplo, y el consumidor como simple ciudadano, constituyéndose así en un débil jurídico.

Desde luego que puede darse el caso de algún consumidor rico, pero está claro que la mayoría de las veces es el proveedor el fuerte de la relación, quien detenta mayor poder económico.

Así señala RUSCONI que, por su propio giro comercial, independientemente de la magnitud o tipo de explota-

169 RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*. cit. p. 13.

ción, posee necesariamente el asesoramiento de un grupo de técnicos profesionales -en áreas contables, jurídicas o técnicas- que lógicamente no están a disposición de los consumidores. Ello determina que las diferencias se acentúen aun más en situaciones de conflicto, en las cuales el común de los consumidores no contará con el apoyo o auxilio de un profesional, mientras que el proveedor ya tiene un presupuesto montado y destinado a este tipo de servicios desde el comienzo de sus actividades.

Vulnerabilidad cognoscente

Como adelantábamos al comienzo del apartado, este aspecto de la vulnerabilidad del consumidor es unánimemente entendido como el más importante.

A tal punto es así, que da origen al derecho que es la verdadera columna vertebral del Derecho del consumidor, esto es el derecho a la información (que además debe ser clara, igualitaria, suficiente, veraz y gratuita para el consumidor).

La información es un tema central, casi obsesivo, recurrente en la ley de protección; puesto que no se puede prescindir del desconocimiento medio, ordinario o general de los consumidores frente al saber, al dominio de los avances o adelantos de los fabricantes y distribuidores¹⁷⁰.

RUSCONI señala que además este aspecto de la hiposuficiencia del consumidor exhibe una doble manifestación:

Por un lado, el *desconocimiento técnico*, dado por la situación de que quien conoce el producto o servicio es su fabricante, productor, elaborador, distribuidor o vende-

170 MOSSET INTURRASPE, Jorge, “Introducción al Derecho del Consumidor”, RDPyC, nro. 5, Consumidores, Rubinzal-Culzoni Santa Fe, p. 26.

dor lo cual lo hace portador de información sobre él -que directa o indirectamente conoce desde su creación- y a la que desde luego el consumidor no tiene acceso en las mismas condiciones.

Este desequilibrio en el dominio de la información técnica es el más determinante y omnipresente en la subordinación del consumidor ya que si por hipótesis nos planteásemos la existencia de un “super consumidor”, que cuente con medios materiales y técnicos suficientes para emparejar a cualquier proveedor mediante la contratación de equipos multidisciplinarios de técnicos que los asesoren para decidir la compra de un bien, jamás podría acceder a los conocimientos e información que su fabricante o vendedor tiene acerca de sus ventajas o desventajas ¹⁷¹.

Por el otro lado tenemos al *desconocimiento cívico*. Aspecto que se vincula intrínsecamente con el Estado (es necesario tener presente la exhortación realizada por el artículo 42 de la Constitución Nacional ¹⁷² que mencionaremos en la introducción del presente capítulo) y posicionamiento frente a estos derechos. Debe llevar adelante políticas educativas que tiendan a garantizar el conocimiento de todos (o al menos el mayor número posible) los consumidores cuáles son sus derechos y cómo deben consumir.

Lamentablemente, vemos que sin perjuicio de una normativa protectoria que sin ser vanguardista no tiene

171 RUSCONI, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, cit. p. 16.

172 Artículo 42 Constitución Nacional: “...las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo...”.

nada que envidiarle a los países más desarrollados, un ejemplo concreto de ello es el capítulo entero dedicado por el Código de implementación de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires ¹⁷³ a la educación para el consumo, no vemos todavía estos lineamientos bajados a la realidad. Los niños y niñas, adolescentes deberían contar con una instrucción seria y detallada en materia de consumo para poder estar mejor preparados y cuando llegue el momento no verse sometidos en el primer parpadeo por la sociedad de consumo.

¿Cuáles son los mecanismos de acceso a la Justicia para sujetos vulnerables?

Este breve desarrollo que hemos realizado sobre la definición de consumidor vulnerable, nos interesa porque entendemos que, aplicando los principios que surgen del texto de las 100 Reglas de Brasilia, se podrían generar herramientas valiosas a fin de garantizar de forma real el acceso a la Justicia de estos sujetos.

En esa línea, nos resulta interesante poner de relieve los mecanismos establecidos en la Sección 4^a sobre *“Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia”*, donde se busca flexibilizar distintas reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.

En el centro de la escena se encuentra la promoción de la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales y a fin de favorecer una ma-

173 Ley N° 13.133 y mod.

yor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad en general, aplicables desde luego, a los procesos que involucran consumidores según lo entendemos.

Con el mismo fin, se aconseja promover la elaboración de formularios para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias o consumidoras, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea obligatoria la asistencia letrada. Situación dada, por ejemplo, en las reclamaciones llevadas a cabo frente a las autoridades de aplicación de la Ley N° 24.240.

Finalmente, se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones. No olvidemos que el consumidor por su condición de débil jurídico -vulnerable *per se*- llega afectado no sólo económicamente sino en su dignidad a los procesos judiciales.

A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales, como sucede, por ejemplo, en los procesos ante los Tribunales de Trabajo del Departamento Judicial de La Plata y en aquellos Juzgados Civiles y Comerciales que, en el marco del Programa Justicia 2020, buscan promover la oralización de los procesos, para reducir su duración y aumentar la calidad de las decisiones jurisdiccionales, utilizando distintas herramientas tecnológicas, como puede ser la videograbación de las audiencias.

Respecto a las medidas de organización y gestión judicial, se aconseja lo siguiente:

Adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto, otorgándose prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de Justicia, cuando esto se justifique. Debe tenerse en cuenta que los reclamos de consumo están sustancialmente basados en compraventas de bienes o servicios que afectan el normal desarrollo de la vida con dignidad, siendo éste un pilar fundamental del Estado Constitucional de Derecho. Verbigracia el acceso a los servicios públicos de internet, electricidad o agua potable.

Establecer mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de Justicia.

Adoptar medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad. En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial. Es un buen indicio, en este punto, el programa de protección de usuarios y consumidores desarrollado por el Ministerio Público Fiscal de la Nación desde el año 2015 ¹⁷⁴.

Resaltar la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema

174 <https://www.mpf.gob.ar/programa-consumidores/>.

judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

Promover la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de Justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación. Aplicable al caso de los consumidores que viven en barrios de emergencia y no tienen información ni medios económicos para bregar por el reconocimiento de sus derechos.

Finalmente, la Sección 5^a establece los “Medios alternativos de resolución de conflictos”, los cuales serán impulsados cuando resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo.

La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios de heterocomposición, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la Justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de Justicia.

En este sentido puede mencionarse como ejemplo, el programa de mediación previa voluntaria y gratuita para conflictos de consumo, instrumentada por el Colegio de la Abogacía de La Plata.

Un cambio de paradigma

El Derecho del consumidor que vio la luz en nuestro ordenamiento jurídico en el año 1993 es sin duda una de las disciplinas en el mundo de las ciencias jurídicas con mayor desarrollo. Hay todo tipo de normas para la protección del consumidor, las hay de fondo partiendo del propio artículo 42 de la Constitución reformada en 1994 y

la ley especial, sancionada por el Congreso de la Nación, N° 24.240 y sus mod., hasta las de forma como el Código de implementación de los derechos del consumidor y usuario de la Provincia de Buenos Aires, Ley N° 13.133, aunque vale decir que esta última norma también prevé algunas regulaciones de fondo dentro de los límites de la competencia de la Provincia.

Este conjunto normativo previsto para la tutela del consumidor, constituye un derecho que busca equilibrar -o al menos acortar la brecha- entre dos posiciones bien marcadas: el proveedor que es el sujeto poderoso de la relación y el consumidor que es el débil jurídico, para evitar abusos de parte de quien ostenta el poder *real* respecto del sujeto vulnerable y garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales del consumidor. Pero vemos que en la práctica y sin perjuicio de, en algún caso, la hipertrofia normativa de la materia no se logran los objetivos propuestos, fundamentalmente porque el consumidor que sufre un avasallamiento en sus derechos muchas veces por falta de información o de recursos económicos no inicia un procedimiento administrativo porque entiende que nadie reparará el daño que ha sufrido. Muchas veces se trata de micro afectaciones que tomadas individualmente no constituyen un caso de la suficiente cuantía como para poner en marcha la maquinaria administrativa y mucho menos la judicial.

El acceso a la Justicia es un principio fundamental de un Estado de Derecho, y si bien el artículo 52 de la Ley de Defensa al Consumidor le otorga al consumidor la posibilidad de iniciar las acciones judiciales pertinentes en pos de la defensa de sus derechos e intereses, en la actualidad el acceso de los consumidores a la Justicia es un camino arduo, insuficiente y con importantes obstáculos por sortear. Dentro del ámbito de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires coexisten diferentes sistemas administrativos que buscan brindar una solución a los conflictos y reclamos de los consumidores, pero, desnaturalizando la protección establecida en el plexo normativo del consumidor, estos procedimientos se encuentran orientados hacia la imposición de sanciones administrativas a las empresas, lo cual condena al olvido el único interés propio del consumidor: la reparación del daño acaecido. Para dar cumplimiento al mandato constitucional, la protección de los derechos e intereses del consumidor debe equilibrar las disparidades propias de una relación consumeril a través de un procedimiento adecuado, ágil y eficaz, cuya imperiosa finalidad sea la reparación del daño producido al consumidor y que contenga ante la eventualidad como último paso un control jurisdiccional rápido y simple ¹⁷⁵.

El mismo esquema de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es el que vemos reflejado en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, donde coexisten distintos organismos administrativos con diferentes procedimientos que comparten competencia en cuanto la protección de usuarios y consumidores; ejemplo de ello podemos nombrar: 1) Oficina municipal de defensa del consumidor, 2) Dirección provincial de defensa del consumidor, 3) Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, 4) Defensor del Ciudadano en el ámbito municipal, 5) entes reguladores de servicios públicos con jurisdicción local como OCEBA y la Autoridad del Agua, etc., y en los cuales también se comparte la característica enunciada arriba, esto es, procedimientos administrativos más orientados a la imposición de sanciones administrativas

175 BIGLIERI, Alberto, “El fuero de consumo porteño, después de la pandemia”. La Ley 2020-C, 822 - ADLA2021-5, 99.

a las empresas que a reparar rápido los daños -mayores o menores- que sufre el consumidor.

Es por ello que creemos necesario un cambio de paradigma donde los procedimientos administrativos -siempre cuidando la constitucionalidad de su accionar- y la Administración de Justicia acudan más rápido -incorporando debidamente los principios emanados de las 100 Reglas de Brasilia- y en forma colectiva para el restablecimiento ágil de los derechos conculcados y la reparación económica que corresponda en cada caso. Ésa es nuestra principal idea fuerza, que conlleva al estudio de la legitimación colectiva de estos sujetos vulnerables, puesto que entendemos de enorme valor la herramienta que constituyen los procesos colectivos para la defensa de los más desfavorecidos de la sociedad.

Particularmente en el caso de los consumidores vemos de suma importancia la aplicación de las 100 Reglas que, además, valga recordarlo, forma parte del sistema de fuentes del Derecho interno argentino en tanto fueron incorporadas al ordenamiento jurídico a través de la Acordada N°5/2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No es difícil advertir que el sistema judicial tiene rutinas y trámites que naturalmente importan una clara desigualdad de partes en los conflictos, apuntando que en numerosas oportunidades el Poder Judicial confirma estas asimetrías de poder que tensan el alcance y ponderación de los derechos en juego. Así podemos citar entre otros: el análisis y ejecución de conflictos entre consumidores y empresas de posición dominante en el mercado ¹⁷⁶.

176 REYNAGA, Juan Carlos, *El acceso a la justicia en el derecho procesal constitucional*, Alveroni Ediciones, 2021, p. 17.

Conclusión

Muchas de las medidas recomendadas por el texto de las 100 Reglas de Brasilia con el objeto de garantizar el acceso a la Justicia de los sujetos en condiciones de vulnerabilidad, podemos verlas reflejadas en los procesos que denominamos “especiales”, que son aquellos que aplican una flexibilización de sus formas en atención a la vulnerabilidad del sujeto interviniente. Se hallan sometidos a trámites específicos, total o parcialmente distintos a los del proceso ordinario y se caracterizan por la simplificación de sus formas y por su mayor celeridad.

Pero lo cierto es que, en el caso del consumidor, siendo que ya no caben dudas acerca de su condición de sujeto vulnerable por todo lo que hemos referido previamente, no se llevan adelante estos mecanismos de forma automática, como sí sucede en el caso de los procesos donde intervienen trabajadores, niños, niñas y adolescentes, entre otros sujetos que gozan de una tutela diferenciada por su condición de sujetos vulnerables. Es por ello que nuestro trabajo persigue el humilde objeto de echar luz sobre un tema -el acceso a la Justicia de sujetos vulnerables- que no se encuentra por el momento debidamente receptado en los órganos jurisdiccionales.

Bien sabido es que el desarrollo científico de institutos y/o reglas de carácter procesal en manos de la doctrina constituye una parte fundamental en el real aseguramiento de la operatividad de los derechos. Igual de importante es la publicidad y debate en clave democrática respecto de las implementaciones de estas reglas, pero sin lugar a dudas la diferencia sustancial será percibida por el consumidor como sujeto vulnerable cuando el Estado en sentido amplio y el Poder Judicial específicamente

asimilen e impregnen su funcionamiento con los principios aportados por las 100 Reglas de Brasilia.

La prueba del dolo

Por Bárbara GONZÁLEZ VILLAMIL*

SUMARIO: I. Introducción.- II. Fin del proceso penal y el modelo cognoscitivista.- III. Razonamiento probatorio.- IV. Inferencias probatorias.- V. Atribución de la intención.- VI. Cierre.- Bibliografía

I. Introducción

¿Es posible conocer de manera certera las intenciones de las demás personas?

A simple vista, parecería ser una pregunta fácil de responder; más aun, creo que la gran mayoría de los lectores se inclinaría por la negativa, considerando que se trata de una tarea imposible de realizar ya que nunca podríamos saber, a ciencia cierta, lo que sucede “dentro de la cabeza de los otros”.

Siguiendo esa línea y asumiendo que gran parte de las decisiones judiciales dependen de la intención con la cual han actuado los sujetos, nos preguntamos: ¿es realmente posible probar el dolo?¹⁷⁷. En dicho caso, ¿cómo podemos hacerlo?

*Alumna de la carrera.

177 Utilizamos el término “dolo” como sinónimo de “intención de realizar un comportamiento típico”, aunque vale aclarar que (en realidad y desde un punto de vista técnico-dogmático) el dolo no debe ser entendido como “intención”. Para ser más claros, el dolo se analiza desde el plano “normativo”, mientras que la in-

Sin pretender adelantarnos, debemos reconocer que uno de los mayores problemas a los que nos enfrentamos consiste en desentrañar qué se entiende por “probar” y si este entendimiento resulta compatible con el fin del proceso, el cual se corresponde con lograr el mayor acercamiento a la verdad.

Por otro lado, es necesario preguntarse ¿cómo hacen nuestros jueces para considerar que un sujeto tuvo la intención de cometer un delito? ¿En qué se basan?

Las preguntas son relevantes, en tanto hasta el momento, los avances científicos no han permitido obtener herramientas suficientes que nos permitan llegar a conclusiones infalibles, lo cual pone en evidencia que los jueces resuelven de acuerdo a los métodos que tienen a su alcance y que consideran más acertados.

La intención de este trabajo será contestar cada uno de los interrogantes anteriores, poniendo sobre la mesa nuestro propio criterio de pensamiento.

II. Fin del proceso penal y el modelo cognoscitivista

En todo proceso rige el principio de legalidad, que adopta la fórmula latina de *Nullum crimen, nulla poena*

tención se analiza desde el plano “ontológico”; el dolo pertenece al tipo y la intención a la acción; el dolo surge de la comparación entre la intención del sujeto actuante y la descripción legal del comportamiento típico, mientras que la intención no se estructura sobre ninguna comparación. En consecuencia, no es el dolo lo que se prueba, sino la intención que permita -razonamiento mediante- concluir en que el comportamiento intencional a su vez es doloso. Pese a ello, por una cuestión práctica y a fin de generar cierto interés en el lector, hablaremos de “la prueba del dolo”.

sine praevia lege poenali” (No hay crimen ni pena sin una ley previa), el cual funciona como un límite tajante al poder punitivo del Estado ya que el fundamento del castigo sólo puede ser a través de una ley formal que determine que la conducta realizada es merecedora de esa pena. En este sentido, las leyes penales podrían ser divididas en dos partes: el hecho condicionante (habitualmente conocido como “comportamiento criminal”) y el consecuente normativo (la pena). Sin verificar la existencia del hecho condicionante, la pena no podrá ser aplicada (o no debería serlo).

Entonces, el fin del proceso penal consiste en la averiguación de la verdad, lo cual sólo se logrará mediante la producción y análisis de la prueba. Si sostuviéramos lo contrario, la demostración de los hechos carecería de importancia y no se respetarían los derechos ni las garantías inherentes a toda persona sometida a un proceso, dado que se culparía y, consecuentemente, sancionaría sin la verificación de la autoría, provocando que culpables sean absueltos o, peor aun, que inocentes sean condenados.

Aceptando que el fin del proceso es el mencionado, y asumiendo que nunca lograremos alcanzar una certeza absoluta (desde el plano “lógico-racional”), es menester llegar a un acuerdo acerca de cuál es la verdad que perseguimos: la material o la formal.

La primera se refiere a la “verdadera verdad” (la extrajudicial), concordante con lo que efectivamente sucedió en el mundo real; mientras que la segunda se correspondería con la verdad obtenida tras la realización del proceso o, en otras palabras, la verdad determinada por el juez. Según esta distinción -y amparándonos en el pensamiento de la “doctrina tradicional”- la verdad material sería un inalcanzable, por lo que deberíamos conformarnos con la obtención de la verdad procesal.

Desde mi perspectiva ¹⁷⁸, hablar de “verdades” (en plural) es un sinsentido, pues si asumimos que la verdad (o el enunciado verdadero) supone correspondencia con la realidad, no existe lugar para más de una verdad. Por ejemplo, el enunciado “Juan mató a Pedro” es verdadero o no lo es, pero no “verdadero” y “no verdadero” a la vez. La confusión, a nuestro modo de ver, surge al emparentar “la verdad” con el “conocimiento que se tiene sobre ella” (la verdad sería absoluta, pero su conocimiento relativo).

Intentaré explicar esto último.

Es sabido que en las resoluciones judiciales se suele aplicar un razonamiento silogístico (deductivo), que nos permite concluir en una norma jurídica singular (la resolución) a partir de una norma jurídica aplicable (premisa mayor) y una premisa fáctica (menor) que constituye el caso particular. De modo que la interpretación en el caso concreto consiste en subsumir un supuesto de hecho en el campo de aplicación de una norma, y el resultado de tal interpretación será un enunciado normativo, individual y concreto que califica el supuesto de hecho en cuestión.

Partimos nuestra investigación desde un modelo cognoscitivista según el cual los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos, es decir, aquellos que realizan una descripción de los hechos acaecidos, y concibiéndolos como verdaderos o falsos dependiendo de que los acontecimientos que describen hayan sucedido o no. En palabras de Marina GASCÓN ABELLÁN ¹⁷⁹, la fijación judicial de los hechos no

178 La cual se sustenta en las enseñanzas de FERRER BELTRÁN; véase *Prueba y verdad en el Derecho* (Marcial Pons).

179 GASCON ABELLAN, Marina, *Los hechos en el derecho*. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*.

puede ser consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye existencia independiente; y quien coincide con Luigi FERRAJOLI en que es el modelo “normativamente exigido por la ideología del garantismo”⁴.

Sin embargo, este modelo postula un “realismo mínimo” dado que el conocimiento alcanzado nunca podrá ser absoluto sino que tiene un grado de probabilidad, pero ello no quiere decir que el conocimiento probable no sea objetivo ya que existen pruebas, indicios o evidencias que lo avalan.

Definido ello, debemos pasar a analizar las distintas teorías de la verdad para establecer cuál es la que mejor se adecua a nuestra investigación. A lo largo del tiempo han surgido varias teorías acerca del concepto de verdad, aunque las más relevantes son tres: las coherentistas (sintácticas), pragmáticas o semánticas (verdad como correspondencia).

De manera sucinta, explicaré los puntos esenciales de cada una.

a. Teoría de la verdad como coherencia: para esta tesis, un enunciado será verdadero si concuerda con los otros enunciados y conforma un “todo” coherente, es decir, si tiene sentido y coherencia con el actuar racional, motivacional del hombre, y siempre que carezca de contradicciones.

Por ejemplo, en la investigación por el homicidio de Carlos, un testigo asegura que vio a un hombre salir corriendo de la casa, las cámaras de seguridad muestran una figura similar a la que el testigo describe, el sujeto (Pedro) aprehendido tiene manchas de sangre en su camisa y golpes en el rostro. Por ende, es coherente y verdadero que Pedro fue el asesino de Carlos.

b. Teoría pragmática de la verdad: para sus fieles, la verdad se concibe en términos de “aceptabilidad justificada”, de modo que será verdadero si sirve para algún fin o si está justificado.

c. Teoría de la verdad como correspondencia: para la cual un enunciado es verdadero cuando aquello que se describe ha ocurrido en la realidad. Se habla de verdad como correspondencia a los hechos sucedidos, entonces, la proposición será infaliblemente verdadera.

El criterio de verdad se hará a través de la contrastación empírica, lo que implica que la verdad de los enunciados que registran experiencias inmediatas, se obtendrá por la observación. Y, en consecuencia, será verdadero sólo el enunciado sobre los hechos que se corresponda con la realidad.

Esta última concepción resulta conveniente ya que es concordante con el entendimiento de los hablantes y es el que, en definitiva, permite conocer cuáles son los hechos que *realmente* han tenido lugar. En consecuencia, podríamos decir que condice con el fin del proceso, o sea, la búsqueda de la verdad a través de la producción de pruebas, dado que la consecuencia normativa del proceso (la pena) se encuentra supeditada a la verificación del hecho criminal.

III. Razonamiento probatorio

Uno de los problemas habituales a la hora de referirnos a la “prueba de los hechos”, es determinar qué se entiende por probar y qué se quiere lograr con la prueba.

Por “prueba” nos referimos a los rastros o huellas que han quedado tras la ocurrencia de un hecho. Justamente, teniendo en cuenta que los hechos del pasado -como

tales- no son susceptibles de ser reproducidos, la prueba constituirá el “indicio” que nos permita mediante razonamientos inferenciales determinar lo ocurrido.

Dicho esto, debemos determinar el sentido y la fuerza (efecto) de los enunciados probatorios, y cuál es el que mejor se adapta a nuestra investigación. En cuanto a la fuerza o efecto de los enunciados probatorios puede darse de diversas maneras:

a. “Está probado que p” como **enunciado constitutivo** de la actividad decisoria: implica que el juez al decir que un hecho ha sido probado, torna como verdadera la proposición. Si se acepta esta postura, resultaría imposible preciar la verdad o falsedad de las declaraciones sobre los hechos ya que es el propio magistrado quien determina si ocurrió o no dicho suceso.

b. “Está probado que p” como **enunciado normativo**: la fuerza surge del enunciado y el juez está obligado a aplicar la consecuencia jurídica.

c. “Está probado que p” como **enunciado descriptivo**: pretende describir la ocurrencia de un determinado suceso, pero a sabiendas de que son susceptibles de veracidad o falsedad.

Es el que mejor se adecua al proceso penal y a la tesis cognoscitivista.

Con respecto al sentido, es necesario distinguir entre:

1. “Está probado que p” como sinónimo de “es verdad que p”. Para lo cual si está probado será indiscutiblemente verdadero, pero debe ser refutado ya que la presencia de la prueba no garantiza la obtención de la verdad.

2. “Está probado que p” como sinónimo de “el juez ha establecido que p”: quiere decir que un hecho está probado cuando éste haya sido fijado formalmente por el juez mediante el proceso oportuno. Hay que tener presente

que la convicción consiste en un estado psicológico y, por ende, la decisión puede ser falible.

3. “Está probado” como sinónimo de “hay elementos de prueba suficientes a favor de p”: quiere decir que un hecho va a estar probado cuando es producto de la actividad probatoria desarrollada a favor y/o en contra de la proposición, de acuerdo a los medios específicos de prueba admitidos en el proceso judicial.

Jordi FERRER BELTRÁN considera que entre las nociones de prueba y verdad media una relación teleológica, ya que a través de la primera queremos acercarnos a la segunda, empero, que un hecho esté probado no quiere decir que ese hecho sea verdadero. Considera que el sentido del enunciado probatorio radica en la existencia de elementos de prueba suficientes que permitan afirmar que la proposición en cuestión es verdadera.

Entonces, podríamos decir que el hecho está probado cuando la información que poseemos nos lleva a pensar que el mismo ocurrió y por consiguiente, podríamos tenerlo por verdadero, con independencia de que lo sea o no.

IV. Inferencias probatorias

Las inferencias probatorias consisten en un tipo de razonamiento que debe incluir los hechos a probar, las pruebas y la relación entre éstas. La forma que adopte dependerá de la conclusión a la que se quiera llegar; en otras palabras, funcionarían de forma similar a la que se despeja la X en las ecuaciones matemáticas.

Si nos guiamos por un razonamiento deductivo, la verdad de las premisas garantizaría la verdad de la conclusión, pero ello no quiere decir que éstas no puedan ser falsas. Este tipo de argumento no sirve para aumentar



nuestro conocimiento ya que no se agrega nueva información distinta a la que poseíamos en las premisas; pese a ello, es útil para analizar la validez del razonamiento.

Una inferencia deductiva podría esquematizarse de la siguiente manera:

REGLA GRAL	+	CASO=	RESULTADO.
Todos los perros muerden.		Pepo es un perro.	
Pepo muerde.			

Por otro lado, existe el razonamiento de tipo inductivo que nos permite extraer una regla general a partir de casos y resultados, y a diferencia del anterior, actúa desde lo particular hacia lo general. Sin embargo, en este tipo de razonamiento la conclusión nunca podrá ser infalible, de manera que la verdad de las premisas no garantiza la conclusión, sino que la hace razonable o probable.

CASOS INDIVIDUALES	+	RESULTADO
= REGLA GENERAL.		
A, B y C son perros		A, B y C muerden.
Todos los perros muerden		

Finalmente, un razonamiento de tipo abductivo nos permite inferir un hecho particular a partir de otro hecho que se conoce y de una regla (universal o probabilística), de modo que la conclusión a la que se arriba es más o menos razonable.

REGLA GRAL.	+	RESULTADO	=
CASO CONCRETO.			
Los perros muerden. Pepo mordió a una Sra.			
Pepo es un perro.			

En realidad, hablar de “abducción” es hablar de la “falsedad de la afirmación del consecuente”, la cual es útil para dar explicaciones *plausibles*. Si se observa el ejemplo, tenemos una conclusión factible, aunque no necesaria (ya que Pepo puede ser un perro, un gato, un león, una persona, etc.).

La fiabilidad de las inferencias varía según la forma de conocer los hechos probatorios: si surge de la observación directa del juez, si es resultado de otra inferencia, etc. De modo que su fiabilidad -en principio- será MAYOR cuanto MENOR sea la cadena de inferencias que llevan a ellos ¹⁸⁰.

A la hora de analizar el razonamiento probatorio (el cual en alguna medida siempre se sustentará en inferencias epistémicas o inducciones), llegamos a la conclusión de que nunca podremos adquirir certezas (lógico-racionales) acerca de la verdad de una hipótesis, y es por eso por lo que las conclusiones a las que se arriben serán en grado de probabilidad.

Determinación del dolo

El concepto de dolo ha generado diversos debates para la doctrina y ha sido objeto de extensas teorías, pero nos centraremos en la concepción del dolo tomando en cuenta los estados mentales del agente.

180 Decimos “en principio” ya que no necesariamente la observación directa nos permite llegar a conclusiones más acertadas epistémicamente; por ejemplo, un juez con problemas de visión puede considerar que un automóvil es de color azul, cuando en realidad es blanco. Justamente, en este caso, el testimonio de un testigo -un intermediario entre el juez y el hecho que se pretende conocer- será más útil para conocer el real color del automóvil que la percepción del propio juez.

En palabras de ROXIN ¹⁸¹, por dolo se entiende al conocimiento (el saber) y la voluntad (querer) de los elementos que conforman el tipo objetivo. Efectivamente, Winfried HASSEMER ¹⁸² sostiene que éste caracteriza fenómenos internos del individuo que se refieren al acontecer externo, es decir, que el dolo sólo puede residir en la voluntad y en la representación de la persona y no en aquello que es externo a él.

Entonces, con este término afirmamos que la voluntad es un estado mental, una entidad interna que ocurre en la psique de una persona. Hay una famosa frase en latín que lo define muy bien: *Actus reus non facit reum nisi mens sit rea*, y quiere decir que un acto NO hace culpable a alguien sin una mental criminal detrás, y ése es el punto central de nuestra investigación: determinar si se puede separar al acto del actor y buscar el ánimo de realizarlo.

En lo que hace concretamente a la prueba de la intención, la cual permite determinar si el comportamiento ha sido doloso o no, encontramos dos postulados.

En primer lugar, encontramos la corriente normativa-objetiva, para la cual el dolo no se prueba, sino que se imputa. Sus fieles rechazan el aspecto psicológico/volitivo al considerar que un hecho puramente interno se *deduce* (a partir de una regla general y un caso concreto) por las circunstancias externas del hecho y su contexto. Es decir, que la intención se presume (pero no se conoce ni se

181 ROXIN, Claus. (1997), *Derecho penal parte general*, Ed. Civitas.

182 HASSEMER, Winfried, (1999), *Los elementos característicos del dolo*.

prueba). A modo de esquematización y ejemplificación el razonamiento de sus fieles sería el siguiente:

-Regla general: Todos los comportamientos homicidas son intencionales.

-Caso concreto: Luján desarrolló un comportamiento homicida.

-Resultado: Luján se comportó intencionalmente.

Sin embargo, rechazamos esta teoría debido a que contradice la finalidad del proceso que no es otra que la averiguación de la verdad.

Por otro lado, la tesis subjetiva o psicológica realiza una individualización y valoración respecto de cada supuesto concreto.

No está de más mencionar una variante de esta teoría que contempla la esencia real de agente y no la versión ideal de una persona promedio, tomando como referencia el ser y el deber ser; de modo que se contraponen la conducta realizada con la que debería haber llevado a cabo según su bagaje cognitivo. En otras palabras, para esta corriente, habría que comprobar que, en su mejor versión, hubiese tenido a su disposición todo lo que se necesitaba para evitarlo y que en la versión real no lo evitó.

Retomando con los principios centrales de la tesis subjetiva, se actúa dolosamente cuando se pueda acreditar, de modo fehaciente, que se ha realizado la conducta típica contando con CONOCIMIENTO e INTENCIONES, pero sin olvidar que nunca podremos averiguar lo que pasó por la cabeza del autor.

Lo postulado por esta teoría condice con el modelo cognoscitivista y con la finalidad del proceso ya que habría una aproximación mayor a los hechos y, por ende, una correcta aplicación del Derecho, además de que se garantizarían derechos de los individuos sujetos al proceso penal.

A su vez, la necesidad de que se acredite la realidad psicológica del sujeto como presupuesto para aplicar el dolo, garantiza al sujeto la posibilidad de advertir, en cualquier situación, qué conductas de las que se pueda realizar van a ser encuadradas dentro del delito doloso (y sancionadas), otorgándosele la posibilidad de evitarlas. Puesto que, si se renuncia a la búsqueda de la verdad material, la imposición de la pena podría implicar la “instrumentalización” del sujeto.

V. Atribución de la intención

La intención no es nada más ni nada menos que un estado mental, y como tal, posee un “modo subjetivo de existencia”, es decir, que sólo el propio sujeto conoce lo que ocurre en su mente. El conocimiento de la intencionalidad al comportamiento de un agente adquiere suma importancia ya que nos permite determinar la clase de acción que realizó y nos ayuda a determinar si efectivamente es pasible de ser encuadrada dentro de las acciones dolosas o si fue producto de la imprudencia y/o negligencia.

Desde antaño, la doctrina ha sostenido que los hechos psicológicos no son susceptibles de prueba directa, sino que se pueden determinar a través de la prueba de indicios, vale decir que deben ser inferidos o presumidos a partir de la conducta externa del agente al que se le atribuyen y de las circunstancias propias del contexto. Esta postura se ha sostenido en diversos fallos del Tribunal de Casación (por ejemplo, la causa n° 95.716) y, en palabras del juez exponente, “se recurre a un dato objetivo del cual se infiere la subjetividad del agente”. Respaldándose en la jurisprudencia española, se consideran ciertos puntos

que deben ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el ánimo del autor:

- a. La relación entre autor y la víctima.
- b. Personalidad del agresor.
- c. Las actitudes antes del hecho (si mediaron actos provocativos, insultos, etc.).
- d. Las manifestaciones de los intervinientes (testigos).
- e. El arma empleada y su idoneidad para matar y lesionar.
- f. La zona del cuerpo a la que se dirigió la acción, su vulnerabilidad.
- g. La insistencia y reiteración.
- h. La conducta posterior.

Parecería ser que la Casación mantiene una postura objetiva acerca de la determinación del dolo al considerar que éste se imputa y que un hecho puramente interno se presume de acuerdo a circunstancias externas. (Método inductivo).

Entonces, si el dolo consiste en el aspecto subjetivo de atribución, ¿por qué algo subjetivo debe basarse en los hechos externos o en el aspecto objetivo? A mi parecer, la prueba de indicios no sirve para reconstruir de modo fidedigno los hechos psíquicos existentes en la cabeza del acusado al momento en que se llevó a cabo el hecho objetivamente típico.

No hay que olvidarse que el ser humano siempre (o en la mayoría de los casos) actúa en función de un fin, precisamente, actuar con una intención es actuar persiguiendo una finalidad, de modo que procurar ese objetivo es el motivo por el cual realiza esa acción. Así, debe mediar una relación entre “comportamiento”, “creencias” e “intenciones”.

Sin embargo, hay que tener presente que no todas las acciones son voluntarias dado que existen, por ejemplo, los actos reflejos. Obviando estos últimos, se puede atribuir ciertos grados de intencionalidad a las acciones realizadas por los agentes:

En primer lugar, tenemos las acciones expresivas, las cuales reflejan alguna emoción o estado de ánimo y se podría decir que son mínimamente intencionales.

En segundo lugar, nos encontramos con las acciones puramente provocadas ya que el sujeto quiere el fin y quiere la acción, pero la ve como un medio para conseguir otro fin (se refiere al ejemplo mencionado previamente).

Y finalmente, existen acciones intencionales pero que no se dirigen a un fin distinto de la mera realización de la propia acción; en otras palabras, la acción que realizó es el fin mismo; aunque si lo pensamos fríamente, sí persiguen un fin: satisfacer su deseo. (Por ejemplo, leer por placer).

Por esos motivos, es menester fijar grados de racionalidad respecto de los motivos (razones) que mueven al sujeto a actuar de una determinada manera y no de otra:

a. Racionalidad perfecta: el sujeto actúa motivado por razones objetivamente buenas.

b. Racionalidad imperfecta: actúa movido por razones que a él le parecen buenas pero que objetivamente no lo son.

c. Racionalidad mínima: la persona actúa en base a razones que, en ese momento, parecían buenas pero que, por razones de urgencia, falta de deliberación, exceso de emotividad, entre otras, no coincidían con lo que hubiese hecho en condiciones normales.

Frente a la necesidad de establecer una conexión entre la intencionalidad y la racionalidad que priman en toda

acción, GONZÁLEZ LAGIER ¹⁸³ propone un modelo al que denomina “Principio de racionalidad mínima” (P.R.M) enunciándolo de la siguiente manera:

“*Si un agente actúa intencionalmente (y, por lo tanto, persigue un fin), siempre realiza la acción que cree más adecuada para lograr ese fin que persigue*”.

En base a esta regla, podríamos desarrollar el siguiente razonamiento (cuya conclusión se correspondería con la *intención* del sujeto):

1. Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM).
2. S creía que la manera más adecuada de conseguir F consistía en hacer A en las circunstancias C
3. S hizo A en las circunstancias C
4. S hizo A con la *intención* de conseguir F

De igual forma, y mediante la aplicación de la misma regla, podríamos inferir la *creencia* del sujeto actuante:

1. Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen (PRM).
2. S hizo A en las circunstancias C
3. S hizo A con la intención de conseguir F
4. S *creía* que la manera más adecuada de conseguir F consistía en hacer A en las circunstancias C

Asimismo, establece una especie de lógica de las intenciones en función de principios, como por ejemplo el de no contradicción o el de la transmisión de las consecuencias necesarias. Y propone que la atribución de las creencias

183 GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, (2006, “La prueba de la intención y la explicación de la acción”. Revista Isegoría N° 35.

del agente se realice respecto de los conocimientos básicos de todo ser humano, normalmente socializado (producto de la vida en sociedad) pero teniendo en cuenta su condición personal.

VI. Cierre

Teniendo presente que el ser humano actúa persiguiendo un fin y que dicho fin sólo él lo sabe, el conocimiento al que se podrá arribar con relación a la existencia de dicho estado mental nunca podrá ser absoluto. Aunque se han planteado diversos modelos para establecerlos, la mayoría son exiguos.

Por un lado, el modelo de indicios/presunciones resulta insuficiente para determinar la verdadera intención del agente ya que toma como referencia el contexto y los elementos objetivos de la conducta obviando el motivo que lo llevó a actuar de determinada manera. Con ello, no quiero decir que sea incorrecto lo que hacen los jueces ni que deba ser dejado de lado, sino que necesita complementarse con la llamada “lógica de la situación”. Dicho de otra manera, debería realizarse teniendo en cuenta el marco físico y el entorno social e institucional en el que actúa el agente, y contrastando la conducta realizada con la que debería haber llevado a cabo según su bagaje cognitivo.

Con respecto al razonamiento probatorio para llegar a dichas conclusiones, el método idóneo consistiría en un argumento de tipo deductivo que nos permita subsumir un caso concreto a una regla general para así obtener un resultado, que no es nada más ni nada menos que el estado mental.

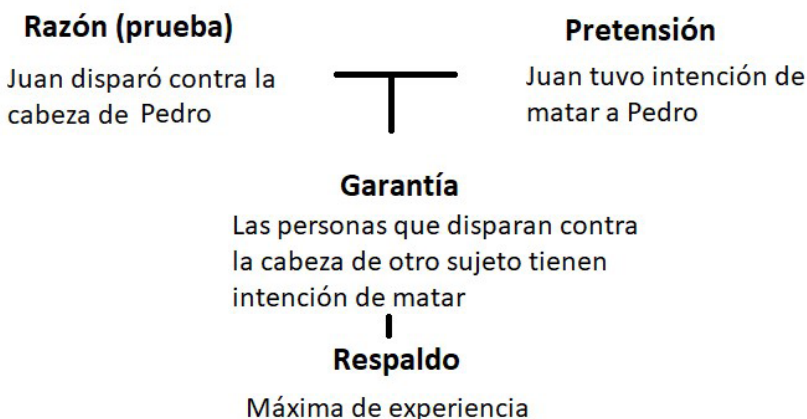
A modo de ejemplo:

a. Premisa mayor: las personas que disparan contra la cabeza de otro sujeto tienen *intención* de matar.

b. Premisa menor: Juan disparó contra la cabeza de Pedro.

c. Resultado: Juan tuvo *intención* de matar a Pedro.

Utilizando el modelo de TOULMIN, podríamos esquematizarlo de la siguiente forma:



En consecuencia, el desarrollo argumentativo que expongo en este artículo parte de la premisa de que los hechos mentales no se podrían percibir y que, por ende, nunca sabríamos con certeza si el agente tuvo la intención de realizar la acción o no. Sin embargo, en el transcurso del mismo, he llegado a la conclusión de que los estados mentales, efectivamente, son susceptibles de ser conocidos, encontrándose la prueba de ellos en la *cotidianidad* de nuestras acciones.

Paso a explicarme.

Considerando que el ser humano es un ser social y que necesita de los otros para existir y desarrollarse, debido a esa constante interacción, ha aprendido a interpretar

las acciones de sus pares y, en consecuencia, a atribuirles un significado e intencionalidad. A modo de ejemplo, nos encontramos conduciendo por una calle y al llegar a la intersección, el vehículo que se encuentra listo para cruzar nos hace señas con la mano para que pasemos, y a partir de esa acción, entendemos que el conductor tiene la intención de dejarnos pasar.

Pero no hay que olvidarse de que nunca llegaremos a un conocimiento certero, de modo que, siempre va a quedar un grado de duda. Si continuáramos con el ejemplo anterior, podríamos pensar que el otro conductor no nos quería dejar pasar, sino que estaba espantando una mosca, pero lo que nos lleva a presumir y, consiguientemente a tener por probado la intención del otro sujeto, son los elementos o pruebas suficientes que tenemos en favor de dicha hipótesis: por ejemplo, el hecho de que se encontraba detenido en la esquina cuando debería haber cruzado o al menos haberlo intentado, los vehículos que se encontraban detrás del mismo esperando para avanzar y las señas realizadas por el conductor, las cuales se respaldan en máximas de experiencia presentes en los conocimientos de todos los conductores.

Para finalizar, todas nuestras acciones tienen una intención detrás, algunas son manifiestas y otras se encuentran ocultas o peor aun, se encuentran presentes y no las reconocemos como tales.

Bibliografía

FERRER BELTRÁN, Jordi, (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, (2004), *Los hechos en el derecho*, Marcial Pons, Madrid.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, (2006), “La prueba de la intención y la explicación de la acción”. Revista Isegoría N°35.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Apuntes sobre prueba y argumentación jurídica*.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, (2016), *La estructura de la acción humana*. Universidad de Alicante.

HASSEMER, Winfried, (1999), *Los elementos característicos del dolo*.

IRISARRI, Santiago M., (2020), “Prueba, verdad y principio de legalidad”, Thomson Reuters, La Ley. Revista de derecho penal y criminología.

IRISARRI, Santiago M., (2021), *Valoración racional de la prueba testimonial*, Ed. Cathedra.

MASON, Anthony, (1995), *Law and morality*.

PARSONS, Simon, (2000), *Intention in criminal law: Why is it so difficult to find?*

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, (1998), *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, Universitat Pompeu Fabra. ROXIN, Claus, (1997), *Derecho penal, parte general*, Civitas.

TARUFFO, Michele, (2002), *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta.

**Programas
de Extensión
UDE - 2021**



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 2021; 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, y dejar de tener esa intermediación 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.

ACTIVIDADES EXTENSIÓN 2021

-11/3/ - 15/4/21 Taller de Comportamiento No Verbal 2021. Dr. GIANNONE. Cátedra de Optativa III y ATENEO IBERO LATINOAMERICANO DE CRIMINOLOGÍA, CRIMINALÍSTICA, ORALIDAD FORENSE Y CIENCIAS CONEXAS

-17/3/21 *Presentación del Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad del Este en la Asociación Platense de Inquilinos*, en el marco del convenio suscripto el 11/03/2020.

22/3/21-23/6/21 Taller sobre Educación Olímpica y Valores. Cátedra Libre de Deporte y Sociedad

-9/4/21 Encuentro del Observatorio de Derecho Tributario y Financiero de la UDE que invita a reflexionar respecto de las ineficiencias que se presentan en la satisfacción de los derechos que la Constitución le asegura a los ciudadanos y si es posible otra mirada en la elaboración del presupuesto

-¿Se pueden financiar todos nuestros derechos? Repensar la mirada del presupuesto desde el lugar de los derechos de los ciudadanos.

Disertantes: Dr. Horacio CORTI y Lic. en Economía Javier IBARLUCIA.

-31/3/21 Jornada Binacional Argentina-Chile: Inauguración del Instituto de Derecho Antiguo y Comparado de la UDE y *presentación de la Cátedra Internacional de Estudios de Derecho Romano. UDE- UCT.* - Publicidad del Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad del Este en la Asociación Platense de Inquilinos y en

la Subsecretaria de Derechos Humanos de Ensenada. La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este, en el marco de sus actividades de extensión, y pensando en los sectores más vulnerables de la ciudad, dará inicio a la

- atención virtual del Consultorio Jurídico Gratuito para Inquilinos -todos los lunes de 14:00 a 16:00 hs- y del Consultorio Jurídico Gratuito en la Municipalidad de Ensenada -todos los miércoles de 14:00 a 16:00 hs-,

-5/4 Jornada Internacional sobre Justicia Restaurativa Dr. GIANNONE. Cátedra de Optativa III y Ateneo Ibero Latinoamericano de Criminología, Criminalística, Oralidad Forense y Ciencias Conexas

7/4/21 Jornadas internacionales violencia de género, prevención y erradicación. Dr. GIANNONE. Cátedra de Optativa III y Ateneo Ibero Latinoamericano de Criminología, Crminalística, Oralidad Forense y Ciencias Conexas

-14/4 *Presentación virtual. Consultorio jurídico gratuito en la ciudad de Berisso*

-29/4/ 21 Encuentro del Observatorio de Derecho Tributario y Financiero de la UDE con participación del Observatorio de Derecho Administrativo UDE

Importancia de la Pretensión Declarativa de Certeza en el Derecho Administrativo y Tributario.

Disertantes: Dr. Luciano ENRICI y Dr. Álvaro LUNA REQUENA.



15/6 Encuentro del Observatorio de Derecho Tributario y Financiero de la UDE con participación del Observatorio de Derecho Administrativo UDE

La revisión de los actos de la Administración por parte de los Tribunales Fiscales.

Disertantes: Dr. Pablo GARBARINO, Dr. Benjamín DUFOURC y Dra. Mercedes SASTRE.

30/6 *Presentación virtual. Convenio de colaboración y cooperación entre la Universidad del Este, Asociación Civil Centro Cultural Educativo y Comedor Abuela Elvira y la Asociación Civil Salud Activa.* Organizada por la Dra. Camila PEREYRA.-

-7/7 Valoración de la prueba con perspectiva de género. Organizada por la Dra. Analia REYES.- Ateneo de Ciencias Penales

- 14/7 Inauguración de la sede La Plata de la Red Provincial por Mujeres libres de Violencia. Participación del Equipo de Asistencia Dras. PEREYRA, KODA y FERNÁNDEZ RUIZ

-10, 17 y 31 de agosto de 18:00 a 20:00 horas “Ciclo de encuentros sobre Género y Raza en el Juicio por Jurados”. Organizado por la Dra. Analia REYES.- Ateneo de Ciencias Penales

-12/8 Observatorio de Derecho Tributario y Financiero.- Primero el peaje, luego el ahorro forzoso ¿y ahora qué? El caso del Aporte Solidario sobre las grandes fortunas.

Disertantes: Dr. José María SFERCO y Dr. Ezequiel MALTZ.

-8 de septiembre al 1 de diciembre “Taller de capacitación en técnicas de litigación penal” Organizado por la Dra. Analia REYES.- Ateneo de Ciencias Penales

-27/8 al 15/10 de 16 a 18 horas Litigación Adversarial en Delitos Económicos (cuestiones esenciales). Organizado por la Dra. Victoria HUERGO. Observatorio de Delitos Penal Económico

-27 de septiembre de 2021 de 18:00 a 20:30 horas Juicios digitales, mixtos y audiencias remotas. Organizado por la Dra. Analia REYES.-Ateneo de Ciencias Penales

-4/10.- Observatorio de Derecho Tributario y Financiero

Presentación del *Tratado de Derecho Tributario, Procedimientos y Administración Tributaria*,

Dres. Jorge Saverio MATINATA, Pablo GARBARINO, Adolfo IRIARTE YANICELLI y María Florencia FONTANA

12 a 25/10- Taller de Responsabilidad Civil Docente. Desarrollado en el Instituto Modelo de Educación Física y destinado a los docentes en formación de la carrera de Profesorado en Educación Física. Responsable: Dr. Ricardo Germán RINCÓN

- 30/11 Aspectos prácticos del nuevo régimen de notificaciones electrónicas en la Provincia de Buenos Aires. Organizadora Dra Victoria GISVERT

09/12/2021 Observatorio de Derecho Tributario y Financiero



Introducción al mundo de los Criptoactivos. Enfoque económico, legal y tributario para optimizar su utilización. Bitcoin, Ethereum y más.

Presentación del libro: *Tributación Local. Estudio integral y sistemático de la fiscalidad provincial y municipal. A 20 años del Seminario Internacional sobre tributación local - Dr. José Osvaldo Casás, Ad Hoc, 2021*

Disertantes: Dr. Nicolás Nahuel GROSS, Lic. en Economía Andrés MANZUR ECHAVE y Cdor. Juan Manuel DURÁN.

CANTIDADES

4 Presentaciones virtuales

3 Jornadas Internacionales

4 Talleres de 6, 8 y 10 encuentros respectivamente

3 Consultorios (Asistencia a Víctimas de Violencia; Berriso e Inquilinos) con actividad semanal

11 Conferencias

Autoevaluación 2018

La extensión y la transferencia son actividades fuertemente desarrolladas en la UDE. Si bien las actividades de extensión han sido múltiples y variadas, se espera su incremento a fin de ofrecer un enriquecimiento cultural, profesional y académico de los alumnos en carrera, como de la comunidad en general. Dada la importancia que tiene contar con el apoyo de otras Universidades, nacionales y extranjeras, que aporten experiencia en gestión y docentes calificados, compartiendo investigaciones sobre temas de interés común, permitiendo compartir costos operativos y propiciando el intercambio de docentes y alumnos, nuestra Universidad se propone seguir avanzando en el camino iniciado, profundizando vínculos con instituciones de todo el mundo habiéndose alcanzado algunos logros.

El marco de áreas temáticas de vinculación con el medio es amplio y responde tanto a las necesidades institucionales como a las iniciativas de las Cátedras que a través de sus contactos o posiciones laborales propician este tipo de vínculos.

A fin de ampliar la estructura en materia de extensión, tal como se ha realizado en el ámbito de la investigación, se dispondrán fondos especiales para la financiación de las actividades, programas y proyectos.

En la devolución de la “RESPUESTA A LA VISTA 2019/2020” se señaló como déficit:

“Es escaso el desarrollo de proyectos de extensión relacionados con la disciplina así como la participación de docentes y alumnos en estas actividades”.

A ello se respondió:

La actividad de extensión se viene impulsando decididamente al interior de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a partir del proceso de autoevaluación desarrollado en 2018. En este sentido, la unidad académica ha alentado la participación de docentes y estudiantes en las jornadas, charlas y conferencias que, en número creciente, se vienen desarrollando año tras año.

A los efectos de fortalecer el área se ha aprobado la creación de observatorios y cátedras libres cuya actividad se sostiene en el tiempo. En las actividades que éstos desarrollan se alienta la participación de estudiantes y docentes, dándose difusión de las mismas a través de las redes de comunicación que dependen de la Universidad.

Debe destacarse asimismo, que desde el año 2019 comenzó la vinculación directa con la comunidad a partir de la experiencia del consultorio jurídico en la Municipa-

alidad de Ensenada. A partir de esta experiencia positiva, se prevé su multiplicación a otros escenarios. Al momento actual, se encuentran en funcionamiento los consultorios aprobados por el Consejo Académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para el municipio de Berisso y el seguimiento de la problemática de los inquilinos de la ciudad de La Plata. En el segundo semestre se prevé el comienzo del funcionamiento del Servicio de Asistencia a mujeres víctimas de violencia.

Por otro lado, se ha trabajado con diferentes equipos de cátedra a partir de las propuestas recibidas sobre extensión. Éstas serán puestas a consideración del Consejo Académico como ya lo han sido oportunamente los consultorios, los observatorios y las cátedras libres. Sin perjuicio de lo expuesto, se seguirá trabajando con los docentes, estudiantes y graduados en el fortalecimiento del área.

Se indicaron como estrategias para lograr los resultados pretendidos:

“Todo Proyecto de Extensión que se desarrolle en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (FDyCS) se debe adecuar prioritariamente a lo establecido en el Plan de Mejoras. El mismo se encuentra en consonancia con lo establecido en el Estatuto y en el Reglamento de Extensión de la Universidad del Este. En nuestro caso, la idea de extensión se erige sobre el compromiso social de nuestra unidad académica con respecto a su entorno socioeconómico, político y cultural.

Para dar respuesta a este requerimiento y a los efectos de impulsar la actividad de extensión se propone el Plan de Mejoras “Desarrollo de las Actividades de Extensión 2021-2023”, aprobado según Res. 25/21:

Difundir las líneas de extensión que se considerarán prioritarias para el trienio 2021- 2022-2023.

- Promover la adecuación de los programas y actividades de extensión a las líneas que se juzgan como prioritarias.
- Estimular el desarrollo armónico y sostenido de la actividad de extensión.
- Formalizar el acompañamiento a los equipos de extensión desarrollando la supervisión permanente.
- Generar la realización de encuentros de extensionistas y voluntarios a los efectos de intercambiar experiencias y evaluar la pertinencia y actualidad de las líneas de intervención desarrolladas

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

1. Informe pormenorizado de la Coordinación de la carrera de Abogacía

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 qué bibliografía hay con respecto a su materia y en caso de necesitar solicitarla al Decanato o a Biblioteca. La situación de pandemia llevó a que los intercambios entre las cátedras y la biblioteca se canalizaran por vías no presenciales.

*CVAR: Ingresar y adjuntar cualquier cambio en su CV

*CONEAU: se les informó a todas las cátedras que la carrera está en etapa de acreditación, por lo que necesitaremos de su colaboración permanente.

*Horarios de Cursada: se les informó el horario de la cursada y su estricto cumplimiento. VIA FORMATO DIGITAL

* Campus: Cargar todo tipo de actividad

*Asistencia de los docentes: se les informó 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.

Curso de Ingreso 2022

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

El siguiente informe describe en breve líneas la actividad desarrollada por nuestra Facultad con respecto al curso introductorio a nuestra carrera en lo que incumbe al ciclo lectivo de año 2022.

El mismo se desarrolla entre el lunes 7 de marzo de 2022 al 11 de marzo de 2022 inclusive en el horario de 18 a 21 hs., de manera virtual.

Finalidad:

La finalidad 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.

Propósito del Curso introductorio:

PROPÓSITOS

- 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.

Organización del Curso:

- 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:

- Módulos de trabajo de carácter teórico y práctico, centrado en contenidos de Derecho, 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.



FACULTAD DE DERECHO
CURSO DE INGRESO 2021
CRONOGRAMA: SEMANA del 7 al 11 de marzo de 2022

Día	Fecha	Horario	Contenidos y Actividades	Dónde	Quiénes	Recursos
1	Lu- nes 7 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Palabras de Bienvenida Presentación y seguimiento de la Carrera.		Decano Dr. Ricardo German Rincon. Coordinador Dr. Pablo Federico Puente Coordinadora de Alumnos Dra. Isabel Trybalski	Pre- sen- cial
2	Mar- tes 8 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Principios y contratos de consumo. Derecho del Consumidor.		Dr. Francisco Lopez-Simpsons	Pre- sen- cial

**Anuario. Principales actividades de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales - Año 2021**

3	Miércoles 9 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Lineamientos Generales del Dere- cho Penal		Dr. San- tiago Irisarri	Pre- sen- cial
4	Jueves 10 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Linea- mientos Generales del Dere- cho Civil		Dra. Lis Amaya	Pre- sen- cial
5	Vier- nes 11 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Linea- mientos de Intro- ducción al Derecho y Aspectos procesales Civiles fundamen- tales.		Dra. Camila Pereyra y Victo- riaGis- vert y el Dr. Alberto Perez Nuñez	Pre- sen- cial

Funciones Realizadas por el coordinador de la carrera:

- Supervise el desarrollo curricular del plan de estudios.
- Eleve al Decanato los programas de las asignaturas.
- Supervise las actividades docentes de la carrera y el cumplimiento de los lineamientos pedagógicos establecidos en las diferentes modalidades de dictado.
- Asesorare a docentes y estudiantes sobre incumbencias, metodología de estudio, elaboración de los programas de asignaturas, guiones didácticos en las modalidades a distancia y cuestiones académicas de la carrera a su cargo.
- Controle el cumplimiento de las obligaciones estatutarias y reglamentarias por parte de docentes y estudiantes de la carrera.
- Colaborare con los asistentes de la Facultad en hacer cumplir a docentes y alumnos los requerimientos administrativos. (Inscripción a las materias, Inscripción de las Tesis, Designación de tutores, Fechas de entregas de calificaciones, subir notas al SIU, entre otras) colaborando y formando parte de los equipos de trabajo de la Facultad
- Lleve el Registro de Pasantías de los estudiantes de la carrera y gestionar todo lo concerniente a las mismas
- Eleve al Decanato aquellas situaciones que ameriten medidas disciplinarias con el informe circunstanciado correspondiente y emisión de criterio en forma obligatoria

- Estimule la participación de docentes y estudiantes en los programas y actividades de extensión e investigación que sean desarrollados por la Facultad y por la Universidad
- Supervise el seguimiento de estudiantes realizados por los tutores e intervenir en las situaciones que lo ameriten
 - Eleve al Decanato un informe anual de las actividades llevadas a cabo, así como de las previsiones a ser consideradas para el ciclo lectivo posterior.
 - Convoque a reuniones periódicas de docentes y administradores de sedes con el fin de monitorear y mejorar continuamente la calidad de enseñanza.
 - Promueva las actividades de difusión sobre el plan de estudios a su cargo.
 - Trabaje en conjunto coordinadamente con el Decano de la Carrera, la Secretaria del Decanato, la Secretaria Académica, el Consejo Superior, el Secretario de Investigación y Extensión, el Coordinador de Extensión, los Docentes de Mayor Dedicación, la Tutora de Alumnos y las Sied Virtuales.

Intercambio con las Sied Virtuales Mariana Gigena y Eugenia Martinelli:

El Intercambio es diario y cotidiano, en donde las SIED virtuales tienen contacto directo con las cátedras, y el control del Campus Virtual. Su desempeño es “altamente satisfactorio”, tanto en la recepción y comunicación con los docentes como con el decanato. De la misma manera Verónica Castrillon, con quien tenemos contacto asiduamente, y su respuesta siempre es clara, rápida y satisfactoria.

Dr. Pablo Federico PUENTE
Coordinador de la Facultad de Derecho
UDE

Graduados del año 2021

ABOGADOS/AS

ANGLADA, Carlos Manuel
BIMERCATI, Luis Alberto
BRANDI, María Camila
CASANO, Magalí Ayelén
GUTIÉRREZ, Damián Emmanuel
LANNI, Karen Florencia
LEIRIA, Cristina Edith
LUCERO, Esteban Manuel
MANFREDO, Lucrecia Priscila
NEVES, Sandra Lucía
PELLEGRINI, Agustina
PETRUZZI, Paola Carina
RAINA, Martín Eduardo

PROCURADORES/AS 2021

ARIAS, Mariana Soledad
CENDOYA, Cristian Gabriel
CHAPARRO MARTINICH, Eduardo Alejandro
CHAVEZ, Ángel Facundo Martín
GONZÁLEZ ADEL, Julieta Celeste
GUEVARA, Bruno Alberto
HERRERA, Carolina
MUSARRA, Marcelo Gabriel
PELLÓN, Daniela Andrea
PÉREZ NÚÑEZ, Alberto Isaac
PEROTTI, Darío Alberto
PETRUZZI, Paola Carina
URRUTIA, Rodrigo

