

NÚMERO 1

2021

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

ARGENTINA

Convergencia Judicial

Revista Jurídica



REVISTA INTERDEPARTAMENTAL - COLEGIO DE MAGISTRADOS Y
FUNCIONARIOS DE LOS DEPARTAMENTOS JUDICIALES DE AZUL,
DOLORES, JUNÍN, PERGAMINO, NECOCHEA Y TRENQUE LAUQUEN.

Revista Interdepartamental CONVERGENCIA JUDICIAL

Consejo editorial

Por Departamento Judicial Dolores

Dra. Agustina FRANCO
Dr. Ezequiel ABAIT

Por Departamento Judicial Pergamino

Dra. Marcela A. SANTORO
Dr. Esteban ARGENTO

Por Departamento Judicial Trenque Lauquen

Dra. Magdalena ESPAIN
Dra. María Gabriela MARTINEZ
Dra. Florencia MARCHESI MATEAZZI

Por Departamento Judicial Junín

Dr. Luis Agustín DAGHERO
Dr. Matías QUIDIELLO

Por Departamento Judicial Azul

Dr. Pedro Luis ARROUY
Dra. Maria Jimena CABANA
Dr. Marcelo Claudio FERNANDEZ
Dra. María Jimena CABALLERO

Por Departamento Judicial Necochea

Dr. Diego MONACO
Dr. Luis VILLARUEL

Edición: Gabriela Urrutibehety
Diseño: Agustina Pereyra

Bienvenidos a la primera revista interdepartamental de la provincia de Buenos Aires

Por Pablo Noel¹

Aquí estamos, en el punto inicial de este nuevo espacio del que formamos parten diversos Colegios de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Buenos Aires.

Se concentran en mí estas palabras iniciales de la primera edición y es un orgullo, pero debo aclarar que mi voz es la de los colegios departamentales de Azul, Dolores, Junín, Pergamino, Necochea y Trenque Lauquen que hicieron posible este gran trabajo.

Es valioso recordar la gesta de esta revista, idea que nació por nuestros funcionarios y funcionarias, una idea que fue creciendo hacia los colegios que hoy somos parte de esta propuesta y que la transformamos en una realidad.

Encontrarán publicaciones relacionadas a los diferentes fueros que han sido escritas por los colegiados y colegiadas. También contamos con un espacio donde se difundirán las diversas actividades académicas de los Colegios que somos parte de esta revista.

No me quedan dudas de que este comienzo es una punta de lanza para espacios de diálogo, actualización y cooperación permanente entre las Departamentales que hoy nos unimos en esta aventura. Desde esa mirada, compromiso y escucha logramos promover la capacitación, la actividad académica, visibilizar el trabajo y compromiso de los asociados, así como también otorgar un espacio de expresión.

Bienvenidos y disfruten de esta primera revista interdepartamental.

¹ Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios de Necochea. Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Buenos Aires

Prólogo de la revista “Convergencia Judicial”

por Sergio Gabriel Torres¹



DR. SERGIO GABRIEL TORRES

Es muy gratificante ver materializada una idea que se originó en unas charlas en los consejos departamentales bonaerenses de Dolores, Junín, Necochea, Trenque Lauquen, Azul y Pergamino. Como resultado de ellas, surgió la búsqueda de una propuesta innovadora que los acerque y los iguale a sus pares más grandes, en cuanto al conocimiento de las problemáticas y soluciones que se dan en distintos ámbitos del Poder Judicial.

Tengo por convicción que el operador jurídico debe formarse constantemente, enriqueciendo su labor cotidiana para así poder ofrecer un servicio de justicia acorde a las demandas de la sociedad. Bajo esta premisa, considero que para que esto ocurra es necesario que las departamentales cuenten con un formato sencillo que los provea la información actualizada de la Suprema Corte y de los distintos fueros judiciales; y que las invite a la reflexión y al estudio respecto a la realidad jurídica y fáctica.

Es esta atmósfera de mejora continua es que hoy se presenta la revista “Convergencia Judicial” como una publicación que tiene como principal objetivo la difusión de trabajos, artículos doctrinarios y comentarios a resoluciones judiciales brindando una herramienta de fácil acceso que les permita estar actualizados y capacitarse sobre los temas que ocupan la agenda actual de todos los fueros judiciales de la región.

Así, este boletín proporcionará material de estudio variado que se verá reflejado en artículos de ocho páginas que serán publicados periódicamente a través de las redes sociales de los consejos y por vía de WhatsApp.

Es fundamental agilizar el acceso e intercambio de conocimiento entre quienes permanentemente se encuentran en constante elaboración de tareas que requieren sin duda un nivel de mayor exigencia de inmediatez, pero a su vez de calidad de trabajo.

La judicatura actual ya no depende de saber el derecho, pues la demanda social al servicio de justicia requiere respuestas fundadas y en clave con los compromisos asumidos en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

También es necesario mencionar que la situación de la pandemia por COVID-19 impulsó un cambio en la administración de justicia ante la incorporación de nuevas herramientas tecnológicas mediante las cuales se digitalizó información y replanteo los mecanismos de comunicación que hasta hace poco tiempo nos resultaban idóneos y que hoy fueron prácticamente superados por la innovación.

La creación de esta revista es una respuesta oportuna y creativa al cambio paradigmático descrito y es mi deseo que la divulgación del material verdaderamente enriquezca y fortalezca institucionalmente a los sectores a los que esta destinando y se convierta en un medio que contribuya favorablemente a la mejora del servicio de justicia.

¹ Sergio Gabriel Torres Ministro de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires



Penal



Una aproximación al problema del prohibicionismo en Argentina y su impacto en la criminalización de las mujeres

Por María Celina Ghiglione.¹⁻

Resumen

El endurecimiento de la legislación penal en materia de narcotráfico en razón del paradigma prohibicionista imperante a nivel mundial ha tenido como consecuencia directa la creciente prisionización de mujeres pobres, cis y trans, dedicadas a la delincuencia de subsistencia. Las estadísticas actuales dan cuenta del encarcelamiento masivo y sujeto a trato violatorio de derechos humanos que imputadas y penadas padecen.

Palabras clave: narcotráfico/ criminología feminista/ prohibicionismo/ criminalización secundaria/ cárcel/ derecho penal

Lo indica Naim (2006)²: todo negocio tiene sus personajes característicos pero el de la droga quizá más que ninguno. Las mujeres - cis y trans - como colectivo particularmente vulnerable y que padece las consecuencias de las políticas prohibicionistas, es el que me interesa destacar en este artículo.

En las últimas décadas el aumento sostenido y acelerado de la población penitenciaria femenina constituyó un fenómeno común en toda América Latina. En términos generales este incremento se

definió por el impulso de una política criminal centrada en los delitos relacionados con la comercialización y el tráfico de estupefacientes, como lo demuestran las estadísticas penitenciarias regionales. Argentina no ha sido la excepción³

Las mujeres que mayormente son alcanzadas por la selectividad penal en razón de su vínculo con las drogas forman parte de tipos sociales específicamente excluidos a nivel social y con altos índices de marginación económica. Influyen también en la reproducción de estas tipologías las condiciones del mercado formal de trabajo y las restricciones financieras.⁴

Al estudiar el contexto latinoamericano y las manifestaciones de criminalidad femenina deben examinarse las condiciones sociopolíticas del cono sur, el deterioro económico y la crisis, que no sólo han influido en el aumento de la pobreza sino también en la creación de economías informales: en esta región las mujeres constituyen una categoría mayoritaria de desempleadas y subempleadas⁵.

Por lo señalado, dentro de las posibilidades de subsistencia, el mercado de las drogas se transforma en una opción para ellas, aun cuando sigue siendo un ámbito en el que la mujer es objeto de discriminación y explotación por parte del hombre,

3 CELS - Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación. Mujeres en prisión: los alcances del castigo. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011, pág. 21. Disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>.

4 Silva De Souza, R. "Narcotráfico y economía ilícita: las redes del crimen organizado en Río de Janeiro". Revista Mexicana de Sociología, Año 66, número 1, México D.F., 2004, pág. 177.

5 "Según datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sólo en América Latina, más de 18 millones de personas son trabajadores domésticos, de los cuales el 93% son mujeres que llevan adelante esta tarea en donde el 77% de los trabajadores lo hace en la informalidad y cobrando la mitad de los salarios medios de estas economías" (D'Alessandro M. "Si hay futuro es feminista", Ediciones Le Monde diplomatique, Serie La media distancia, CABA, 2017, pag 57. Recuperado en <https://www.eldiplo.org/wp-content/uploads/2020/01/PDF-Dalessandro.pdf>)

1 María Celina Ghiglione es abogada graduada en la Universidad Nacional de La Plata. En el año 2020 finalizó su Especialización en Criminología en la Universidad Nacional de Quilmes. En 2017 obtuvo su Diplomatura en Criminalística y Criminología en la Universidad Siglo XXI. Desde el 2010 trabaja en la Defensoría Oficial del Departamento Judicial de Dolores.

2 Naim, M. Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando al mundo. Debate, Madrid, 2006, p. 84.



siempre limitada a ejercer papeles de transportista o mula.¹

La mujer forma parte de un colectivo que es oprimido en el mercado laboral, con una notable desigualdad de acceso a trabajos por lo que históricamente reciben una remuneración inferior a la de los hombres. Esta práctica, típica del mercado formal, se proyecta en el informal sumando a este extremo los riesgos propios de la violencia que rodea al narcotráfico y la mayor propensión que poseen a padecer delitos en razón del género, sin poder acceder al resguardo del sistema legal, sufriendo la amenaza de represión estatal.²

El poder punitivo, con un sesgo patriarcal, clasista y deshistorizador de aquellas a quienes atrapa en sus redes reproductoras de marginación, puede volverse un pie más de un Estado que posee una limitada presencia en cuanto a los factores sociales y económicos que inciden en el consumo, pero se vuelve omnipresente a los fines de coartar determinadas libertades individuales.

Los números impactan: de acuerdo al informe “Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina”, la población penitenciaria femenina de América Latina prácticamente se duplicó entre 2006 y 2011 (de 40 mil a más de 74 mil mujeres privadas de su libertad) la mayoría por delitos menores relacionados con las drogas.³

En el mismo sentido, el reporte de la Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de Estados Americanos, “Mujeres y drogas en las Américas”, afirma que el 70 por ciento de las mujeres presas en América Latina han sido detenidas por delitos no violentos vinculados al micro-tráfico de drogas.

Desde el marco de la victimología - si las estudiáramos como víctimas del sistema penal - podríamos demostrar sus rasgos comunes: todas

jóvenes, pobres, con nula o poca escolaridad, madres solteras y responsables de mantener el hogar y a sus hijos.

Se suman a los datos aportados los resultados de las encuestas realizadas por el CELIV y el PNUD en distintos lugares de detención, donde se expone que el tráfico y la tenencia de drogas han sido identificados como los principales delitos cometidos por las mujeres que se encuentran privadas de libertad, y que, en el caso de Argentina, el porcentaje de detenidas por estos delitos asciende al 50%.⁴

Ahora bien, en el mundo actual, capitalista y globalizado, no puede excluirse del análisis que el narcotráfico como segmento del crimen organizado posee implicancias internacionales y que la normativa común de los países impone una política prohibicionista que, a nivel local, afecta a las mujeres con altos índices de prisionización. Si bien en América del Sur la criminalidad organizada es un fenómeno complejo, diversificado y multifacético, el narcotráfico se ha destacado como la manifestación más rentable y desarrollada del crimen organizado en la región.⁵

En los últimos cien años el tema del control de las drogas ha dejado de ser un asunto local y se ha desarrollado una normatividad internacional que establece a nivel mundial una forma única de control represivo aplicable a todas las sociedades fundado en que el mercado de drogas, por ser global, exige una legislación que brinde elementos idénticos a todos los países para combatirlo.⁶

Ello implica que los estados como signatarios de las convenciones de drogas no pueden cambiar los compromisos que han asumido en forma internacional ni modificar su derecho interno en forma contraria al paradigma predominante.

Siendo que el presente artículo pretende indagar desde una perspectiva de género la particular

1 Del Olmo, R. “Reclusión de mujeres por delitos de drogas. Reflexiones iniciales” Revista española de drogodependencias. 1998, págs. 11 y 12. Disponible en https://www.aesed.com/descargas/revistas/v23n1_1.pdf

2 Krauthausen, C. “Poder y Mercado. El narcotráfico colombiano y la mafia italiana”. Disponible en <http://nuso.org/articulo/poder-y-mercado-el-narcotrafico-colombiano-y-la-mafia-italiana/>

3 Giacomello, Corina, “Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina”. Disponible en https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf

4 Garzón Vergara, J. C. “Duros contra los débiles, débiles frente a los duros: Las leyes de drogas y el accionar policial” Washington DC, 2015. Disponible en <https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/duroscontradebiles.pdf>

5 Sain, M. F. y Rodríguez Games. Tendencias y desafíos del crimen organizado en Latinoamérica (Vol. 2). Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo, Buenos Aires, 2015. Nota al pie 8.

6 Thoumi, F. La normatividad internacional sobre drogas como camisa de fuerza. Nueva Sociedad, 2009, p. 43. Disponible en <https://nuso.org/articulo/la-normatividad-internacional-sobre-drogas-como-camisa-de-fuerza/>



situación de vulnerabilidad de las mujeres que son seleccionadas por el poder punitivo, se deben considerar ya no las más altas estructuras dentro del fenómeno criminal del narcotráfico sino las agrupaciones pequeñas, que no tienen una estructura organizada compleja ni poder económico o autonomía funcional que les permita influir de alguna forma en la criminalización secundaria. Son estas agrupaciones, encargadas del narcomenudeo, las que surgen por el enorme crecimiento de la demanda.

Históricamente se ha justificado la severidad de los castigos para los crímenes vinculados a las drogas afirmando que con ello se reduciría su uso problemático, que quienes participan en el negocio dejarían de hacerlo por el riesgo de ser detenidos. Sin embargo, muchos estudiosos del tema han señalado que el crecimiento de las detenciones no es una política de control de drogas con una buena relación costo-beneficio y que no existe evidencia que pruebe que las políticas estrictas hayan dificultado el acceso a los estupefacientes.⁷

Así como el capitalismo y las políticas neoliberales han influido en la formación de economías ilegales y delitos transnacionales también han demarcado la forma en la que se legitima e instrumenta la pena de prisión.

La política penal de emergencia ha modificado la dimensión de la sanción penal que se ha convertido en un mero elemento de neutralización, puntualmente en países como Argentina que ha convalidado discursos punitivos populistas, enaltecendo el “derecho penal del enemigo”. La “guerra contra el narcotráfico” en este contexto de policialización de la seguridad y políticas de mano dura ha generado que las detenciones por infracción a ley de drogas aumenten, con una enorme aceptación social.

Entonces, hasta aquí, se puede resumir que las políticas prohibicionistas, propugnadas principalmente por Estados Unidos, han generado en el mundo legislaciones antidrogas que aumentan la criminalidad y no producen la disminución del consumo. Pero, ¿qué ocurre en Argentina? ¿Cómo

repercuten estas políticas en las mujeres que entran en conflicto con la ley penal?

Conforme a las estadísticas del Poder Judicial, del total de ingresos al sistema penal casi 70% corresponden a tenencia y consumo personal de drogas, apuntando la represión de contrabando de estupefacientes al eslabón más débil de la cadena: las mulas.⁸

Estos puestos generalmente son ocupados por mujeres que se encuentran en condiciones de alta vulnerabilidad socioeconómica, por lo que “el incremento de las penalizaciones en torno a la tenencia, el tráfico y la comercialización de estupefacientes significó también un proceso de criminalización diferencial entre los sexos, que impactó con mayor crudeza sobre las mujeres”.⁹ Esto se ha traducido en el aumento de cárceles para mujeres, acondicionadas para que se alojen ellas y sus hijos como una manifestación de una política estatal represiva que apunta a resolver la conflictividad social con violencia.

Argentina no puede ser evaluada sin comprender la precariedad situacional en la que se encuentra inmersa, que genera el crecimiento constante del consumo de sustancias y de los mercados minoristas, así como la precariedad institucional que lleva a que el narcotráfico crezca y se diversifique como emprendimiento criminal, lo que ha provocado que deje de ser un país de tránsito.¹⁰

Estas tendencias se acentúan en virtud de que no existe un cuadro de situación fenomenológica actualizado e integral respecto del narcotráfico que permita la creación de políticas estatales y la elaboración de acciones concretas apuntadas a los criminales organizados.

Se suma a ello la carencia de un organismo de gobierno especializado en el control del narcotráfico así como el vacío institucional generado por la ausencia de un dispositivo policial unificado y especializado en el control del narcotráfico, lo que produce fragmentación institucional en las diversas fuerzas policiales o de seguridad que deben

7 Bagley, B. Políticas de control de drogas ilícitas en Estados Unidos: ¿Qué funciona y que no funciona? La guerra contra las drogas en el mundo andino. Hacia un cambio de paradigma”. Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2009, p. 288 -289

8 Sain, M. F. “El fracaso del control de las drogas ilegales en Argentina.” Nueva Sociedad (222), 2009, pág. 140. Disponible en <https://biblat.unam.mx/hevila/Nuevasociedad/2009/no222/10.pdf>

9 CELS, Ministerio Público de la Defensa y Procuración Penitenciaria de la Nación, op. cit., nota al pie 2 pág. 25.

10 Sain, Marcelo F., op. cit. nota al pie 15, pág. 141.

implementar las estrategias de su control.¹¹

En nuestro país la aplicación de las leyes de drogas ha recaído sobre dos poblaciones en particular: las mujeres y los extranjeros. Según una investigación realizada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en las cárceles de mujeres la población de reclusas creció un 350 por ciento entre 1990 y 2007. El 80% de ellas no había tenido contacto anterior con el sistema penal, casi todas son madres con hijos menores a su cargo en el momento de la detención y un 64% jefas de hogares monoparentales.¹²

¿Qué ocurrió durante el año 2019, el año anterior a la pandemia? Entiendo que es representativo de la realidad argentina lo que ha ocurrido en la provincia de Buenos Aires por ser el espacio territorial con mayor cantidad de presos y unidades penitenciarias. Conforme con el Informe Estadístico Anual elaborado de datos obrantes en el Registro Único de Personas Detenidas de la Procuración General (RUD) que registra las cantidad de personas mayores de edad detenidas a disposición del fuero penal del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, al 31 de diciembre de 2019 había un total de 3.598 mujeres privadas de la libertad en los términos de la Ley N° 11.922, alojadas en la esfera del Servicio Penitenciario Bonaerense, alcaldías, dependencias policiales de la Provincia y en arrestos domiciliarios. De estas, las detenidas por infracción a la ley de drogas constituían el 44% de la totalidad de las detenidas, por cuanto fue durante el año 2019 el delito que más motivó la privación de libertad de mujeres.¹³

Si tomamos los datos a nivel nacional, es el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) el que brinda la estadística penitenciaria oficial del país y refleja en el informe del año 2019 el censo penitenciario realizado el 31 de diciembre de ese año. El número debe analizarse de la totalidad de los detenidos, dado que no distingue género al evaluar los tipos penales que motivaron detenciones en todo el ámbito de la República Argentina. Lo que

sí podemos saber es que hubo en todo el país 16.664 detenidos por infracción a la ley n° 23.737, un diez por ciento más que en el año 2018.¹⁴

El Informe Anual elaborado por la Comisión contra la Tortura señaló que entre los años 2002 y 2017 la cantidad de mujeres detenidas creció un 197.6% en la provincia de Buenos Aires, con un aumento interanual promedio de 8.31%. Las mujeres y trans padecen todo tipo de malos tratos y torturas, así como pésimas condiciones de alojamiento, prácticas que “dan cuenta del modo en que la ley penal y el poder patriarcal refuerzan la dominación y subordinación del varón sobre las identidades feminizadas”.¹⁵

Ello expone que al punitivismo propio de la detención se le agrega un plus de castigo que se aplica sobre el cuerpo de las mujeres detenidas que traspasa la individualidad y afecta también a todo el colectivo de mujeres detenidas, a las que se interpela a través de la sanción que pretende ejemplificar aun desde la ilegalidad.

El Informe del 2020 detalla que durante 2019 mujeres y personas trans padecieron incluso mayores violaciones de derechos humanos en el encierro y que su encarcelamiento se vincula estrechamente con el endurecimiento de la llamada “guerra contra las drogas”.¹⁶

Además, en las privaciones de libertad se ha mantenido la tendencia expuesta por el C.E.L.S., el Ministerio Público de la Defensa y la Procuración Penitenciaria de la Nación, en el libro *Mujeres en prisión*, donde se ha precisado que la mayoría de las mujeres privadas de libertad en Argentina está detenida bajo la imputación de comercialización y contrabando de estupefacientes, casi siete de cada diez mujeres. Nueve de cada diez extranjeras están

14 Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP). Dirección Nacional de Política Criminal, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. SNEEP 2019. p.8. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2019.pdf

15 Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria Informe anual 2018. El sistema de la crueldad XII. p.312. Disponible en <http://www.comisionporlamemoria.org/project/informes-anales>.

16 Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria. Informe anual 2020. El sistema de la crueldad XIV. p15. Disponible en

<https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cct/informesanales/informe2020/Otros/Intro.pdf>

11 Sain, Marcelo F, op. cit. nota al pie 15, pág. 145.

12 Garzón Vergara, J. C. op. cit. nota al pie 7, p. 6-7

13 Registro Único de Detenidos (RUD) Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Informe 2019. P. 36-51. Disponible en <https://www.mpba.gov.ar/files/content/Informe%20RUD-2019.pdf>

privadas de libertad por delitos vinculados a las drogas, cumpliendo el 96% su primera detención.

Dentro del grupo de las detenidas por delitos relacionados con las drogas se ha concluido probadamente que, a medida que aumenta la edad, la incidencia del delito de contrabando de estupefacientes disminuye, dejando en evidencia este estudio “las implicancias de su creciente criminalización como ‘mulas’, esto es, como último eslabón de la cadena del narcotráfico”.

¹⁷La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha analizado el impacto diferencial en las mujeres que se encuentran privadas de su libertad y ha expresado que se encuentran bajo el “completo poder” de los agentes del Estado y en una situación de indefensión (CIDH, 2017). Esto se revela también con el uso excesivo de la prisión preventiva en los procesos penales sobre mujeres.¹⁸

Para concluir, no quiero dejar de señalar que es el prohibicionismo y no la droga el eje del conflicto, ya que la constitución de estas políticas revela una decisión de los Estados de transformar a la persecución de adictos, mulas y pequeños vendedores en un asunto de seguridad nacional como resultado de una voluntad ideológica, cultural y funcional a algunos grupos e intereses internos y externos.¹⁹

Las cuestiones relativas al uso de drogas psicoactivas se han transformado en asunto de seguridad nacional y es este el paradigma que legitima el uso de la fuerza aplicada sobre los y las más débiles.

Si la pretensión de nuestro país fuera, por una cuestión de salud pública, disminuir el consumo de sustancias, tendrían mejor efecto en la solución del conflicto campañas de información públicas, permanentes y con extensa difusión, que tienen más eficacia a largo plazo, así como programas de tratamiento y rehabilitación como alternativa al encarcelamiento, tal como ha hecho la Proposición

n° 36 de California.²⁰

Es fundamental avanzar en reformas que permitan la proporcionalidad de las penas en razón de la lesión al bien jurídico que se pretende proteger, dado que las estadísticas analizadas para evaluar la situación de las mujeres en conflicto con la ley de drogas llevan a concluir que el foco estatal no debiera estar puesto en la represión violenta, sino en la resolución de los problemas socioeconómicos que subyacen al negocio ilícito, orientándose hacia la aceptación del enfoque de reducción de daños²¹, la despenalización de la tenencia y el cultivo de cannabis para uso personal.

Dado el efecto que vienen teniendo las políticas prohibicionistas sobre las mujeres en Argentina, considero que sería fundamental poner en práctica algunas de las recomendaciones elaboradas por el Consorcio Internacional sobre Política de Drogas, la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos y la Organización de Estados Americanos a través de la Comisión Interamericana de Mujeres, quienes han desarrollado propuestas para disminuir el número de mujeres privadas de su libertad, algunas de las cuales son: incluirlas en las políticas públicas escuchando a quienes han padecido el encarcelamiento para influir positivamente en la reforma de la justicia penal; elaborar políticas de drogas más incluyentes y con perspectiva de género; descriminalizar el consumo, estableciendo la posibilidad del uso, portación y del cultivo de drogas para uso personal y evitando la tipificación de estas actividades como delitos; destinar más recursos del Estado en servicios de salud, tales como programas de tratamiento de dependencia de drogas y servicios de reducción de daños con enfoque de género; reformar las leyes para que la privación de la libertad sea efectivamente el último recurso y que las penas sean proporcionales, eliminando las penas mínimas obligatorias; aplicar indultos o amnistías a favor de mujeres embarazadas, lactantes o que se encargan del cuidado de otras personas; reforzar la aplicación del principio de ley más favorable; garantizar el acceso a los beneficios en la ejecución de la sentencia y al derecho a la

17 CELS, Ministerio Público de la Defensa y Proc. Penitenciaria de la Nación, op.cit. nota al pie 2, pág. 31.

18 Comité Contra la Tortura. Comisión Provincial por la Memoria. op.cit. nota al pie 22, pág. 318.

19 Tokatlian, J. “Anotaciones en torno al crimen organizado: Una aproximación conceptual a partir de la experiencia de Colombia.” en Globalización, narcotráfico y violencia: siete ensayos sobre Colombia”. Norma, Buenos Aires, 2000, nota al pie 12, pág. 76

20 Bagley, B. op.cit. nota al pie 14, p. 291 y ss.

21 Bewley-Taylor, D., & Jelsma, M. “UNGASS 2016: ¿Un consenso roto o a-m-p-l-i-o?”. Disponible en https://www.tni.org/files/publication-downloads/dpb_45_sp_15082016_web.pdf



no discriminación por su nacionalidad y no usar prisión preventiva para mujeres embarazadas o con personas dependientes, entre otras²².

De esta manera se lograría dar una solución al problema del prohibicionismo en Argentina y reducir su impacto en la criminalización de las mujeres.

22 Guevara López, D. M. y Martínez, M. O. "Aumento del encarcelamiento de mujeres en América Latina: causas y recomendaciones". Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45498-aumento-del-encarcelamiento-mujeres-america-latina-causas-y-recomendaciones>.



Derribando mitos, construyendo realidades sobre abusos sexuales infantiles

Por Horacio Marcelo Centeno¹

Resumen

El abuso sexual es una realidad que afecta a muchos niños, niñas y adolescentes. El impacto psicológico y emocional que desatan los casos de violencia y abuso sexual infantil, entrecruzados con generalizaciones, prejuicios, miedos y diferentes discursividades, frecuentemente terminan nublando la capacidad para poder entender la complejidad de esta problemática que golpea a víctimas de todos los sectores sociales, indefensas y débiles, como niños, niñas y adolescentes. No quepan dudas que la delincuencia sexual constituye una problemática criminal de gran impacto para las menores víctimas que la sufren, toda vez que vulnera y transgrede lo más íntimo de ellas, empujándolas al abismo del daño emocional y la tortura psicológica. El problema es que la única posibilidad de diseñar estrategias de prevención para, eventualmente, reducir el riesgo de violencia sexual depende de nuestra capacidad para comprender la génesis de este fenómeno criminal, por lo que se torna necesario visibilizar “mitos dañinos” que es necesario derrumbar para prevenir y detener esta pandemia global.

El objetivo de este artículo consiste en describir los principales “mitos” que existen sobre los abusos sexuales infantiles, las víctimas y los agresores sexuales, a fin de que la visualización

de estas creencias sirva como modesto aporte para progresar en el camino de dismantelar estos prejuicios y falsas creencias que se producen con cierto consenso social.

Palabras claves: Abuso sexual infantil/ mitos/ agresores sexuales/ perfil criminal/ reincidencia

Mucha mitología rodea al abuso sexual y a sus protagonistas y la mejor manera de limpiar el terreno para la intervención es poder diferenciar qué y por qué constituye un mito y qué no lo es. Obviamente que los mitos con relación al abuso sexual infantil no se diluyen por el solo efecto del conocimiento específico en la temática. Ello es, indudablemente, el elemento fundamental porque ordena cuestiones básicas: difícilmente se pueda combatir un cáncer si se desconoce qué es, cómo actúa y qué lo provoca.

Son muy frecuentes los mitos en torno al abuso sexual infantil en la sociedad y, no quepan dudas, la circulación de los mismos puede influir notablemente en la formulación de juicios de valor y/o opiniones y llevar a equivocaciones o falsas visiones de determinada realidad. Entrecruzado por falacias y auténticos preconceptos, enraizados en grandes sectores de la sociedad, partiendo de tradiciones y creencias perniciosas y lesivas, tanto en el ayer como en el hoy, navegando casi en el inconsciente popular, imperan creencias, preconceptos o prejuicios en el imaginario colectivo que pueden generar un daño brutal para la toma de consciencias de este fenómeno criminal, además de que tales mitos obviamente que contribuyen a la invisibilización de los Abusos Sexuales Infantiles (ASI, en adelante) contra Niñas, Niños y Adolescentes (NNyA, en adelante), como también pueden producir distorsiones que influyan en las intervenciones que se toman en relación con las

¹ Juez del Tribunal Oral Criminal (Trenque Lauquen). Especialista en Derecho Penal y Criminología; diplomado en Abordaje Interdisciplinario del Maltrato, la Violencia y Abuso Sexual en la Infancia; diplomado en Ciberdelitos, Evidencia Digital, Prueba, Recolección y Preservación.

NNyA.

Una de las acepciones de la palabra mito según el Diccionario de la Real Academia Española es: “Persona o cosa a las que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen, o bien una realidad de la que carecen”. Y, en efecto, el ASI es un fenómeno al que se le atribuyen cualidades que no tiene. La circulación de estos mitos, que aparecen como poseedores de una pseudo autoridad propia, en los contextos de intervención suele generar interferencias importantes que pueden tener severas consecuencias respecto a la protección infantil.

Es importante entender que los mitos forman parte de un sistema de creencias en las que dan por sentadas su veracidad. De alguna manera, los mitos son una forma peculiar de tener una visión del mundo o de figuras generales de la existencia o de la realidad y suelen estar compuestos de determinadas percepciones, concepciones y valoraciones sobre el entorno que no se ajustan a la realidad. En mayor o menor medida, los mitos no suelen tener nada que ver con la realidad de los acontecimientos y en el ámbito del abuso sexual hay muchos tipos de ficciones, invenciones o supersticiones que, lejos de constatar una realidad, anclan el abuso y lo justifican.

A continuación, se expondrán algunos mitos muy difundidos en torno al abuso sexual en la infancia que atentan contra la revelación, visibilización y sanción de esta forma de violencia, así como contra la protección de los NNyA que las padecen. También se hará hincapié en los errores que conllevan implícitos los mismos en función de la realidad contrapuesta.

1. Los abusos sexuales infantiles son infrecuentes:

Los abusos sexuales contra NNyA han existido desde tiempo inmemoriales. Antiguamente, la vida era un poco más simple, menos complicada y vertiginosa; no existían estas nuevas formas de acoso que la modernidad ha implantado a través de la vida digital. Actualmente, la explosión de Internet ha generado material pornográfico por doquier, nunca antes visto en la historia de la humanidad. Todas las semanas llegan a través de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) imágenes o videos de contenido sexual o

cadenas de mails con fotos de niños desaparecidos, posibles víctimas de abusos sexuales o secuestrados para ser prostituidos.

Siempre hubo perversos en busca de NNyA pero la diferencia está en qué, antiguamente, resultaba mucho más fácil detectarlos y mantener el control social de tales comportamientos desviados. Actualmente, los cambios en la naturaleza de los delitos sexuales contra NNyA han avanzado a la par de los avances tecnológicos los cuales, a no dudar, amplían o facilitan nuevos métodos de captación a través del mundo virtual de potenciales víctimas de ASI.

Hoy día, amén de verse reflejados en las causas penales los múltiples contextos en los que ocurren los abusos sexuales infantiles incluyendo el ciberespacio, resulta frecuente escuchar por los medios masivos de comunicación casos de NNyA víctimas de ciberacoso o de violencia sexual por entornos digitales. La crisis del COVID -19 ha generado que NNyA permanezcan más tiempo en Internet lo que conlleva un riesgo mayor de exposición, por cuanto el tiempo en línea aumenta su vulnerabilidad frente a personas que puedan abusar de ellos, merced a la facilitación que brinda Internet por medio un conjunto de herramientas informáticas y telemáticas para la comunicación y el intercambio de información. Esto se debe a la gran cantidad de espacios digitales en los que transcurre el tiempo de ocio durante el aislamiento, que incluyen juegos y comunidades virtuales donde es posible interactuar abiertamente con jugadores desconocidos (Centre for Sport and Human Rights, 2020), entre los que se encuentran potenciales agresores que usan esta herramienta para captar a sus víctimas de manera subrepticia (INTERPOL, 2020; EUROPOL, 2020)².

Ya hace tiempo advertía la especialista en abuso sexual infantil, María Cecilia Lopez, que

Según estadísticas de Unicef, al menos dos millones de niños son abusados sexualmente cada año en América Latina, un promedio de 228 abusos por hora, cuatro por minuto y uno cada 15 segundos. Se calcula que alrededor del mundo una de cada cuatro mujeres y uno de cada

2 CEPAL - UNICEF - Oficina de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños. Violencia contra niñas, niños y adolescentes en tiempos de COVID-19, nov 2020. p- 6. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/media/19611/file/violencia-contra-nna-en-tiempos-de-covid19.pdf>

ocho varones han sido sometidos a distintas clases de abuso sexual en su infancia. Estamos atravesando por la mayor pandemia en la historia pero de esto no se habla. O, mejor dicho, de eso sí se habla, pero como algo teórico y abstracto que les pasa a los demás³.

A nivel mundial, Unicef estima que 1 de cada 10 niñas han sido víctimas de violencia sexual⁴ y de acuerdo con la campaña “Uno de cada cinco” del Consejo de Europa, uno de cada 5 niños/as en Europa sufren abusos sexuales⁵.

De allí entonces que no pueda decirse que los ASI son fenómenos infrecuentes, antes bien, los datos mencionados dan cuenta de que el abuso sexual representa una problemática que afecta a la niñez y adolescencia en todo el mundo.

2. Los agresores sexuales son enfermos mentales.

La presunción de que detrás de cada agresor/ asexual existe alguna patología psiquiátrica que explique su conducta abusiva es errónea. La mayoría de los abusadores/as sexuales, si bien presenta algún tipo de trastorno psicológico de base, realiza los abusos en conciencia sin ningún estado de enajenación mental propio de alguna patología psiquiátrica, evidenciando incluso una adaptación normal al resto de los ámbitos de su vida. De hecho, muy pocos son criminales mentalmente incompetentes o fuera de contacto con la realidad. Todo lo contrario, para abusar es necesario estar dotado de habilidades para usar estrategias, saber los horarios, tener dotes de manipulación para el entorno y para manejar al menor con el fin de no ser descubierto.

Es necesario desterrar el mito de que quien comete un acto de abuso sexual contra NNyA tiene una estructura de personalidad anormal o perversa. La realidad es que los agresores pueden ser tanto varones como mujeres, heterosexuales u homosexuales, neuróticos, psicóticos, perversos o seniles. No existe un perfil de personalidad

específico ni test que detecte o excluya a quien agredió sexualmente⁶. Y, en este sentido, cabe hacer notar, que los especialistas que se han ocupado del tema en los últimos años, a partir de numerosos hallazgos, han declinado el interés por catalogar a los abusadores teniendo en cuenta sus perfiles de personalidad y se empeñan en destacar que “no existe un perfil definido o exacto del abusador o abusadora”. En tal sentido, William Marshall, psicólogo y psiquiatra canadiense especialista en el tratamiento de agresores sexuales, señala que el agresor sexual resulta ser, la gran mayoría de las veces, un individuo como cualquier otro, que no se puede distinguir del resto de las personas “normales”⁷.

Irene Intebi, en tal orden de ideas, consigna que la heterogeneidad entre los agresores es inmensa. No existe un perfil único que pueda englobar a todos los abusadores, ni características que sean comunes a todos los abusadores. Lo único que tienen en común todos los abusadores de niños es un deseo sexual dirigido a menores y una clara disposición a atacarlos, sin que este término implique necesariamente violencia, para obtener gratificación sexual⁸.

Jon Conte, prestigioso especialista estadounidense, ex presidente de la Sociedad Profesional American de Abuso Sexual Infantil y director-fundador del Journal of Interpersonal Violence, aconseja que hasta no contar con resultados de investigaciones más profundas se dejen de lado los diagnósticos sobre perfiles de personalidad de los abusadores y se opere con una visión más funcional.

Aún más, en una interesante entrevista periodística concedida por la citada psiquiátrica infantil y psicóloga clínica Irene Intebi a Pedro Lipcovich, la misma explicó muy abiertamente que no existe un perfil del abusador de los niños. La bibliografía internacional así lo advierte, y esto hace muy difícil la prevención. No hay cómo detectar una población en riesgo potencial de abusar o de ser abusada. No existe un rasgo específico de personalidad como,

3 López, María Cecilia. Abuso Sexual - Cómo detectarlo, cómo prevenirlo. Paidós, Buenos Aires, 2010. p. 22,

4 UNICEF. Ocultos a plena luz. Un análisis estadístico de la violencia contra los niños. 2014. Disponible en http://www.unicef.org/ecuador/ocultos_a_plena_luz.pdf

5 Consejo de Europa. Campaña One in five. Disponible en http://www.coe.int/t/dg3/children/1in5/default_en.asp

6 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) Abuso Sexual contra niños, niñas y Adolescentes – Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. Noviembre 2016, p. 11.

7 Marshall, W. Agresores sexuales. Ariel, Barcelona. 2001.

8 Intebi I. Abuso sexual infantil en las mejores familias. Granica, Buenos Aires. 2008. p.120.

spongamos, “carácter impulsivo” o “trastornos en la sexualidad”. Es decir, no hay examen psicológico que pueda fundamentar una culpabilidad jurídica. La validación de un supuesto abuso sexual depende de la estimación por profesionales especializados, del relato de la supuesta víctima, de su examen físico cuando hay signos compatibles con el abuso, y de la investigación jurídica que corrobore los detalles aportados por la supuesta víctima⁹.

3. El abuso sexual sólo sucede a los pobres.

Otro de los mitos más populares acerca del ASI es que tan sólo sucede en las villas miserias o barrios carenciados, marginales o subculturas repletas de ignorancia y hambre. El incesto ocurre en todos los tipos de familias¹⁰, ocurre en todas las clases sociales, sin distinciones en todos los estratos socioculturales¹¹. Lo que sucede es que en clases con mayores recursos económicos se tiende a ocultar aún más la situación y a producir menos denuncias a instancias públicas o privadas.

Explica en su obra la licenciada en psicología María Cecilia Lopez¹² que

Según un estudio de las Naciones Unidas presentado ante la Asamblea General en octubre de 1996 en lo que se refiere a las distintas realidades socioeconómicas, el abuso sexual a NNA no es un fenómeno de los sectores empobrecidos. Lo que cambia es la modalidad de cómo se lleva a cabo el abuso según la clase social. En las clases altas los abusadores cuentan con un sentimiento de impunidad y de omnipotencia que saben muy bien como transmitir a sus víctimas, quienes generalmente no suelen realizar acciones legales no sólo por temor a que nadie les crea sino también porque saben que sus perpetradores podrían sobornar con dinero a los abogados, jueces, etc.

En definitiva, es preciso ser cautelosos a la hora de generalizar estas situaciones. En muchas familias de bajos recursos cuyos miembros viven hacinados en un mismo ambiente no ocurren situaciones de abuso sexual, a la vez que no es infrecuente detectar que, en ciertos hogares de familias que no

sufren privaciones económicas y viven en espacios amplios, con una amplia y cómoda habitación para cada miembro, el abuso sexual de un NNyA puede perpetrarse durante años.

4. Los NNyA mienten, inventan, fantasean o son inducidos por terceros cuando señalan que están siendo víctimas de algún abuso

Los NNyA muy pocas veces inventan historias que tengan relación con haber sido abusados sexualmente¹³. Es excepcional que sus mentiras incluyan referencias sexuales y menos que aporten detalles concretos que remitan a la sexualidad adulta. La conducta más natural de los niños o niñas es decir la verdad cuando algo les afecta o les está haciendo daño.

Es verdad que la/os NN aprenden a decir mentiras de los adultos, pero esas mentiras son infantiles y se destacan por su ingenuidad, obviedad, simplicidad y fácil detección. Suelen ser negaciones más que inventos. Por ejemplo, al intentar evitar algún reproche o castigo niegan que rompieron algo¹⁴. Además, no debemos desconocer que “los preescolares carecen de capacidad intelectual y cognitiva para ‘inventar’ historias que incluyan detalles sexuales adultos con el objetivo de incriminar a terceros”¹⁵.

La/os NN no pueden fantasear detalles de una actividad sexual cuyo conocimiento es absolutamente inapropiado para su edad. No es sino en la pubertad que se comienza a fantasear con la genitalidad adulta. Los niños tienen conocimientos básicos sobre la reproducción humana, pero desconocen las modalidades de la sexualidad adulta.

En cuanto a las adolescentes, se las suele tildar de “engañar” con estos relatos para llamar la atención o conseguir algún tipo de beneficio. Sin embargo, es difícil que una adolescente desarrolle un relato de abuso sexual sabiendo las consecuencias que esto

9 Lipcovich, P. “No existe un perfil del abusador de niños”. Página 12, 27/10/ 2002.

10 Bianco, Chiapparrone, Muller, Wachter. Abuso Sexual en la Infancia. Guía para orientación y recursos disponibles en CABA y Provincia de Buenos Aires. FEIM. 2016. p. 13,

11 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), op.cit. p. 11

12 Interbi, I. op.cit. p. 32.

13 Bianco, Chiapparrone, Muller, Wachter. op.cit. p. 14. En similar sentido, ver Save the Children. Abuso Sexual Infantil: Manual de Formación para Profesionales, Noviembre de 2001, p. 20. Disponible en

https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/manual_abuso_sexual.pdf

14 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). op.cit. p. 12.

15 Intebi, I. Op.cit. p. 230.

originaría para sí misma y para su familia si no fuera verdad. Por otro lado, en la adolescencia hay una necesidad de no ser demasiado diferente al resto de sus pares. Una historia de victimización sexual no resulta la mejor manera de pasar desapercibida. Tampoco es sencillo ni placentero para una joven tolerar las presiones familiares, sociales y la exposición pública que necesariamente conlleva un relato de abuso sexual¹⁶.

También es cierto que no está demostrado que la/os NN mientan más que los adultos¹⁷. Las personas mientan a cualquier edad. Ninguna investigación ha podido demostrar lo que sostiene la creencia popular: que los más pequeños mientan más que los mayores y que la credibilidad se incrementa con la edad. Por el contrario, diversos estudios parecen demostrar que no existe ninguna correlación entre la honestidad y la edad. Por lo tanto nada permite afirmar que, a medida que crecemos nos volvemos más honestos¹⁸.

Cabe además tener en cuenta que la probabilidad de que un niño o niña llegue a elaborar como fantasía una situación de abuso sexual es bajísima, por lo tanto, cuando un niño o niña nos denota que algo así le ha ocurrido lo más probable es que estemos ante una situación de abuso real. Y si bien es cierto que en determinadas oportunidades los niños menores de 6 años pueden confundir la realidad con la fantasía -cuando, por ejemplo, esperan con ansias la venida de Santa Claus o cuando aseguran haber visto algún otro monstruo con cara de dinosaurio- jamás ningún niño va a fantasear con la posibilidad de ser violado ni tampoco con la de ser sometido a manoseos y torturas psicológicas repletas de amenazas. Por eso, cuando un niño pequeño relata un abuso, muchas veces, ofreciendo demasiados detalles para su edad, nunca hay que dudar de él¹⁹.

Recordemos aquel thriller francés²⁰ en la que una niña de 12 años huye de su casa y cuando la encuentran acusa a su padre ante la justicia de haber

abusado sexualmente de ella. El hombre, un exitoso empresario de intachable reputación, encara con altanería a la representante legal de la niña, afirma que todo es una mentira de su hija y que a él lo asombra que una persona de la educación de su interlocutora crea semejantes cosas. La abogada con mucho tino le responde que si ella tuviera que dudar de la veracidad de lo que le cuentan, la lógica le indicaría que debería dudar de la palabra de los adultos, ya que han tenido más tiempo que un niño para aprender a mentir.

5. Los agresores sexuales son un peligro para toda la sociedad porque vuelven reincidir en los mismos delitos.

Según las investigaciones y estudios realizados sobre agresiones sexuales y su reincidencia aplicando diversos instrumentos de predicción de riesgo de violencia sexual²¹ se estima que el riesgo de reincidencia en agresores sexuales es bajo, esto es, que a nivel mundial se sitúa en torno al 20 %, mientras que el índice de reincidencia general para el conjunto de las tipologías delictivas es de aproximadamente un 50%²². Se afirma en tal sentido que de este 20%, los que asistan a tratamiento, la disminuirán en otro 10%, y del grupo de reincidentes, es más probable que los ofensores sexuales reincidan en un delito no sexual que en uno sexual, con lo que se llega a la conclusión de que aunque la mayoría de los delincuentes sexuales no volverán a cometer nuevos delitos sexuales una vez cumplidas sus condenas, un pequeño grupo de sujetos corresponde a delincuentes repetitivos o sistemáticos que probablemente volverán a delinquir²³.

6. Los abusadores fueron abusados sexualmente durante su infancia

Si bien hay un alto porcentaje de abusadores que sufrieron violencia en su infancia, -se afirma en las

16 Ibidem.

17 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), op.cit. p. 12.

18 Intebi, I. op. cit. p. 231.

19 López, M.C. op.cit. p. 36.

20 Una sombra de duda, exhibido en el 10 Congreso Internacional de Maltrato Infantil, realizado en Kuala Lumpur, Malasia, en septiembre de 1994.

21 Entre los más usados se encuentra el Sexual Violence Risk-20 -SVR-20 - cuya versión en castellano se denomina SVR-20: Manual de valoración del riesgo de violencia sexual.

22 Redondo Illescas, S., Pérez, M. y Martínez, M. "El riesgo de Reincidencia en Agresores Sexuales: Investigación básica y Valoración mediante el SVR-20". Disponible en : <http://www.redalyc.org/pdf/778/77828305.pdf>

23 Redondo Illescas, S. "Agresores Sexuales: Perfiles Criminales y Riesgo de Reincidencia", Universidad de Barcelona – Facultad de Psicología, Santiago. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/138050307/Agresores-Sexuales-Perfiles-Criminales-y-Riesgos-de-Reincidencia>

investigaciones centradas en las víctimas de abuso sexual en la infancia que tienen entre cinco y diez veces más probabilidades de victimizar a un niño que no vivió tal experiencia²⁴- corresponde señalar que no todos los que sufrieron abuso sexual infantil se convierten a su vez en abusadores. Solamente una proporción de los NNyA que fueron abusados sexualmente y no recibieron tratamiento adecuado deviene agresor sexual²⁵, es decir, que si bien es probable que las personas que han sufrido abusos se conviertan en agresoras, esto no siempre es así. Muchos hombres violentos con sus familias o pareja provienen de familias sin historial de violencia²⁶. La licenciada Emma Virginia Creimer, psicóloga especialista jerarquizada se ha encargado de enfatizar en tal sentido que “las víctimas no se convierten indefectiblemente en abusadores. Serán el entorno y el Estado los responsables de que ello no ocurra (...) Los victimarios no son indefectiblemente víctimas de abusos en la infancia.”²⁷.

7. Las madres de las víctimas son siempre cómplices del abusador.

El abuso sexual infantil ocurre por lo común en secreto, mientras están presentes sólo el abusador y el niño y, por ende, no es extraño que la madre desconozca lo que está pasando. El secreto que impone el abusador a su víctima impide que la madre o cualquier otra persona pueda proteger a ese/a niño/a hasta tanto éste/a no cuente lo que le pasa.

Cuando el abuso es cometido por algún miembro de la familia el abusador se cuida mucho de no evidenciar conductas que puedan despertar sospechas, hasta puede mostrarse horrorizado frente a hechos de abuso o violación. Inclusive los abusadores suelen preocuparse por aparecer frente a sus esposas o compañeras y frente a los demás como “padres ejemplares”, lo cual hace más difícil

que ellas sospechen del abuso.

Las madres no siempre saben que el abuso sexual infantil está ocurriendo²⁸. La mayoría de ellas son bienintencionadas y cuando intuyen que algo malo podría estar sucediéndole a alguno de sus hijos, enseguida suelen acercárseles para averiguar. Sin embargo, al no obtener respuestas claras, ya que los niños abusados no revelan su secreto fácilmente, suelen quedar aún más confundidas y terminan por descartar sus sospechas adjudicándoles otro tipo de explicaciones²⁹.

No olvidemos también que el “amor romántico”, transmitido especialmente a las mujeres a través de nuestra socialización, requiere un alto nivel de confianza ciega y negación. Por lo cual, es muy común que las madres sean las últimas en enterarse del abuso de su hijo, aunque esto no debería interpretarse ligeramente como un descuido a sabiendas. Además, hay que recordar que muchas madres no cuentan con recursos culturales ni poseen un alto coeficiente intelectual, lo que las ubica como víctimas fáciles del engaño y las amenazas, directas o subliminares, de sus maridos perversos³⁰.

Además, el conocimiento empírico muestra que cuando el abuso es cometido fuera de la familia, el abusador generalmente es un miembro de la comunidad quien no sólo se ganó la confianza de su víctima sino también la de los/as adultos/as de esa comunidad, principalmente de las madres y los padres de sus víctimas.

8. El abuso sexual es cometido por extraños a la víctima.

Los agresores son casi siempre conocidos³¹, habitualmente eligen a sus víctimas dentro de su propia familia o entorno social³². El mayor número de abusos sexuales es cometido por personas de la familia de la víctima, en especial padres, padrastros y parejas de la madre. Estas personas suelen tener mayor y mejor acceso al niño, mayores oportunidades de iniciar y continuar el abuso,

24 Intebi, I. op.cit. p. 108.

25 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). op.cit. p. 11.

26 Save de Children, op.cit. p. 21.

27 “Derribando Mitos sobre los abusadores Sexuales”. Disponible en : <http://infojusnoticias.gob.ar/opinion/derribando-mitos-sobre-los-abusadores-sexuales-175.html>

28 Bianco, Chiapparrone, Muller y Wachter. op.cit. p. 14.

29 Lopez M.C. op.cit. p. 46.

30 Ibídem.

31 Save de Children. Op. cit. p. 20.

32 López, M.C. op.cit. p. 22.

por su proximidad, tanto como por el nivel de dependencia que la relación implica. Suelen ser éstos, en su mayoría, los abusos sexuales que duran más tiempo y los que pueden presentar peores consecuencias a largo plazo para los NNyA.

Lo expuesto no implica desestimar los abusos ocurridos por fuera de las familias, ni considerar que no ocasionan daños duraderos en los NNyA víctimas. La importancia de reconocer que el ASI sucede en un gran número de casos dentro del ámbito familiar es un llamado de atención sobre la necesidad de proteger a las víctimas de la posibilidad de ser dañados donde deberían ser resguardados de todo tipo de peligro.

Los niños que son abusados sexualmente dentro de sus familias son proclives a seguir siendo abusados sexualmente por otros seres ajenos a esta. Tal es el ejemplo que suele darse con niñas y niños que escapan de sus casas debido al abuso y a otras formas de violencia, y que son fácilmente presa de la explotación sexual con fines comerciales o del abuso sexual por parte de personas que se acercan a ellos con supuestos fines de ayuda³³.

A modo de cierre

Vemos entonces, para concluir, que existen en relación a los ASI una serie de mitos que circulan cotidianamente con mucha impunidad y que deviene necesario desarticular. Derrumbar esas falsas creencias y prejuicios arraigados en nuestra sociedad es una tarea y un gran desafío que concierne a toda la sociedad. Erradicar y poner fin a los mitos no es, ni más ni menos, que anteponer, reconocer y fortalecer el principio del “interés superior del niño” promovido por la Convención de los Derechos del Niño (CDN). El nuevo modelo de protección integral de la infancia que vino de la mano de la CDN trajo como consecuencia un sistema protectorio de derechos humanos de NNyA, en el que cobra especial relevancia su atención en

casos de ASI³⁴.

El ASI contra NNyA es una de las peores formas de violencia contra la niñez y adolescencia, por lo que la dimensión y gravedad de esta forma de violencia ejercida contra la infancia vuelve sumamente relevante el diseño y la adopción de políticas públicas que promuevan acciones e intervenciones concretas contra una problemática que afecta fuertemente a la niñez y adolescencia.

Los mitos cristalizan enunciados fácticos generales que están poblados de frases cuyos implícitos es tarea de todos desarticular, toda vez que en ellas concurren prejuicios y falsas creencias que pueden vulnerar derechos de los NNyA que se encuentran protegidos a nivel internacional, nacional y provincial. El camino para derrumbar los mitos es largo, complejo y, en gran medida, inexplorado por muchos. Pero aun así, si nos preocupa la verdad de los hechos y garantizar el derecho de la infancia debemos recorrerlo a paso firme. Sabemos que una sociedad que no puede proteger a sus niños y niñas, no merece conservarse como tal³⁵.

33 Baita, S. y Moreno, P. Abuso Sexual Infantil- Cuestiones Relevantes para su tratamiento en la Justicia. Centro de Estudios Judiciales del Uruguay - Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Uruguay (UNICEF), Fiscalía General de la Nación, octubre de 2015, p. 51; Disponible en: https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/Abuso_sexual_infantil_Uruguay

34 Ver, en tal sentido, los artículos 19 y 34 de la CDN.

35 Calvi, Betina. Abuso Sexual en la Infancia-Efectos Psíquicos, Lugar Editorial, Buenos Aires, 2009, p.20.



La Legítima defensa y los bienes en conflicto.

¿Es necesario realizar una ponderación de los bienes involucrados?

Por Pamela S. Ricci¹

Resumen

En el presente análisis se realizará un desarrollo acerca de la legítima defensa y se señalarán los recaudos formales que deben converger a los fines de su procedencia. Se incluye una mención acerca de algunas teorías que otorgan fundamento a su regulación y se analiza la doctrina, con una mención sobre los precedentes jurisprudenciales relevantes en la materia, correspondientes al Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Seguidamente, se reparará en el análisis del requisito ligado a la racionalidad del medio empleado, deslindando si debe existir ponderación de los bienes en conflicto.

Consagración normativa.

La legislación nacional penal argentina, destina el Libro Primero, Título V, de su Parte General, a la 'Inimputabilidad' y recoge, entre las disposiciones concernientes a dicha condición –como estado–, a diversos institutos que inciden en el análisis escalonado de la teoría del delito como causa personal de exclusión de la punibilidad. Entre estas consagraciones normativas se halla el instituto de la Legítima Defensa.

De esta manera, el Código Penal recoge en su art. 34, inc. 6° la Legítima Defensa propia mientras que en su inc. 7° prevé la Legítima Defensa de terceros.

En el sentido indicado, el art. 34 CP declara:

No son punibles: (...) inc. 6°. 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 impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

A su tiempo, el art. 34 CP, dispone en su inc. 7°: “El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor”.

La Legítima Defensa como causa de justificación.

El derecho positivo interno de un Estado de democrático establece en materia penal un sistema que determina que las conductas ocurridas en el mundo exterior deben ser analizadas de acuerdo a un examen progresivo de los elementos que componen la teoría del delito, a fin de permitir sentar una base sólida a la luz de estimación de los comportamientos penalmente relevantes.

La tipicidad del hecho no implica su antijuridicidad sino que es un indicio de ella, lo que conduce a sostener que, en determinadas circunstancias, el derecho positivo no confirma ese indicio como sucede ante las llamadas causales de justificación que operan como excepciones a la regla vinculada

¹ Abogada. Escribana. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Università di Bologna. Candidata a Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario. Maestranda en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Università di Bologna.

con el valor indiciario de la tipicidad del hecho².

Estas causales de referencia se erigen como permisos para actuar ante determinadas circunstancias, es decir, han sido concebidas para permitir a la persona cometer un hecho penalmente típico en la medida en que se configuren ciertos extremos objetivos materiales.

En este orden, una acción que se realice al amparo de un permiso para actuar, como ocurre con las causales de justificación, es entendida como un acto conforme a Derecho³. De allí que la característica fundamental de una causa de justificación radica en la exclusión de cualquier clase de consecuencia jurídica respecto de su autor, con lo que su desarrollo en el mundo externo no será pasible de acarrear una pena⁴.

A nivel conceptual, la Legítima Defensa ha sido entendida por cierta corriente como la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada, mientras que otra posición la ha definido como la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima y no provocada⁵ de un bien jurídico actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano⁶.

2 Nuñez, Ricardo, Manual de Derecho Penal. Parte General, 4° ed., Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 157, destaca con acierto que las causas de justificación no son causas negativas del tipo penal, sino de su valor indiciario. A su tiempo, expone Welzel, Hans, "Derecho penal. Parte general", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 90-91, que la defensa legítima no excluye la adecuación típica de una acción de lesión, sino que su efecto es el de eliminar solamente su antagonismo con el orden jurídico, es decir, la antijuricidad.

3 Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2° edición alemana y notas por Luzón Peña, Diego M., Díaz, Miguel, García Conlledo, de Vicente Remesal, Javier, Editorial Civitas, Madrid, 1997, t. I, p. 602, alega que, por ello, nunca cabe legítima defensa, que presupone una agresión antijurídica, contra una causa de justificación.

4 Bacigalupo, Enrique, Derecho penal. Parte general, 2° edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 352, alega que se trata de una característica común a las causas de justificación, por un lado, y a las causales que importan la exclusión de la responsabilidad por el hecho, por el otro, con la diferencia de que estas últimas no benefician a los partícipes y que no eliminan la responsabilidad civil, como ocurre con las llamadas excusas absolutorias que, según la teoría dominante, sólo afectan a la punibilidad.

5 Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 4° ed. actualizada por Fierro Guillermo J., Editorial Tea, Buenos Aires, 1987, p. 444.

6 Fontan Balestra, Carlos, Derecho Penal. Introducción y Parte General, edición actualizada por Ledesma, Guillermo, A.C., Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 280.

Para la corriente objetiva debe prevalecer la concepción social o colectiva que hace depender su legitimidad de su primordial función defensiva del derecho objetivo, llegando en su versión más extrema a equiparar el instituto con la pena e incluso elevarla a nivel de un deber jurídico, con lo cual la defensa estaría legitimada a la luz de la protección del orden jurídico en sí mismo⁷.

A su tiempo, para los subjetivistas debe otorgarse prioridad al derecho subjetivo injustamente agredido, con lo que la legitimidad de la defensa recaerá sobre la necesidad de brindar tutela a los bienes jurídicos y no sobre derecho en el sentido del orden objetivo⁸.

La diferencia principal entre las concepciones indicadas estriba en la consideración de los bienes jurídicos a la hora de resolver el caso particular puesto que, mientras los objetivistas sostienen un razonamiento conforme al cual el fundamento de la defensa reside en la tutela del ordenamiento legal y posicionan su atención en el examen de los bienes jurídicos involucrados en el supuesto concreto en que la defensa es ejercida, los subjetivistas hacen radicar la razón de ser de esta causal de justificación en la necesidad de otorgar adecuada protección a los derechos naturales del individuo cuando ello sea necesario ante un ataque en el cual el derecho no pudiera acudir en su defensa.

Recaudos formales de procedencia.

Para que la Legítima Defensa sea procedente la norma exige una serie de requisitos que emergen del dispositivo legal de rito que son: 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. Todos ellos deben objetivarse en el mundo exterior en forma conjunta.

En relación a la 'a) agresión ilegítima', es dable resaltar que, corresponde partir, a los fines de su análisis, de la teoría del delito dado que debe tratarse de una acción humana. Esta es una de

7 Zaffaroni, Eugenio R, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Derecho penal. Parte general, 2° edición. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 609. Señalan estos autores que el objetivismo se nutre de la ideología que legitima por vía idealista la función del estado y que, al mismo tiempo, consagró su carácter de causa de justificación. Mencionan a Hegel y a los penalistas hegelianos como quienes tuvieron el mérito de fijarle este carácter.

8 *Ibidem*, p. 609.

las características que la distingue del estado de necesidad justificante –art. 34, inc. 3 CP-, que procede ante hechos de la naturaleza, y siempre ante la causación de un mal menor al que se procura evitar.

El ataque, que debe hallarse en curso o ser inminente, es decir, actual, deberá dirigirse contra un bien jurídico, sin encontrarse autorizado o justificado por el derecho, no obstante lo cual, no resulta indispensable que se trate de un delito, esto es, no es exigible que el acto en que consiste el ataque sea típico, bastando que sea ilegítimo y, por lo tanto, antijurídico⁹.

Es menester a este respecto dejar de resalto que todos los bienes jurídicamente tutelados son pasibles de resguardo por medio de la instrumentación de este medio defensivo.

Lo sentado conduce a valorar la agresión como comportamiento externo del agente, atendiendo a la naturaleza objetiva del ataque, sin que se considere su culpabilidad ni que se repare en las motivaciones que pudieron haberlo impulsado a actuar, como tampoco las finalidades específicas que pudo tener en miras, por lo cual debe considerarse como agresión el ataque de un inimputable o el de la persona que obra por error o con *animus jocandi*, aunque en este último supuesto la broma debe revestir cierta entidad para considerarse seria y generadora de un contexto de riesgo¹⁰.

Lo esencial es que, concurriendo el peligro, el agredido se encuentra frente a la situación material que tiene derecho a repeler¹¹.

9 Creus, Carlos, Derecho penal, Parte general, 3° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 326-327, destaca axiomas que se han desarrollado a lo largo de la evolución de la doctrina penal, “no hay legítima defensa contra la legítima defensa”, “no hay legítima defensa contra el que ejerce un derecho o cumple con su deber”.

10 T.C.B.A., Sala III, 29/10/2009, “GJF s/ Recurso de Casación”, causa n° 5926, TC0003 LP 22108 RSD-786-9, Juba. Se aprecia lo resuelto en orden a que la broma, cargada o insulto -o como en el caso, arrojar lavandina- mal pueden encuadrarse en el apartado “c” del artículo 34 inciso 6° del Código Penal como provocación suficiente que acredita la existencia de legítima defensa.

11 Resulta ilustrativo lo resuelto por T.C.B.A., Sala III, 11/04/2011, “A., J. M. s/ Recurso de Casación”, causa n° 11.877, TC0003 LP 41708 RSD-419-11, Juba, de la cual se extrae que debe considerarse como agresión ilegítima al derecho de propiedad del imputado, en los términos del artículo 34, inciso 6°, apartado “a”, del Código Penal, la intromisión de una numerosa comisión policial a su finca sin que se cuente para ello con la debida venia jurisdiccional (art. 18 de la Const. Nac.), a la par que el Ministerio Público

En orden a la ‘c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende’, es claro que quien procure actuar al amparo de este permiso no debe haber motivado el ataque, esto es, no debe haber impulsado con su conducta al agresor. Debido a que la norma exige la ausencia de provocación ‘suficiente’ para considerar la defensa, la valoración debe versar sobre la extensión de la incitación sin que sea requerido que la conducta llegue a constituir en sí misma una agresión que legitime el ataque del provocado, representando un motivo suficiente para causarla¹².

La doctrina dominante es conteste en afirmar que, si ocurre una provocación intencional con miras tendientes a dañar bajo la protección de la legítima defensa, como acontece si, por ejemplo, un sujeto injuria a otro para incitarlo a una agresión violenta y matarlo de un disparo repeliendo esa agresión, el permiso para actuar debe ser excluido por considerarse un abuso del derecho, sosteniendo en consecuencia la responsabilidad penal del agredido por el daño doloso al agresor¹³.

De manera concordante, se ha resuelto que la existencia de una provocación previa, seria y sostenida impide a su causante colocarse en el rol de legítimo defensor de sus derechos al haber dado lugar a las vías de hecho, generando un truncamiento del permiso para actuar al amparo de esta causa de justificación¹⁴.

En lo que atañe al requisito de “b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla”, caben algunas consideraciones, distinguiéndose entre el examen pertinente que debe formularse a los fines de tener por configurada la necesidad, por un lado, y la racionalidad, por el otro, aunque ligadas entre sí.

Así, la necesidad de la defensa depende de que la respuesta del agredido sea lo menos lesiva posible,

Fiscal tampoco esté informado de un procedimiento puntual que se lleva a cabo.

12 Carrara, Francesco, Programa de derecho criminal, trad. por Editorial Temis, Ortega Torres J. J., Bogotá, Año 1972, § 1292, nota 2.

13 roxin, Claus, Derecho penal, ob.cit., p. 639, comparte esta posición, pero con la salvedad de que debe tratarse de una provocación antijurídica.

14 T.C.B.A., Sala II, 18/08/2015, “Maciel, Elisandro Ezequiel s/ recurso de casación”, causa n° 68.525, TC0002 LP 68525 363, Juba.

de acuerdo con las acciones alternativas con las que contaba quien se defiende al momento de repeler el acometimiento y, dentro de ese marco, se explica la exigencia de la racionalidad del medio empleado en función de la premisa de acuerdo con la cual “la necesidad de la acción de defensa es racional cuando ésta es adecuada para impedir o repeler la agresión”¹⁵.

De este modo, para responder a dicho parámetro legal el análisis de la necesidad de la acción desplegada con motivo de la agresión sufrida debe ceñirse a las circunstancias que rodearon el contexto situacional del suceso con el grado adecuado para permitir impedir o repeler el ataque concreto.

Por ello es muy importante señalar que la técnica legislativa utilizada en la producción de este dispositivo normativo, más específicamente en lo que atañe a este recaudo formal, es observable en cuanto a la falta de precisión de los términos seleccionados, en particular en relación con el adjetivo ‘racional’ que se imprime con respecto al medio que el agente que se defiende debe desplegar en el mundo exterior.

La necesidad implica que el acto de defensa debe ser suficiente para neutralizar el ataque antijurídico, mientras que la racionalidad dependerá de la magnitud del peligro que corre el bien jurídico que se intenta defender¹⁶.

A modo ilustrativo se subraya que la necesidad irá concatenada a la idoneidad de la defensa articulada que deberá ser la más benigna, considerando varias clases de defensa elegibles por el atacado a fin de causar el mínimo daño al agresor y, a su vez, no debe estar unida al riesgo inmediato de sufrir un daño en sus bienes jurídicamente tutelados, en sentido de la legitimación tendiente a emplear como medios defensivos los que sean objetivamente eficaces para permitir esperar con seguridad la eliminación del peligro¹⁷.

15 Bacigalupo, Enrique, Derecho penal, ob.cit., p. 369.

16 Creus, Carlos. Derecho penal, ob.cit., p. 329.

17 Roxin, Claus, Derecho penal, ob.cit., p. 629, argumenta que la defensa ha de ser idónea: aporta como ejemplo que si a alguien que me agrede físicamente yo en pago le rajo los neumáticos de su automóvil, ello no está amparado por legítima defensa. En segundo lugar, debe ser el medio más benigno posible: quien pueda repeler al agresor con sus puños o a patadas, no puede echar mano al cuchillo o al revólver, y quien pueda intimidar al agresor amenazándolo con un arma contundente o de fuego o mediante un

Sentado lo anterior, se debe poner de manifiesto que la racionalidad de la necesidad de la defensa sólo puede vincularse con el examen de la relación que debe mediar entre agresión acaecida y defensa instrumentada para colocarse al margen del acometimiento, sin que la atención se deba colocar sobre la proporción entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa.

Tan es así que la racionalidad se centrará sobre la acción defensiva con respecto al ataque materializado y no, en cambio, sobre los instrumentos o procedimientos a los que es posible recurrir en orden a la ejecución de tal acción¹⁸.

Por eso, la necesidad de la acción debe derivar de la medida de extensión que sea menester emprender para llevar adelante la defensa, la que se determinará de conformidad con la fuerza real de la agresión, admitiendo adoptar un alcance lo suficientemente lejos, como sea necesario, para procurar una defensa real de la agresión pero no más allá de lo que sea absolutamente necesario para ello, pudiendo llegar en el caso hasta provocar la muerte del agresor injusto, siempre que ese resultado sea el medio menos lesivo que tuvo a su alcance¹⁹.

Partiendo de tales postulados se ha destacado con claridad que los límites establecidos a la acción defensiva por el orden jurídico plantean una cuestión que se liga directamente con la racionalidad, dado que el derecho no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad jurídica²⁰.

Si bien suele ocurrir una confusión entre los términos racionalidad y proporcionalidad, se trata de conceptos completamente diferentes en virtud de que el de proporcionalidad implica un examen

disparo de advertencia, no puede disparar sin más.

18 Nino, Carlos, La legítima defensa, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014, p. 105, establece que deben disiparse aquellas discusiones en torno a las que parece estar subyacente la idea de que la necesidad racional del medio empleado depende de la mera comparación de los instrumentos empleados por el agresor y el defensor (por ejemplo, arma de fuego vs. arma blanca), cuando en verdad ello sólo otorga un dato para resolver la cuestión decisiva vinculada con la necesidad racional de la acción defensiva ejecutada.

19 WELZEL, Hans, Derecho penal, Parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Año 1958, p. 93, resalta que, por ello, la necesidad debe juzgarse desde el punto de vista del que realiza la acción.

20 ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, Derecho penal, ob.cit. p. 612.



sobre la relación existente entre los bienes jurídicos en juego, en torno a una jerarquización absoluta y clara que emana del propio ordenamiento jurídico en relación a las afecciones objetivas que pueden recaer sobre ellos, mientras que la racionalidad no puede ser estimada en forma abstracta, objetiva y general, sino que dependerá de la situación concreta y de las circunstancias que la rodeen, ponderando a la persona y sus derechos²¹.

Conclusión.

Lo expuesto en forma precedente debe conducir a realizar una correcta interpretación de la norma que recepta la Legítima Defensa por lo cual debe colocarse en primer plano su necesidad racional y no, por el contrario, la noción de proporcionalidad.

Esto debe conducir a sostener que, ante una agresión injusta, esta causal de justificación demandará la necesidad de la acción defensiva que impide o repele y racionalidad del medio que es instrumentado por quien resiste el ataque, sin que sea procedente un examen que recaiga sobre los bienes involucrados en el supuesto particular, a diferencia de lo que acontece con el estado de necesidad justificante que sólo admite la provocación de un mal de menor entidad y extensión que el evitado.

Por lo tanto, la ponderación ha de recaer sobre el medio utilizado por el agente a fin de determinar si la acción ejecutada para ponerse a resguardo de la situación de riesgo creada en torno del ataque ilegítimo era la necesaria dentro de las alternativas a su alcance, derivando de allí la racionalidad del medio como mecanismo menos lesivo, sin reparar en el grado de ponderación de los bienes jurídicamente tutelados en función del análisis in abstracto del ordenamiento legal.

21 BUSTOS RAMÍREZ, Juan J, HORMAZÁBAL MALA-RÉE, Hernán, Lecciones de derecho penal, Editorial Trotta, Madrid, Año 1999, p. 129.



Marco regulatorio del cannabis medicinal: una mirada desde la criminalización del paciente hacia un estado de derecho que tutele la salud

Por Federico L. Voda¹

El presente artículo busca revisar la normativa relacionada con el uso del cannabis medicinal desde los antecedentes prohibicionistas que marcaron todo el siglo XX y tomaron a los usuarios como delinquentes-enfermos. Se repasan las diferentes normas surgidas en nuestra legislación hasta la ley 27350 y el decreto reglamentario 883/20, que se presenta como un marco regulatorio que permite un acceso oportuno, seguro, inclusivo y protector de quienes requirieran utilizar el cannabis como medicina alternativa.

Palabras claves: cannabis medicinal/ ley 27350/ decreto 883/20

Introducción

La salud es el Derecho Constitucional por excelencia que se busca proteger mediante leyes como la ley 27.350, que permite el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados. Con el gran auge que surgió en la última década sobre el cannabis medicinal a nivel mundial fue imprescindible que se comenzara a investigar y trabajar sobre la planta de marihuana y sus derivados con fines terapéuticos. Son muchos los países que están aprobando su uso medicinal basándose en estudios e investigaciones

científicas que son concluyentes en que se trata de una planta con muchas propiedades curativas y que sirve para tratar incontables enfermedades así como también para paliar dolores.

Actualmente, Argentina transita lentamente un cambio de paradigma, desde que el Congreso aprobó la ley 27.350 que establece un marco regulatorio para la investigación médica y científica del uso medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, del cannabis y sus derivados. Así, en noviembre 2020 la reglamentación de la ley se hizo oficial a través del decreto 883/20, mediante el que se habilita el autocultivo controlado del cannabis medicinal, como también el acceso al aceite y otros derivados en farmacias autorizadas. Pero dicho tránsito no ha sido pacífico ni mucho menos directo, sino más bien sinuoso, y va desde los primeros antecedentes prohibicionistas nacionales e internacionales hasta lograr la regulación aludida.

Una breve aproximación al concepto de cannabis y su ubicación contextual legal

Una aproximación sencilla al concepto de cannabis nos dice que es la sustancia psicotrópica obtenida de los extractos de cannabis sativa. A lo largo de la historia tuvo varios usos recreativos, religiosos, medicinales e industriales. Por otra parte el cannabis medicinal es el componente extraído de la planta de cannabis sativa para su uso terapéutico.

Situados en el ámbito penal, el término “estupefacientes” comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 77 Código Penal).

En 1963 la Argentina aprobó la Convención Única de Estupefacientes de las Naciones Unidas

¹ Abogado UNLP. Especialista en Derecho Penal UNR. Docente UNNOBA. Secretario de la Defensoría Oficial Penal Prov. Bs. As. El presente artículo contó con la colaboración de la Dra. Martina Ferraro.



de 1961 que estableció un sistema de fiscalización internacional de los derivados de las plantas de amapola, coca y cannabis en el que todo uso que no sea “médico o científico” se considera un “abuso” que tiene que ser prohibido mediante legislación administrativa y/o penal. Dicha convención tenía cuatro listas; la planta de cannabis se encontraba en la primera, dentro de las catalogadas como sustancias muy adictivas o de probable uso indebido y precursores que se pueden convertir en estupefacientes igualmente adictivos y también de probable uso indebido.

Es importante destacar que tanto los psicotrópicos como los estupefacientes, denominados internacionalmente como “sustancias controladas”, son actualmente fiscalizadas por el Estado a través de las leyes nacionales 19.303 (psicotrópicos), 17.818 y 23.737 (estupefacientes) mediante la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), que se estableció como el organismo responsable de su aplicación a fin de ejercer los procesos de fiscalización y control.

La primera de estas leyes, la 19.303, es desarrollada a partir de las listas de la Convención Única sobre Estupefacientes y en su artículo 3 se prohíben las importaciones o exportaciones de las sustancias de la lista IV con la excepción de aquellas que sean con fines para la investigación médica como científica. Por lo tanto aquí se encontraba incluido el cannabis, luego de que se quitara del cuarto listado.²

La segunda ley, la 17.818, regula administrativamente los estupefacientes, es decir, su control, venta, distribución, requisitos, etc., por parte de las entidades autorizadas para tal fin. Como anexo a la ley se encuentran nuevamente cuatro listas de psicotrópicos. En la primera hallamos el Tetrahidrocannabinol, sus isómeros y variantes estereoquímicas, con la salvedad hecha respecto del listado en la nota al pie. La ley 23.737 se enfoca más en la penalización, como se verá.

Antecedentes prohibicionistas del cannabis en Argentina

² El 2 de diciembre de 2020, por mayoría simple de los 53 Estados de la Comisión de Estupefacientes –el órgano Ejecutivo de la ONU en políticas de drogas– se decidió retirar el cannabis y su resina de la Lista IV de la Convención Única de Estupefacientes.

El bagaje jurídico del cannabis no siempre tuvo un norte orientado a la investigación científica como se pretende darle hoy. Durante el siglo XX se instaló una matriz “prohibicionista-abstencionista” como respuesta a la problemática de las drogas, cuya principal expresión fue la respuesta penal y sus principales destinatarios, los usuarios. El precursor fue EE.UU, donde esta planta sufrió duros golpes prohibicionistas a partir del siglo XX. Cuando se celebró la Convención Internacional del Opio de 1925 se la prohibió para todos los usos excepto para los fines medicinales.

En sus orígenes no quedaba claro si la respuesta penal estaba destinada a los vendedores o incluso a quienes compraban; la interpretación que hicieron luego los jueces terminó de darle este segundo alcance. Los usuarios eran caracterizados como “viciosos-contagiosos” y conformaban con los expendedores de sustancias un binomio malvado que afectaba a la sociedad y sus generaciones futuras. Comenzaba así una estigmatización que persistiría luego por décadas.

Unos años después de la ley de Psicotrópicos, en la década del ‘70 apareció una nueva línea discursiva: “la seguridad nacional”, montada sobre similares argumentos del discurso de la defensa social, pero ahora justificados como ataques a la Nación. Este discurso se aprecia con claridad en el proyecto de elevación de la primera ley especial de estupefacientes, en la que se identifica al usuario (“toxicómano”) como una persona que al entregarse a su “vicio” “no sólo se destruye a sí mismo sino que (...) causa perjuicio a quienes lo rodean”³. Pero el cannabis no estaba exento de la persecución penal y se ubicaba en un mismo plano de peligrosidad con otros estupefacientes que sí afectaban la salud colectiva e individual, como las drogas intravenosas que fueran la principal causa de transmisión de VIH en algunos países.

Luego, con el retorno de la democracia, ya en la década de los ‘80, se percibía una tensión entre recuperar las garantías perdidas durante

³ A. Corda (2015). “Criminalización de los usuarios de drogas en la Argentina”. En <https://www.vocesenelfenix.com/content/criminalización-de-los-usuarios-de-drogas-en-la-argentina>;

el gobierno de facto y la aparición de una nueva corriente discursiva: “la seguridad ciudadana”. En el año 1986, con el fallo “Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes”, la Corte falló sobre la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 20.771. En los argumentos se expresaba que la tenencia de estupefacientes para consumo personal era una conducta privada que quedaba al amparo del art. 19 de la Constitución Nacional y que no bastaba la posibilidad potencial de que ella trascendiera de esa esfera para incriminarla sino que era menester la existencia concreta de peligro para la salud pública.

Pero, a mediados de la década del ‘80, desde el marco de “la Guerra contra las Drogas” -desde un contexto internacional-⁴ el 21 de octubre de 1989 se sancionó la actual ley especial de estupefacientes 23.737 en la que la tenencia de drogas para consumo personal se castigaba con prisión de 1 mes a 2 años, con la posibilidad de desviar el proceso hacia una “medida de seguridad” curativa (en caso de ser “dependiente”) o educativa (en caso de ser “principiante o experimentador”). Se ratificaba nuevamente, entonces, a los usuarios de drogas en la doble condición de “delinquentes-enfermos”.

Luego de algunas posturas desencontradas⁵, en 2009 la CSJN dictó el fallo “Arriola” en el que declaraba la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo de la ley 27.373, por ser incompatible con el diseño constitucional. Si bien ello producía cambios en la actuación de los jueces, por más que su aplicación no fuera uniforme a lo largo del país, no impactaba de forma tan contundente sobre las prácticas policiales.

Por otra parte, en la Provincia de Buenos Aires el aumento de la persecución por delitos de drogas se advirtió luego de la reforma conocida como “Desfederalización”, implementada en ese distrito a fines de 2005 mediante la ley 26.052. Esta reforma permitía que las agencias penales de las provincias persiguieran, según su adhesión, determinados delitos de la ley 23.737, es decir, las

conductas vinculadas a los usuarios y la venta en menor escala. El bien jurídico “salud” se alejaba así un poco más de la práctica y de su tutela. Las primeras estadísticas arrojaban que siete de cada diez procedimientos en materia de estupefacientes se realizaban por casos de usuarios de drogas, por tenencia simple o tenencia para consumo personal - sin perjuicio de lo resuelto en “Arriola” - y los tres restantes, por actos de venta al usuario.

En ese contexto, una parte de esta estadística, si bien pequeña, estaba conformada por el usuario que poseía o cultivaba cannabis con fines medicinales quien, ante el secuestro o decomiso, se veía inmerso en un sin fin de vaivenes judiciales y con la concreta posibilidad de ser imputado por un delito de acción pública. Surge aquí un nuevo problema: el de tener que elegir entre la salud o la autoincriminación, con el claro sesgo estigmatizador de ser imputado en una causa por infracción a la ley 23.737.

Sobre la temática del auto cultivo de cannabis, puede darse -y se ha dado- fácilmente este conflicto de intereses entre la salud y la criminalización.⁶ La CSJN dejó sentada una postura criteriosa en el caso “Baldivieso César Alejandro” del 20 de abril del año 2010. El tema amerita un desarrollo más profundizado que se ha obviado.

Génesis del marco regulatorio del uso de cannabis medicinal

Ciertos antecedentes fueron trazando el camino a lo que hoy conocemos como la ley 27.350, debido a los que se logró el dictado del decreto reglamentario 883/20 en noviembre del año 2020. Pero este avance, si bien contaba con el apoyo de un sector académico, poca iniciativa tenía desde el ámbito político y legislativo donde, en definitiva, se dio luego legitimidad al sustrato ideológico.

En este tópico, los movimientos sociales por la lucha sobre la regulación del cannabis con fines medicinales fueron claves para el dictado de la ley y su decreto reglamentario, ya que a su instancia surgió la posterior jurisprudencia sobre la temática que le daba pie. Cabe aclarar que estos movimientos

4 En 1988 se firmó en Viena la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que acentuó los aspectos penales del sistema internacional de fiscalización.

5 Año 1978. CSJN “Colavini”: consumo personal es punible. En 1990 la Corte en la causa “Montalvo” vuelve a la postura de 1978.

6 Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Junín; González, Luis Alberto s/incidente de Apelación Daniel Erbetta y Gustavo Francheschetti;



no eran simples opiniones desentonadas sino que estaban bajo el amparo científico de gran cantidad de estudios realizados por ANMAT en el año 2016, así como otros llevados a cabo en los diferentes países del mundo en que se legalizó el uso de cannabinoides para el tratamiento de pacientes crónicamente enfermos, entre los que se encuentran España, Dinamarca, Suecia, Suiza, Bélgica, Alemania, Italia, los Países Bajos, Reino Unido, Francia, Israel, Canadá y Estados Unidos, con gran aceptación en la comunidad científica internacional.

Actualmente existen numerosas agrupaciones, la mayoría formada en los últimos cinco o seis años, que desarrollan su quehacer en torno a la cultura cannábica y participaron – con distintos niveles de involucramiento- en la discusión parlamentaria y han apoyado conjuntamente los proyectos de despenalización presentados en el Congreso, así como los de regulación del uso terapéutico.⁷

Ya en el ámbito judicial, las resoluciones de los distintos tribunales a lo largo de los años fueron cambiando de postura, algunas acordes a la legislación vigente y otras, con una visión punitiva. En octubre de 2015 se produjo la primera autorización de la ANMAT para que una familia argentina pudiera importar aceite de cannabis para tratar a su hija de dos años de edad que sufría el síndrome de West. En el ámbito nacional, para mediados de junio del año 2016 la ANMAT ya había autorizado 85 tratamientos con cannabis medicinal, lo que da por sentado las demandas que comenzaron a surgir a partir del caso “Josefina Vilumbrales”. Posteriormente, en el año 2016, mediante una medida cautelar, se había logrado en un caso similar -un niño que padecía síndrome de West, con alrededor de 620 espasmos por día- la prestación integral por parte de la obra social para que cubriera el costo de este tipo de tratamientos alternativos con basamento en el derecho a la salud.⁸

Otro antecedente interesante e inédito con relación al decreto 883/20 se dio en el año 2018, cuando el

Poder Judicial de la Nación, por intermedio del Juzgado Federal de Salta N°1 a cargo del doctor Julio Leonardo Bavio, mediante el dictado de una medida cautelar, autorizó por primera vez a una madre a realizar el cultivo de la planta de marihuana para extraer aceite y brindársela a su hijo de 6 años que padecía una dolorosa enfermedad.⁹

Lo llamativo del fallo es que deja expresamente en claro que la misma no deberá ser perturbada por ningún funcionario público que, en ejercicio de la ley de estupefacientes, intervenga la zona de privacidad del cultivo con fines medicinales dictando una especie de medida cautelar preventiva de no persecución penal, pese a que no se encontraba aún regulado el auto cultivo aunque sí estaba en vigencia la ley 27.350. El precedente se encuentra dotado de un gran compromiso social en tutela de la salud.

Ley 27.350 “Uso Medicinal de la planta de Cannabis y sus derivados”

En esta coyuntura, el 29 de marzo de 2017 el Senado sancionó la ley que regula el cannabis medicinal a nivel nacional que fue promulgada a través del decreto 266/17 en el Boletín Oficial el 19 de abril del 2017 a través del número de ley 27.350. Esta norma sienta las bases para la investigación médica y científica del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados y fue reglamentada el 21 de septiembre del 2017 a través del decreto 738/2017. Sólo se reglamentaron parcialmente siete de sus trece artículos originarios. Decreto que, cabe anticipar, hoy se encuentra derogado por el 883/20, porque había quedado fuera de él el tema del auto cultivo controlado que era, en parte, la esencia de los reclamos.

Se reglamentó el artículo 2 que crea el Programa Nacional para el Estudio y la Investigación del Uso Medicinal de la Planta de Cannabis, sus derivados y Tratamientos no Convencionales. Dentro de los objetivos del Programa se incluye realizar acciones de promoción y prevención orientadas a garantizar el Derecho a la Salud para aquellas personas que

7 Mamá Cultiva Argentina; foros especializados como Cannabis Café; hasta asociaciones sin fines de lucro; Cannabis Medicinal Argentina; El movimiento La Semilla, Cogollo del Oeste, Cannabicultores, Mujeres Cannabicas, entre otros.

8 Fallo “L. S. L c/ Obra Social de Petroleros s/ Amparo Ley 16.986”, en el Juzgado Civil, Com. y Cont. Adm. Federal de la Plata

9 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/08/16/cannabis-medicinal-al-amparo-de-la-justicia-un-fallo-de-legalidad-comprension-y-derecho-a-la-salud/>



padezcan enfermedades clasificadas por la OMS y a las cuales se les prescriba como modalidad terapéutica el uso de la planta de cannabis y sus derivados.

La autoridad de aplicación deberá aprobar y revisar periódicamente los lineamientos y guías de asistencia, tratamiento y accesibilidad, podrán incorporarse al programa aquellos pacientes que se inscriban en el registro al que se refiere el artículo 8; promover medidas de concientización para la población en general; establecer guías de asistencia, tratamiento y accesibilidad; desarrollar alternativas terapéuticas a problemas de salud que no tratan los tratamientos médicos convencionales; investigar los fines terapéuticos y científicos de la planta de cannabis y sus derivados; conocer los efectos secundarios del uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados y establecer las limitaciones para su uso; fomentar la participación de pacientes y sus familiares para que aporten su experiencia, vivencias y métodos usados; brindar asesoramiento, cobertura y seguimiento del tratamiento a los pacientes que participen del programa y contribuir a la capacitación continua de profesionales de la salud en el uso medicinal de la planta de cannabis y sus derivados.

El art. 7 expresa que el aceite de cannabis y sus derivados será gratuito sólo para aquellos pacientes que se encuentren dentro del Programa y que aquellos que no se encuentren inscriptos en él pero que cuenten con prescripción médica podrán obtenerlo bajo su cargo a través del derecho de solicitud del acceso de excepción de medicamentos que determine la autoridad de aplicación.

Pero sólo la reglamentación adecuada del acceso al cultivo controlado de la planta de cannabis así como sus derivados para fines de tratamiento medicinal, terapéutico y/o paliativo del dolor, implicaría cumplir el objeto de la Ley N° 27.350 de garantizar y promover el cuidado integral de la salud y el acceso gratuito al aceite de cáñamo y demás derivados del cannabis a toda persona que se incorporara al Programa, en las condiciones que se establecieran. Esta situación finalmente se concretó en noviembre del año 2020.

Decreto reglamentario 883/20

Debido a la presión y necesidades sociales que atravesaba la Argentina por parte, principalmente, de los familiares o las personas que padecían alguna enfermedad que los obligaba al uso del cannabis y asumían el riesgo de ser condenados por la normativa penal a la que se hiciera referencia y, además, porque uno de los objetivos del programa era el de fomentar la participación de pacientes y sus familiares para que aportaran su experiencia, vivencias y métodos usados, el 12 de noviembre de 2020 se publicó en el Boletín Oficial el decreto 883/2020 que reglamenta la ley 27.350 y el uso medicinal de la planta del cannabis y sus derivados.¹⁰

El artículo 8 de la ley fue mejorado ampliamente por el decreto que incluye, luego de un reclamo histórico, una norma positiva que dispone la autorización del cultivo personal y en red para los usuarios, investigadores y pacientes que se registren en el Programa Nacional de Cannabis (REPROCANN). El registro es voluntario y los datos que se inscriben son confidenciales.

Los pacientes, quienes deberán contar con indicación médica, podrán inscribirse para obtener la autorización de cultivo para sí, a través de un o una familiar, una tercera persona o una organización civil autorizada por la autoridad de aplicación. No sólo tendrán el permiso los pacientes con epilepsias refractarias sino también aquellos que, cualquiera sea la enfermedad, obtengan efectos positivos mediante la utilización del cannabis medicinal (art. 8 del decreto).

Con la reglamentación se espera poder controlar la calidad de derivados o supuestos derivados del cannabis, para evitar comprometer la salud y generar expectativas infundadas promovidas por el simple afán de lucro.

En este sentido, además, aquellas personas que no posean cobertura de salud y obra social, tienen derecho a acceder en forma gratuita (art. 7 del decreto). Ello en concordancia con la ley 23.660 de Obras Sociales que, en su artículo 3 expresa que deberán destinar sus recursos en forma prioritaria a prestaciones de salud. Por otro lado, la Ley 23.661 del Sistema Nacional del Seguro de Salud, en la que los agentes del seguro son las Obras Sociales Nacionales, tiene como objetivo fundamental

¹⁰ La autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud.



proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitaria, integral y humanizada. Sobre esta temática particular ya había fallado la justicia, como pudimos observar.

En la reglamentación se incluye la promoción pública de programas de extensión universitaria vinculados al cannabis medicinal y el testeado de sustancias y cultivos experimentales para fortalecer la investigación y el acceso. Se autoriza el expendio en farmacias habilitadas para vender y producir.

Como consecuencia de ello, resulta importante destacar lo necesario que era una legislación que amparara a aquellas personas que se encontraban fuera de la protección del Estado, esto es, un marco regulatorio que permitiera un acceso oportuno, seguro, inclusivo y protector de quienes requirieran utilizar el cannabis como medicina alternativa.

Algunas apreciaciones finales

Advertimos que la regulación del cannabis, durante el siglo XX, derivaba del sistema de fiscalización internacional de estupefacientes y psicotrópicos, lo que era contradictorio con el amparo del derecho a la salud, sobre todo por parte del sistema penal nacional que, amén de perseguir al traficante, perseguía también al consumidor ocasional, al adicto, como así también al usuario con fines terapéuticos.

A esta parte, y con el reconocimiento de sus beneficios por parte de la ley 27.350 y su marco regulatorio 883/20, luce algo desproporcionada la respuesta punitiva que ha existido sobre el psicotrópico y que se espera deje de existir. Esto se debe, en mi entender, a que los avances legislativos de las distintas ramas del derecho sobre la temática, así como su aceptación cultural, no han sido parejos y es el ámbito penal, quizás, el que menos se ha adaptado.

Como puede verse, no resultó sencillo la aceptación temprana de este tipo de medicinas alternativas y su regulación, en un marco de seguridad y tutela efectiva de la salud con el dictado de leyes progresistas e inclusivas que respetaran la autonomía de la voluntad, fomentando la investigación, creando programas educativos o habilitando el auto cultivo, en contra de viejos estandartes morales propios de un estado

paternalista que sólo avasallaba la privacidad y las garantías constitucionales. Pero era necesario para ello deconstruir el sesgo estigmatizador y persecutorio cultivado por décadas en torno a la planta.



Prisión Perpetua, un mal ¿necesario?

L. Esteban Argento.¹⁻

Resumen

En este artículo se repasan las consecuencias de la prisión perpetua, en el entendimiento de la necesidad de dar urgentemente una respuesta a ese espacio abierto entre las normas y la realidad, espacio que permite que el estado se convierta en “delincuente” y el delincuente en víctima. Se revisan los antecedentes históricos de este tipo de pena y se concluye la necesidad de una política penal, criminal y carcelaria acorde.

Palabras claves: prisión perpetua/política penal/política carcelaria

La historia de las penas es, sin dudas, más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos. Tanto porque más despiadadas y quizá más numerosas que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas, como porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional, a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social no es arriesgado afirmar que las penas conminadas en la historia han producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.²

1 Abogado. Especialista en Derecho Penal. Secretario del Juzgado de Garantías del Joven N° 1 del Departamento Judicial de Pergamino.

2 Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1995

Las consecuencias del encierro en general y del prolongado encierro en particular no dejan de ser desalentadoras en punto al ideal de devolver a la sociedad una persona en mejores condiciones que cuando entró a la prisión; por el contrario, el deterioro experimentado lo hará una persona mucho peor, menos útil para sí y para la sociedad.

Es probable que cada uno de nosotros hayamos meditado sobre el significado de una condena que nos obligue a pasar parte o toda la vida en una prisión. Esta representación se torna más tangible y corpórea cuando advertimos que, por las contingencias de la vida, esa experiencia terrible le puede suceder a cualquiera. El momento en que enfrentados ante un tribunal se nos comunica que deberemos pasar gran parte de nuestras vidas o todo lo que resta de ella entre los muros de una cárcel es un fantasma que sobrevuela nuestras peores pesadillas. Todos los días con sus respectivas noches. Uno tras otro en una férrea rutina. Las luces que se apagan, el ruido de las puertas de hierro que se cierran y se abren, la disciplina carcelaria. Y las noches de insomnio imaginando el afuera, el cielo azul, la libertad.

Debería interrogarse acerca de cómo ha sido posible que la sociedad moderna, con todos sus avances, proclamas y declaraciones, no haya podido resolver la contradicción que implica responder al dolor del delito con un dolor muchas veces superior al propio delito, como si la cuestión pudiera reducirse a una ecuación aritmética donde la suma de dos valores negativos pudiera arrojar como resultado un valor positivo.³

Pese al mito de que el castigo puede producir resultados positivos y útiles, parece más una tragedia que una comedia por bien organizado

3 Jjordano, Mario Alberto y Ávila, Fernando, Contra la prisión perpetua - Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad, Editores del Puerto, 2012.



que esté y, aunque se administre con la mayor humanidad, estará ineludiblemente marcado por la contradicción moral y la ironía, como cuando se busca defender la libertad por medio de su privación o se condena la violencia privada utilizando la violencia autorizada por el público.⁴

La anulación en vida de todos los atributos que hacen a la individualidad de un ser humano comporta una flagrante contradicción con el Estado de Derecho, en la medida que segrega a parte de sus miembros diciéndoles “no te queremos más entre nosotros”. Declaración de enemistad que, en definitiva, debe hacernos concluir que el derecho penal es una enorme ficción, incapaz de dar respuesta coherente a las cuestiones más complejas y dilemáticas que han sido depositadas en sus manos.

Hasta ahora el pensamiento penal no ha cesado de reconocer y aceptar fundamentos objetivos o de buscar nuevos fundamentos para justificar la pena. Tal vez la hermenéutica lo induzca a interrumpir esa aceptación y búsqueda y a razonar en forma responsable frente a los problemas que le plantea el “problema penal”. Pero, ante todo, a dar urgentemente una respuesta a ese espacio abierto entre las normas y la realidad, espacio que permite que el estado se convierta en “delincuente” y el delincuente en víctima.

Las penas a perpetuidad constituyen uno de los capítulos más exacerbados de la pretensión de aprehender cuerpos y almas de mujeres y hombres, penas que han tenido la extraña cualidad de fungir a los victimarios en víctimas. La sumatoria de dolor, angustia y crueldad que suponen las condenas suele empequeñecer la dimensión del propio delito.⁵

La idea de perpetuidad, desde lo conceptual, nos habla de la infinitud del castigo, de su ilimitada duración en el tiempo y en el espacio como una forma de continuar, día tras día, hasta el final de los días, el recuerdo constante de una sanción que no termina de agotarse jamás. De esta forma, el derecho penal exterioriza la omnipotente pretensión de apropiarse de la vida de los seres humanos, haciéndose dueño de la totalidad de su tiempo, resignando de este

modo el ideal humanista que lo concibió como un límite al poder punitivo estatal.

El castigo forma parte de la historia del ser humano. Desde sus orígenes, el hombre ha ideado diversas construcciones punitivas, algunas muy rudimentarias y otras más sofisticadas, pero todas ellas con una cuota intrínseca y elaborada de perversidad, la que es esencial en la brutalidad planificada. Cuando se observa el largo derrotero de la imposición de castigos, la acción de causar deliberadamente dolor a una persona que infringe las normas, no se ha visto más que suavizada allí donde ha quedado expuesta su perversidad manifiesta. El origen del castigo puede encontrarse en el sentimiento de venganza de los hombres primitivos. Esa venganza era la manifestación de los institutos de conservación y defensa.

En aquellos tiempos no existían penas estructuradas y preestablecidas ni tampoco un monopolio estatal sobre el poder de sancionar. El castigo trascendía al infractor y conllevaba consecuencias no sólo para él sino también para los miembros de su familia, clan o tribu. El ofensor quedaba a merced de la furia del ofendido y, frente a esta notable desproporción, surge una primera limitación en el llamado “talión”, concepción retributiva de la pena, barrera en la venganza desmedida, regulada en el Código de Hammurabi.⁶

Luego, como limitación a la venganza privada, surge la composición, es decir, el acuerdo voluntario entre las partes para fijar un precio al daño causado. Allí es cuando el estado, por razones de conveniencia fiscal, decidió retener parte del precio de la composición y asumir la autoridad para fijar los valores y luego cobrar lo que correspondía. Así aparece la pena pública en contraposición de la pena privada. La confiscación absoluta del conflicto por parte de la autoridad surge en el siglo XII, cuando quienes ejercían la soberanía advierten la utilidad de usurpar y monopolizar el castigo. El conflicto dejó de ser lesión contra la víctima para convertirse en delito contra el soberano.⁷

La etapa posterior de administración de los

4 Garland, David, *Castigo y Sociedad moderna*. Un estudio de teoría social. Siglo XXI, México, 1999.

5 Messuti, Ana. *El tiempo como pena*. Campomanes, Buenos Aires, 2001.

6 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Trotta, Madrid, 1995.

7 Zaffaroni, Eugenio- Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro. *Derecho Penal, Parte General*, 2da. edición. Ediar, Buenos Aires, 2003.



conflictos por parte del soberano no trajo aparejada ninguna sutileza a la hora de aplicar sanciones. Los castigos se ejecutaban con una extravagante crueldad y estaban orientados a una expiación del delito-pecado cometido por el infractor para afirmar el poder del soberano mediante la intimidación colectiva.

La fantasía humana no ha tenido límites ni frenos a la hora de inventar las formas más feroces de la pena de muerte y en aplicarlas, incluso, a las infracciones más leves. El brutal carnaval del suplicio desplegado desde el poder inicia una etapa de franco retroceso a partir del siglo XVIII a la luz de las ideas de la Ilustración, cuando se impone paulatinamente una mitigada y calculada manera de ejercer el poder punitivo, superando así la idea del castigo como expiación. El encierro en cárceles era considerado una etapa del proceso. Se encontraba destinado únicamente a retener a los procesados mientras se decidiese su suerte.

El sentimiento por la libertad, estructura básica de la nueva sociedad igualitaria, debía compeler a una mutación en el campo de los fines penales que se evidencia ya en la Asamblea de 1789 cuando específicamente se determina que la ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias. La causa más importante y definida del origen de la prisión como castigo fue la conciencia adquirida de la libertad. Pero el análisis no debe agotarse en ello, ya que por sí sola no explica la mutación acaecida. Ésta se conjuga con una serie de factores dentro de un enrevesado momento histórico signado por profundos cambios estructurales para dar nacimiento a la idea de cárcel como sanción, medición de pena y privación de libertad como forma predilecta de castigo.⁸

Hasta la aparición de la cárcel como pena propiamente dicha, los castigos no contemplaban la posibilidad de sancionar afectando la libertad de las personas simplemente porque la vida, el tiempo y la libertad no eran bienes considerados valiosos. Sólo con la aparición del nuevo sistema de producción la libertad adquirió un valor económico. Cuando todas las formas de la riqueza social fueron

reconocidas bajo el común denominador de trabajo humano medido en tiempo de trabajo asalariado fue concebible una pena que privase al culpable de una cantidad de libertad -o cantidad de trabajo asalariado- y así la pena privativa de libertad se convirtió en la sanción penal más difundida.⁹

El momento del cambio cualitativo en la filosofía del castigo fue la guillotina. Hoy suele hablarse de ella como un vestigio de barbarie medieval. No es así, sostiene Foucault en entrevista con Ferdinando Scianna: en su época la guillotina fue una ingeniosa maquinilla que transformó el suplicio en ejecución capital, efectuada a velocidad del rayo, verdadero grado cero del sufrimiento. Con la nueva estructura económica de la sociedad, la burguesía necesita organizar su llegada al poder por medio de una nueva tecnología penal mucho más eficaz que la anterior.¹⁰

Consultado el filósofo francés sobre la “suavidad” de las penas, refiere que esta “suavidad” no tiene nada que ver con la eficacia del sistema penal. Hay que sacarse de encima la ilusión de que la atribución de las penas se hace con el objetivo de reprimir los delitos; las medidas punitivas no sólo tienen el papel negativo de represión, sino también el papel “positivo” de legitimación del poder que dicta las reglas. En su entrevista, Scianna sostiene que la prisión fue criticada desde el principio y que se la definió como un fracaso penal, una fábrica de delincuentes, a lo que Foucault responde que, empero, ello no sirvió para destruirla, puesto que después de siglo y medio sigue en pie. Y se pregunta: ¿es de veras un fracaso? ¿No será más bien un éxito, y justamente por las mismas razones por las cuales se la acusa de fracasar? En realidad la prisión es un éxito, sostiene. La prisión crea y mantiene una sociedad de delincuentes, el medio, con sus reglas, su solidaridad, su marca moral de infamia. La existencia de esta minoría delictiva, lejos de ser la medida manifiesta de un fracaso, es muy importante para la estructura del poder de la clase dominante.

8 Scime, Francisco Salvador, *Pena y libertad, el fin de la pena como garantía de libertad*, Pensamiento jurídico, Buenos Aires, 1986.

9 Pavarini, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XII*, Buenos Aires, 2002.

10 Foucault, Michel, *El poder, una bestia magnífica, sobre el poder, la prisión y la vida. Entrevista con Ferdinando Scianna, 1975*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012.



La delincuencia da miedo y ese miedo se cultiva. No por nada en cada momento de crisis social y económica se presencia un “recrudescimiento de la criminalidad” y el consiguiente llamado a un gobierno policial. Por el orden público, se dice; en realidad, para poner freno sobre todo a la ilegalidad popular y obrera. En suma, la criminalidad funciona como una suerte de nacionalismo interno. Así como el temor al enemigo hace “amar” al ejército, el miedo a los delincuentes hace “amar” el poder policial.

Tenemos vergüenza de nuestras prisiones. Esos enormes edificios que separan dos mundos de hombres, que se construían antaño con orgullo a punto tal que a menudo se los ubicaba en el centro de las ciudades, hoy nos molestan. Las polémicas que se desatan regularmente a su respecto y hace poco, a causa de numerosos motines, dan claro testimonio de ese sentimiento. Polémicas, molestia y falta de amor que, además, acompañaron las prisiones desde que se consolidaron como pena universal. Y sin embargo, esta institución ha resistido. Es un hecho bastante extraordinario.

Las penas perpetuas existieron a lo largo de la historia. Las amputaciones o las marcaciones eran penas cuyas consecuencias acompañaban al individuo durante toda su vida. El origen de las penas a prisión perpetua se encuentra íntimamente vinculado con las penas capitales.¹¹ Beccaria, a fin de limitar la imposición de penas capitales, refiere: “No es pues, la pena de muerte derecho, cuanto tengo demostrado que no puede serlo; es solo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser.”¹²

La perpetuidad como pena recibiría luego profundos cuestionamientos, puesto que la duración sin solución de continuidad que contempla el encierro encuentra una insuperable contradicción con sus pretendidos fines resocializadores. Es así que evoluciones posteriores han buscado apaciguar su condición mediante la idea de regímenes carcelarios progresivos donde el paso del tiempo y factores como buena conducta del condenado podrían ocasionar beneficios con salidas anticipadas

a la vida libre.

Fin resocializador de las penas y su contradicción con la prisión perpetua.

Sostenía Von Liszt que “la sociedad debe protegerse de los irrecuperables y, como no podemos decapitar y ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida.”¹³ Se critica al ideal “re” (resocialización, reinserción, readaptación) por la contradicción que implica que el Estado deba aguardar a encarcelar a un individuo para proporcionarle los medios para convivir en sociedad, sin haber hecho lo propio mientras se encontraba en libertad.

El modelo constitucional argentino adscribió al fin resocializador de las penas, lo que puede colegirse del texto de la última parte del art. 18: “Las cárceles de la Nación 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 aquella exija hará responsable al juez que lo autorice”. El art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en concordancia sostiene que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. La ley 24.660 (de Ejecución Penal) define que “la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”.

El fin resocializador, por definición, implica que el condenado, en un momento determinado del cumplimiento de la pena impuesta debe tener la posibilidad de recuperar la libertad y reinsertarse en la sociedad. Una pena que impidiese el regreso del recluso al medio social del cual proviene negaría la aludida finalidad, convirtiéndola en

11 Carrara, Francesco (2000) La vida como castigo. Norma, Bs.As.

12 Beccaria, Cesare (1997) De los delitos y de las penas. Atalaya, Bs. As.

13 Von Liszt, Franz. La idea del fin en el derecho penal, traducción de Enrique Aimobe Gibson, revisión de Manuel de Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1984.



una mera expectativa, sujeta y condicionada a factores exógenos, que en definitiva terminarían por desdibujarla y relativizarla. Si esa finalidad no es alcanzada, el fracaso resocializador no puede ser soportado por el recluso al precio de su libertad, ya que no es a su persona que la ley encomienda el cumplimiento de dicha finalidad.

Una pena como la de prisión perpetua, prevista por el art. 13 del Código Penal que establece que recién a los 35 años de cumplimiento de la condena el recluso podrá aspirar a la libertad condicional, en los hechos es la negación misma del fin resocializador que se convierte en una mera excusa para legitimar el encierro permanente.

Resulta engañosa la aplicación de un tratamiento que intenta modificar del ser humano aquello que se considera socialmente inaceptable si simplemente lo neutraliza al negarle su reinserción social. Con independencia del régimen penitenciario implementado, lo cierto es que se pretende principalmente mantener al condenado confinado de por vida. Ante una pena semejante, la evolución correctiva de la persona queda rezagada o subordinada a otros intereses ya que, habiendo logrado incluso modificar su conducta, jamás se integrará a ella porque deberá morir para agotar su condena.¹⁴

Bajo el paradigma constitucional la pena tiene un evidente fin utilitario: resocializar a los penados para que puedan vivir en libertad respetando el orden legal establecido y, principalmente, sin delinquir. Al menos desde lo conceptual, se excluye toda posibilidad de retribución, esto es, responder al mal con otro mal de parecida o igual intensidad. Educar a un ser humano en el encierro, conforme a comportamientos que se adecuan a pautas aceptadas y ejecutadas en el contexto de la convivencia social, configura un método antipedagógico y difícil de justificar.

Excluida cualquier finalidad de enmienda o disciplinaria, lo único que se puede y se debe pretender de la pena es que no pervierta al reo, es decir, que no reeduque, pero tampoco deseduque, que no tenga una función correctiva pero tampoco

una función corruptora, que no pretenda hacer al reo mejor pero que tampoco lo haga peor.¹⁵

La cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Inevitablemente ha conservado muchos elementos de aflicción física que se manifiestan en las formas de vida y de tratamiento que difieren de las antiguas penas corporales sólo porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena. Además, a la aflicción corporal la pena carcelaria añade la aflicción psicológica, la soledad, el aislamiento, la sujeción disciplinaria, la pérdida de sociabilidad y de afectividad y, por consiguiente, de identidad, a lo que debe sumarse la aflicción específica que va unida a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigido a plegar y a transformar a la persona del reo.

Conclusiones

Es probable que la gravedad de los delitos que habilita la imposición de la clase de penas tratadas opere en el ánimo de los encargados de aplicar la ley como una barrera para cuestionar la legitimidad misma de la sanción, como si la eventual tacha de inconstitucionalidad pudiera suponer una minimización de los hechos en juzgamiento.

El cuestionamiento constitucional de la pena de prisión perpetua en los términos en que actualmente se encuentra concebida constituye un imperativo moral, ya que el Estado debe responder al principio de superioridad ética que supone que en su reacción no puede colocarse en la misma o peor posición que la producida por el delito sino que, por el contrario, su respuesta debe estar revestida de eticidad, utilidad y humanismo. Reaccionar frente al delito con una respuesta de mayor intensidad desembocaría en un círculo de violencia inacabada, como de hecho sucede en la sociedad contemporánea. Detrás de la discusión que suscita la pena de prisión perpetua se esconde el debate acerca de la irracionalidad del sistema penal, donde las respuestas punitivas tienden a incrementarse para alejar los riesgos que surgen del solo vivir en la actualidad. Lo que deberíamos discutir es la necesidad de replantear y reformular

14 Galán, Jose Gabriel, "El encarcelamiento perpetuo es inconstitucional", ¿Mas derecho?, año 3, Di Plácido, Buenos Aires, 2003.

15 Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995.



el sistema penal en su integridad dentro de una sociedad diferente, gobernada por parámetros distintos a los que rigen actualmente.

Se coloca el orden de las cosas patas hacia arriba, en vez de resolver los déficits judiciales y penitenciarios. Implícitamente se declara la impotencia para resolverlos y se corta el hilo por lo más delgado, impidiendo a los reales destinatarios gozar de los derechos que acuerdan la ley y tratados internacionales de derechos humanos, esto es, el derecho a la progresividad de la pena y poder cumplir parte de ella en libertad controlada.

No se produce la apertura para la necesaria conversación y todo confluye para que se reproduzca un diálogo entre sordos, en el que los participantes se muestran igualmente incapaces de explicar las relaciones que rigen el encarcelamiento y sus consecuencias. De este modo se cuestionan los principios legales desde el “sentido común” o se expresa su vigencia más allá de la realidad cotidiana de los tribunales y, dentro de ese berenjenal, todo parece decirse sin llegar a expresar definitivamente nada.

Hemos ido emparchando a lo largo de los años el Código Penal a la luz de movimientos de tipo espasmódico, lo que no es bueno. Si roban vacas, agravamos las penas para los que cometen abigeato; si secuestran gente, agravamos las penas vinculadas con el secuestro extorsivo, pero no es así como se tiene que legislar. Tiene que haber una política penal, criminal y carcelaria. Y eso es lo que está faltando y lo que deberíamos darnos.

El pensamiento corre ahora al ergástulo, reclusión que dura por toda la vida: al ergastulano la puerta de la cárcel no se le abre sino para dejar pasar su cadáver. Esto quiere decir que para él el proceso no tiene fin. Y puesto que la penitenciaria es, o debería ser, un sanatorio para recuperar las almas enfermas, la condena al ergástulo es la declaración de que el alma de un hombre está perdida para siempre.

El tono lúgubre de estas palabras inspira un sentido de horror; pero no para aquel a quien están dirigidas, sino para aquel que las ha pronunciado.¹⁶

16 Canelutti, Francesco, Las miserias del proceso penal, Temis, Bogota, 1989.



Familia



Las adopciones en Argentina: un modelo para armar y otro para desarmar

por Ayelén Zuccarini¹

Resumen

El presente artículo busca analizar de dónde venimos y hacia dónde vamos en materia de adopciones entendidas en plural, como lo son las historias detrás de cada NNyA sin cuidados parentales. Ello, con el objetivo de trazar lineamientos hábiles para reducir a su mínima expresión los errores humanos que pueden surgir en estos procesos, generando nuevas y mayores carencias y sufrimientos.

Palabras claves: adopción/perspectiva psicojurídica/diversidad familiar

Introducción

Los caminos que se inician, como el que empieza a transitarse con esta revista interdepartamental que lanza el presente mes su número inaugural, traen consigo aires renovados que constituyen una buena oportunidad para convocar debates y actualizar miradas desde una óptica revisionista y crítica del derecho actual.

En esta lógica deconstructiva y reconstructiva que se propone, el nuevo proyecto editorial en marcha se convierte en una excelente excusa para (re)pensar una institución tan trascendental como la adopción y analizar sus luces y sombras al hilo del íter histórico recorrido desde su incorporación al ordenamiento

jurídico argentino hasta la actualidad.

Desde la primera ley que recogió la figura en el año 1948 hasta su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) vigente desde el 1 de agosto de 2015, muchas han sido las modificaciones que ha experimentado la adopción, no sólo en el plano jurídico sino también en el ideario social, de indudable peso e incidencia habida cuenta del carácter complejo y especialmente sensible que trae aparejada. Miradas superficiales y románticas, nociones adultocéntricas basadas en la infertilidad y abordajes estigmatizantes con epicentro en la búsqueda e inserción de niños, niñas y adolescentes (NNyA) pertenecientes a sectores “desfavorables” en familias “tipo” integran la oscura nómina de notas que han rodeado al instituto en estudio por mucho tiempo.

Si bien aún quedan resabios de dichos paradigmas, el entrecruzamiento entre el avance en materia de derechos humanos de NNyA y el aporte de otros saberes, entre ellos, la psicología y el trabajo social, han ido forjando una nueva manera de transitar los procesos adoptivos, con la transdisciplina como telón de fondo. Se trata de un modelo en el que la impronta jurídica cede su monopolio a través de la inclusión de componentes psicoafectivos para cumplir con el propósito de concretar el derecho a la vida familiar que asiste a toda persona menor de edad.

En esta tésis, el presente artículo busca analizar de dónde venimos y hacia dónde vamos en materia de adopciones entendidas en plural, como lo son las historias detrás de cada NNyA sin cuidados parentales. Ello, con el objetivo de trazar lineamientos hábiles para reducir a su mínima expresión los errores humanos que pueden surgir en estos procesos, generando nuevas y mayores carencias y sufrimientos.

¹ Abogada. Magister en Derecho Civil Constitucionalizado. Auxiliar Letrada de las Asesorías N° 1 y N° 2 del Departamento Judicial de Pergamino.



Una aproximación desde la perspectiva psicojurídica

El CCCN define en su artículo 594 a la adopción como

una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

De dicha definición se desprenden tres nociones estructurales y estructurantes de los procesos adoptivos. En primer término, el lugar protagónico que deben ocupar NNyA. La mirada paidocéntrica llamada a iluminar la adopción no es ni más ni menos que una consecuencia de la concepción de las personas menores de edad como sujetos de derechos que reemplazó al abordaje paternalista inherente al modelo tutelar que las consideraba como menores, incapaces y objetos de protección. En contraste, la doctrina de la protección integral de derechos vigente abarca -tal como su nombre lo indica- todas las dimensiones de la vida y desarrollo de NNyA, en un contexto democrático que facilita su interacción en y con la familia y en y con la sociedad².

En segunda instancia, como derivación del mencionado derecho a la vida familiar surge la noción de familia(s) como fenómeno cambiante y plural. La realidad nos demuestra que no existe un único modelo familiar sino que, por el contrario, asistimos a un momento de proliferación y visibilización de estructuras familiares que echan por tierra antiguos patrones socioculturales y jurídicos basados en un esquema único o hegemónico. Esta diversidad familiar contemporánea ha sido evocada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en diversos pronunciamientos, al subrayar que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia y que el término “familiares” debe ser

entendido en sentido amplio³.

Finalmente, de la definición apuntada se sigue que la adopción opera con carácter subsidiario. Ergo, sólo es factible recurrir a ella si, como antesala, se transitaron cauces de fortalecimiento y apoyo a la familia de origen -nuclear o ampliada- que no desembocaron en una superación de las situaciones que determinaron la separación del NNyA. Llegada esta instancia, debe enfatizarse que el derecho a vivir en y con la familia de origen no es absoluto y cede ante determinadas circunstancias que deben ser cuidadosamente abordadas mediante intervenciones estatales previas. En este sentido, corresponde al Estado apoyar a las familias para cumplir su rol, absteniéndose de interferir indebidamente en las relaciones familiares y, asimismo, adoptando las medidas positivas que aseguren el ejercicio de los derechos de sus integrantes. Así, ante la vulneración de derechos de NNyA, el Estado debe buscar prioritariamente soluciones en el núcleo familiar, ofreciéndole ayuda oportuna para afrontar problemáticas económicas, educativas, sociales, habitacionales o sanitarias. Empero, debe reconocerse como límite al trabajo con la familia de origen la vulneración de otros derechos que empiezan a verse afectados cuando no se advierten mejoras sensibles en plazos razonables⁴.

Hasta aquí, la adopción en clave jurídica, definida acertadamente por el legislador para marcar lineamientos claros que deben ser observados en el desarrollo del proceso. Ahora bien, ¿puede lograrse una experiencia verdaderamente reparadora de NNyA privados de su medio familiar a través de un trabajo dirigido exclusivamente a revertir las causas que originaron dicha separación? La respuesta negativa se impone.

Detrás de cada NNyA sin cuidados parentales hay una historia y un pasado vincular, con significaciones subjetivas que la persona menor de edad otorgó a esos hechos, a lo vivido y lo

2 Gil Domínguez, Andrés, Famá, María V. y Herrera, Marisa. Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, Derecho Constitucional de Familia, Comentada, Anotada y Concordada. Ediar, Buenos Aires, 2012, p.19.

3 Corte IDH, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24/2/2012, párr. 177 y “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia del 27/4/2012, párr. 98.

4 Pérez Dupont, Ana S., “El derecho a vivir en familia y la aplicación de las medidas de protección integral”, Herrera, Marisa, Gil Domínguez, Andrés y Giosa, Laura (directores), A treinta años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 266.



padecido. De cara al complejo entramado que este escenario ofrece, sería demasiado simplista pensar que la posibilidad de que NNYA construyan nuevos vínculos y reelaboren las pérdidas sufridas depende exclusivamente de respuestas legales. Frente a este panorama, los cuerpos normativos nos acompañan hasta la puerta, por lo que se requiere un plus disciplinario para empatizar con su sufrimiento psíquico y facilitar nuevas experiencias relacionales saludables. Por ello, con miras de considerar aquello que desde el lente jurídico no se ve pero efectivamente está, el recurso a la transdisciplina emerge como un bastión fundamental que deberá atravesar cada instancia del proceso adoptivo⁵.

Etapas del procedimiento e implicancias subjetivas

Los procesos adoptivos están integrados por etapas marcadas que se entrelazan en pos de un objetivo común: concretar el derecho humano que asiste a NNYA a la vida familiar. Si bien cada eslabón de la cadena que representa el proceso de adopción tiene sus características propias, es importante que la intervención particularizada aparezca como un continuo y que se repare puntualmente en la vulnerabilidad o vulnerabilidades que afectan a la persona menor de edad. Desde este ángulo, puede acudirse a la metáfora de las capas como constructo para comprender la vulnerabilidad desde parámetros flexibles y estrechamente relacionados a la situación que se está analizando y al contexto. Así, se afirma que no hay una sólida y única vulnerabilidad que agote la categoría, sino que puede haber diferentes vulnerabilidades, esto es, diferentes capas operando. Y estas capas son susceptibles de superposición: un mismo NNYA separado de su medio familiar puede padecer alguna discapacidad, encontrarse en situación de calle, sufrir violencia o ser migrante. Las combinaciones admiten variables múltiples y, por ende, las líneas de acción a implementar tienen que “cruzar esos datos” para ser eficientes.

Uno de los aportes más resonantes que reviste esta

teorización aplicada al modelo adoptivo que aquí se auspicia consiste en detectar las vulnerabilidades que pueden afectar a NNYA sin cuidados parentales, evitando reincidir en esquemas desfasados, tendientes a rotularlos o etiquetarlos. Esta modalidad nociva va de la mano con el estigma que dominó durante mucho tiempo su abordaje, al ser considerados como personas “en riesgo” desde una mirada predominantemente socioeconómica y no como sujetos con derechos vulnerados. En efecto, la vulnerabilidad no debería ser entendida como una condición permanente y categórica, con contenidos fijos, pues estos pueden ser cambiados o evitados. Cada capa de vulnerabilidad que se identifica en una persona no provee protección, sino que la deja cada vez más expuesta. Así, parte del trabajo será identificar tales capas para luego quitarlas. Y para ello, la impronta “psi” es sumamente relevante y debe verificarse en cada instancia del proceso adoptivo.

La primera de ellas es la declaración judicial de situación de adoptabilidad que parte del agotamiento de las medidas estatales desplegada a fin de lograr la permanencia de una persona menor de edad en su familia de origen. El artículo 607 del CCCN dispone cuáles son los supuestos que dan lugar a la declaración de adoptabilidad, siendo su consecuencia jurídica la inserción del NNYA en otro grupo familiar. Ahora bien, desde el plano subjetivo, este nuevo panorama impacta de forma elocuente en la persona y sus alcances dependerán de las características individuales, historia familiar y experiencias vivenciadas por cada cual. Se trata de una etapa refundacional en términos psicoafectivos y sociales y, por consiguiente, la actuación de los profesionales intervinientes es crucial y se despliega hacia dos direcciones obligadas: garantizar el registro administrativo y judicial de los motivos que dieron lugar a la declaración de situación de adoptabilidad y comunicar lo acontecido al NNYA de manera ajustada a su edad y grado de madurez⁶.

Una vez declarada la situación de adoptabilidad, el camino continúa por el sendero de la guarda con fines de adopción, cuya finalidad radica en evaluar el vínculo afectivo entre los/as pretensos/as adoptantes seleccionados/as y NNYA. En aras de cumplir

5 Otero, María F. y Videtta, Carolina, *Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordajes*. Noveduc, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, p. 63.

6 Otero, María F. y Videtta, Carolina, *op. cit.* p. 269.



dicha meta, algunas de las preguntas que se sugiere formular son las siguientes: ¿Se están desarrollando satisfactoriamente en los guardadores aquellas capacidades parentales adoptivas esperables? ¿Se observan indicadores objetivos de bienestar del NNYA? ¿Se están garantizado sus derechos? ¿Los guardadores están respetando su forma de ser, sus creencias, sus gustos, sus comportamientos y emociones?⁷

Debe ponderarse que durante esta instancia corresponde diseñar y ejecutar un plan de vinculación a medida, labor que demanda una interacción constante entre los organismos comprometidos (juzgado, asesoría de incapaces, órgano administrativo, hogar convivencial). También conviene tener presente que, si bien el horizonte trazado es la adopción, pueden aparecer obstáculos hasta alcanzar dicha meta. Como explica Federica Otero, en este estadio NNYA suelen realizar movimientos progresivos y regresivos, pues la guarda y la vinculación conforman espacios propicios para la reedición de duelos. Por ello, resulta positivo que la gradualidad sea la nota dominante de estos procesos, como modo de atemperar la sensación que suelen experimentar NNYA de no poder afrontar todo lo que les está sucediendo y, a la par, de mitigar el miedo a perder lo que están consiguiendo. A su turno, debe repararse en que los guardadores no están exentos de mecanismos defensivos, pero estos pueden ser contrarrestados con el acompañamiento de profesionales capacitados que los guíen en este trayecto, reforzando sus potencialidades⁸.

Una vez cumplido el período de guarda, se iniciará el tramo final del recorrido adoptivo: el juicio de adopción, cuya finalidad es emplazar al adoptado/a en el estado de hijo/a. En este punto, resulta menester destacar la facultad judicial que consagra el CCCN en su artículo 621, al otorgarle al magistrado la potestad de disponer la adopción plena o simple según las circunstancias del caso, e incluso de flexibilizar los tipos adoptivos efectuando ajustes a los modelos preestablecidos.

Así, el régimen adoptivo actual ostenta la porosidad necesaria para crear vínculos con determinados parientes de los/as adoptantes por adopción simple o bien conservar algunos vínculos jurídicos con miembros de la familia de origen para supuestos de adopción plena.

En suma, el CCCN posibilita una “adopción simple más plena” o una “adopción plena menos plena” dando cabida a un ajuste jurídico de las reglas de parentesco en relación con los efectos de la adopción y respetando la identidad dinámica del adoptado⁹. Esta valiosa herramienta es una de las máximas expresiones del modelo psicojurídico por el que se aboga, ya que supone un pormenorizado análisis de la situación de cada NNYA concreto, teniendo en vista su historia, sus proyecciones vinculares y, en definitiva, la consideración de su subjetividad como aspecto tangencial que moldeará la respuesta jurídica apropiada, maximizando el respeto por su personalidad.

Trama y drama de los procesos excluyentes

Las vinculaciones que fracasan, erróneamente llamadas “devoluciones”, cristalizan el modelo adoptivo que debe dejarse atrás. Por un lado, la vertiente lingüística expone resabios de abordajes que cosifican a NNYA, pues solo los objetos adquiridos son plausibles de ser devueltos. Por el otro, el empleo de términos como el referido encubre la tendencia a culpabilizar a la persona menor de edad por la frustración del plan adoptivo, al “no haber sabido comportarse”. Desde la mirada de Otero y Videtta, ante esta realidad aberrante es conveniente hablar de procesos excluyentes como nueva fuente de victimización para NNYA que, si derivan del accionar estatal, encuadran como violencia institucional¹⁰.

Siguiendo la línea de pensamiento del dúo autoral señalado, cabe poner de relieve otra de las bondades más significativas que ofrece el modelo psicojurídico al presentarse como valladar de estas situaciones ultrajantes y traumáticas, partiendo de un postulado

7 Otero, María F., “La guarda con fines de adopción desde una mirada psicosocial”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, N° 83, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2018, p. 13.

8 *Ibidem*.

9 González de Vicel, Mariela, “Comentario al Artículo 621 del Código Civil y Comercial de la Nación”, Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (directores) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo II, p. 430.

10 Otero, María F. y Videtta, Carolina, *ob. cit.* p. 341.



básico: su prevención. Aun cuando los procesos excluyentes son pluricausales, es posible identificar la trama que se entreteteje detrás de este acto violento y emplear todos los recursos necesarios para evitarlo, teniendo en cuenta que sus causas no suelen responder de forma exclusiva a la responsabilidad de los guardadores. A modo de ejemplo, puede aseverarse que una deficiente preparación de las personas inscriptas en los registros de adoptantes, insuficiente acompañamiento a la familia adoptiva, defectuosa preparación del NNYA para su proceso adoptivo, inadecuado plan de vinculación, falta de información sobre la historia vital de la persona menor de edad, fallas en la articulación interinstitucional, errores comunicacionales respecto de las necesidades de NNYA e ineficiencias en la construcción de la compatibilidad adoptiva, son algunas de las omisiones o acciones que pueden explicar la génesis de esta forma de revictimización.

Como manera de contrarrestarlas, el encuadre psicojurídico propone un trabajo intersectorial, organizado y sostenido como cimiento de la labor a desarrollar, que debe ser llevada adelante por profesionales especializados y abiertos a la escucha de NNYA y guardadores. Asimismo, no perder de vista el factor tiempo y su incidencia en la vida de las personas menores de edad y realizar un adecuado diagnóstico bidireccional, esto es, tanto de las necesidades de NNYA como de las capacidades parentales de los guardadores, son prácticas sumamente necesarias que deben verificarse durante toda la trama adoptiva para cerrar las puertas a nuevos abandonos que se configuran como una brutal violación a los derechos humanos de las personas menores de edad.

Reflexiones finales

Los setenta y tres años que transcurrieron entre la Ley 13.252 que reguló por primera vez la adopción en Argentina hasta la actualidad han dejado un legado más que suficiente para entender y atender adecuadamente el instituto en el país. Paralelamente al desarrollo del corpus iuris de las niñeces y adolescencias, la expansión de la transdisciplina ha permitido conjugar saberes para diseñar y aplicar acciones positivas desde la multiplicidad de connotaciones que entrañan las adopciones para las

personas involucradas en ellas.

La evolución de los tiempos y la complejidad de las sociedades contemporáneas permiten afirmar que los moldes rígidos, de corte netamente jurídico y con escasa apertura a otros saberes, así como la aplicación de enunciados retóricos desentendidos de su proyección práctica concreta, no sólo describen prácticas vetustas y deficitarias de cara a los sufrimientos vivenciados por NNYA sin cuidados parentales sino que, con frecuencia, pueden desembocar en supuestos de violencia institucional cuya respuesta debe ser la tolerancia cero.

Sirva, entonces, la nueva propuesta editorial que hoy recorre sus primeros tramos, a modo de impulso que motorice el pensamiento crítico y permita visibilizar y comprender -sin pretender agotar- los desafíos que plantean las adopciones o, dicho de otro modo, las deudas pendientes con las infancias y adolescencias.



Proceso de vinculación adoptiva, cese intempestivo e imposición de cuota alimentaria a los guardadores. Análisis de su viabilidad

Por Laura Sarti¹

Resumen

La decisión de la ruptura de la relación de familia que se estaba gestando debe encontrar una solución justa, que contemple el perjuicio causado. Con sustento en el deber de solidaridad familiar, se estima pertinente la imposición a quienes fueron pretensos adoptantes de una cuota alimentaria mínima. Incluso en procesos de adopción frustrados, la existencia de un vínculo socioafectivo entre los involucrados, imponen la necesaria continuidad de la satisfacción material hasta tanto la situación de los más vulnerables sea resuelta.

Palabras claves: vinculación adoptiva/solidaridad familiar/vínculo socioafectivo

El Juzgado de Familia N° 1 de Tandil, Departamento Judicial Azul, en causa “B.P. / medidas protectorias”, con fecha 03/05/2021, dispuso:

(...) resulta oportuno recordar que la situación actual de extrema vulnerabilidad y necesidad de elaboración de nuevos duelos por parte de P., se origina con la frustración de un proyecto adoptivo con el matrimonio H.-M. (...) Y sin que implique fijar culpas o sanciones a los mismos, parece apropiado que sean los adultos responsables de dicho proyecto, cuya exclusiva voluntad fuera el origen del mismo, quienes asuman el costo de sus consecuencias,

imponiéndoles deberes que de alguna manera intenten ser paliativos de la situación de vida que le ha tocado atravesar a P. debido a la ruptura intempestiva del vínculo con quienes querían adoptarla. La decisión de la ruptura de la relación de familia que se estaba gestando debe encontrar una solución justa, que contemple el perjuicio causado: para que haya un daño basta con que se lesione un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona (...) (art.1068 última parte del Cód. Civil anterior en concordancia con lo normado en el art. 1737 Cód. Civil vigente), y el contraste entre la vida que mantenía la niña junto a los guardadores y la que detenta actualmente en el hogar convivencial, permite ver palmariamente que han sido afectados sus intereses (en este sentido fue resuelto: L.M.A. Y OTRO S/ ADOPCIÓN ACCIONES VINCULADAS, Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Martín, Acuerdo extraordinario N°666/2008, de fecha 29/09/2015)... Es por esto que, con sustento en el deber de solidaridad familiar y en atención a la situación de extrema vulnerabilidad en la que P.se encuentra, estando en riesgo sus derechos y siendo preciso dar una atención urgente a sus necesidades, es que estimo pertinente la imposición a quienes fueron pretensos adoptantes de una cuota alimentaria mínima tendiente a cubrir los costos de sus tratamientos psicológico y eventualmente, psiquiátrico. RESUELVO: Imponer a los anteriores guardadores, Sres. H. V. H.y M. F. E. una cuota alimentaria en favor de P, equivalente a medio salario mínimo vital y móvil -que al día de hoy representa una suma de pesos diez mil ochocientos (\$10.800,00)- a

¹ Laura Sarti. Abogada. Auxiliar Letrada Juzgado de Familia 1 Tandil. Egresada de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires.

fin de cubrir sus tratamientos de salud, por el plazo de seis meses... Dra. Silvia I. Monserrat

La historia de P

La adolescente del fallo, P.A. es una niña, nacida el 02/10/2007, hermana menor de E. y O. (hijos por parte paterna), sobre quien en fecha 27/07/2017 se adoptó una medida de protección especial de derechos –abrigo- en virtud de su vulnerabilidad. Había venido a esta ciudad junto con su papá y sus hermanos desde Carlos Tejedor, dos años antes. El progenitor de la niña mostró poca capacidad de escucha y reflexión, sin poder comprender las razones que dieron origen a la adopción de la medida, aceptar las pautas que le fueron indicadas ni modificar la forma de vinculación con sus hijos. Se mostraba enojado y exigente con los distintos organismos pese a mostrar buena predisposición para abordar las cuestiones señaladas.

Por su parte, la progenitora no mostró una actitud proactiva en relación a su pedido, quedó a la espera de que la llamaran y no concretó la vinculación con sus hijos como fuera acordado con el órgano administrativo en pos del fortalecimiento del vínculo que se encontraba quebrado. E s t a situación familiar, luego de distintas evaluaciones, derivó en el dictado de la sentencia de desamparo y adoptabilidad de P.A. el día 25/09/2018, cuando ya tenía casi 11 años de edad.

La niña tuvo dos proyectos de vinculación adoptiva “excluyentes”, en palabras de la licenciada María Federica Otero, es decir lo que comúnmente se llama “devoluciones” o “desvinculaciones”, antes de conocer al matrimonio H-M con quienes tuvo un inicio en noviembre del año pasado. Se les otorgó la guarda preadoptiva el 13/11/2020 -convivieron durante un mes y medio- para luego regresar al hogar convivencial donde se encontraba alojada y así continuar con un plan de vinculación a lo largo de otro mes -donde la niña mantenía contacto habitual mediante medios telemáticos-. Los primeros días de febrero se trasladó a la ciudad de Junín a los fines de permanecer en forma definitiva. Se mantuvieron seguimientos por parte de los peritos del equipo interdisciplinario del juzgado a lo largo de todo el proceso que dieron cuenta de las condiciones psicológicas de la niña,

priorizando sus deseos, y de las vicisitudes que se iban presentando en el desarrollo de la vida familiar. En el último informe, de fecha 18/03/2021, ambos guardadores expresaron que el vínculo favorable se estaba gestando.

Sin embargo, a los pocos días y mediante mensaje de texto, el guardador manifestó que “... no podemos con P.”, lo que dio por resultado el cese de la guarda preadoptiva de la niña el día 25/03/2021, pasando de un nuevo intento de protección a una nueva violación de sus derechos. P.A., al día de la fecha tiene 13 años y medio de edad. Ahora bien, dada las circunstancias reseñadas, la doctora Silvia I. Monserrat, a cargo del Juzgado de Familia N°1 del Departamento Judicial de Azul con sede en Tandil, dictó la resolución que antecede.

Comentario al fallo

Corresponde hacer una interpretación razonada y armónica de toda la normativa atinente a la niñez y entender que, dadas las particulares circunstancias de vulnerabilidad de los niños en procesos de adopción, el deber de obrar con cuidado por parte de los pretensos adoptantes, el carácter intempestivo del obrar con la ruptura del vínculo, la pérdida de chance de los niños que estuvieron durante un determinado tiempo con los guardadores y además que su facilidad para volver a ser adoptados cae enormemente atento la edad de los mismos, aumentando así las posibilidades de que permanezcan institucionalizados de manera indefinida e incrementando la incertidumbre acerca de su futuro, hacen posible que se considere dar lugar a un resarcimiento por el daño causado a la niña P.

En primer término, siempre resulta importante señalar que los casos que involucran los derechos de niños, niñas y adolescentes se deben resolver teniendo como norte el interés superior de los mismos (art. 3 CDN, art 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298 y art. 595 CCyC). Incluso esta obligación cobra especial relevancia en procesos como el presente en los cuales la decisión observa ciertas particularidades, en especial cuando están en tensión otros derechos que titularizan los adultos².

Con relación a esta temática hay distintas posturas en cuanto a la fundamentación para adoptar una medida como la dispuesta en este caso. Por un lado una nueva mirada doctrinaria ha destacado que el cese intempestivo de un proyecto adoptivo puede contar con los elementos necesarios para hacer surgir la responsabilidad aquiliana. Entre ellos, se señala el deber de obrar con cuidado como un elemento que adquiere aún mayor significado cuando uno de los sujetos de la relación jurídica tiene a su cargo una persona vulnerable que no puede defenderse por sí misma³. En dicha línea, se ha agregado el daño psicológico que el cese intempestivo puede provocar, así como también se han destacado la afectación al centro de vida, a la identidad dinámica y al proyecto de vida como elementos que hacen surgir la responsabilidad ante la frustración adoptiva.

Por otro lado, una nueva corriente jurisprudencial asimila la figura y las obligaciones del progenitor afin con la situación de los guardadores y pretensos adoptantes. La Cámara de Apelaciones de Morón, recurriendo a esta figura, fijó una obligación alimentaria a cargo de quienes fueran los guardadores, aplicando así lo dispuesto por el art. 676 del Cód. Civil y Comercial y fundando dicha circunstancia en que “en el seno familiar el comportamiento reiterado y unívoco del matrimonio guardador, genera concretas expectativas en las niñas, de las que no pueden los guardadores desligarse sin asumir las condignas responsabilidades ulteriores”⁴.

En similar sentido, se resolvió fijar una obligación alimentaria en cabeza de los guardadores sosteniendo que “esta situación en la que se encontraban los niños que formaban su nueva identidad, perduró en el tiempo, haciéndolos sentir parte de una familia, con una madre y un padre

de quienes recibían tratos de hijos y a quienes reconocían como padres.»⁵.

Incluso, se verifican antecedentes que observan que la obligación de los guardadores es mayor que la del supuesto del progenitor afin a cuya figura se remite por analogía, por cuanto en estos casos se ha dado trato de hijo y se ha generado la expectativa de emplazamiento filial.⁶

Más allá de las diferentes fuentes y figuras a las que pueda recurrirse para hacer nacer obligaciones en quien desiste de un proceso adoptivo, lo cierto es que en la materia propia que nos ocupa, esto es, la fijación de una cuota alimentaria, entendemos que dicha obligación surge claramente de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que la misma norma establece que

a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño».

Es decir, se trata de una disposición amplia que no solo involucra a los progenitores en su carácter de titulares de la responsabilidad parental, sino a todas aquellas personas que tengan o hayan tenido a su cargo el cuidado del niño. Es que se trata de un derecho humano fundamental que encuentra su base en el afecto. Por eso, incluso en procesos de adopción frustrados, la existencia de un vínculo socioafectivo entre los involucrados impone la necesaria continuidad de la satisfacción material hasta tanto la situación de los más vulnerables sea resuelta.⁷

Es que la amplitud de la obligación impuesta por la Convención se trata de una derivación clara del principio de solidaridad. Así, Kemelmajer de Carlucci nos enseña que “la solidaridad es

mercial de la Nación, Rubinzal Culzoni, T.IV, Santa. Fé, 2015, p.20.
3

Basset, Úrsula, C., “Cese intempestivo de la guarda preadoptiva: ¿responsabilidad civil o alimentos?”, Disponible en <http://www.saij.gov.ar/ursula-basset-cese-intempestivo-guarda-preadoptiva-responsabilidad-civil-alimentos-dacf160483-2016-02-04/123456789-0abc-defg3840-61fcanirtcod?&o=22&f=Total%7C-Fecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil/relacione>

4
Cámara Civil y Comercial Morón, Sala II, 12/07/2016 en autos “A., O. E. s/ vulneración de derechos”, La Ley, 03/10/2016. Cita online AR/JUR/47937/2016

5
Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “L. M. A. y otro s/ adopción – acciones vinculadas”, 29/09/2015, LA LEY 11/12/2015. Cita online AR/JUR/54081/2015

6
Cam. Apel. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala III, “S., V. M.s/Materia a Categorizar”, sentencia del 29/11/2016. Cita Online: AR/JUR/77344/2016

7
Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, “C. L., S. D. y J. C. M”, sent. del 28-dic-2020. Cita online Cita: MJ-JU-M-131382-AR | MJJ131382 | MJJ131382

un principio constitucional básico, por lo que la tutela de la familia debe ser leída en función de esta verdadera cláusula general del ordenamiento” y agrega luego que la familia hoy debe cumplir principalmente tres funciones: protección, ajustes a las nuevas circunstancias que puedan producirse y ayuda a los integrantes vulnerables.⁸

Al mismo tiempo cuando se analizan las obligaciones que le corresponden a quienes fueran los guardadores de una niña, debe valorarse el moderno principio jurídico de la socioafectividad, que es aquel elemento necesario de las relaciones basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

La denominación socioafectividad se la debemos al derecho brasileño que hace ya algunos años viene trabajando en el tema como un elemento central para colocar en crisis el derecho filial clásico centrado en la biología, es decir, en la idea de que la correspondencia genética entre dos personas es la razón de ser para generar un cúmulo de derechos y obligaciones entre ambos o el puente principal entre la filiación y la responsabilidad parental, para utilizar un lenguaje más contemporáneo y democrático.

Como bien lo señala la reconocida autora brasilera María Berenice Diaz:

La filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos – y para eso el ejemplo más evidente es la adopción.⁹

En definitiva, el matrimonio constituyó un pilar trascendental en la vida de P. durante el periodo

de tiempo en el cual se vincularon, generando un proyecto de vida familiar. Se entiende que las obligaciones derivadas de la asunción del rol como guardadores preadoptivos no pueden ser dejadas de lado en forma unilateral y de forma intempestiva por éstos sino que dicha investidura debe ser asumida con responsabilidad y con un obrar consecuente a las decisiones que toman.

Es por ello que se determinó la fijación de una cuota alimentaria en favor de la niña P.A., obligando a su cumplimiento durante el plazo de seis meses a quienes fueran sus guardadores preadoptivos, al solo efecto de cubrir los costos de los tratamientos psicológico y, eventualmente, psiquiátrico, que demande a la niña elaborar un nuevo duelo en su vida.

Para culminar, citaremos la siguiente frase del doctor Eduardo Pettigiani, ministro de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires:

El niño no constituye una cosa que a modo de premio se otorga a quien lo va reclamando (...). No se trata aquí de consagrar mecanismos automatizados que reparten objetos fungibles, sino de la entrega de seres humanos únicos e irrepetibles que no pueden estar sujetos al vaivén de avances y retrocesos porque cada uno de estos deja secuelas imborrables en su psiquis.¹⁰

8 Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni, SantaFe, 2014, p.79.

9 Dias, Maria B., Manual de direito das familias, 6° ed, Livraia do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 387 y ss.

10 SCBA, Ac. 84418 del 19/06/2002, voto del Dr. Eduardo Pettigiani.



Labooral



El después del fallo “Marchetti”

Por Dr. Diógenes C. D. Toraf¹

Resumen

El presente artículo plantea los interrogantes al que se encuentra expuesto el abogado litigante después del **cambio doctrinario de la SCBA** a partir del leading case “Marchetti”. Por otra parte, se intenta establecer cuáles serían las **mejores opciones jurídicas** a los fines de transitar - de manera más ágil - el derrotero administrativo al que se expuso al trabajador. Por último, el abordaje se ciñe al rol de la justicia como custodio del acceso irrestricto a sus estrados.

Palabras claves: derecho laboral/caso Marchetti/derrotero administrativo

Dado el novedoso y contradictorio fallo emanado de la SCBA “Marchetti” que determinó la constitucionalidad de la ley 14997 y, por su imperio, la aplicación en el ámbito territorial de la provincia de Buenos Aires de la ley 27348, el trabajador siniestrado debe agotar una instancia administrativa previa y de carácter obligatorio para lograr “una más rápida protección de sus acreencias”.²

La nueva doctrina imperante obliga al trabajador que sufre un accidente de trabajo o una enfermedad profesional a concurrir a la Comisión Médica Jurisdiccional a los fines del otorgamiento de las presentaciones en especie y dinero que establece la ley 24557 y sus modificatorias. Dicha comisión tiene un plazo “perentorio” de 60 días hábiles administrativos para expedirse. Vencido el mismo sin que exista pronunciamiento del órgano

administrativo queda expedita, para el trabajador o sus derechohabientes, la acción ordinaria de revisión plena que articula el art. 2 inc. J de la ley 15057, la que se sustanciará en la justicia laboral ordinaria.

La ley 27348 conjuntamente con la resolución 298/2017 es la encargada de establecer el derrotero administrativo por el que deberá circular el trabajador siniestrado. Y aquí es donde debemos empezar a analizar ciertas circunstancias, siendo una de ellas, creo que relevante, el inicio del cómputo del plazo del art. 3 de la ley 27348.

La ley le da a la Comisión Médica un “plazo fatal” de 60 días hábiles administrativos, sólo prorrogable por causas excepcionales y debidamente justificadas, por hasta 30 días más para que emita dictamen. Vencido el mismo, queda expedita la vía del art. 2 de la ley 27348, es decir, la acción ante sede judicial.

La pregunta obligada en cuestión sería desde cuándo se empieza a computar el plazo del art. 3 de la ley 27348. Y he aquí el artilugio del legislador en la redacción de la norma al establecer una obligación adicional a la primera presentación, que es la circunstancia de que ésta se encuentre “debidamente cumplimentada” para el inicio del cómputo del plazo.

Circunstancia que nos lleva a dilucidar otro interrogante: ¿qué se entiende por presentación debidamente cumplimentada? Para echar luz a esta situación debemos posar nuestra lectura en el art. 32 de la Resolución 298/17 del Ministerio de Trabajo, la que establece en qué circunstancias la presentación realizada por el trabajador se califica como debidamente cumplimentada y nos dice que:

1. Para los procedimientos correspondientes al trámite de determinación de incapacidades por parte del empleador o del empleador autoasegurado, cuando se

¹ Juez. Tribunal del Trabajo n° 3. Departamento Judicial San Nicolás de los Arroyos.

² Del voto de la doctora Kogan.

encuentren cumplimentados los recaudos del art. 4 de la Resolución 298/17 a saber: a) Solicitud de intervención de la comisión médica jurisdiccional a partir de los 10 días y hasta 20 contados desde el siguiente día del cese de la ILT (incapacidad laboral temporaria); b) Confeccionar “Informe del Caso” que contendrá: *denuncia de la contingencia. *historia clínica. *estudios obligatorios según patología. *estudios complementarios. *protocolo quirúrgico. Para Enfermedad Profesional se presentará: *el Informe de Relevamiento de Agentes de Riesgos (RAR). *análisis de puestos de trabajo. *exámenes periódicos. *examen preocupacional. *alta médica o fin de tratamiento. *declaración de preexistencia. *CBU. c) Patrocinio jurídico obligatorio (art. 36 Res. 298/17).

2. Inicio del damnificado por rechazo de la contingencia o divergencia en la determinación de la incapacidad (arts. 1 y 3 Res. 298/17), cuando se encuentren cumplimentados los recaudos del Pto. 9.1 Anexo I de la Resolución 179/15 asaber: a) Rechazo de la denuncia de la contingencia. b) Divergencia en: - prestaciones. - alta médica. - la transitoriedad. c) Reingreso al tratamiento. d) Rechazo de enfermedad no enlistada. e) Patrocinio jurídico obligatorio (art. 36 Res. 298/17).

3. Cuando la SRT efectúe a las partes requerimientos necesarios para dar inicio al trámite y sean cumplimentadas.

Ahora bien, el cumplimiento de todos estos requerimientos deberá ser realizado en los términos del art. 29 de la Resolución 298/17, es decir, 60 días hábiles administrativos.

El art. 7 de la citada resolución faculta a la comisión médica para disponer la prórroga del plazo del art. 3 con el objeto de producir la prueba ofrecida por las partes o dispuestas de oficio por el plazo de 30 días hábiles administrativos. Asimismo, el art. 29 dispone que las demoras imputables a las partes durante la tramitación del proceso suspenden los plazos.

Del juego armónico de los artículos citados arribamos a la conclusión que el trabajador siniestrado debería tener dictamen de comisión

médica en un plazo no mayor a 90 días hábiles administrativos, desde la primera presentación debidamente cumplimentada.

Ahora bien, si el patrocinante del trabajador siniestrado no logra sortear los escollos administrativos que la normativa le exige para el debido cumplimiento de la primera presentación, nunca podrá hacer operativo el plazo de caducidad de la norma, por lo que el trámite perdurará en el tiempo sin límite temporal alguno.

Es aquí donde debemos ser crítico de la técnica legislativa que sancionó la norma, ya que estamos colocando a un sin número de trabajadores en un estado de vulnerabilidad jurídica total. Trabajador, al cual la constitución lo califica como sujeto de preferente tutela, la burocracia administrativa lo deja en total indefensión.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata en autos “ASOCIACION CIVIL JUBILADOS y PENSIONADOS DE LA INGENIERIA DE MAR DEL PLATA Y OTROS c/ CAJA DE PREVISION SOCIAL PARA ARQUITECTOS, INGENIEROS Y TECNICOS DE LA PCIA. DE BS. AS. s/ AMPARO” dijo que “la existencia de plazos de caducidad encuentra su fundamento en la necesidad de otorgar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos, evitando de ese modo la incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la función administrativa”. Siguiendo este orden de ideas, ¿no sería una incertidumbre total para el trabajador el hecho de no contar con la resolución que califique a la presentación del letrado como “debidamente cumplimentada” y, por ende, determine así el inicio del plazo de caducidad?

Juan J. Formaro, en su obra *Reformas del Régimen de Riesgos del Trabajo*³, expone que si legalmente se consagra la perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos, no puede violarse la directriz por vía reglamentaria, máxime cuando ello implicaría en la práctica que cualquier demora de la ART podría retrasar la resolución.

En buen romance, la SCBA ha dicho que “cuando una ley establece que los plazos son perentorios e improrrogables, la suspensión de los mismos resulta

3 Formaro, J.J. *Reformas del Régimen de Riesgos del Trabajo*. 2da ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

improcedente” (in re “MENDIETA, RAMON c/ SOMISA” Juba Ac. 61.909).

Tomándome de los conceptos del doctor Formaro, sumado a lo que expone la SCBA, he de concluir que la comisión médica jurisdiccional tiene la potestad legal de prorrogar el plazo del art. 3, con el solo objetivo de producir la prueba ofrecida por las partes o dispuestas de oficio (art. 7), prórroga por cuestiones de hecho al solo efecto de acreditar el accidente de trabajo o la calificación de profesional a la enfermedad denunciada, por el término máximo de hasta 30 días hábiles administrativos; es decir, que en 90 días hábiles administrativos (como tope final) la CMJ debe resolver bajo apercibimiento de dejar expedita la vía prevista en el art. 2 de la ley 27348.

El texto de la ley constriñe a la Administración (CMJ) que no puede extender los plazos, salvo excepción del art. 3. 4to. párrafo, y no puede decidir el asunto luego del acaecimiento del término, dejando habilitada automáticamente la instancia judicial ordinaria.

El otro interrogante a dilucidar es en torno a la aplicabilidad del fallo en su faz temporal, es decir, la posibilidad de hacer operativa la nueva doctrina de la Corte de manera retroactiva.

Estas nuevas reglas de orden procesal resultan aplicables a toda acción judicial que se promueva en el ámbito de los tribunales de trabajo de la Provincia de Bs. As. a partir del octavo día de su publicación oficial, es decir, desde el día 17 de enero de 2018 en adelante (art. 5 C.C).⁴

Ahora bien, considero que al declararse la constitucionalidad de la ley 14997 y, por su conducto, la aplicación de las normas emanadas de la ley 27348 sólo podrán aplicarse a las cuestiones pendientes de resolución, cuando no se invaliden actuaciones cumplidas con arreglo a las leyes anteriores, y en tanto y en cuanto no se conculquen derechos constitucionales (a la parte actora) como son el de acceso a la jurisdicción, tutela judicial continua y efectiva y debido proceso (arts. 18, 75 inc. 22 Constitución Nacional; Tratados Internacionales; art. 15 Constitución Provincial).

En esta hipótesis planteada debemos tener en cuenta, a los fines de resolver, el plazo de prescripción de los créditos laborales (art. 256 LCT), ya que si se resuelve disponer la declaración de incompetencia del órgano jurisdiccional y el archivo de las actuaciones, estaríamos desestimando un reclamo que tiene un plazo fatal y que no podría reclamarse en sede administrativa, habida cuenta del transcurso del tiempo.

Todo lo expuesto nos lleva a colegir que, como operadores del derecho, debemos encontrar la manera de hacer cumplir, en tiempo y forma, los plazos administrativos impuestos por la ley 27348 y Res. 298/17, ejerciendo todas las herramientas que el derecho nos otorga y, sobre todo, poner la mirada en su ámbito constitucional habida cuenta que se podrían estar vulnerando un sin número de derechos y garantías no sólo amparados por las constituciones nacional y provincial, sino de los tratados internacionales que gozan de la jerarquía supra legal derivada del art. 75 inc. 22 de la C.N.

Por su parte, la administración pública no es un ente ajeno a la órbita judicial por cuanto, ante demora injustificada en su accionar, el abogado tiene a mano todas las herramientas jurídicas a los fines de compeler y lograr una rápida resolución a través de los recursos administrativos o el amparo judicial por mora, acción meramente declarativa, o cualquier otro proceso que logre hacer cumplir los plazos legales que la ley 27348 impone al órgano administrativo.

Los jueces tenemos un impedimento legal, ya que no podemos fallar *extra petita*, son los abogados los que, a través de sus planteos jurídicos, nos deben otorgar las herramientas necesarias a fines de poder fallar conforme a derecho y a lo que en conciencia y con el mayor rigor jurídico expresemos en nuestros votos, porque así SERA JUSTICIA.

4 Del voto de la Dra. Kogan in re “Marchetti”.



Civil y Comercial



Acerca de la cuantificación del daño punitivo

Por Juan Guillermo Lazarte¹

Resumen

Se analizan diversas fórmulas matemáticas propuestas tanto en el país como a nivel internacional para cuantificar el daño punitivo, revisando su precisión y su utilidad. Se concluye que si bien han sido loables los intentos por realizar una fórmula matemática que determine la cuantía de la multa civil a aplicar al proveedor de servicios que incumple sus obligaciones, dichos esfuerzos han resultado poco útiles, y difícilmente puedan lograr su objetivo de manera generalizada

Palabras claves: daño punitivo/cuantificación / fórmulas matemáticas

El art. 52 bis de la ley 24.240, incorporado por la ley 26.361 (B.O. del 7-IV-2008), establece que:

Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

La determinación de la cuantía por esta multa civil no ha estado exenta de controversias. A grandes rasgos se imponen dos posturas predominantes, a saber: aquellas que propugnan el uso de una fórmula matemática para su cuantificación, frente a los que sostienen que el prudente arbitrio judicial resulta suficiente para su tal tarea.

Conviene poner de manifiesto que, sin importar en qué postura se enrole el juez, siempre será su criterio el que ponga el monto final, pues la fórmula matemática lo que hace es facilitar la fundamentación del monto elegido, una vez aceptado el algoritmo propuesto. El sentenciante no tiene que dar los motivos por los que considera ese monto como “justo”, sino que debe argumentar acerca de la elección de la fórmula. No cabe duda de que es más simple utilizar el monto que arrojan las operaciones aritméticas propuestas y aceptadas en jurisprudencia anterior y permitir, de este modo, desplazar la responsabilidad del juzgador hacia la fórmula, obligando a quien recurre la sentencia a no cuestionar el criterio del juez más que en la elección de la fórmula, que suele encontrar sustento en la jurisprudencia reciente. Por lo que aparece una duda: ¿cómo se cuestiona una fórmula? Estimo que el camino deberá ser desmembrarla y considerar cada uno de los parámetros que la componen, aunque siempre resulta más simple atacar el resultado final al que se arriba y contrastarlo con la realidad.

En lo que refiere al daño punitivo ha cobrado notoriedad la fórmula ideada por el jurista bahiense Irigoyen Testa², que se expresa de la siguiente forma:

$$D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$$

donde “C” es la cuantía del daño provocado

¹ Juez. Juzgado Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial Azul.

² Irigoyen Testa, Matías, “Fórmulas para calcular la compensación económica”, https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/IrigoyenTesta_FORMULAS-3.pdf

al consumidor, “Pc” es la probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de los daños provocados y “Pd”, la probabilidad de ser condenado por daños punitivos.

Como se puede observar a primera vista, surgen dos problemas de cierta gravedad. Por un lado, el punto de partida es el daño provocado al consumidor, cuando específicamente la norma impone que la cuantificación “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”. Por otro lado, las probabilidades, tanto de ser condenado por la indemnización compensatoria de los daños provocados como la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, no hay forma de determinarla ni siquiera en forma aproximada. Volvemos así al arbitrio judicial, sólo que enmascarado en el aspecto de una fórmula matemática.

En los autos “Castelli, María Cecilia c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Nulidad del acto jurídico”, (C 119562 del 17/10/2018), en su voto el doctor Pettigiani enumera ciertos criterios que deberían considerarse al momento de determinar la cuantía del daño punitivo. La parte pertinente del fallo dice:

En tal entendimiento, por un lado, la valuación de la condenación punitiva puede considerar la índole y gravedad de la falta cometida por el agente dañador en su relación con los derechos conculcados y el perjuicio resultante de la infracción; así como la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización; la repercusión social de su inconducta o del daño ocasionado (carácter antisocial); la naturaleza y grado de desequilibrio de la relación entre el dañador y la víctima; la existencia de otros damnificados con derecho a reclamación (pluralidad de víctimas); la cuantía del beneficio o ahorro procurado u obtenido por el agente dañoso con el ilícito (rédito); su situación o solvencia económica (carácter irrisorio); su posición en el mercado (hegemonía, estandarización); el número y nivel de empleados involucrados en la inconducta (atribución y fidelidad); la posibilidad que haya

tenido el dañador de conocer el peligro y evitar el daño (indiferencia, ligereza, imprevisión); el grado de su intencionalidad (negligencia o dolo); la existencia de antecedentes de sanciones similares impuestas al responsable del daño (reincidencia) o a similares proveedores de bienes o servicios; la posibilidad de reiteración de la conducta reprochada (o similares) si no mediara condena pecuniaria; la actitud del agente dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (mitigación y no agravamiento del daño); la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas (en cuanto la sumatoria pueda conducir a una sanción excesiva o irrazonable); la existencia de precedentes judiciales (homogeneidad en los montos de condena); y las diversas funciones que el instituto está destinado a cumplir (sancionatoria, disuasiva, ejemplificadora, preventiva de futuros daños, etc.; conf. XVII y XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1999 y 2007 respectivamente; Proyecto de Código Civil y Comercial, 1998; análogamente, art. 49, ley 24.240).

Como podrá observarse, se proponen varios factores que deberían considerarse al momento de cuantificar la suma a aplicar por daño punitivo, arribando con ello a un monto más adecuado para el caso en particular, quitando la abstracción propuesta por la fórmula tratada más arriba.

Se ha propuesto una nueva fórmula, con ansias de aportar mayor precisión al cálculo, pero incluyendo variables propias del caso a dilucidar, lo que la acercan a una solución más objetivamente adecuada y que considera algunos de los puntos enumerados por el doctor Pettigiani.

La fórmula, propuesta por el doctor Arias Cáu y la doctora Nasif³, es la siguiente:

$$D.P.= \{CB * [(a/b/1000) + (c*d)]\} / e * f$$

Donde D.P. es el daño punitivo a determinar
 CB es la canasta básica, valor que toman como punto de partida para los consumidores
 a es el perjuicio ocasionado (daño indemnizable)
 b es la posición en el mercado (3 para pequeñas

3 Arias Cáu, Esteban Javier y Nasif, Sofía, “La cuantificación del daño punitivo mediante fórmulas como herramienta técnica para incrementar su aplicación”, <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/12/La-cuantificacion-del-da%C3%B1o-punitivo-Arias-Cau-Nasif.pdf>

empresas, 2 para medianas y 1 para grandes)
 c es la cuantía del beneficio (1 leve, 2 moderado, 3 alto)
 d es el grado de intencionalidad (1 bajo, 2 moderado, 3 alto)
 e es la gravedad de los riesgos (3 sin riesgos, 2 bajo, 1 moderado, 0 alto)
 f es la reincidencia (1 sin reincidencia, 2 esporádica, 3 frecuente)

Para ejemplificar imaginemos un caso donde una empresa de electricidad incumplió dejando sin servicio a una familia durante unos días y se fija la indemnización por distintos rubros en un total de \$ 100.000. Para la canasta básica los autores de la fórmula proponen el uso de la canasta básica total (hoy \$ 64.000) frente a la canasta básica alimentaria (hoy \$ 24.000). El perjuicio ocasionado (a) es de 100.000, estamos frente a una gran empresa (b), la cuantía del beneficio es leve (c), el grado de intencionalidad es bajo (d), la gravedad pongamos que es moderada (e) y la reincidencia será la más baja (f) (suponiendo que no sea algo que suela pasar).

Así la fórmula

$$D.P.= \{CB * [(a/b/1000) + (c*d)]\} / e * f$$

Se convierte en

$$D.P.= \{64.000 * [(100.000/1/1000) + (1*1)]\} / 1 * 1$$

Entonces

$$D.P.= \{64.000 * [100 + 1]\} / 1 * 1$$

$$D.P.= (64.000*101)/1$$

$$D.P.= 6.646.000$$

Esta fórmula, si bien sensiblemente más precisa y abarcativa que la desarrollada en primer término, puede ser objeto de algunas críticas. ¿Quién decide el límite entre una empresa mediana y grande? ¿Es lo mismo si esa empresa es una biblioteca comunitaria que un supermercado? ¿De dónde sale la variable “1.000” entre los términos b y c? ¿Puede modificarse para alterar el resultado? ¿Si el riesgo es grave, no importa la reincidencia?

Pero la pregunta fundamental que surge contra cualquier de las fórmulas matemáticas ofrecidas es otra: ¿necesitamos una fórmula para determinar el daño punitivo? Confiamos en los jueces para saber si hay o no relación de consumo, si hay

o no responsabilidad o relación causal, pero ¿no confiamos para determinar la medida de la indemnización?

Conviene recordar que la jurisprudencia de EEUU ya lo ha intentado⁴. En momentos en que las indemnizaciones por daño punitivo se descontrolaron (run wild decían en “State Farm Mut. Aut. Ins. Co. v. Campbell”, 538 U.S. 408,429 de 2003), pretendieron fijar una ratio que ate el daño patrimonial o las costas del proceso con el daño punitivo. Esa ratio rápidamente se vio alterada, sosteniendo que si el monto reclamado era alto, bien el daño punitivo podía tener una relación de 1:1, pero que si lo que se reclamaba era menor, bien podría llegar a las dos cifras (ratio 1:10 o más). Finalmente, se dejó de lado, pues se consideró que la forma de determinar el monto era algo que correspondía a cada Estado y no podía el poder central inmiscuirse, sin perjuicio de hacer notar la inutilidad de intentar buscar un criterio uniforme para causas con tan importantes diferencias.

Con gran tino el legislador determinó que el daño punitivo “se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”, tornando inaplicable cualquier fórmula, ya que todas toman como punto variable o de partida, el monto de las otras indemnizaciones otorgadas.

Los intentos de recurrir a otras variables sólo arrojan más confusión e intentan normalizar situaciones intrínsecamente dispares. Así parece que confiar en el arbitrio judicial es la opción más viable, al menos de momento, y la forma en que la decisión sea fundada dará pie para el análisis y ataque por parte de los litigantes en caso de no estar de acuerdo con la decisión.

Volviendo al voto del doctor Pettigiani en el fallo Castelli, se impone como una buena práctica

4 Behrens, Mark A., Silverman Cary, Appel Christopher E., “Calculating Punitive Damages ratios with extracompensatory attorney fees and judgment interest: aviolation of the united states supreme court’s due process jurisprudence”. Disponible en www.shb.com/-/media/files/professionals/b/behrensmark/calculatingpunivedamagesratios.pdf?la=en

analizar los puntos que detalla, pues entiendo que ello sería una adecuada justificación a la decisión final, incluso detallar uno por uno a la luz del caso que se juzga aparece como argumentación suficiente y otorga claridad a los litigantes, a la sociedad y al resto de los organismos que puedan rever la resolución.

Por otro lado, sería sumamente útil contar con un registro de sentencias que hayan aplicado esta multa civil, y que permita al juzgador, pero también a las partes, conocer los montos que se han determinado en situaciones similares. Esa aparece hoy como la mejor opción para brindar seguridad jurídica y coherencia al sistema, que entiendo es la función pretendida por quienes proponen las fórmulas matemáticas. Bien podría tratarse de un registro provincial que, de toda la base de datos que posee la Suprema Corte de la Provincia, identifique aquellas sentencias que hayan aplicado daños punitivos, accesible al público para su consulta y para los órganos jurisdiccionales por los mismos medios que se puede consultar el resto de la jurisprudencia.

En consecuencia, entiendo que si bien han sido loables los intentos por realizar una fórmula matemática que determine la cuantía de la multa civil a aplicar al proveedor de servicios que incumple sus obligaciones, dichos esfuerzos han resultado poco útiles, y difícilmente puedan lograr su objetivo de manera generalizada, por lo que la creación de un registro centralizado de libre consulta de sentencias con aplicación de daño punitivo, aparece como más acertado actualmente, sirviendo aquellos antecedentes como una guía para que el juzgador, considerando el resto de las pautas delineadas por el doctor Pettigiani en el fallo Castelli, pueda fundar adecuadamente el monto de condena al que arribe.

Contenido

Bienvenidos a la primera revista interdepartamental de la provincia de Buenos Aires	3
Prólogo de la revista “Convergencia Judicial”	4
Una aproximación al problema del prohibicionismo en Argentina y su impacto en la criminalización de las mujeres.....	6
Derribando mitos, construyendo realidades sobre abusos sexuales infantiles	12
¿Es necesario realizar una ponderación de los bienes involucrados?....	19
Marco regulatorio del cannabis medicinal: una mirada desde la criminalización del paciente hacia un estado de derecho que tutele la salud	24
Prisión Perpetua, un mal ¿necesario?	30
Las adopciones en Argentina: un modelo para armar y otro para desarmar	37
Proceso de vinculación adoptiva, cese intempestivo e imposición de cuota alimentaria a los guardadores. Análisis de su viabilidad.....	42
El después del fallo “Marchetti”	47
Acerca de la cuantificación del daño punitivo.....	51

Para suscribirse o contactarse con la revista por propuestas, comentarios, o para enviar artículos para la próxima edición de octubre, dirigirse por e-mail a:
convergenciajudicial2021@gmail.com