

AÑO 6 - Nº 29 - NOVIEMBRE DE 2013

# El Reporte

JUDICIAL

DIRECTOR: ALEJANDRO PANIZZI



**Daniel Erbeta**

**Democratización del Poder Judicial**

**Dante Corchuelo Blasco**

**Reportaje al presidente del Consejo  
de la Magistratura de Chubut**

**Carlos Álvarez Teijeiro**

**Comunicación interna institucional:  
Hacia un nuevo paradigma**

ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

---

# SUMARIO

---

|  |     |
|--|-----|
| Democratización del Poder Judicial.....  | 1   |
| <i>Por Daniel Erbetta</i>  |     |
| “Seleccionar jueces de férrea actitud ética” .....   | 5   |
| <i>Reportaje al Dr. Dante Mario Corchuelo Blasco</i>   |     |
| Comunicación interna institucional: Hacia un nuevo paradigma .....   | 11  |
| <i>Por Carlos Alvarez Teijeiro</i>   |     |
| Actitudes de la magistratura argentina frente a la prensa .....  | 18  |
| <i>Por Leonardo Altamirano</i>   |     |
| Argumentación una mirada desde las teorías discursivas y cognitivas ...  | 24  |
| <i>Por Sandra Brun</i>   |     |
| Informar también es democratizar .....   | 30  |
| <i>Por Marcelo Báez</i>  |     |
| “Los procesos colectivos en el la jurisprudencia local y la mal llamada<br>democratización de la justicia” ..... | 33  |
| <i>Por Günther Flass</i>   |     |
| Barriendo Mitos. Cifras sobre violencia contra la mujer.....   | 37  |
| <i>Por Claudia M. G. Hasanbegovic</i>  |     |
| Feminicidio: Debate en el Congreso Nacional. ....  | 52  |
| <i>Por Carolina Cymerman</i>   |     |
| Acceso a la Justicia .....   | 63  |
| <i>Por Verónica Re</i>   |     |
| La Constitución Nacional y la apertura no positivista de su art. 331 .....                                       | 75  |
| <i>Por Juan Matías González Mazziotti</i>  |     |
| La víctima en el proceso de persecución penal acusatorio .....   | 83  |
| <i>Por Daniel Schulman</i>   |     |
| “Nuevas tendencias en las potestades y competencias de los Entes<br>Reguladores” .....                           | 92  |
| <i>Por Juan Manuel Irusta</i>  |     |
| Teoría de la Acción Comunicativa .....   | 100 |
| <i>Por Enrique Anibal Maglione</i>   |     |
| Mediatización del concepto. Licencia Social .....  | 111 |
| <i>Por Victoria Gerber y Cintia Mariana Cabral</i>   |     |
| Servucción .....   | 122 |
| <i>Por Mariano José Pardini</i>  |     |



## DEMOCRATIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL

POR DANIEL ERBETTA: MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SANTA FE. PROFESOR TITULAR ORDINARIO DE DERECHO PENAL U.N.R. DIRECTOR DEL DPTO. DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA UNR. DIRECTOR DE LA CARRERA DE POSGRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL UNR. DOCENTE INVESTIGADOR CATEGORÍA I, EX DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO UNR. MIEMBRO DE LA COMISIÓN QUE ELABORÓ EL ANTEPROYECTO DE REFORMA Y ACTUALIZACIÓN INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO (MJYDHN, AÑO 2006/2007). AUTOR DE LIBROS Y ARTÍCULOS DE SU ESPECIALIDAD.

Existe un amplio consenso en la actualidad en favor de la modernización y mejoramiento del Poder Judicial y ello hace que el debate público sobre el estado de la justicia y su reforma deba ser bien recibido.

Claro que, para quiénes nada hay que cambiar porque todo funciona a la perfección o, en el peor de los casos, porque los problemas de funcionamiento obedecen sólo a limitaciones presupuestarias, esta discusión carece de sentido.

Como igualmente carece de sentido para quiénes, también desde el propio Poder Judicial, pretenden *cerrar* cualquier debate apelando al simplismo de etiquetar partidariamente a quiénes lo postulan o incluso descalificando a muchas de esas personas como intelectuales delirantes animados demoníacamente por la finalidad de perjudicar los intereses de la organización judicial y de sus integrantes.

Convencido de lo contrario estimo necesario reivindicar todos los escenarios que favorezcan un debate público, abierto, horizontal y plural sobre la “democratización de la justicia”, expresión de uso frecuente en estos últimos días (tanto positiva como negativamente) pero que en verdad reconoce antiguos desarrollos y preocupaciones, como ocurriera en los albores de la democracia recuperada, con el gobierno de Raúl Alfonsín.

Dada la tendencia maniqueísta a la que desde algunos sectores suele apelarse en esta particular y tan dinámica coyuntura, me parece oportuno aclarar, para que nadie se asuste pero también para que nadie manipule la cuestión y con ello a los ciudadanos, que este no es un debate en torno a la elección popular de los jueces (sistema propio de algunos estados de los EEUU), tampoco es un debate contra nadie, ni implica dejar de reconocer el esfuerzo y compromiso cotidiano de muchos empleados, funcionarios y jueces así como todo lo positivo que ha pasado en la justicia en estos últimos años, en particular la transparente renovación de la CSJN y, en el plano jurisdiccional, la relevante doctrina constitucional que la Corte Nacional ha sentado en diversas materias y que constituyen un avance significativo; se trata de generar un espacio para reflexionar, debatir y discutir propuestas que permitan fortalecer y mejorar la legitimidad de un poder cuyo adecuado funcionamiento resulta indispensable para la democracia.

Y ello supone, lógicamente, aproximarnos a un diagnóstico que permita dar cuenta de los defectos y problemas que, más allá de los esfuerzos individuales, siguen atravesando la estructura y funcionamiento del Poder Judicial. Por ello, y tratándose de un poder político que hace al fortalecimiento de la democracia, debemos alentar el debate, escucharnos y también escuchar porque en esta discusión no podemos ser tan narcisistas para pensar que somos los únicos habilitados a intervenir y decidir sobre estas cuestiones.

Hace unos días me preguntaba un periodista si el Poder Judicial debía reconciliarse con los ciudadanos y la respuesta fue que en verdad no estaba

### EL REPORTE

RAWSON - CHUBUT  
PATAGONIA ARGENTINA  
Año 6 - N° 29 - Noviembre de 2013

en condiciones de asegurar si alguna vez hubo conciliación. Es que hemos heredado un modelo estructurado a través de una burocracia jerárquica y todavía persiste, entre nosotros, esa matriz burocrática, si se quiere conservadora y relativamente cerrada. Y este es un dato estructural que – repito – no va en desmedro del esfuerzo y la actitud de muchos jueces y funcionarios que hacen honor a su responsabilidad. Pero globalmente es necesario asumir la necesidad de superar la desconexión entre una organización y sus prácticas jurídicas y las reales demandas sociales.

Es cierto que hay realidades diversas entre la justicia federal y las provinciales y más diversas aún entre las distintas provincias, pero hay un núcleo de problemas comunes que atraviesan cualquier jurisdicción y que tiene que ver precisamente con esta matriz estructural que se proyecta en ciertas prácticas, comportamientos y rutinas, en problemas de apertura, accesibilidad, independencia y transparencia de los actos de poder que el judicial produce. No está demás señalar que los actos del judicial son actos de un poder del estado y como tal son actos políticos, no en el sentido partidario pero si en el sentido de que se trata de actos de gobierno, porque emanan de un poder que integra el gobierno de la polis.

Democratizar la justicia es una expresión ambiciosa y creo que entre todos debemos darle contenido concreto.

No se agota en la discusión sobre los proyectos o leyes que, mayoritariamente destinados al fuero federal y no a las provincias, alimentan hoy la discusión pública. Sobre ellos me permito una digresión metodológica. Es que para discutirlos, primero hay que leerlos en detalle porque suelen escucharse afirmaciones (por ejemplo, en orden a la previsión de mayoría simple para destituir a un juez, entre tantas otras), supuestamente calificadas, tan groseramente erróneas que sólo cabe suponer un total desconocimiento de los textos en cuestión.

Lamentablemente, la puja política partidaria y los intereses corporativos limitan la posibilidad de una discusión racional, en tanto de un lado, el análisis de las propuestas se sustituye por la descalificación hacia quién las sostiene; y del otro, se condiciona temporalmente el tratamiento, evitando una discusión seria sobre iniciativas de significación institucional. Lo grave es que en esa tesitura se inscriben lamentablemente algunos miembros del poder judicial que denuncian una eventual y pretendida partidización política de la justicia mientras paralelamente ellos mismos han actuado, actúan y asumen posiciones que cualquier observador imparcial demoraría escasos minutos en calificar como una reafirmación de aquello que se critica.

En verdad, ninguno de los que integramos el poder judicial hemos bajado del Olimpo, ni se nos ha encomendado una misión divina. Antes bien la mayoría, por no decir, la totalidad de los jueces de los Tribunales Superiores o Cortes Supremas sin excepción (con mecanismos de menor o mayor transparencia, con menores o mayores pergaminos y trayectorias), hemos sido designados por el poder político nacional o provincial. Por tanto, a la hora de hablar de estas cuestiones tal vez deberíamos ser algo más reflexivos.

Pero volviendo a la cuestión, democratizar la justicia supone, entre otras propuestas, (a) rediscutir y fortalecer el alcance de la garantía de la independencia en el sentido más amplio posible: no sólo hacia los otros poderes políticos, hacia los poderes fácticos y los medios masivos de comunicación, los lobbies de algunos estudios jurídicos sino también hacia adentro de la propia estructura burocrática y contra la dependencia que genera la delegación de funciones y las prácticas rutinarias y, en el fuero penal, la grosera y cómplice dependencia de la policía que fiscales y los todavía jueces de instrucción tienen en la investigación y construcción de los casos criminales; (b) significa horizontalizar a los jueces porque ese es el modelo

que impone la Constitución (que distingue competencias y no jerarquías), pero a la vez evitar que se neutralice corporativamente la responsabilidad funcional, porque una cosa es la independencia y otra –bajo el pretexto de una falsa independencia- es garantizar la irresponsabilidad funcional de los jueces y funcionarios; (c) favorecer el acceso amplio a la justicia fortaleciendo la justicia de cercanía o comunitaria, porque para tener justicia primero hay que acceder a ella; (d) asegurar el derecho de las víctimas y los justiciables, lo cual no es posible cuando la justicia nunca llega o llega demasiado tarde o cuando el derecho termina identificándose con un “abuso cautelar” del proceso, postergando indefinidamente la solución de fondo; (e) erradicar la selectividad estructural del sistema de justicia penal, neutralizar el abuso de prisión preventiva y de las penas sin juicio y sin condena y evitar o reducir la impunidad; (f) y, especialmente, transparentar los compromisos y el funcionamiento del poder judicial (lo que entre cosas supone desterrar en todos los fueros y competencias la cultura del trámite y la escritura e implantar un sistema de audiencias públicas y orales) y pensar en mecanismos de control con participación ciudadano porque no basta con garantizar mecanismos transparentes de ingreso, la actividad judicial debe también validarse en su ejercicio y la falta de controles es un defecto estructural del funcionamiento de los poderes judiciales.

Como puede verse en esta lineal e incompleta enumeración, algunas de estas cuestiones deben articularse con los otros poderes del estado y otras son propias y exclusivas del poder judicial. En la Provincia de Santa Fe se ha avanzado en varios de estos postulados pero debemos profundizar y acelerar muchos otros cambios (a modo de ejemplo, la implementación del nuevo sistema de justicia penal contribuirá decididamente a la democratización) y fundamentalmente impulsar el cambio de muchas prácticas y rutinas que deslegitiman nuestra función.

Pero cuidado porque las transformaciones estratégicas dependen siempre de un cambio de mentalidad y de actitud y la democratización implica romper con culturas consolidadas a lo largo de muchos años que son la derivación de esa matriz burocrática y conservadora a la que he referido.

Debemos mirarnos críticamente hacia adentro para revisar esas prácticas y culturas, no perder jamás la sensibilidad frente a los conflictos y las violaciones de derechos, ni el contacto con la gente, debemos asumir con humildad y responsabilidad nuestra función y evitar perder el sentido común.

Debemos desterrar una cultura que muchas veces supone aceptar como algo “natural” situaciones que cualquier persona con un mínimo de racionalidad juzgaría como inaceptables.

Como puede verse hay mucho por hacer pero lo importante es haber comenzado a transitar el camino. Por ello, creo que es muy saludable reivindicar todo espacio democrático y plural de discusión y garantizar la mayor apertura, sin condicionamiento alguno, sin jerarquías, porque los integrantes del poder judicial no debemos tener miedo al debate, no debemos temerle a la confrontación de ideas, sólo debemos apelar a que se haga seria y responsablemente. Es necesario priorizar el debate plural y admitir el disenso porque no necesariamente vamos a estar de acuerdo en todos los puntos, las comas o las propuestas de solución.

En cualquier caso, nos alcanza con reconocer que no estamos de acuerdo con el quietismo, que no estamos dispuestos a resignarnos ante el status quo, que estamos convencidos que hay mucho por cambiar y por hacer, que vamos a apoyar y alimentar con nuestra mirada la necesidad de una discusión política abierta que permita repensar la matriz del poder judicial, por fuera de cualquier coyuntura, y que estamos dispuestos a mirarnos hacia adentro pero también y, como dijera recientemente el Papa, a abrirnos a la sociedad

porque una organización que se cierra, a la larga o a la corta, se envicia en la atmosfera de su propio encierro.

---



---

**REPORTAJE AL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA  
DR. DANTE MARIO CORCHUELO BLASCO**

## **“SELECCIONAR JUECES DE FÉRREA ACTITUD ÉTICA”**

POR SERGIO PRAVAZ: EDITOR DE EL REPORTE JUDICIAL.

---



5 —

“Es necesaria una alta capacitación técnica y científica pero no puede prescindirse también de una experiencia de vida, del conocimiento de la gente, de la cultura y costumbres propias de nuestra región”.

El Dr. Dante Mario Corchuelo Blasco en su carácter de titular del Consejo de la Magistratura de la Provincia del Chubut concedió un reportaje exclusivo a “El Reporte judicial”. Se trata de un hombre con una larga y prestigiosa trayectoria en los ámbitos de la Justicia y el Derecho. Es dueño de un pensamiento activo que lo destaca por su clara visión de la problemática judicial. Se recibió de Abogado en 1974 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Es Magister en Políticas Públicas por la Universidad del Salvador y la Universidad Carlos III de Madrid (España). Ha ocupado lugares de preeminencia en los ámbitos de su actuación profesional. Fue Conjuez en el Superior Tribunal de Justicia del Chubut y actualmente es miembro integrante de la Comisión Directiva del Foro Federal de Consejos de la Magistratura y presidente de la Comisión de Cooperación Jurídica del Comité de Integración Austral Argentina-Chile. Fue Convencional Municipal para la Carta Orgánica de Comodoro Rivadavia (Chubut) y Presidente del Concejo Deliberante de la ciudad de Comodoro

Rivadavia. También es docente universitario dictando las cátedras de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y la de Práctica Profesional II, en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. El diálogo que mantuvo con “El Reporte judicial” fue el siguiente:

### **¿Cuál es la función que cumple el Consejo de la Magistratura del Chubut?**

Podemos considerar como objetivo principal coadyuvar en la búsqueda de la excelencia en el servicio de justicia provincial mediante la selección de los mejores magistrados a través de un riguroso mecanismo concursal, separado de toda influencia política o de cualquier otra naturaleza (económica o sectorial) es decir basado principalmente en la idoneidad, capacitación técnica y principios éticos del individuo.

Se procura también fortalecer el servicio de justicia mediante mecanismos de control como lo son evaluar el desempeño de jueces, fiscales y defensores cumplidos los tres primeros años de gestión e investigar en los casos de denuncias.

---

**“LA INDEPENDENCIA DEL JUEZ DEVIENE DE SUS PROPIOS VALORES ÉTICOS Y MORALES, DE SU RESPETO INCLUSO “A SÍ MISMO” PUES DE PERDER INDEPENDENCIA O ACEPTAR INFLUENCIAS O DÁDIVAS SE DENIGRA NO SÓLO COMO MAGISTRADO SINO COMO PERSONA”.**

---

### **¿Cuál es el origen del Consejo de la Magistratura, cómo y porqué nace y se conforma como tal?**

El primer Consejo de la Magistratura del país fue creado en la Provincia del Chaco hace más de cincuenta años; es la provincia “decana”.

Sin embargo la idea de conformar un Consejo de la Magistratura en el orden nacional surgió en la COMISION PARA LA CONSOLIDACION DE LA DEMOCRACIA creada por el presidente Alfonsín en 1985. En su “Núcleo de Coincidencias Básicas para la Reforma Constitucional” (1987) suscripto por los ex presidentes Alfonsín y Menem se fijaron los ejes centrales que tendría dicha reforma, siendo uno de ellos la creación del Consejo de la Magistratura nacional, plasmado posteriormente en la Constitución Nacional de 1994 y replicado – con diferentes modalidades - en la mayoría de las constituciones provinciales.

En 2009 se constituye el FORO FEDERAL DE CONSEJOS DE LA MAGISTRATURA Y TRIBUNALES DE ENJUICIAMIENTO DE LA REPUBLICA ARGENTINA (FO.FEC.MA) siendo nuestro consejo uno de los fundadores; en él se comparten experiencias, metodologías, se refuerzan los principios de independencia y transparencia que debe detentar la justicia en todo el país, se debate sobre el perfil ideal que debe tener un juez, etc.

### **¿Por qué se dice que este Consejo es único en su tipo y que muchos juristas ponen de ejemplo a la hora de hablar de selección de jueces?**

En el propio FO.FEC.MA y en otros ámbitos se resaltan algunas características de excepción de nuestro consejo, se valora que sus decisiones no son influenciadas por los poderes públicos de la provincia (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) pues de hecho no depende de ningún poder del Estado

como sí ocurre en otras provincias, de allí la calificación de “organismo extrapoder” que hace el Dr. Sagüés. Se menciona como dato altamente positivo que en su composición no se ha dado preeminencia o mayoría decisiva a ningún estamento y se valora que haya un sector compuesto por vecinos del pueblo, (cinco consejeros) elegidos por voto popular.

También se resalta la transparencia de nuestro mecanismo concursal; los exámenes técnicos (escrito y oral) son públicos, (no así en otros consejos de la magistratura) y están a cargo de juristas o académicos que invitamos, pero que no deben tener residencia en nuestra provincia, procurando con ello que el examinador no conozca de antemano a los postulantes; así se despeja cualquier supuesto de parcialidad al momento de calificar su examen.

### **¿Que es lo que se debe tener verdaderamente en cuenta a la hora de evaluar a un postulante que se presenta para ser juez, fiscal o defensor?**

Nuestro Consejo pondera no sólo la idoneidad técnica de cada postulante sino también –y en gran medida– sus cualidades personales como ser honorabilidad, circunstancias de vida, historial profesional, personal y familiar, interés en el acceso a la magistratura, honestidad con que responde a las preguntas etc. Queremos conocer a la persona además del profesional que concursa; no olvidemos que nuestro consejo permite la postulación de personas de otras provincias a quienes no conocemos previamente; de hecho resulta dificultoso verificar la fidelidad de datos, documentación y antecedentes que presentan al anotarse por lo que hemos ido profundizando el interrogatorio que se realiza en la “entrevista personal” (última etapa del concurso antes de la votación) a fin de obtener un mayor conocimiento del candidato.

La valoración que realiza el jurista invitado se tiene presente por supuesto, pero muchas veces el orden de mérito sugerido por él (que no es vinculante) no se sigue porque cada consejero también tiene en cuenta la impresión personal que le generó cada concursante. Es un camino, al menos uno muy apropiado para intentar seleccionar jueces de férrea actitud ética y sólidos principios morales (hablo en la concepción aristotélica) es decir con un virtuosismo que sin prescindir de la justa interpretación de la ley puedan resolver los casos sin perder de vista el sentir de la sociedad a la que pertenecen y sirven.

### **¿Cuál es la agenda de una organización como esta?**

La agenda va cambiando gradualmente; si bien hemos mantenido modalidades operativas, intentamos mejorar los mecanismos que ayuden a saldar los pasivos que aún tiene la justicia con la comunidad sobre el mejor servicio de justicia a prestar.

Hemos advertido que la gente en general desconoce el rol del Consejo de la Magistratura -si no su propia existencia- de allí que intentamos fortalecer su imagen institucional dando amplia difusión de sus actos, participamos en el FO. FEC.MA, verdadero bastión en defensa de los más altos principios que debe tener la judicatura nacional que lamentablemente ha perdido prestigio y jerarquía en los últimos años por la deplorable actuación de algunos jueces. También propiciamos la expansión del Consejo hacia otros ámbitos; acordamos con la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNPSJB realizar cátedras abiertas periódicas, las inauguramos el 13 de junio en Comodoro Rivadavia con la firma del Convenio de Colaboración Institucional y la

disertación de la destacada jurista Ángeles Burundarena y estamos preparando la segunda en Esquel; hemos participado en el II Encuentro Patagónico con Maestros del Derecho Procesal promovido por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut en Lago Puelo, e integramos la Comisión de Cooperación Jurídica del Comité de Integración Austral Argentina/Chile, compartiendo modalidades y experiencias en el modo de elegir jueces en ambos países.

### **¿Que tipo de relación mantienen con los Poderes del Estado?**

La vinculación con los poderes Ejecutivo y Legislativo es escasa aunque formalmente correcta; con el Poder Judicial en particular es más asidua y se da en un marco de cordialidad y respeto que si bien resguarda las incumbencias específicas de cada organismo, se da mediante la profusa colaboración institucional para solventar de la mejor manera los fines de cada organismo.

### **¿Que significa la independencia judicial para usted y para un instituto como el Consejo de la Magistratura?**

Es un valor intangible que debe ser preservado a ultranza; pero independencia no significa que el juez se aísle sin saber lo que ocurre fuera de su despacho o de su juzgado, como erróneamente lo entienden algunos; de todas formas la independencia de la justicia respecto de otras agencias del Estado y de los particulares, es un compromiso republicano que no sólo deben preservar los funcionarios judiciales, sino también los demás poderes públicos y la sociedad toda.

---

**“ESTOY CONVENCIDO DE QUE EL SERVICIO DE JUSTICIA TIENE UNA GRAN DOSIS VOCACIONAL Y QUE LA MAYORÍA DE LOS JUECES ESTÁN EN ESA LÍNEA, EL TEMA ES QUE NO SE DESVIRTÚE PUES COMO OCURRE EN TODAS LAS ACTIVIDADES HUMANAS, A VECES APARECEN MALOS EJEMPLOS”.**

---

Seria caer en un lugar común, sostener que esa independencia depende meramente de la mejora en las remuneraciones de los jueces, como “dicen por ahí los díceres...” (frase del escritor mexicano Juan Rulfo), estoy convencido de que el servicio de justicia tiene una gran dosis vocacional y que la mayoría de los jueces están en esa línea, el tema es que no se desvirtúe pues como ocurre en todas las actividades humanas, a veces aparecen malos ejemplos.

En cuanto al Consejo de la Magistratura esa finalidad se procura en tanto cada consejero al seleccionar jueces decide su voto en su fuero íntimo sin influencias de ninguna naturaleza, sólo basado en la ponderación de las diferentes etapas de evaluación; de hecho muchas veces los integrantes de cada estamento hemos votado en un mismo concurso por diferentes postulantes, lo que contrasta con alguna imputación de “corporativo” que a veces se le ha atribuido a nuestro Consejo de la Magistratura.

### **¿Existe relación entre independencia judicial y capacitación?**

La capacitación es fundamental pero apunta al mejoramiento técnico y científico, mientras que la independencia es un valor que proviene mas directamente de la cualidades “*intuito personae*” del juez; insisto sobre lo dicho mas arriba, que la independencia del juez deviene de sus propios valores

éticos y morales, de su respeto incluso “a sí mismo” pues de perder independencia o aceptar influencias o dádivas se denigra no solo como magistrado sino como persona. Es necesaria una alta capacitación técnica y científica pero no puede prescindirse también de una experiencia de vida, del conocimiento de la gente, de la cultura y costumbres propias de nuestra región.

### **¿De qué manera observa usted el trabajo de los medios de comunicación respecto de la justicia?**

Todos los actos públicos deben ser difundidos de manera que la población esté informada sobre lo que hacen los servidores públicos, pero a su vez, es importante que éstos sepan cuál es el pensamiento que tiene la comunidad de ellos; el Poder Judicial no escapa a esta premisa y de allí que el rol de la prensa sea fundamental. Sabemos que en nuestro país, más que libertad de prensa, lo que existe es libertad de los dueños de los medios de prensa para publicar lo que quieren y de la manera que quieren mientras que el pueblo en general sólo puede expresarse esporádicamente, o a través de formas y modos no convencionales; de alguna manera pareciera que la justicia a fuerza de -como dice Boris Pasternak- “ahogarse en su propio fariseísmo” hace oídos sordos al clamor popular por una mejor justicia, es necesario entonces que los jueces tengan una apreciación objetiva sobre su propio desempeño pero también de la ponderación que de ellos hace la ciudadanía.

### **¿Qué opinión le merece la reforma propuesta por el gobierno nacional para el Consejo de la Magistratura?**

Todo lo que apunte a que un servicio público sea brindado de acuerdo a las necesidades de su entorno social lo veo bien; la ciencia pura del derecho no alcanza a cumplir sus fines si en ella no se incluye el ingrediente cultural correspondiente; los postulados meramente dogmáticos, que a veces son presentados en formato de ley como recetas infalibles, no siempre han dado los resultados esperados; incluso, hemos tenido en el pasado experiencias en las que los poderes públicos -entre ellos el judicial- se apartaron de la sociedad sumiéndonos en páginas negras de la historia argentina. Creo que la búsqueda de mayor democratización en la justicia, como de todo otro poder público, siempre es auspiciosa; la cuestión es “de que manera” y “hasta dónde” hay que democratizar, pues si bien el último beneficiario del servicio es el pueblo, para brindarlo se requieren conocimientos científicos y cualidades éticas excepcionales por lo que la búsqueda de esos servidores públicos debe hacerse con riguroso cuidado.

Estimo que la democratización debió procurarse mediante la participación de representantes del pueblo o de organizaciones de la sociedad civil como un estamento más del Consejo de la Magistratura nacional, modalidad que se aplica en Chubut. Creo que la reforma del Consejo de la Magistratura Nacional pecó de exceso pues en vez de incorporar como espacio a representantes del pueblo, o de esas OSC, dispuso que los abogados, jueces y académicos que lo integren, sean elegidos por la población en elección directa; se perdió de vista indudablemente que cada elector al momento de emitir su voto difícilmente pueda conocer las cualidades técnicas y personales que necesariamente deben tener los miembros del Consejo de la Magistratura.

*\*Nota: Quiero felicitar al staff que edita “El Reporte judicial”; leo asiduamente sus ediciones y me parece un órgano informativo y de difusión científica muy útil.*

---





## COMUNICACIÓN INTERNA INSTITUCIONAL: HACIA UN NUEVO PARADIGMA

POR CARLOS ALVAREZ TEJEIRO: DOCTOR EN COMUNICACIÓN PÚBLICA POR LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA (ESPAÑA). PROFESOR EN LA ESCUELA DE POSGRADOS DE COMUNICACIÓN DE LA UNIVERSIDAD AUSTRAL Y EN EL INSTITUTO UNIVERSITARIO ORTEGA Y GASSET, SEDES DE MADRID Y BUENOS AIRES. FUE DIRECTOR GENERAL DE COMUNICACIÓN DEL GOBIERNO DE LA REGIÓN DE MURCIA (ESPAÑA) Y MIEMBRO DEL FORO DE DIRECTORES DE COMUNICACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. SUS ÚLTIMOS LIBROS SON "FILOSOFÍA Y ÉTICA DE LA COMUNICACIÓN" (2013), Y "¿POR QUÉ A LOS GOBIERNOS NO LES INTERESA LA COMUNICACIÓN INTERNA?" (2013).

"No es posible resolver un problema con el mismo nivel de conocimiento que contribuyó a crearlo".  
-Albert Einstein-

**EL PRESENTE TEXTO ES UN EXTRACTO DE LA CAPACITACIÓN EN COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL DIRIGIDA A COMUNICADORES INSTITUCIONALES, FISCALES JEFES Y RESPONSABLES DE ÁREAS DE LA PROCURACIÓN GENERAL DEL CHUBUT, DURANTE LOS DÍAS 16 Y 17 DE MAYO DE 2013, EN LA ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA CIUDAD DE RAWSON - CHUBUT.**

### 1. INTRODUCCIÓN

A Hegel le gustaba decir, muy poéticamente, que "*la lechuza de Minerva levanta el vuelo al atardecer*". Minerva, hija de Júpiter, es la diosa romana de la sabiduría y se corresponde con la Atenea de los griegos. En la tradicional interpretación de la frase del bueno de Georg Wilhelm Friedrich se ha querido ver a la filosofía que sobrevuela la realidad para analizarla mejor cuando ésta se encuentra en calma. Pero hay que ser un admirador de Hegel para dejarse seducir por semejante interpretación, tan poética como la frase que le dio origen. Con una mirada mucho más pedestre podría traducirse del siguiente modo: el conocimiento teórico propende a llegar tarde. No se sabe bien a dónde ni por qué, pero definitivamente *tarde*.

Así suele ocurrir en el ámbito de la comunicación en las organizaciones, relativamente reciente como disciplina de estudio, donde las prácticas profesionales tienden a preceder a los planteamientos que aspiran a explicarlas y legitimarlas teóricamente. "*Primum vivere, deinde philosophari*", decía el adagio: "*primero vivir, después filosofar*". Así ha ocurrido, por ejemplo, citando casos clásicos, con lo referido a las relaciones de las organizaciones con la prensa, con la gestión de la comunicación de crisis, con el terreno de la imagen e identidad visual... y, también, por supuesto, con la comunicación interna, cuyo desarrollo teórico es -por el momento- tal vez no tan profundo como cabría desear. Es más: en algunas ocasiones, antes que un desarrollo teórico propiamente dicho puede decirse que lo que existe en la mayor parte de los casos es un extenso proceso de detallada descripción de prácticas y rutinas sin excesiva elaboración conceptual.

A este *retraso* explicativo, que implica la lentitud en el desarrollo de un saber teórico específico acerca de la comunicación interna, se añade otro fenómeno: que las prácticas profesionales en esta disciplina se iniciaron, organizaron y desarrollaron en el ámbito de la comunicación empresarial y sólo tardíamente ingresaron a la gestión de la comunicación institucional y, más en concreto, judicial.

En consecuencia, y sumando ambos procesos, el resultado obtenido es que casi toda la (escasa) teoría existente acerca de la comunicación interna se refiere a la comunicación interna empresarial.

Además, de alguna manera, y hasta fechas no muy lejanas, casi siempre los esfuerzos se han limitado a replicar en el ámbito de la comunicación interna institucional las prácticas que han resultado exitosas en la comunicación interna empresarial. Y, cabe señalarlo, en no pocos casos esa réplica resultó también satisfactoria: quizás, entre otras razones, porque tanto en empresas como en instituciones se busca que la comunicación interna ayude a conjugar los intereses personales de los colaboradores con los intereses estratégicos de la organización y se aspira, asimismo, a que la comunicación interna procure un alto grado de compromiso de parte de los colaboradores.

Por todo lo dicho, este texto se plantea el siguiente objetivo: realizar una breve aproximación teórica a la comunicación interna -en general- y a la comunicación interna institucional -en particular-, siempre relacionada tal aproximación con las teorías del comportamiento humano en las organizaciones y de la cultura organizacional.

## **2. COMUNICACIÓN INTERNA Y CULTURA ORGANIZACIONAL, HACIA UN NUEVO PARADIGMA**

La estrecha relación entre el desarrollo de la comunicación interna institucional y la comunicación interna empresarial sólo se ve superada por la aún más estrecha relación existente entre la comunicación interna -en general- y el comportamiento y la cultura organizacionales. Así, a cada cultura organizacional le corresponde un estilo de comportamiento que sólo resulta comprensible en los términos y alcances de esa cultura, y que al mismo tiempo la configura, y del mismo modo cabe decir que esa íntima relación es también la que existe entre la cultura organizacional, el comportamiento y la comunicación interna: la cultura delimita -implícita o explícitamente- la importancia que se concede a la comunicación interna y la comunicación interna reproduce esa cultura.

Por lo tanto, es lógico prestar atención a cómo se han modificado en los últimos años los paradigmas dominantes acerca de cómo deben funcionar las organizaciones, al menos en tanto que estos cambios de paradigma de cultura organizacional implican asimismo cambios en los paradigmas dominantes en el modo de comprender la comunicación interna, su función y alcances.

Teniendo en cuenta que la comunicación interna institucional ha ido a remolque de la comunicación interna empresarial, tiene sentido dirigir la mirada a cómo se han modificado los paradigmas organizacionales en el mundo empresarial en los últimos años, algunos de cuyos cambios han afectado también a la autocomprensión de las instituciones pues, si bien son de índole muy distinta a las organizaciones empresariales, lo que tienen en común es que en ellos diferentes personas llevan a cabo una actividad humana esencial, *trabajo*, y son los cambios radicales en las comprensiones de esa actividad unos de los que marcan nuestra época.

A la hora de analizar un cambio de paradigma sería extremadamente inexacto situarlo en una fecha concreta, determinada. Por su propia naturaleza, los cambios de paradigma suelen ser graduales. Sin embargo, al solo efecto de dar más claridad a esta argumentación se elige aquí -de manera simbólica- una fecha que ejemplifica el fin de un paradigma

*decadente* y el nacimiento de un paradigma *emergente*. Se trata de paradigmas en el modo de comprender el comportamiento humano y la cultura organizacional y, por lo tanto, y en consecuencia, se trata asimismo de paradigmas en el modo de entender la comunicación interna.

Esa fecha elegida es el año 2001, el año de la quiebra fraudulenta de la empresa *Enron*, “la más innovadora” de los Estados Unidos, según cinco *rankings* consecutivos de la prestigiosa revista *Fortune*, de 1996 a 2000. Kenneth Lay y Jeffrey Skilling, junto con otros altos ejecutivos de la compañía, se quedaron con millones de dólares -ayudados en las técnicas contables fraudulentas por la consultora Arthur Andersen, entonces immaculada- mientras sus empleados y accionistas lo perdían todo. Era el mes de noviembre de 2001, el año de los atentados contra las Torres Gemelas y el Pentágono. Y así como esos atentados dieron origen a un nuevo y oscuro paradigma de las relaciones internacionales, la crisis de *Enron*, y otras que la sucedieron, marcaron el inicio del fin de un paradigma, el *paradigma cultural-economicista*, un modelo de organización y funciones -sobre todo, pero no sólo empresarias- orientadas al único objetivo de la consecución de beneficios económicos y financieros, con casi absoluta independencia de los medios arbitrados para conseguirlos. Un paradigma hoy decadente al que muchos autores –al trasladarlo al ámbito de la política- coinciden en denominar *paradigma neoliberal*.

El auge y creciente importancia de la Responsabilidad Social Empresaria o Corporativa posiblemente haya sido, y siga siendo, la respuesta institucional del *mercado* más importante y globalmente extendida al fracaso del viejo paradigma. Sin embargo, prestigiosos autores en el ámbito de la estrategia empresarial, como Michael Porter, insisten en señalar que los ecos de esa crisis persisten, que la empresa sigue sin ser vista de manera confiable como un cooperador social. Ahora bien, a pesar de la RSE, y a pesar también de la crisis terminal del paradigma cultural-economicista o neoliberal, todavía hay un viejo paradigma vigente, un paradigma en el que no parecen hacer mella los años, las quiebras ni los naufragios. Silencioso como una sombra, este fósil subyace al modo en virtud del cual todavía se organizan las culturas organizacionales de muchas empresas e instituciones: se trata del *paradigma cultural-mecanicista*.

Un paradigma caracterizado, entre otros rasgos, por considerar a las personas como meros “*recursos*” (lo cual es independiente de la denominación del área dedicada a la gestión de personas), por no promover líderes ni estilos de liderazgo (sí jefaturas), por no facilitar el trabajo en equipo (sí el trabajo en grupo), por no apoyar las prácticas de autogestión, por no auspiciar redes de conversaciones internas, ni la construcción colaborativa del conocimiento, ni el uso de las redes sociales, ni la personalización de la comunicación y por invertir mucho dinero en capacitaciones técnico-administrativas, desestimando las capacitaciones “*soft*” (comunicación, negociación, resolución de conflictos, manejo del tiempo, trabajo en equipo, *coaching*, *mentoring*...).

En el marco de ese paradigma *resistente* no se comprende que el valor de los colaboradores de la organización es la suma sinérgica de sus destrezas y capacidades (técnicas e interpersonales), conocimientos, experiencias y también valores, pues no en vano afirmó Amartya Sen (1933-), premio Nobel de Economía en 1998, que los *valores éticos* de los profesionales de un país son parte de sus *recursos productivos*. Sin embargo, desde el paradigma resistente las organizaciones no son concebidas como ecosistemas sociales y culturales, no son comprendidas como redes conversacionales, no son interpretadas como constelaciones de sentido. Para ese escenario, la mostrenca linealidad es estratégica: basta con diseñar las causas para obtener

los efectos, sólo se precisa la adecuada arquitectura de los estímulos para generar los efectos, piénsense las acciones y se conseguirán las reacciones correspondientes. En eso consistiría planificar: en la calculada (y previsible) arquitectura de *inputs* y *outputs*. En ese marco, en suma, la autocomprensión de las organizaciones es incapaz de generar los desarrollos necesarios para acoger y fomentar la complejidad y riqueza de lo humano. Como bien señalaba G. K. Chesterton, “*un loco es aquel que lo ha perdido todo... menos la razón*”. Racionalidad es lo que sobreabunda en el paradigma cultural-mecanicista, pero racionalidad carente de corazón, exenta de inteligencia emocional y social, incapaz de promover entornos en los que se haga posible la búsqueda del sentido del trabajo, la integración organizacional, el sentido de pertenencia y el compromiso, todos ellos imprescindibles para que la organización alcance sus objetivos estratégicos.

Sería un grave error pensar que el paradigma cultural-mecanicista no se ha instalado en el corazón mismo de la gestión institucional en los distintos niveles. De hecho, así ocurrió también en su momento con el paradigma cultural-economicista. En efecto, la misma racionalidad subyacente al paradigma empresarial cultural-economicista imperó en la política neoliberal, tan en boga en diferentes gobiernos de la década de los 90 del pasado siglo. Y del mismo modo que la crisis del paradigma empresarial cultural-economicista no supuso la desaparición del paradigma cultural-mecanicista en el que se funda, la progresiva desaparición de los gobiernos neoliberales tampoco supuso en los gobiernos e instituciones que los sustituyeron el fin del paradigma cultural-mecanicista, tan sólo trajo consigo su camuflaje.

Decía el genial Albert Einstein que “*no podemos resolver un problema con el mismo nivel de pensamiento que contribuyó a crearlo*” y afirmaba asimismo que “*locura es seguir haciendo siempre lo mismo y esperar resultados diferentes*”. ¿Será posible salir de este paradigma? Y, en el caso de que fuese posible, ¿qué papel está llamado a desempeñar la comunicación interna en la gestión institucional en este proceso de superación? ¿Se trata realmente de *superación*?

El escritor argentino Leopoldo Marechal escribió alguna vez que “*del laberinto se sale por arriba*”. Entonces... sí, se trata efectivamente de la *superación* de un paradigma aquejado de un déficit estructural, una evidente cultura 1.0, incapaz de generar riqueza en términos de ganancia de sentido para todos los públicos de interés de la organización, inválida para promover entornos profesionales en los que los trabajadores sean capaces de llevar a cabo sus tareas motivados por la autorrealización y la autotrascendencia. De lo que se trata, por el contrario, es de estar preparados para el *pensamiento positivo*.

### **3. SALIENDO DEL LABERINTO: CULTURA ORGANIZACIONAL Y COMUNICACIÓN INTERNA INSTITUCIONAL**

En determinados ambientes académicos y profesionales diagnosticar no es lo más difícil. Abunda la bibliografía, son innumerables los autores, proliferan las hipótesis explicativas acerca de la complejidad de lo real. Lo verdaderamente dificultoso es generar propuestas a partir del diagnóstico que se haya establecido. Hasta aquí se ha decretado -y muy someramente- la partida de defunción del paradigma empresarial e institucional *cultural-economicista* pero se ha constatado la resistente pervivencia del paradigma *cultural-mecanicista*. Sin embargo, hay cada vez más organizaciones -empresariales e institucionales- que han comprendido que están llamadas a desarrollar cambios culturales profundos acordes a un nuevo contexto glo-

bal, organizaciones literalmente decididas a que el modelo cultural-mecanicista salga por las puertas y las ventanas para no volver jamás.

Tales organizaciones son permeables al cambio porque sus líderes diagnostican el entorno y tienen la voluntad política de hacer las transformaciones necesarias para adaptarse, líderes que tienen en común conceder una decidida importancia a los intangibles y considerar que existe una relación directa entre organización, cultura y valores, comunicación y cambio, líderes -en síntesis- a los que se puede aplicar el calificativo de *transformacionales*.

Tales líderes, además, se esfuerzan denodadamente –usando la comunicación- por construir vínculos basados en la confianza, pasando de la confianza en las relaciones interpersonales a la confianza organizacional. Al construir confianza, estos líderes construyen asimismo reputación pues, en efecto, al gestionar adecuadamente los vínculos de confianza con los diversos públicos de interés de la organización, en especial con su público interno, se logra incrementar el valor simbólico de la organización y, por tanto, se incrementa también la reputación interna, esto es, la opinión pública interna favorable a la gestión. En la base de todo ello se encuentra, desde luego, una nueva manera de concebir el gobierno o la dirección de personas, una dirección basada en la confianza. Antes de seguir debe señalarse que es la corrupción de algunas de las principales virtudes de un líder lo que puede terminar con su liderazgo siguiendo el adagio latino según el cual “*corruptio optimi pessima est*”, “*la corrupción de lo mejor se convierte en lo peor*”. Así, y por citar algunos ejemplos, la autoconfianza puede convertirse en egoísmo; el trabajo en equipo, en pensamiento grupal; la visión puede transformarse fácilmente en obsesión; el espíritu de delegación puede volver caótico al organismo y, por último, sin pretensiones de exhaustividad, la determinación puede mutar en inflexibilidad y rigidez.

Pero si el líder se mantiene firme en sus principios, en este paradigma *emergente*, apoyado en estos nuevos estilos de liderazgo, la institución es un actor *cultural*, y esto en dos sentidos, interna y externamente. *Internamente*, es un actor cultural por la relación que existe entre su misión, su visión y sus valores. Así, *los valores son los que guían hacia la visión cumpliendo la misión*. Recordando al poeta griego Píndaro, podría decirse que tanto las personas como las organizaciones tienen una dimensión aspiracional o proyectiva que debe ser alcanzada jugando, inventando (*futuretainment*) a partir de lo que sabemos y somos, no negándolo: “*Llega a ser el que eres*”. *Externamente*, es un actor cultural por la relación que existe entre su identidad, su imagen y su reputación: lo que es, lo que dice de sí mismo y lo que dicen de él sus diferentes públicos de interés. Como ya había sentenciado el pensador español José Ortega y Gasset, “*en cada uno de nosotros conviven tres ‘yo’: el que soy, el que digo que soy y el que los demás dicen que soy*”.

Por supuesto que, además de lo anterior, puede hacerse una definición más convencional, y tal vez más operativa, de lo que es una cultura organizacional: el conjunto de relatos acerca de mitos, valores, símbolos, creencias y prácticas que constituyen la matriz o matrices de sentido que explican –y en la que se enmarcan- los comportamientos en la organización.

Hablar de matriz o matrices de sentido es aquí de gran importancia. De acuerdo con el paradigma *cultural-mecanicista*, las motivaciones del público interno no están vinculadas con ganancias netas de sentido con respecto al trabajo. Según ese marco interpretativo de la actividad profesional, no hay lugar alguno para pensar, por ejemplo, que por medio del trabajo el público interno se mejora a sí mismo, establece relaciones cooperativas con los demás y perfecciona el mundo; que el público interno se siente motivado por

la función social o de servicio de la institución en la que trabaja. Sólo tienen lugar aquellos modos de interpretar nuestras motivaciones al estilo de Nietzsche (nos mueve la *voluntad de poder*) o al estilo de Freud (nos mueve el *principio del placer*).

Para un escenario así concebido, a pesar de la distancia histórica, siguen siendo vigentes los críticos análisis de Karl Marx con respecto a la alienación del trabajador en relación con su trabajo, su incapacidad de apropiarse de él. Hoy no se trata de apropiarse del trabajo en los términos expresados por Marx hace más de 150 años, no se trata necesariamente de hacerse dueños de los medios de producción. Hoy, el modo humano de adueñarse de nuestra actividad y sus resultados es hacerlos propios confiriéndoles *sentido*. Las organizaciones en las que fluyen los liderazgos transformacionales son aquellas en las que se promueven condiciones estructurales -y las funciones correspondientes- que sean campos fértiles para esas ganancias de sentido, para que quienes integran el público interno puedan llevar a cabo investiduras simbólicas de la realidad. Dado que es bien conocida, no tiene sentido exponer aquí con detalle la gran obra del psiquiatra vienés Viktor Frankl. Reduciéndola a su mínima expresión, Frankl argumenta contra la voluntad de poder y el principio del placer para postular que nuestra principal fuente de búsquedas y motivaciones es la que denomina "*voluntad de sentido*".

El sociólogo alemán Niklas Luhmann, inspirado en los trabajos de los biólogos Francisco Varela y Humberto Maturana, planteó hace ya bastantes años el concepto de "*autopoiesis de los sistemas sociales*". Simplificando excesivamente la expresión, podría afirmarse que la autopoiesis de un sistema vivo es su capacidad de ser autorreferente y de autogenerarse, de *autoinventarse*, diríamos hoy con un cierto lenguaje psicoterapéutico. La relevancia de la aplicación que lleva a cabo Luhmann con respecto a los trabajos de Maturana y Varela consiste en postular que, en los sistemas sociales, el mecanismo autopoiético por antonomasia es la comunicación, que la comunicación es la que produce la evolución de los sistemas sociales, la gran facilitadora de todos los cambios, y de manera muy concreta de aquellos cambios de índole cultural.

La institución, sin duda, organizacionalmente considerada es un *sistema social*. Un sistema social dotado de una cultura específica que sirve como marco cognitivo y emocional para el desarrollo de las actividades profesionales de sus colaboradores, cada uno de ellos con sus propias dietas cognitivas, emocionales, con sus expectativas, necesidades y deseos, conocimientos y experiencias. Esos marcos, sin embargo, pueden haber sido pensados como límites o como escenarios de posibilidades crecientes. En el paradigma cultural-mecanicista, los colaboradores obtienen ganancias de sentido con el trabajo que llevan a cabo, pero se trata de ganancias residuales conseguidas a expensas de un gran esfuerzo individual: la cultura organizacional no acompaña. Como señala Ulrich Beck, queriendo atesorar sentido sólo pueden hacerlo *resolviendo biográficamente las contradicciones sistémicas*.

En el paradigma emergente, por el contrario, paradigma al que ya se ha denominado *Cultura 2.0*, la facilitación de escenarios de búsqueda de sentido está presente en el mismo diseño organizacional, tanto en lo que se refiere al establecimiento de las estructuras como en lo atinente a la definición de funciones. Y en ese modelo la comunicación interna es un proceso estratégico en la promoción de los cambios culturales necesarios para que la organización se adapte al nuevo contexto. Tomando prestado un concepto del ámbito de la medicina, podría afirmarse que la comunicación interna es el proceso más "*biocompatible*" que puede encontrarse a la hora de contribuir a un cambio de índole cultural, y esa "*biocompatibilidad*" se explica porque tanto la

cultura organizacional como la comunicación interna poseen el mismo ADN: la intangibilidad específica de la comunicación. Se trata, en síntesis, de ofrecer relatos institucionales de cambio en un universo que comienza a ser cada vez más innovador y colaborativo.



---

# ACTITUDES DE LA MAGISTRATURA ARGENTINA FRENTE A LA PRENSA

POR LEONARDO ALTAMIRANO: LICENCIADO EN COMUNICACIÓN SOCIAL. TITULAR DE LA OFICINA DE PRENSA Y PROYECCIÓN SOCIO-INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA (ARGENTINA).



## I. INTRODUCCIÓN

En un artículo anterior<sup>1</sup>, propuse clasificar a los jueces argentinos de acuerdo con la actitud que asumen frente a la requisitoria periodística. La tipología se basó en manifestaciones públicas realizadas, en los últimos años, por algunos ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de la relación que, a su entender, debían asumir los magistrados ante los medios de comunicación, en el marco de la normativa vigente en materia de acceso a la información pública. Uno de los objetivos de aquel trabajo -que también hacía un repaso de las últimas novedades en materia de comunicación judicial- era presentar un abanico de opciones que cada juez puede asumir en virtud de la discrecionalidad que la ley concede en el ejercicio de la magistratura.

También formulé allí algunas aclaraciones que consideré pertinentes para que la referida tipología no fuera entendida de manera errónea. Sin embargo, creo que estos conceptos todavía pueden ajustarse un poco más para dotarlos de mayor solidez teórica; y que pueden señalarse, a título ejemplificativo, algunas actitudes que resultan claramente incompatibles con las funciones que las leyes y las normas constitucionales imponen a los jueces. A continuación repasaré brevemente la tipología elaborada a partir del análisis de las posturas asumidas por los ministros Enrique Petracchi, Raúl Zaffaroni y Ricardo Lorenzetti.

## II. TIPOLOGÍA

En la primera versión de la clasificación, utilicé de manera indistinta los adjetivos “reservado” y “prudente” para referirme al juez que adscribe a la norma de conducta resumida en el adagio “los jueces hablan sólo por sus sentencias”. Sin embargo, entiendo que el término “reservado” resulta más conveniente para describir a esta clase, puesto que la expresión “prudente” remite a una discusión ética que afecta no solo la relación que los magistrados tienen con la prensa sino toda la actuación pública del juez<sup>2</sup>. Desde esta perspectiva, la imprudencia en el manejo de la información judicial por parte del magistrado podría configurar una hipótesis de mal desempeño de la función y una transgresión a las normas positivas que regulan el ejercicio de la magistratura (artículo 53 de la Constitución Nacional) y no una opción legítima que puede adoptar en virtud de las facultades que la ley le confiere.

Hecha esta aclaración, apuntaré los rasgos típicos del **juez reservado**. Esta clase de magistrado no mantiene relación directa con la prensa. Su vínculo comunicacional con los periodistas se limita a la entrega de la

sentencia o la resolución judicial dictada en la controversia que origina el requerimiento periodístico. Este texto, que expresa y motiva la decisión jurisdiccional, se convierte así en la única fuente de información que recibe el periodista, generalmente por intermedio de alguna oficina especializada del Poder Judicial o, bien, a través de algún funcionario del tribunal interviniente. La comunicación entre el juez y la prensa reposa exclusivamente en la potencialidad significativa del texto-sentencia que, además de cumplir su función en el proceso judicial, debe asumir también el papel de único mensaje oficial en el espacio público.

Quienes optan por mantener este tipo de lazo con la prensa generalmente argumentan que los jueces no pueden ingresar al campo mediático, caracterizado por la inmediatez y la confrontación de opiniones, porque allí corren el riesgo de ser mal interpretados y compelidos a asumir posturas impropias de la función que ejercen. También afirman que la difusión de las sentencias –siempre que estén correctamente redactadas– alcanza para dar cumplimiento al principio republicano de publicidad de los actos de gobierno. En la Corte Suprema, esta posición fue expresada en reiteradas oportunidades por el ministro Enrique Petracchi, quien durante un discurso pronunciado en octubre del año 2004, en el salón de actos de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, aseguró:

“Hay que tener en cuenta que los magistrados no son comunicadores profesionales y que más allá de su capacidad personal de comunicación, no todos tienen similar idoneidad frente a los medios, por lo cual sigue siendo fundamental restaurar el sabio precepto de que sólo hablen a través de sus fallos. En tal sentido, lo más deseable sería limitar en la medida de lo posible los contactos individuales con los operadores de los medios y tratar de canalizar la información que se entienda adecuada, por medio de canales institucionales formales como pueden ser las oficinas de prensa del Poder Judicial o del Ministerio Público” (Petracchi, 2004).

19 —

En el extremo opuesto se encuentra el **juez protagonista**, que interviene en el debate público de manera personal e incluso sin la mediación de oficinas especializadas. Este tipo de magistrado opta por construir una relación directa con los periodistas, en tanto que representantes del interés público sobre los asuntos judiciales. Generalmente, hablan sobre los casos en los que intervienen aunque también suelen abordar algunas problemáticas generales vinculadas con la administración de justicia, que preocupan a la población (inseguridad, menores en conflicto con la ley penal, violencia doméstica, protección a los vulnerables, entre otros). Su actitud está orientada por el principio de transparencia.

Sin pretender identificar a un juez concreto con una categoría conceptual, diré que algunas manifestaciones del ministro Zaffaroni permiten ilustrar a este tipo de magistrado. Durante el Primer Congreso Nacional de Jueces, Zaffaroni pronunció una conferencia sobre la relación entre la prensa, la justicia y la sociedad. En esa ponencia, formuló afirmaciones que contrastan radicalmente con el principio de discreción que orienta la actitud de los jueces reservados.

“Son muy importantes las oficinas de prensa, pero la gente quiere verle la cara al juez, verlo hablando, y es mucho más importante que hable directamente el juez a que hable un vocero (...) En consecuencia, no podemos eludir, por más que tengamos

el vocero, por más que debamos ser bastante cautos, no podemos estar eludiendo a la prensa y decir permanentemente: ‘va a hablar el vocero; yo me voy a casa’. Hacerlo inteligentemente, prepararnos para la comunicación, es sumamente importante para el fortalecimiento del estado de derecho” (Zaffaroni, 2006).

Aquí Zaffaroni se desentiende de la regla de conducta contenida en la frase “los jueces sólo hablan por sus sentencias” y propone asumir cierto protagonismo en la esfera pública. Considera que esta postura activa del juez está impuesta por el “irreversible” cambio cultural que está produciéndose en la sociedad y por la necesidad de llevar adelante, de manera urgente, una educación jurídica de la población.

“Hay una tarea que sí creo que tenemos que cumplir: la tarea de educación jurídica de la población. Y debemos agudizar el ingenio para hacerlo de una manera que sea bastante sensacional también, que pueda ser utilizada periódicamente (...) si no la hacemos nosotros, no la hace nadie” (Zaffaroni, 2006).

Finalmente, postulé la categoría de **juez estratega** para ubicar a los magistrados que responden a la requisitoria de los medios de comunicación únicamente en aquellos casos que tienen trascendencia pública y con el asesoramiento de las oficinas de prensa.

A esta postura adscribe, en mi opinión, el juez Ricardo Lorenzetti, actual presidente de la Corte Suprema, quien accede regularmente a entrevistas y conferencias de prensa sobre asuntos de relevancia pública. Si bien desde sus primeros discursos públicos se diferenció de la actitud de distanciamiento que los magistrados venían teniendo respecto a los periodistas, fue en el prólogo del libro “*Justicia argentina online – La mirada de los jueces*”, editado en 2010, donde postuló con mayor claridad su perspectiva sobre la relación con la prensa y la sociedad.

“La voz de la magistratura –escribe- se limita a expresarse a través de la sentencia cuando el conflicto tiene efectos limitados a las partes pero cuando la decisión es trascendente, ya no puede ser así. En estos casos, es necesario que el mensaje de la sentencia, redactada en un lenguaje profesional, tenga un complemento con términos entendibles para el gran público (...) En ese contexto surgió la necesidad de comunicar como una política de Estado, perdurable en el tiempo, basada en el derecho que tienen los ciudadanos a conocer las razones de las decisiones que los afectan, en el reconocimiento de la utilidad de cooperar con la prensa para lograr ese propósito, y adoptando como principio fundamental la transparencia informativa” (Highton, 2011: 9).

Lorenzetti propone aquí asumir diferentes posturas de acuerdo con el tipo de causa que tramite el tribunal: en aquellos procesos que únicamente interesan a las partes en litigio sigue rigiendo el principio de reserva de las actuaciones, pero en los casos de trascendencia pública hay que abandonar ese esquema tradicional y complementar la sentencia con otro tipo de mensaje accesible a los legos. Esta sería la función que, en principio, deben cumplir las oficinas de prensa de los Poderes Judiciales: proponer estrategias para

transmitir las decisiones jurisdiccionales en un lenguaje más próximo a la prensa y a la sociedad. En algunos casos, bastará con la confección de una gacetilla de prensa; en otros será necesaria la realización de una entrevista, y en otros habrá que convocar a una conferencia de prensa. No hay reglas preestablecidas. Hay una valoración de la situación comunicacional en la que se inserta la actividad jurisdiccional y una decisión estratégica acerca del camino que debe recorrerse para lograr que la información judicial llegue a la sociedad con la mayor calidad posible.

### III. ACLARACIONES INDISPENSABLES

Concluida esta sumaria presentación de las categorías propuestas, considero indispensable prevenir a los lectores acerca de algunas de las interpretaciones incorrectas que pueden hacerse de la tipología que acabo de enunciar. En primer lugar, esta trilogía de jueces no debe interpretarse de manera cronológica. En efecto, el juez protagonista no está llamado a suceder al juez estratega, ni éste va a desplazar irremediamente al juez reservado. Se trata de diferentes actitudes en la manera de tratar a la prensa que coexisten en la magistratura argentina, sin que una deba imponerse necesariamente a las otras. Por esa razón, decidí presentar primero las posiciones más distanciadas entre sí y luego la postura intermedia. Esta forma de exponer las categorías desalienta, creo, una lectura líneal que suponga una evolución histórica desde el grado cero de contacto con la prensa hacia la apertura total. De hecho, probablemente, la postura reservada sea en la actualidad la más habitual entre los magistrados argentinos. Por lo menos, esto surge de las propias manifestaciones de las autoridades del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema:

“En la Primera Conferencia Nacional de Jueces (...) más de 600 magistrados de todas las jurisdicciones de la Argentina coincidieron en que ‘los jueces hablan por sus sentencias’, porque ellas son un producto profesional dirigido a un destinatario particular, el justiciable; pero que eso no impide que los agentes del Poder Judicial realicen un esfuerzo para comunicar su labor, transformando el lenguaje técnico en una información en términos sencillos para toda la sociedad” (Highton, 2011: 13).

Asimismo, existe el riesgo de creer que los jueces argentinos están comenzando a abandonar la reserva a causa de la extrema visibilidad mediática que alcanzaron en los últimos años algunos magistrados. Pero se trata de un fenómeno aislado, estrictamente circunscripto a casos particulares, que no debe confundirse con la actitud mayoritaria de la magistratura que todavía sigue ceñida al principio de discreción.

Aun cuando las máximas autoridades judiciales hayan comenzado a explorar nuevas formas de comunicación con la prensa y con la sociedad (por ejemplo, las redes sociales, las páginas web oficiales y los blogs); e, incluso, aunque algunas políticas judiciales empiecen a promover un mayor contacto entre jueces y periodistas, el abandono de estereotipos culturales tan arraigados en la práctica profesional de la magistratura nunca se produce de manera precipitada. Tarda años en modificarse.

También hay que distinguir al juez protagonista de algunos magistrados que, a través de manifestaciones públicas, incurren en conductas que pueden configurar un mal desempeño de las funciones o bien actos reñidos con la ética judicial. Tales jueces y funcionarios judiciales suelen adelantar sus

decisiones a la prensa, divulgar datos que afectan la intimidad de las personas vinculadas a la controversia, ingresar en discusiones partidarias y verter expresiones agraviantes sobre las partes del proceso o sobre otros actores sociales. Si bien estos casos son infrecuentes en la magistratura argentina suelen adquirir inusitada visibilidad mediática, justamente por su excepcionalidad. Dichos magistrados, no está de más decirlo, escapan a la clasificación planteada más arriba y deben encasillarse en el concepto de “**juez vedette**”.

“El juez ‘narciso’ o ‘vedette’, no solamente compromete su investidura al no observar la mesura o el decoro que su cargo exige, sino que, además, se coloca en serio riesgo no sólo de parecer parcial sino de termina siéndolo. Es que expuestos públicamente sus anuncios sobre medios probatorios, imputaciones pasadas o futuras (...) será muy difícil que acepten luego tesis defensivas contrarias, o que valoren serenamente pruebas que puedan demostrar el error de sus apreciaciones previas” (Frascaroli, 2004: 181).

Pero los jueces no sólo pueden pecar por exceso. También pueden hacerlo por defecto. Para explicar esta posibilidad, que también constituye un incumplimiento de la ley, podría imaginarse otra categoría que, a falta de mejor denominación, llamaré el **juez opaco**. Este tipo de magistrado se constituye en obstáculo para el libre acceso a la información pública, se muestra reticente con la prensa incluso respecto a resoluciones que ya fueron dictadas y notificadas; y hasta suele llegar a entorpecer el trabajo de los periodistas, imponiéndole condiciones de imposible cumplimiento. Se ubica por debajo del umbral inferior que la ley marca respecto al acceso a la información pública.

Es verdad que la ley concede a los magistrados cierto margen de maniobra para desempeñar su función judicial. Por ende, el juez tiene derecho a optar por el tipo de relación con la prensa que más se ajuste a la coyuntura procesal que está atravesando el litigio e incluso a las características particulares de su personalidad. No está obligado a conceder todas las entrevistas que le pidan ni a hacer votos de silencio. Pero no puede ni decir aquello que está obligado a mantener bajo reserva ni ocultar aquello que, por ley, reviste carácter público. En definitiva, el juez debe lograr un equilibrio entre la transparencia y la discreción que, sin comprometer el debido proceso, asegure a la vez el control ciudadano de los actos de gobierno.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- Altamirano, Leonardo. (2012). “Juez prudente, juez estratega y juez protagonista”. Revista Abeledo Perrot Córdoba, mayo, Facs. 5, Págs. 484-489.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2009). *Guía de Buenas Prácticas para el Tratamiento y Difusión de la Información Judicial*. Editorial La Ley. Buenos Aires.
- Frascaroli, María Susana. (2004). *Justicia penal y medios de comunicación*. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Ghiggi, Inés (2009). *Periodismo Jurídico. Una alternativa a la disfonía del Poder Judicial*. Delta Editora. Paraná.
- Ghiggi, Inés (2011). “La información judicial como instrumento de

- participación ciudadana”. El Reporte Año 6 – N° 23. Revista de la Escuela de Capacitación Judicial de Chubut.
- Highton de Nolasco, Elena y otros (2011). *Justicia argentina online: la mirada de los jueces*. Altuna Editores, Buenos Aires.
  - Petracchi, Enrique (2004). “Discurso sobre las relaciones entre el Poder Judicial y la prensa”, pronunciado en la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe el 6 de octubre, en oportunidad de integrar el panel sobre “Ética Periodística e Información Judicial”. Disponible en: [http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons\\_tema.jsp?temaID=K12](http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tema.jsp?temaID=K12)
  - Zaffaroni, Raúl Eugenio (2006). “Prensa, Justicia y Sociedad”, discurso pronunciado durante la Primera Conferencia Nacional de Jueces”, celebrada en la ciudad de Santa Fe los días 30 y 31 de marzo y 1° de abril de 2006.

#### Notas

---

<sup>1</sup> Altamirano, Leonardo. (2012). “Juez prudente, juez estratega y juez protagonista”. Revista Abeledo Perrot Córdoba, mayo, Facs. 5, Págs. 484-489.

<sup>2</sup> Por ejemplo, el artículo 8° del Código Iberoamericano de Ética Judicial señala: “El juez debe ejercer con moderación y prudencia el poder que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional”.



---

## ARGUMENTACIÓN UNA MIRADA DESDE LAS TEORÍAS DISCURSIVAS Y COGNITIVAS

POR SANDRA BRUN: LICENCIADA EN LETRAS Y MAGÍSTER EN PSICOLOGÍA COGNITIVA Y EDUCACIÓN. ESPECIALISTA EN PRODUCCIÓN ESCRITA. RESPONSABLE DE TALLERES PARA MEJORAR LA PRODUCCIÓN DE TEXTOS JURÍDICOS EN EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CHUBUT.



*“La interpretación como actividad transformadora hace del sujeto la matriz de la transformación misma. Lo que de ella saldrá no es un simple producto sino que dirá mucho de su autor. Interpretar implica una operación que modifica la vez la realidad y al propio sujeto.”*

-Enrique del Carril-

El propósito de este artículo es aproximarnos a distintas dimensiones de estudio de la argumentación, centrandó nuestro análisis en la relación entre la dimensión lógica ( también racional y cognitiva) y la lingüística (retórica y discursiva). No sin antes reconocer dos cuestiones: que se trata de un tema complejo pues admite muchas posibilidades de análisis y que despierta expectativas en aquellos que se desempeñan en un ámbito profesional como el judicial. Nos referimos a los profesionales abogados y a los jueces. A los primeros, les interesa por cuanto deben persuadir a los jueces para que tomen determinada decisión y a los segundos, para persuadir acerca de lo justificado de sus decisiones tomadas. En este sentido, la argumentación como el pasaje de las premisas a la conclusión es el espacio protagonizado por el discurso que justifica la decisión tomada.

También consideramos oportuno reflexionar en este trabajo sobre la las posibilidades de articulación entre argumentación, democracia y justicia porque consideramos que en esa relación se fortalece la argumentación como práctica social.

Por último, ofrecemos un modelo de argumentador, que si bien se remonta a la retórica clásica tiene mucho de recuperable hoy, casi veinte siglos después.

### NUEVAS PERSPECTIVAS SOBRE EL ESTUDIO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Actualmente los estudios sobre argumentación jurídica reconocen la necesidad de recurrir a conocimientos no jurídicos ante un nuevo paradigma que destaca la actividad interpretativa del juez. Este modelo se opone al juez que ve en el conocimiento del derecho todo lo que necesita para decidir y resolver sus casos. Según Banda, la argumentación jurídica pretende dar una solución a las distintas concepciones de juez en disputa: el juez como mero aplicador de las leyes (modelo positivista) y la visión del juez que

reivindica la función jurisdiccional como una actividad de tipo valorativo (modelo interpretativo).

El modelo de juez que interpreta el derecho se sostiene en la idea general de que todo texto es siempre interpretable, y las decisiones que se adopten dependen de las posturas valorativas a las que adhiere quien interpreta. Según esta perspectiva, se amplía el margen de decisión del juez si se tienen en cuenta otros planos del razonamiento justificatorio que complementan el plano lógico tradicionalmente adoptado.

Reconocer que, sobre la misma prueba, hay diferentes relatos o que sobre una ley hay diferentes interpretaciones supone poner en juego nuevos planos de razonamiento justificatorio. Nos referimos, siguiendo la exposición de Del Carril, además de los planos normativo y fáctico, al plano paralógico, retórico, axiológico y lingüístico. Si bien cada plano amerita un mayor análisis, no es objetivo de este trabajo detenernos en todos ellos. Sí, en cambio, nos interesa destacar que, en definitiva, la consideración de todos los planos mencionados, contribuye a arribar a mejores soluciones de los conflictos que se presentan en una sociedad cada vez más compleja, cambiante y diversa. En este sentido, las nuevas teorías sobre argumentación pueden constituir un aporte valioso.

En el campo de las teorías del discurso, se destaca Oswald Ducrot quien incorpora la temática del sujeto responsable de un enunciado y toda la teoría de la enunciación que implica introducir las diferentes formas de apropiación del discurso por parte del sujeto y sus distintas formas de valoración de los hechos.

El estudio del discurso, como emisión lingüística, es uno de los planos del razonamiento justificatorio que constituye la sustancia misma de la argumentación. El punto de partida de una nueva forma de entender la argumentación jurídica es que allí donde no es posible obtener certezas como consecuencia de operaciones puramente lógicas, se impone la construcción de criterios prácticos de lo justo en un proceso discursivo, de diálogo, es decir, lingüístico en un sentido amplio.

Fue a partir de Oswald Ducrot que se habló de la argumentación en la lengua y desde ahí se comenzó a pensar en el hecho de que siempre el discurso, además de dar cuenta de un estado del mundo y de representarlo, se sustenta en la idea de un sujeto que quiere hacer algo con él: influir, buscar un consenso, determinar una conducta a realizar.

Por otra parte, las teorías cognitivas sobre la interpretación del discurso, sobre las representaciones sociales, las creencias y valores puestos en juego en cada acto de comprensión y producción de discursos también son fuentes de conocimientos que amplían el horizonte de la argumentación. Toda vez que, como decíamos anteriormente, se postula un modelo de juez que reivindica la actividad interpretativa y valorativa.

Como dijimos en la introducción, nuestra propuesta en este artículo es hacer una breve introducción al tema de la argumentación desde el plano lingüístico y cognitivo. Tomando como punto de partida que la argumentación es una práctica discursiva y una actividad cognitiva. Por lo que sostenemos que argumentación es una forma de razonamiento que se manifiesta a través del discurso. Creemos que considerarla así, nos permite acercarnos a la superación del enfrentamiento entre los distintos paradigmas mencionados.

El uso de la argumentación implica que se ha renunciado a recurrir únicamente a la fuerza, que se atribuye un valor a la adhesión del interlocutor(...) que no se trata como si fuese un objeto, sino que se apela a su libertad de pensamiento (...)

Perelman, Ch. Y Olbrechts Tyteca, 1958

¿Podríamos concebir la justicia sin las prácticas argumentativas? ¿Sería posible una democracia sin espacio para la argumentación? Es muy difícil pensar en los sistemas democráticos y jurídicos sin el diálogo, la mediación de la palabra o la confrontación de ideas. Tanto la democracia como la justicia son los contextos donde nacen, prosperan y fortalecen las prácticas argumentativas<sup>1</sup>. Son los espacios institucionales donde la argumentación se vuelve la alternativa para responder a los conflictos sociales por medio del razonamiento y la palabra. Decimos “alternativa” y con ello queremos afirmar que la argumentación en las democracias y en los ámbitos jurídicos es la contracara de la violencia y de la imposición.

Alberto Gerchunoff (1884-1950), escritor y periodista argentino dijo una vez “si quiere salir airoso de un debate, no levante la voz, refuerce los argumentos”. La deducción que nos permite esta idea es que en la argumentación valen la razón y las palabras, y no otra cosa. Cuando se amenaza, se arremete o se impone ¿estamos hablando de argumentación? Sin duda, estas últimas son más propicias de los regímenes autoritarios, que de los sistemas democráticos. Y como dijimos democracia, justicia y argumentación constituyen una tríada difícil de romper.

La argumentación como actividad de tipo racional es una de las actividades cognitivas más complejas del ser humano. Desde este punto de vista, la argumentación implica un gran esfuerzo. Son muchas las cuestiones a atender cuando se argumenta: la imagen que queremos proyectar sobre nosotros mismos, la representación que nos hacemos de nuestros auditores, el conocimiento, las creencias y las valorizaciones que estos y nosotros tenemos sobre el tema a argumentar, el contexto institucional donde se desarrolla la argumentación, las estrategias más adecuadas para lograr nuestro propósito, etc. Todas estas cuestiones tienen que ver con entender la argumentación como un modo de pensar, un modo de razonar. Pero, la argumentación es, también, una actividad discursiva, es decir, lingüística. La argumentación está presente en la lengua. La forma de organizar y de ordenar nuestros discursos, de darles sentido, de elegir tales o cuales palabras, tales o cuales combinaciones sintácticas, son todas cuestiones de orden discursivo o lingüístico en sentido amplio.

Ahora bien, creemos necesario aclarar que el hecho de considerar la argumentación desde el punto de vista cognitivo y desde el discursivo, como lo venimos tratando, solo es una estrategia metodológica. Por nuestra parte, el pensamiento y el lenguaje se implican mutuamente. Es decir que la actividad discursiva, es para nosotros cognitiva. Sin embargo, es posible aproximarnos teóricamente a cada una de estas actividades, pues cada punto de vista que adoptemos nos permitirá exponer de una forma más ordenada el ya de por sí complejo tema de la argumentación.

## ¿QUÉ ES ARGUMENTAR? : ALGUNAS APROXIMACIONES TEÓRICAS

Aclarada nuestra opción metodológica, nos permitimos hacer nuestra primera aproximación teórica.

La argumentación puede definirse como:

- el encadenamiento de razones sobre algo o alguien,
- que se expresa en un discurso ofrecido a un público imaginario o real
- con el propósito de persuadirlo o convencerlo<sup>2</sup>.

Luis María Bandieri, citado por Vigliani (2006) dice que:

“...*argumentum* deriva del verbo latino *arguere* que, en principio, significó actuar, perseguir, echarse sobre otro (ruere), demandarlo en justicia. *Arguere aliquem criminis* era acusar a alguien de un crimen”. No nos toma desprevenidos que el origen de esta palabra esté asociado a la justicia. Pues como afirmamos la argumentación nace con las prácticas judiciales.

La argumentación consiste en enhebrar argumentos que son razones o expresión de razones. Argumentar equivale a razonar. Pero mientras esta última es de dominio cognitivo, cuando hablamos de “enhebrar” estamos en el dominio lingüístico, pues está asociada a la palabra texto que proviene del participio latino *textus*, del verbo *texere*: tejer, trenzar, entrelazar.

Puede decirse aún, de un modo más sintético que argumentar es pronunciar, a través del discurso, buenas razones para admitir una conclusión.

Pero, ¿qué son “buenas razones” en el contexto semántico de este artículo? Las buenas razones son las que dan fuerza a la conclusión, las que sirven para sostenerla y defenderla de las posibles refutaciones o dudas. De tal forma, que la cuestión estratégica y discursiva juegan un papel central.

27 —

## CUALIDADES DE UN BUEN ARGUMENTADOR

Para lograr persuadir o convencer, el buen argumentador se podrá valer de muy diversos recursos: ejemplos, comparaciones, analogías, citas de autoridad, etc. pero siempre teniendo en cuenta al destinatario para seleccionar los argumentos, ofrecer ciertos tipos de pruebas, utilizar un determinado registro lingüístico, ordenar las ideas y darle más peso a lo racional o a lo emocional según sea su propósito.

La retórica clásica nos brinda un prolífico repertorio de sugerencias y propuestas para realizar buenas argumentaciones. Para los antiguos griegos y romanos quien argumenta debe construir una imagen de sí mismo lo suficientemente confiable como para que el apelado (el tercero, el juez) sienta por él confianza y empatía que lo conduzcan a responder positivamente a un “síganme” que explícita o implícitamente, dice todo argumentador.

Se postula que este amor y confianza se dan si el enunciador/argumentador reúne las siguientes cualidades:

- razona “bien”, no se queda con lo que se dice comúnmente, somete las creencias comunes a diversos cuestionamientos, las pone a prueba;
- es un moderado, que no se deja llevar por las pasiones, que las controla y así justamente, ellas no le “nublan” el pensamiento;
- es un valiente, capaz de hacerse cargo de lo que dice y no teme correr riesgos por ello.

Para algunos autores (cfr. Amossy y Perelman, op. cit.), todas esas cualidades se agrupan en lo que llama *ethos* que tiene que ver con la credibilidad y los sentimientos que evoca el argumentador: simpatía / antipatía, amor/ odio<sup>3</sup>.

## LA LEGITIMIDAD DEL ARGUMENTADOR

Según Perelman (1998) , para ejercer influencia sobre los oyentes quien toma la palabra debe imaginar el modo en que sus oyentes lo perciben, y qué autoridad posee ante ellos.

Sentimos mayor confianza hacia los hombres de bien respecto de los temas en general, pero más en cuestiones conflictivas como por ejemplo: la legalización del aborto. La autoridad moral ligada a la persona del orador está en primer lugar, vinculada a su forma de comportarse en la vida real.

Complementando estas ideas, Bourdieu, citado por Amossy (2000) , afirma que el poder de las palabras reside en las condiciones institucionales de su producción y recepción, es decir un discurso no puede tener autoridad si no es pronunciado por una persona legitimada para pronunciarlo en una situación, ante receptores y bajo formas legítimas.

Asimismo, una argumentación resultará apropiada si los argumentos se ajustan al ámbito correspondiente. Es decir, no se trata solamente de un asunto de organización lingüística sino, también, de un problema de adecuación al contexto. Llevado este punto a la situación actual, no podemos dejar de considerar el momento político en el que se toman las decisiones. Según del Carril, las decisiones siempre obedecen a criterios políticos y morales.

Por otra parte, el solo estatus institucional del juez confiere legitimidad a su palabra, los destinatarios lo perciben como la máxima autoridad del Poder Judicial. Por más cuestionadas que sean las decisiones de los jueces, ellos representan al estado para dirimir los conflictos que se suscitan en la sociedad.

Para cumplir esa función se valen de argumentaciones. Los jueces deben decidir teniendo en cuenta que todos los ciudadanos, cualquiera sea su origen, su credo, sus ideas políticas o riqueza o su pobreza, son iguales ante la ley. El juez debe intervenir en el conocimiento de una disputa o diferendo para ponerle fin por un acto de autoridad respaldado por el estado. “por más terrible, angustioso o desgarrante que sea un conflicto humano, el juez debe juzgar. ( Cueto Rúa, 2000). Para lograrlo deberá aportar razones, argumentos, justificaciones y usar las estrategias cognitivas y discursivas.

Para concluir, queremos compartir la sugerencia de Plantín (2012), al declarar que la argumentación no solamente es producida por un sujeto racional sino por un sujeto atravesado por pasiones, creencias y valores que algunas veces maneja y otras, lo manejan. Y eso, espero que haya sido puesto a la luz después de la lectura de este artículo, se revela siempre en el discurso.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO, M. y YEANNOTEGUY “*La escritura y sus formas discursivas*” Buenos Aires, Eudeba, 1999
- AMOSSY,R. (2000) *El ethos oratorio o puesta en escena del orador. Discours, Politique, litterature d’ideés.* Fiction. París. Nathan . Traducción Estela Kalay
- BANDA, D.S “*Para qué sirve la argumentación jurídica*” Campus Mexicali <http://www.pjbc.gov.mx> [ noviembre de 2012]
- BAJTÍN, M.M. (1985), “*El problema de los géneros discursivos*”, en *Estética de la creación verbal*, México, Siglo XXI.

- CUETO RÚA, Julio César, “Una visión realista del derecho”, Abeledo Perrot, Bs As (2000).
- DEL CARRIL Enrique, *Teoría de la interpretación y ética judicial: los límites del Neoconstitucionalismo*. en [www.juridicas.uam.mx](http://www.juridicas.uam.mx)
- MARAFIOTI, R. *Parlamentos*. Buenos Aires, Biblos, 2007.
- PERELMAN, CH. (1998) “El imperio retórico” disponible en <http://argumentacion.suss-argentina.com.ar>. ( consulta:12/02/2013).
- PERELMAN, CH. Y L. OLBRECHTS-TYTECA (1989) [1958] *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, Madrid, Gredos.
- PLANTÍN, C. “La argumentación: historia, teorías y perspectivas”. Ed. Biblos, Bs. As. 2012
- VIGLIANI DE LA ROSA, María Elena, “ Estrategias para la argumentación y el debate” en Alejandro PARINI y Alicia María ZORRILLA (Coords.), “Lengua y sociedad”, Ancora, Bs As (2006).

### Notas

---

<sup>1</sup> El período de florecimiento de los estudios sobre argumentación se da con Aristóteles y después de las guerras mundiales cuando imperaron el fascismo y estalinismo. Fue en esos momentos históricos en los que surgieron los más importantes estudios sobre argumentación que hoy son sustento de la teoría argumentativa.

<sup>2</sup> Algunos autores, por ejemplo Perelman, hacen la distinción entre convencer y persuadir. La primera, estaría más orientada a lo racional; la segunda, a lo emotivo.

<sup>3</sup> El ethos puede definirse como el conjunto de rasgos y modos de comportamiento que conforman el carácter o identidad de una persona. Es la imagen de sí que el orador construye en su discurso para contribuir a la eficacia de sus palabras.



---

## INFORMAR TAMBIÉN ES DEMOCRATIZAR

POR MARCELO BÁEZ: PROFESOR Y PERIODISTA. FUE SECRETARIO DE REDACCIÓN DEL DIARIO ECO DEL NORTE DE SALTA Y JEFE DE SECCIÓN DEL DIARIO EL TRIBUNO. ES COORDINADOR DE PRENSA Y COMUNICACIONES DEL PODER JUDICIAL DE SALTA DESDE 2004.



La ciudadanía argentina ha asistido a un debate inédito popularizado como “democratización de la Justicia”. La antesala de las iniciativas legislativas conocidas en abril pasado estuvo plagada de términos que buscaron simplificar al extremo el contenido.

De allí que la remanida “democratización” no sea otra cosa que el establecimiento de pautas igualitarias para el ingreso de empleados a la Justicia Nacional -como lo demostró finalmente la iniciativa que trató el Congreso- pero la simplificación a la que se echó mano dejó otra imagen.

El proceso de instalación de la idea de la necesidad de modificaciones en la Justicia con eslóganes simplificados ha producido un impacto sobre la imagen del conjunto de los Poderes Judiciales que deberá ser motivo del análisis posterior. Es fácil adivinar que ese impacto fue negativo.

En el planteo publicitario había que democratizar la Justicia. Entonces por razonamiento inverso, la Justicia no es democrática.

No importa que el objeto final de la iniciativa legislativa haya sido establecer un sistema igualitario de ingreso de personal. Tampoco que su finalidad hubiera estado circunscripta al Poder Judicial de la Nación.

Después de tanto debate y los ríos de tinta y palabras en los medios de comunicación de un lado y otro, es lógico pensar en la necesidad de articular acciones con la finalidad de atenuar el impacto del daño y reconstruir la imagen de una Justicia próxima al ciudadano.

Todo lo que se avanzó en la materia desde 2006<sup>1</sup>, cuando por primera vez los jueces dejaron el ámbito recoleto de sus despachos para sumergirse en una discusión igualitaria y plenaria, corre el riesgo de evaporarse.

En aquella oportunidad, en el marco de la comisión “Prensa, Justicia y Sociedad” se propuso la implementación de un centro de prensa de información judicial lo que se concretó a través de la Acordada 17/06 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la denominación “Centro de Información Judicial”.

En la Segunda Conferencia Nacional de Jueces realizada en Salta en 2007 se avanzó más todavía. En la comisión de “Gestión Judicial” se destacó la trascendencia de la información judicial y se puntualizó que la “confidencialidad, reserva y prudencia propias de la actividad jurisdiccional no obstan a la implementación de políticas comunicacionales sistemáticas, con organicidad adecuadas que transmitan los aspectos relativos al funcionamiento, eficiencia y gestión de los tribunales”.

“En la pugna entre la realidad judicial y la percepción de los periodistas cuando no logran acceder a la información, resulta perjudicada la sociedad y el sistema pierde credibilidad”, sostuvo el documento debatido en la comisión de Gestión Judicial.

Pero claro, después de tanto debate, de tanta necesidad de

“democratización” de la Justicia pocos recordarán aquellas palabras y el cambio rotundo que significó en la concepción de la Justicia.

Quedará en la impresión popular la imagen de una Justicia no democrática porque al fin y al cabo, una vez que entre en plena vigencia el paquete de leyes propuesto por el Ejecutivo Nacional, el ciudadano va a percibir que todo está igual.

Los delitos se seguirán produciendo y reclamar Justicia (así, tal cual), seguirá siendo una solución fácil para buscar un responsable físico frente a un hecho de resolución compleja en el que medios y comunidad no esperan.

Y más aún si mayoritariamente existe resistencia a informar.

Entonces sobrevendrá la inquietante pregunta del ciudadano común: ¿y los cambios?

El juez no podrá explicarle al ciudadano que las transformaciones iban dirigidas en otro sentido. Y ni hablar de una explicación basada en las distintas jurisdicciones. Todo esto le resulta absolutamente ajeno a un hombre y a una mujer que transitan su vida en situaciones alejadas del debate dialéctico.

El debate diario del ciudadano es distinto. Podría decirse que es con la vida misma, para caer en la misma simplificación publicitaria.

Una vez que el humo de la discusión que recubrió al proceso de transformación legislativa de la Justicia se disipe, es necesario que la Justicia profundice el camino iniciado en 2006. Y ahora sí hablo de Justicia sin distinción de jurisdicciones, porque el daño (ya lo dije antes) ha impactado en forma genérica, sin distingo de fuero, ni ámbito de actuación.

Reafirmar aquel camino significará en lo institucional mantener las políticas comunicacionales como una pata fundamental en esa estrategia de acercamiento a la comunidad.

Mantener y profundizar, podría decirse. No se trata de someter al debate, en la arena pública a las decisiones adoptadas por un tribunal, sino hacerlas conocer.

## **DEL SECRETO A LA COMUNICACIÓN COMO OBLIGACIÓN REPUBLICANA**

Durante mucho tiempo esas decisiones fueron secretas bajo el pretexto de que sólo tendrían efectos para las partes.

Pero cuando un juez dicta sentencia, cuando procesa, cuando condena, está provocando un impacto social con esa decisión. Brinda una respuesta (ajustada al Derecho vigente) a una inquietud que es de la comunidad, porque el delito, porque la violencia, porque el amparo a un derecho, ya no son de interés sólo del imputado, de la víctima o de quien busca protección ante un daño inminente. Resultan de interés colectivo, de la sociedad.

La Justicia es un Poder de la República Democrática. No es su antítesis como ha quedado instalado tras tanto artificio.

Democracia y República suelen ser conceptos asociados para el ciudadano y autores clásicos como el propio Maquiavelo. Para ese ciudadano, Argentina es una República Democrática, es decir existe una división de poderes y a la vez la participación ciudadana a través de la elección de autoridades.

Desde este punto de vista, informar es entonces un nuevo mandato republicano asociado a la función judicial y que fortalece los cimientos de la Democracia. De eso no hay dudas.

El nuevo poder ciudadano reside en la información que posee. Y cuando el Poder Judicial informa contribuye a la formación de ciudadanía.

Se dice que esta es la “Sociedad de la información”, aludiendo al enorme caudal de recursos con los que cuenta el ciudadano para nutrirse de noticias

sobre lo que ocurre ya no sólo en su comunidad sino en otros puntos distantes del globo.

Un ciudadano es, básicamente, una persona libre con voluntad de cooperar socialmente.

Y el Poder Judicial es receptor –entre otras- de causas de quienes quiebran esa voluntad, de quienes vulneran la libertad de las personas o quienes al menos la ponen en entredicho.

Entonces cuando la Justicia informa no produce sólo contenidos como lo hace un medio de comunicación o como cuando lo hace un periodista.

Cuando informa la Justicia lo hace proyectando hacia la comunidad la escala de valores vigentes, la misma que dio formación a la Constitución y a las leyes, la columna vertebral de una sociedad.

Aquel debate público producto de la iniciativa de “Democratización de la Justicia” debe servir no ya para mantener viva la discusión, sino para avanzar definitivamente en el camino de construir ciudadanía a través de la comunicación de las acciones de los jueces.

Aquella discusión ha producido una modificación en las expectativas que el ciudadano tiene de la Justicia. Esas expectativas se han fortalecido a la sombra de la ambigüedad de los eslóganes que han precedido a la discusión legislativa.

Se puede sostener que el ciudadano ahora espera de la Justicia acciones concretas de apertura. Y comunicar es el nuevo nombre de esa democratización. Es la concreción de esa expectativa social. Retrotraerse, retomar la cultura del secretismo del expediente, sería fortalecer la imagen de una Justicia distante y ajena.

## EL SECRETO COMO REACCIÓN

Al cabo, frente a tanto debate y confrontación generados para crear el clima propicio para las reformas, una tentación fácil sería reducir el nivel de exposición pública y consecuentemente dejar de informar.

Hacerlo sería colocar nuevamente a la Justicia como sinónimo de secreto, en la simplificación, como poco democrática.

Democracia es acceso. Acceso a Justicia y acceso a la información, también.

Para ello es imprescindible profundizar el camino fortalecido en las sucesivas Conferencias Nacionales de Jueces. Es necesario sacar a las decisiones judiciales a la luz, extender el debate inicial y llevarlo al ámbito académico, generar el intercambio de experiencias, alentar la producción de escritos que permitan el análisis y el debate.

Entonces el impacto negativo que tuvo sobre la expectativa social el debate sobre la “democratización” puede convertirse en una energía positiva que fortalezca los procesos comunicacionales de la Justicia. Y el único beneficiario de esto será el ciudadano.

### Notas:

---

<sup>1</sup> Primera Conferencia Nacional de Jueces, Santa Fe.



## LOS PROCESOS COLECTIVOS EN EL LA JURISPRUDENCIA LOCAL Y LA MAL LLAMADA DEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA\*

POR GÜNTHER FLASS: JUEZ DE CÁMARA DE APELACIONES DEL NOROESTE DE CHUBUT. ABOGADO DIPLOMADO EN UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN. DIPLOMADO EN "INVESTIGACIÓN JURÍDICA" UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. MASTER EN DERECHO COMPARADO UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. PROFESOR ASOCIADO EN DERECHO CIVIL II. OBLIGACIONES. UNSPAT. PROFESOR ADJUNTO DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. UNSPAT.

Cuando se me propuso disertar sobre "Los procesos colectivos en la jurisprudencia local", inmediatamente recordé un caso muy particular que nos tocó decidir en la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut. Debo aclarar que la sentencia aun no está firme, pues hay un recurso extraordinario ante el Superior Tribunal de Justicia, sin embargo el caso tiene notas muy interesantes que lo hacen digno de estudio, dadas las ulteriores acaecidas con posterioridad a la sentencia..

Mi amigo y colega el Dr. Früchtenicht en el N° 2011-2 de la revista de Derecho Procesal, advertía que la acción colectiva vino a superar la concepción tradicional y limitada que se tenía del proceso y del conflicto subyacente. El maestro Arazi, en la misma obra, dice que todo juez tiene el deber de instrumentar mecanismos eficaces en la ejecución de las sentencias y el Doctor Peyrano, en su disertación de ayer, nos calificó como "teleólogos", haciendo alusión al compromiso que deben asumir los jueces respecto al resultado de lo que hacen.

Todo ello me llevó a reflexionar sobre lo siguiente: cuando alguien inicia un proceso en defensa de un interés difuso como el medio ambiente, suele decirse que afronta una acción "heroica". Pues bien, es un deber ineludible de la magistratura y de la sociedad toda, velar por que ese "heroísmo" no se convierta nunca en "martirologio".

Sin más preámbulos resumo el caso. Un poblador con título precario de ocupación, concedido por el Instituto Argentino de Colonización (IAC), inicia amparo ambiental para que la planta de tratamiento de residuos cloacales de su comunidad, no se haga donde lo había dispuesto la administración pública, sino unos cuantos metros río abajo. De esta forma, aducía, no quedaría afectado el medio ambiente ni se perderían las posibilidades turísticas de la zona. Después de una serie de contingencias procesales, la CANOCh dicta una sentencia modalizada, ordenando se realice un estudio de impacto ambiental y se convoque a audiencia pública, todo ello con informaciones periódicas a la juez de la causa. Hasta aquí y mas allá de la modalización de la sentencia, no hay nada de extraordinario. Lo llamativo vino después.

Pasados pocos meses, llegó a la Cámara, una acción de desalojo iniciada por la Provincia del Chubut contra el mismo poblador. El IAC había decidido caducar el permiso de ocupación precaria, invocando algunos incumplimientos (alambrado en el camino de sirga que bordea al Río Encuentro, por ejemplo) y la Provincia pretendía recuperar sus tierras.

Los incumplimientos estaban probados, así como también la titularidad dominial de la Provincia y la precariedad en el título del poblador. Todo hacía suponer que la orden de lanzamiento dictada por el juez de la primera instancia, debía ser confirmada. No obstante, al analizar el expediente surgían datos llamativos. Por ejemplo, otros pobladores habían incurrido en iguales

incumplimientos sin que el IAC hubiera tomado ninguna medida en su contra; el acta por la cual se había constatado el incumplimiento fue labrada a instancias, nada menos que del Sr. Fiscal de Estado, lo cual sorprendió incluso al Superior Tribunal de Justicia; el IAC había actuado con una velocidad inusitada (solo seis días), sobre todo si se la compara con la morosidad con que contestaba las notas de los pobladores. Los indicios y el sentido común parecían señalar que el desalojo tenía cierto contenido punitivo hacia el poblador; que era un castigo por haber osado levantarse contra la administración pública en resguardo del medio ambiente. No había prueba concluyente, pero un ineludible deber de hacer justicia nos constreñía a proteger a ese poblador, pues no podía admitirse que se sancione a alguien solo por ejercer sus derechos, ¿Qué hacer?.

Cuando las leyes de fondo y de forma aparecen mezquinas de soluciones justas, es de buena técnica recurrir a la norma fundante: la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y los pactos internacionales firmados por Argentina con rango constitucional. Así advertimos que art. 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, prohíbe la discriminación y que en cumplimiento de tal compromiso, la República Argentina había dictado la Ley 23.592.

En virtud de lo expuesto la CANOCh expresó algunas consideraciones que, mas que exponer, me gustaría someter a debate.

En primer lugar, dada la gran imprecisión que mostraba la doctrina, era necesario encontrar una definición adecuada de discriminación, o al menos destacar los elementos necesarios para que una conducta pueda ser calificada como discriminatoria. En ese sentido dijimos que discriminación es todo trato desigual, con consecuencias lesivas y con un fundamento improponible, arbitrario o irracional.

En segundo lugar, dijimos que las facultades del Estado para administrar la tierra pública solo podían ser ejercidas en forma regular y que la más palmaria irregularidad era tratar discriminatoriamente. Parecía necesario recordar lo obvio: la tierra pública es propiedad de todos y los gobiernos deben administrarla en forma objetiva, no como instrumento para premiar amigos y castigar opositores. En este sentido seguimos el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando declaró discriminatoria la distribución de la pauta publicitaria oficial beneficiando a medios “amigos” y excluyendo a medios disidentes<sup>1</sup>

En tercer lugar, interpretando el artículo 1º de la Ley 23.592 (Ley antidiscriminación), se concluyó en que la norma alerta sobre la existencia de ciertos grupos de riesgo, determinados por la raza, la religión, el sexo, las ideas políticas etc. y que la pertenencia a esos grupos de riesgo crea una presunción a favor de quien se dice víctima de discriminación, en virtud de la cual, será el imputado, en este caso el Estado, quien debe acreditar o al menos explicar convincentemente la razonabilidad del fundamento por el cual se dio trato desigual y lesivo.

En cuarto lugar se determinó que el grupo de riesgo “ideas políticas” no requiere la adhesión a un partido político ni a una ideología determinada, basta para integrarlo el haber expuesto una opinión adversa a quienes gobiernan, en un tema determinado.

Es así que se sentó una doctrina judicial según la cual, cuando un particular, asumiendo un interés colectivo, acciona contra el Estado ingresa al grupo de riesgo “ideas políticas” y toda medida que se tome en su contra, con clara desigualdad, se habrá de presumir discriminatoria, salvo que el Estado exponga y justifique razones suficientes y atendibles.

Hata aquí los argumentos de naturaleza técnica que, con gran expectativa dejo planteados al debate.

No obstante entiendo necesario hacer una reflexión accesoria sin la cual sentiría que estoy departiendo sobre el sexo de los ángeles con los turcos a las puertas de Constantinopla. Me refiero a la supuesta “democratización de la justicia”, de la que con tanta pasión se viene hablando.

¿Podríamos haber dictado tranquilamente esta sentencia si nuestro cargo hubiera dependido de personas que pertenecen al mismo partido del gobierno al cual estábamos poniendo límite?. No, al menos no “tranquilamente”. Pedirle eso a un juez sería lo que Dworkin llama conducta “supraerogatoria”. No se puede pretender que los jueces, para hacer justicia, deban convertirse en héroes. La mayoría no lo hará por que somos hombres y mujeres comunes, no próceres de bronce. Si los jueces pudieran ser depuestos mediante el voto popular directo o indirecto, es factible que quienes no adhieren al partido gobernante vean conculcados sus derechos.

Estudiando sobre la discriminación, me surgió una duda: durante la segregación en Estados Unidos, los jueces estatales consideraban que las leyes racistas no eran contrarias a la Constitución Federal ¿Cómo podía ser esto?; ¿por qué dijeron tal aberración?. Muchos tratadistas del derecho anglosajón dan la siguiente explicación: los jueces estatales eran elegidos por el voto popular y temían, con razón, que si declaraban anticonstitucionales las leyes de segregación, perderían el cargo, pues los afrodescendientes eran y siguen siendo minoría. Fue necesario que la cuestión llegara a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, cuyos jueces no son elegidos por el voto popular, sino por una comisión de juristas notables, para que se pudiera comenzar a combatir el flagelo del racismo. Me pregunto ¿Cuáles jueces eran más democráticos? ¿Los elegidos por el voto popular, cómplices del racismo, o los elegidos por juristas notables que terminaron con él?: La respuesta me parece bastante obvia: los segundos. Democratizar la justicia, a mi entender, no es someter el cargo de los jueces al voto popular (directo o indirecto), sino darles la fuerza suficiente para que resguarden los derechos de todos, aun de los que están en minoría.

35 —

Otro disertante que me precedió, el Doctor Gerosa Lewis, citando a Gargarella, decía que el Poder Judicial, en ocasiones era contramayoritario. Es cierto ... y está bien que así sea. Las mayorías están suficientemente representadas en el Poder Ejecutivo y en el Poder Legislativo, pero la única garantía que tienen las minorías para que sus derechos humanos no sean avasallados, es el Poder Judicial, que debe mantenerse ajeno al juego de mayorías circunstanciales y solo sometido al Derecho y a la Justicia. No solo está en riesgo la independencia de uno de los poderes del Estado, sino la democracia misma. Lo que distingue una democracia de una dictadura no es el voto mayoritario. Muchas dictaduras lo tuvieron y en porcentajes sorprendentes (Hitler 90% en 1933; Mussolini 60.9% en 1924; Stalin 99.2% en 1927). Un sistema verdaderamente democrático es aquel cuyo gobierno, siendo elegido por el voto mayoritario, encuentra como límite ineludible los derechos esenciales de las minorías; y un Poder Judicial cuyos jueces sean designados por su ciencia y honestidad, no por su popularidad, es la única garantía para ello.

Para terminar, quiero compartir con ustedes una intimidad. Ahora que uno de mis hijos, obstinadamente, dice que será abogado, traté de recordar en que momento cometí la imprudencia de estudiar Derecho. No lo recuerdo, pero quizás esta terca vocación me venga de una historia que, de niño, me contaba mi abuelo y que se relaciona con el caso que acabo de exponer.

Dicen que cuando el Kaiser Guillermo quiso ampliar los jardines del palacio de Postdam, advirtió que sobre esos terrenos se erigía, obstaculizando el proyecto, una pequeña granja. Fueron inútiles los intentos de ministros e intermediarios para comprar la granja. El granjero se negaba a venderla.

Enojadísimo el Kaiser, se presentó ante el humilde campesino y le dijo: “Soy el Kaiser y si quiero me quedaré con tu granja”. El granjero le respondió “No su Majestad, al menos no mientras en Alemania existan jueces”.

Pesa sobre nosotros el ineludible deber de dar a todo poblador chubutense la seguridad de que puede erguirse frente a cualquier poderoso, incluso aquellos que fueron elegidos por el voto popular y decir “No, al menos no mientras en Chubut existan jueces”. La forma de lograrlo es precisamente la inversa a eso que hoy, equivocadamente, se llama “democratización de la justicia”.

#### Notas:

---

\*El presente trabajo es una disertación que el Dr. Günther Flass ofreció en el “II Encuentro con Maestros del Derecho Procesal”, realizado el 7, 8 y 9 de marzo de 2013 en Lago Puelo, Chubut, Argentina.

<sup>1</sup> CSJN 02/03/2011 Editorial perfil S.A. y otros. C. Estado Nacional, Jefatura Gabinete de Ministros SMC La Ley Online. AR/JUR/1257/2011





## BARRIENDO MITOS

### CIFRAS SOBRE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER<sup>1</sup>

POR CLAUDIA M. G. HASANBEGOVIC: LA AUTORA OBTUVO SU PH.D.(DOCTORADO) POR LA UKC, SU MAESTRÍA EN MUJER Y DESARROLLO, POR EL ISS, DE HOLANDA, SU DIPLOMA EN GÉNERO, POR LA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LA MUJER. ES ABOGADA POR LA UNLZ. ES DOCENTE EN LA UNSAM, Y EN LA UNLZ; EX PROSECRETARIA LETRADA DE LA CSJN, EN LA OVD. HA PUBLICADO LIBROS, CAPÍTULOS Y ARTÍCULOS EN DERECHOS HUMANOS Y GÉNERO EN EL PAÍS Y EN EL EXTRANJERO.

#### INTRODUCCIÓN

A comienzo de los años 1990 cuando el tema de la “violencia conyugal” o “violencia familiar” comenzaba a mencionarse en Argentina, abordábamos las creencias sobre la violencia masculina contra la mujer en la pareja (en adelante, VCM<sup>2</sup>) utilizando la lógica y el razonamiento como herramientas principales ya que existían pocas investigaciones sobre el tema, todas ellas producidas en países anglosajones<sup>3</sup>, a las que no era fácil acceder. A cuarenta años de las primeras publicaciones<sup>4</sup>, podemos fortalecer nuestros razonamientos con datos y hallazgos de investigaciones empíricas que permiten barrer mitos y falsas creencias sobre la VCM. Las creencias son productos de la cultura y como tales están presentes tanto en los hombres y mujeres involucrados en los incidentes de violencia, en la comunidad<sup>5</sup> y en las funcionarias(os) de las instituciones a las que acuden las mujeres a pedir protección. Pero, la cultura no es algo fijo, se construye y evoluciona constantemente y la VCM no es inherente a la naturaleza de la humanidad, tal como lo demuestran las 16 sociedades halladas en estudios antropológicos que abarcaron los cinco continentes.<sup>6</sup> Por ello nos proponemos en este artículo contribuir a modificar algunas creencias que lesionan la dignidad humana.

37 —

#### LA VIOLENCIA MASCULINA CONTRA LA MUJER

Las formas de VCM son múltiples pasando por los golpes, el maltrato verbal, psicológico o económico, la mutilación genital, quema de viudas y quema por la dote, ataques con ácido en el rostro, femicidio/feminicidio<sup>7</sup> por el fuego; abortos selectivos de fetos femeninos, tráfico de mujeres y niñas para explotación sexual, laboral o trabajos domésticos en situación de servidumbre, comercio internacional de “esposas”, incesto, violación, prostitución forzada, pornografía forzada, entre otras.<sup>8</sup> Todas estas expresiones de violencia pueden variar en grados y manifestaciones culturales pero el hecho es que la violencia contra las mujeres y las niñas es la violación de derechos humanos más corroborada alrededor del mundo.<sup>9</sup> La VCM no conoce fronteras nacionales, geográficas, culturales, religiosas, étnicas, por edad, ni por clase social. Este fenómeno *es un grave problema criminológico*, ya que es un delito sin control, *es un problema social, de salud pública, un obstáculo para el desarrollo de las naciones. La VCM es un problema público, de democracia y de seguridad ciudadana* ya que el 50 por ciento de la población vive siendo potencialmente una víctima de violencia masculina.

Los “mitos”, o falsas creencias sociales, enraizados en una cultura machista y en escasa investigación/capacitación/y campañas de

sensibilización, son factores que ayudan a perpetuar la VCM. A continuación abordaremos sin poder hacerlo exhaustivamente<sup>10</sup> por cuestiones de espacio, algunos de esos mitos y ofreceremos datos que los desmienten.

### 1. LOS HOMBRES SON SUPERIORES A LAS MUJERES

Hombres y mujeres somos iguales en potencialidades, inteligencia y derechos. Existen innumerables ejemplos de la participación de las mujeres en todos los ámbitos del desarrollo social, científico, económico y político de las sociedades que confirman su igualdad de potencial e inteligencia con los hombres. Dos ejemplos de graduadas terciarias/universitarias y de mujeres políticas, ilustran este punto. a) Tomando la graduación terciaria/universitaria como indicador de inteligencia, **el 57,88% (en promedio de entre siete países) del total de personas graduadas de estudios terciarios/universitarios son mujeres**<sup>11</sup>. b) Para **2011, 28 países tenían más de un 30% de representación femenina en el parlamento y 19 mujeres se desempeñaban como Jefas de Estado o de Gobierno**<sup>12</sup>.

La idea de que el hombre es superior a la mujer, por la cual se les inculca desde su nacimiento desde el hogar, la escuela y la sociedad a niñas y niños cuál es su lugar y funciones “naturales” de acuerdo a su sexo, y cuáles los espacios donde desarrollarlas es una “construcción socio-cultural” y como tal, puede y debe ser modificada, ya que dicha noción, funciones y espacios son jerarquizados en detrimento de las mujeres y niñas. En éstos el varón es tomado como “ejemplo de humanidad o de lo humano”, en tanto las mujeres, y demás seres “inferiores” al varón, son percibidos más como “objetos de derecho de los varones” antes que, sujetos plenos de derechos.<sup>13</sup> Esperar que las mujeres realicemos solamente aquellas tareas que los varones no quieren realizar para poder desenvolverse en el ámbito público aduciendo que dicha división es “natural”, es una vieja táctica de dominación que no tiene sustento fáctico, científico u ético alguno.

### 2. LA VCM ES UN ASUNTO PRIVADO – ALLI NO HAY QUE METERSE

Cuando grandes cantidades de personas de determinadas características (ej. sexo, edad, raza, etc.) son desproporcionadamente afectadas por un delito o un fenómeno que afecta sus derechos humanos básicos y pone en peligro su vida, su integridad psicofísica, y su salud, las experiencias y vivencias de esos grupos no pueden ser tomadas como un tema privado sino que revisten características que requieren la atención del Estado ya que éstas constituyen un problema social, de salud pública, de criminología. Dado que el Estado es el garante de los derechos humanos es su obligación asegurar que cada miembro de un grupo familiar pueda disfrutar de sus derechos humanos y frenar el abuso de poder dentro de las relaciones interpersonales<sup>14</sup>. Seguidamente aportamos cifras que demuestran el grave problema para la salud y para la vida de las mujeres, niñas y niños que reviste la VCM. Baste aquí recordar que a nivel mundial, entre **el 10% y el 69%**<sup>15</sup> de las mujeres adultas en todos los continentes han sufrido violencia física y/o sexual, o ambas combinadas, alguna vez en sus vidas; y que entre **100 y 2.000 millones de niñas(os)** anualmente *presencian violencia entre sus progenitores/cuidadores de manera frecuente*<sup>16</sup>. Además, c) que **la mayoría de los homicidios contra las mujeres son cometidos por sus (ex) parejas masculinas** (ver puntos 12 y 13, sobre Delitos y Tortura más abajo).

### 3. LA VCM ES LEVE Y NO AFECTA REALMENTE LA SALUD

En todo el mundo, la VCM es una causa de muerte, incapacidad o

enfermedad entre las mujeres en edad reproductiva tan grave como el cáncer y, mayor que los accidentes de tránsito y la malaria combinados<sup>17</sup>. Según la Organización Mundial de la Salud<sup>18</sup> la VCM tiene consecuencias para su salud física, mental y de salud reproductiva. Las mujeres maltratadas son más proclives a sufrir depresión, ansiedad, enfermedades psicosomáticas, problemas alimenticios, disfunciones sexuales y vulnerabilidad al SIDA, que aquellas que no lo han sido.<sup>19</sup> Los siguientes datos se refieren a la VCM y los embarazos, las lesiones, la salud mental, y las adicciones. Entre **4 y 9 mujeres cada 100** son abusadas estando embarazadas y/o luego del parto<sup>20</sup>; y alrededor del **30%** de los casos de VCM **empiezan** en el embarazo<sup>21</sup>. Los estudios señalan que la violencia que las embarazadas en estas situaciones reciben son serias y representan un riesgo para su embarazo: **entre el 25% y el 50%** de las mujeres que físicamente maltratadas durante el embarazo había recibido patadas y puñetazos en el abdomen<sup>22</sup>. Por ello, no es sorpresa que la VCM sea la **primera causa de abortos y de muertes maternas** durante el parto<sup>23</sup> y que la misma se relacione con el **suicidio en mujeres embarazadas**<sup>24</sup>. Asimismo, aún cuando no haya embarazo, la VCM lesiona y causa negativos impactos en la salud mental de las mujeres. En primer lugar, se halló que el **70%** de los incidentes resultan en **lesiones**<sup>25</sup>; y en segundo término, se encontró que entre un **50% y un 60% de las mujeres** que utilizan los servicios de **salud mental** han experimentado VCM<sup>26</sup>; estas mujeres **tienen cinco veces más probabilidades de suicidarse** que aquellas que no sufrieron violencia<sup>27</sup>; el **30% de ellas se suicidan** probablemente como “escapatoria” a la situación de violencia<sup>28</sup>. Aquellas mujeres que no llegan a extremos tales como quitarse la vida, probablemente recurran a “anestesiarse”, ya que investigaciones hallaron que el **50% de todas la mujeres alcohólicas**, comenzaron a beber para “resistir” la VCM<sup>29</sup>.

39 —

#### 4. LA VCM ES UN PROBLEMA PRIVADO QUE NO TIENE COSTO

La violencia patrimonial y económica (privar a la mujer de su patrimonio o de la legítima asistencia económica) es una forma de VCM definida por la ley<sup>30</sup>, y un delito para la legislación penal argentina entre otras<sup>31</sup>. A pesar de ello, ésta es una de las violencias más invisibilizadas y naturalizadas. Por ello se han desarrollado investigaciones para “visibilizar” el impacto que la VCM representa para la sociedad y el Estado (gastos de servicios de salud, policía, y poder judicial; pérdida de días laborables, etc.) y para sus víctimas (mujeres, sus hijas/os)<sup>32</sup>. Estas cifras son también una prueba de que la VCM no es un asunto privado, ya que sus consecuencias y costos se expanden a toda la sociedad.

En Gran Bretaña, algunos estudios estimaron los costos en dinero de la violencia de género en la pareja **£23 billones**, divididos en **£3.1 B** para el Estado; **£1.3 B** para los empleadores y **£17 B** en “sufrimiento humano”<sup>33</sup>.

Una investigación argentina<sup>34</sup> estima en **USD 5.000 millones anuales** el costo de la violencia patrimonial ejercida por los padres respecto de sus hijos(as) al no pagar la cuota alimentaria, sideral monto que recae en el bolsillo de la madre que queda a cargo del hogar, quien debe generarlo, en alguna medida y de alguna forma.

#### 5. ALCOHOL, DROGAS, ESTRÉS, PROBLEMAS PSICOLÓGICOS CAUSAN LA VCM

Indudablemente el alcohol, las drogas, el estrés, y los problemas psicológicos son factores de riesgo que pueden agravar la violencia. Sin embargo, los estudios sobre agresiones señalan que **la mayoría de los ataques de VCM los perpetran agresores no alcohólicos, y que**

**alrededor de un 80% de los agresores alcohólicos no atacan a sus parejas estando ebrios.**<sup>35</sup> Estas investigaciones tampoco detectaron problemas mentales en los varones violentos estudiados. La gran mayoría de los mismo, aún los más violentos, no tenían problemas crónicos de violencia con otras personas que no fuesen sus parejas íntimas<sup>36</sup>. Estos hallazgos sugieren que el alcohol, las drogas, el estrés y los problemas psicológicos no son la causa de la VCM sino factores que pueden incrementar el riesgo de violencia hacia la mujer. En realidad, la VCM, tiene que ver con ganar control y no con perderlo (por los factores mencionados)<sup>37</sup>. Los agresores “eligen” ejercer violencia contra ellas y esto generalmente proviene de un sentido de legitimación para actuar de esa forma apoyado en la impunidad y reforzado muchas veces por actitudes discriminatorias. Como afirma ONU Mujeres: *“La violencia contra mujeres y niñas es tanto una manifestación extrema de la inequidad de género y discriminación, como un arma mortal utilizada para mantener el estatus subordinado de las mujeres.”*<sup>38</sup> Los agresores “eligen” a sus víctimas, y el momento, y la forma en que utilizarán la violencia, demostrando que sus acciones son *“intencionales<sup>39</sup>, deliberadas, y controladas”*. A menudo planean cada detalle del ataque que infligirán a sus parejas.<sup>40</sup> mostrando así tener control sobre muchos y variados aspectos de su vida cuando ella intenta actuar “autónomamente”, constituyéndose en “sujeto”<sup>41</sup>. Esto queda en evidencia por el hecho de que gran cantidad de ataques y de femicidios son cometidos por los varones cuando las mujeres deciden separarse, o luego de hacerlo<sup>42</sup>. El hombre que maltrata a su pareja mujer “aprendió” a emplear la violencia como forma de obtener lo que él desea y ella no le da, y lo incorporó como instrumento de control porque observó que la VCM *“no representaba mayores costos para él.”*<sup>43</sup>

#### 6. ¿Y LOS HOMBRES GOLPEADOS POR LAS MUJERES?

Stark y Flitcraft<sup>44</sup> sostienen que si bien es cierto que los hombres también pueden ser víctimas de violencia por parte de sus parejas mujeres, generalmente no sufren lesiones tan graves, ni quedan en situaciones de entrapamiento social, como les sucede a las mujeres. Muy pocos de ellos resultan asesinados por sus parejas. La verdadera cantidad de hombres víctimas de violencia íntima por parte sus parejas mujeres es difícil de hallar en las investigaciones y estadísticas; en primer término, porque ellos pocas veces son víctimas de homicidio, o lesiones graves, y por lo tanto no reciben cobertura mediática ni aparecen en los datos oficiales de instituciones estatales para dar cuenta de su realidad; y en segundo lugar, porque la gran mayoría de los hombres que maltratan a sus (ex) esposas/parejas, *“se presentan como víctimas de éstas”* para intentar evitar la responsabilidad de sus actos. Una encuesta <sup>45</sup> halló que **13 sobre 22 hombres que habían informado ser víctimas de violencia doméstica, habían agredido previamente a las mujeres a quienes señalaban como sus agresoras y que, al ser entrevistados nuevamente, otros 13 dijeron que en realidad, nunca habían sufrido violencia doméstica.** Estos hombres también admitieron no haberse sentido amenazados o en peligro, ni haber sufrido abuso económico ni sexual por parte de sus parejas mujeres. Esto contrasta con el hecho de que las mujeres que denuncias admiten haber sufrido y soportado dichas amenazas y que en gran cantidad de casos se deciden a hacer la denuncia y escapar de su hogar cuando sienten verdadero temor a ser asesinadas, o a que sus hijas e hijos sufran daños<sup>46</sup>. Otras investigaciones señalan las formas en que **los varones violentos tratan de pasar por “víctimas de violencia doméstica” mediante la manipulación de la legislación de protección, formulando denuncias**

y pedidos infundados de medidas de protección para sí mismos<sup>47</sup>. En la Argentina, en la Oficina para casos de Violencia Doméstica (OVD) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, muchos de los hombres adultos que denunciaron a sus parejas mujeres, también habían sido denunciados por éstas, y algunos de ellos denunciaron como “hechos de violencia doméstica” el que sus parejas hubieran solicitado y obtenido, una medida cautelar contra ellos.<sup>48</sup>

### 7. LAS MUJERES SE QUEDAN PORQUE QUIEREN

Imaginemos que una mujer es golpeada y amenazada por un vecino o un extraño (no por su pareja), ¿esperaríamos “que dejara su casa” como solución a la violencia que sufre? Si estuviéramos nosotros(as) en esa situación, ¿creeríamos que nos mereceríamos tener que huir y escondernos para dejar así de ser víctimas del delito? Las mujeres en situación de VCM son víctimas de delitos de amenazas, coerción, lesiones, intentos/ homicidio, etc. Tal vez, sea oportuno considerar que una mujer en esa situación no quiera, ni tenga por qué dejar su vivienda.<sup>49</sup> Además, la mujer puede encontrarse en alguna situación de vulnerabilidad económica, habitacional, psicológica y emocional, cultural y social, ideológica, biológica-reproductiva<sup>50</sup> o enfrentar barreras sociales y psicológicas<sup>51</sup> que pueden dificultarle tomar la decisión de dejar al agresor. Por ejemplo, ella puede: a) tener esperanzas de que él cambie, o de que “su amor” pueda cambiarlo; b) sentirse avergonzada de lo que pasó o creer que es “su” culpa; c) sentirse exhausta o insegura para tomar decisiones trascendentes; d) temer por el futuro y/o estar aislada socialmente y, en consecuencia, no saber o no tener a dónde ir; e) no atreverse por tener su autoestima muy baja como consecuencia del abuso; f) pensar que nadie le creerá, ni le prestará ayuda; g) creer que es mejor seguir con él “por el bien de sus hijas(os)” o que “no pueden dejar a sus hijos(as) sin padre;” etc.

Además de las mencionadas es probable que la mujer desconfíe de las instituciones y no se acerque a pedir ayuda, tal como lo presentamos en el punto 10.

### 8. ELLAS BUSCAN PAREJAS VIOLENTAS, PORQUE VIVIERON VCM DE PEQUEÑAS

Estas creencias son falsas, a nuestro entender buscan eximir de responsabilidad a la sociedad por la parte que le toca en tolerar la VCM. Si construimos una cosmovisión donde las víctimas son las únicas personas responsables de su propia desgracia, eximimos a los agresores y, a la vez, quedamos exoneradas de “hacer algo” para evitar la VCM.

Las mujeres víctimas y sobrevivientes de VCM suelen informar que, inicialmente, se sintieron atraídas por la amabilidad, cortesía, y “lo buenas personas” que parecían y se mostraban con ellas durante el noviazgo y los primeros tiempos de relación<sup>52</sup>. Se ha documentado que los primeros incidentes suelen aparecer durante el primer embarazo<sup>53</sup>, cuando la mujer “está vulnerable”<sup>54</sup>. Otro estudio indica que el **51% de los casos el primer incidente de VCM comenzó después de pasado el primer año de relación; en un 30% entre tres meses y un año; 13% entre uno y tres meses, y sólo en un 6%, el primer incidente ocurre en el primer mes de relación.**<sup>55</sup> Es decir, que los hombres violentos recién “muestran que lo son” cuando sienten que la relación se consolidó, y que a la mujer le será costoso dejarlo.

*“¿Yo casarme de nuevo? ¡Ni loca! A los tres meses de casada ya quería separarme de mi marido. Me llevó 13 años lograr la separación, y otros 10 años lograr que la justicia me protegiera. Yo sé que no todos los hombres son violentos pero ellos no te muestran que son violentos*

***hasta que no están seguros en la relación, y entonces ya es muy tarde***".<sup>56</sup> (Entrevista a Alicia. El resaltado me corresponde).

Las(os) niñas(os) testigos de VCM serán víctimas o victimarios de grandes (o la transmisión intergeneracional de la violencia)

Resulta interesante comparar éste mito con el del "Buen Padre", (ver el siguiente mito). Según el primero las hijas(os) que viven en un ambiente donde el padre golpea y/o maltrata de otras formas a sus madres "reproducirán dichos patrones en su adultez". Es decir que, al colocarlos en esta situación, su padre les está infligiendo sin lugar a dudas un daño. Sin embargo, a través del mito del "Buen Padre", judicialmente se suele dejar a las niñas(os) fuera de las medidas cautelares de protección para las madres; otorgar regímenes de visitas sin supervisión, forzar revinculaciones con el agresor de la madre, etc., sosteniendo que, "*como no golpeó directamente a sus hijos(as), con éstos(as) es bueno*". Además, una revisión de más de 20 años de investigaciones sobre este punto demostró que "***no hay un trazo lineal entre haber observado violencia en la infancia y luego ser víctima o victimario en la edad adulta***"<sup>57</sup>; en realidad, existen para las(os) niñas(os) "factores de riesgo y también factores de protección."

#### 9. EL PADRE AGREDE A LA MADRE PERO CON LOS HIJOS PUEDE SER UN "BUEN PADRE"

— 42 Creer que los padres que son violentos con las madres pueden ser "buenos padres" implica desconocer los impactos que la VCM dirigida hacia la madre tiene sobre los hijos(as) de la pareja e ignorar las pocas habilidades de paternidad que, según las investigaciones<sup>58</sup> y los relatos de las madres, presentan estos padres. Las Resoluciones 1714 (2010) y 1905 (2010) del Consejo de Europa sostienen que la VCM "*es una forma de abuso psicológico contra el niño o niña con consecuencias potencialmente muy graves, y estas niñas requieren una acción más específica, ya que muy a menudo no son reconocidas como víctimas del impacto psicológico de su experiencia; ni como posibles futuras víctimas; ni como elementos de una cadena de reproducción de la violencia, y que se hallan en situación de riesgo.*"<sup>59</sup>

Los estudios señalan que en el 62% al 90% de los incidentes de VCM las(os) hijas(os) están presentes<sup>60</sup> y aún cuando no hayan sufrido violencia física directa, presentan los mismos síntomas que las(os) niños(as) golpeados físicamente, y pueden padecer de estrés postraumático.<sup>61</sup> En hogares con VCM severa, las(os) niñas(os) tienen 100 veces más probabilidades de ser hospitalizados<sup>62</sup> y los impactos en comportamiento y desempeño escolar son muy adversos, ya que el 63% de las(os) niñas(os) expuestas a VCM repiten al menos un año escolar, y en promedio, dejan la escuela a los 9 años, en comparación con la niñas(os) provenientes de hogares sin VCM.<sup>63</sup> Muchos(as) hijos(as) presencian los feminicidios de sus mamás sufriendo un daño emocional y psicológico severísimo, además de quedar huérfanos(as). En Argentina, en 2011, 282 mujeres fueron asesinadas por sus parejas masculinas, dejando 346 huérfanas(os); en 2012 fueron 255 y 357 respectivamente<sup>64</sup>. Adicionalmente algunas(os) jueces(zas) han otorgado al padre imputado por el crimen de la madre, la excarcelación para que pudiera "cuidar de sus hijos" Según los estudios, entre un 50% y un 60% de todos los homicidios de niños(as) son cometidos por los padres varones mientras conviven o, incluso, durante las visitas una vez separados éstos de sus madres<sup>65</sup>. Después de la separación y durante el régimen de visitas, las(os) son frecuentemente manipuladas(os), incluso maltratados(os) por sus padres varones, quienes los hace como forma de continuación con la VCM.<sup>66</sup> Las niñas, especialmente, están potencialmente expuestas al incesto u otras

formas de violencia<sup>67</sup>; niñas y niños no reciben los alimentos que les corresponden<sup>68</sup>, muchas veces presencian actos de violencia contra sus madres<sup>69</sup> durante las visitas luego de la separación de los adultos y también resultan lesionados<sup>70</sup>. Es por ello que la literatura especializada en este tema alerta de la necesidad de “controlar” las visitas y el contacto entre padres violentos con sus hijos(as)<sup>71</sup>, extender las medidas cautelares a favor de la madre también a sus hijos(as)<sup>72</sup>; la legislación en materia de medidas cautelares para proteger contra a las mujeres contra la VCM en numerosos estados de los Estados Unidos indican la necesidad de ocuparse también de los regímenes de visitas y la tenencia de hijos(as)<sup>73</sup>.

#### 10. SI LA MUJER DENUNCIA, LA VIOLENCIA DESAPARECE

Durante el año 2012 nos sorprendió la noticia de la condena por “intento de femicidio” al señor Weber<sup>74</sup>, tanto por lo acertado de la utilización del concepto y el término, como por el hecho de que la damnificada había formulado cuatro denuncias civiles y penales previas al momento en que su ex marido intentó asesinarla<sup>75</sup>, con una sentencia condenatoria por amenazas a un año de prisión sin ejecución<sup>76</sup> dictada tan solo un mes antes del intento de femicidio. Otras notas periodísticas también dan cuenta de numerosos femicidios/feminicidios en los que existieron denuncias previas, medidas cautelares, y hasta sentencias judiciales en suspenso, que no impidieron que el agresor continuara la violencia y asesinara a sus ex parejas<sup>77</sup>. La ineficacia del sistema judicial y de la policía para sancionar a los agresores de mujeres es notoria en casi todo el mundo y ha sido denunciada internacionalmente. Tanto el MESECVI<sup>78</sup> como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), han visibilizado la impunidad de que gozan los agresores de mujeres otorgada por la familia, la familia, la comunidad o el Estado.<sup>79</sup> Las investigaciones también señalan que la mujer corre *el mayor riesgo de ser asesinada en el período que va desde el momento en que decide separarse hasta los 12 meses siguientes, siendo éste el período en que necesitan mayor cuidado y protección por parte de la policía y del poder judicial*<sup>80</sup>. Todo esto es más preocupante, cuando en aquellas situaciones en que las mujeres no llegan temer morir, existen comportamientos del sistema judicial y policial que pueden hacer desistir a las mujeres de buscar su ayuda. La CIDH encontró entre las razones que tienen las mujeres afectadas por la VCM para no utilizar el sistema: “...la victimización secundaria que pueden recibir al intentar denunciar los hechos sufridos; la falta de protecciones y garantías judiciales para proteger su dignidad, seguridad y privacidad durante el proceso, así como la de los testigos; el costo económico de los procesos judiciales; y la ubicación geográfica de las instancias judiciales receptoras de denuncias. (...) la falta de información disponible a las víctimas y sus familiares sobre la forma de acceder a instancias judiciales de protección y el procesamiento de los casos.”<sup>81</sup>

43 —

#### 11. ELLA ES DEBIL, VÍCTIMA, INCAPAZ DE DEFENDERSE A SÍ MISMA

Esta creencia está basada en una teoría psicológica del “síndrome de la indefensión aprendida”<sup>82</sup> que ha quedado superada por nuestro actual entendimiento de la dinámica de la VCM. Algunas autoras<sup>83</sup> han sugerido que el “síndrome” es de la sociedad, que fracasa en dar respuestas a los numerosos pedidos de auxilio por parte de la mujer, y considera a las mismas “sobrevivientes”<sup>84</sup> antes que “víctimas”. Varios estudios hallaron y documentaron los numerosos pedidos de auxilio que realizan a las autoridades para frenar la violencia, y si bien éstas mencionan los efectos negativos que

tuvo en sus vidas, la mayoría tienen mucha fuerza para continuar viviendo<sup>85</sup>. Así se documentó<sup>86</sup> que en Argentina, a lo largo de 10 años, 20 mujeres hicieron 395 gestiones entre denuncias e inicios de demandas, etc., para frenar la violencia de sus maridos/parejas sin lograr una sola sentencia. Esto prueba que la mujer es capaz de defenderse intentando ejercer sus derechos, y también que dichos derechos no siempre son debidamente atendidos.

## 12. LA VCM NO ES DELITO, ES CRIMEN PASIONAL

En realidad la VCM en Argentina y en el mundo entero es un grave problema criminológico, según lo muestran las estadísticas sobre delitos. En la Argentina, numerosos artículos del Código Penal de la Nación<sup>87</sup> describen conductas que comportan delitos frecuentes en las situaciones de VCM: los delitos violentos tales como los de amenazas, lesiones, intento de homicidio y de homicidio, recientemente<sup>88</sup> agravado por la VCM contra mujeres o personas que se perciban como tales, etc. Las cifras nos señalan que entre el **78 y 83% de los delitos de violencia** ocurridos entre 1999-2003 en la Argentina, tuvieron a las mujeres como víctimas<sup>89</sup>. En tanto que el **89% y 70% de todos los delitos denunciados a la policía son VCM**, en el Reino Unido<sup>90</sup> y en el Perú,<sup>91</sup> respectivamente. Además, entre el **44% y el 57%** de las mujeres víctimas de VCM sufren **esos delitos reiteradamente**, y un **18% son victimizadas más de tres veces** por el mismo delincuente<sup>92</sup>-es decir su (ex) pareja-. Según la UNODOC<sup>93</sup> **las mujeres están en mayor riesgo de morir en mano de sus (ex) parejas** que por cualquier otro delito, o por el crimen organizado, en contraste con los varones<sup>94</sup>. Esta organización y la OMS, han hallado a nivel mundial que entre un **40%-70%**; y el **77%**, **respectivamente de los “homicidios” de mujeres** son en realidad *femicidios íntimos*, en tanto que los homicidios **de hombres** en mano de sus parejas mujeres, es entre el **4%-8%**<sup>95</sup>, y el **22,6%**<sup>96</sup>, respectivamente.

De los estudios citados podemos observar que las mujeres son las víctimas por excelencia de los delitos “violentos”, que las relaciones de intimidad heterosexuales son el ámbito donde más frecuentemente hallamos a los delincuentes (varones) que infligen estos delitos, que la autonomía de la es percibida como una “provocación” por éstos que responden a la misma con agresiones físicas y hasta con el femicidio. Desde un punto de vista de género, podemos ver también que **los mal llamados “crímenes pasionales”** son, en realidad femicidios que, como vimos con el caso Weber, Javier (sentencia del 8/8/2012) nada tenía de **“pérdida de control, pasión, alta emotividad, amor”** y mucho de control y pre-meditación del crimen que intentó llevar adelante.

## 13. LA VCM NO ES TORTURA

Muchos estudios demuestran las similitudes entre la VCM y la tortura política, tanto por los métodos e impactos psicológicos de ambos sobre sus víctimas<sup>97</sup> como por la impunidad de la que gozan hombres golpeadores de sus parejas y torturadores<sup>98</sup>. *La Declaración de Amnistía Internacional* en 2001 establece que la VCM en el hogar o en la comunidad es una forma de tortura por la cual el Estado es responsable internacionalmente y debe rendir cuentas cuando: (a) *Son de la naturaleza y severidad prevista en el concepto de tortura en los criterios internacionales y, (b) el Estado no ha cumplido con su obligación de proveer protección efectiva.*<sup>99</sup> Asimismo, el artículo 2 de la *Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes* de 1985, que integra nuestra Constitución establece que:

*“se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por*

*el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. (...)*” (El resaltado me pertenece).

Como ya citamos los delitos por VCM son *intencionales*<sup>100</sup>, y entre “los motivos de la intencionalidad de la VCM” encontrados por estudios cualitativos, se observa que todos ellos encuadran en la definición de la Convención contra la Tortura antes referida. Así sobre 100 pedidos de órdenes de no acercamiento formulados por mujeres, en 50 de los mismos se identificó que la VCM fue infligida para: a) *castigarlas por separarse*; b) *como castigo, coerción y venganza contra las acciones de las mujeres relacionadas con sus hijos(as)*; c) *como castigo y reprimenda por haber denunciado al agresor o pedido medidas de protección*; y d) *como reprimenda en respuesta a otros desafíos percibidos por el agresor de su “autoridad masculina”*<sup>101</sup>. Las consecuencias de entender la VCM como tortura son múltiples, como ya lo hemos desarrollado en publicaciones anteriores<sup>102</sup>.

## CONCLUSIÓN

En este artículo hemos abordado, en forma no exhaustiva, algunos de los mitos más extendidos respecto a la VCM, con el objetivo de aportar “cifras” proveniente de estudios que contribuyan a barrer las falsas creencias sobre la materia. Tal como lo ha sostenido la OMS estas investigaciones y sus cifras desafían la percepción de que el hogar es un lugar seguro para la mujer mostrando que las mujeres corren mayores riesgos de experimentar la violencia en sus relaciones íntimas que en cualquier otro lugar.<sup>103</sup> La información explorada hasta aquí que conduce a esa misma conclusión. Barrer con las creencias patriarcales que legitiman la violencia, que minimizan su magnitud, sus impactos, y sus costos es fundamental e indispensable para frenar la VCM, ayudar a sus víctimas sobrevivientes y garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos de las mujeres y sus hijas(os) en nuestro territorio. Por otra parte, al barrer estos mitos y tomar conciencia que los varones violentos con sus mujeres “no son buenos padres”, que manipulan al sistema judicial y que causan daño, llevará a alertar a las(os) operadoras(es) jurídicos a controlar más de cerca a los agresores, a extender medidas cautelares también a las(os) niñas(os), y a poner en funcionamiento otros mecanismos de prevención. En esta misma línea, asumir la gravedad de la VCM y su equiparación con la tortura hará que se interpreten los delitos cometidos contra las mujeres por sus parejas varones como “imprescriptibles”, y cuando la VCM continúa después de la separación incólume a pesar de las denuncias para frenarla, las mujeres y las organizaciones de la sociedad civil puedan formular pedidos de asilo político en otras latitudes.

45 —

### Notas:

---

<sup>1</sup> Parte de este trabajo fue presentado en las Jornadas “Herramientas y Mecanismos en la Intervención en Violencia de Género” realizadas en el Colegio Médico de

Caleta Olivia, Pcia. de Santa Cruz, en marzo de 2013. Agradezco las preguntas y comentarios de las personas allí presentes, en especial del Poder Judicial. Agradezco especialmente al Lic. Guillermo José Dellacasa por su atenta lectura, comentarios, y colaboración con la corroboración de las citas y cifras.

<sup>2</sup> Como definición de VCM empleamos la brindada por el art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belém do Pará” (1994, ratificada por ley 24.632) que establece: “*Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra*”.

<sup>3</sup> El 95% de todas las investigaciones sobre violencia doméstica habrían sido producidas en idioma inglés mayoritariamente en Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Canadá y Australia, según un estudio publicado en: UNICEF (1997) Children and Violence. Innocenti Digest, No. 2. UNICEF. Florence.

<sup>4</sup> Entre otras: Straus, Murray A., Gelles, Richard, y Steinmetz, Susan (1980) Behind closed doors. Violence in the American family. Anchor Press/Doubleday. Garden City, Nueva York; Steinmetz, Susan y Straus, Murray (1974) *General Introduction: Social Myth y Social System in the Study of Intra-Family Violence*. S. Steinmetz y S. Murray (editores) Violence in the Family. Harper y Row. Nueva York, Londres; O'Brien, John E. (1971) *Violence in Divorce Prone Families*. En: The Journal of Marriage y the Family. Vol. 33, No. 4, Noviembre 1971 (692-698); Gelles, Richard (1972) The Violent Home. A Study of Physical Aggression Between Husbands y Wives. Beverly Hills, Londres: Sage; Dobash, R. Emerson y Dobash, Russell (1980) Violence Against Wives. A Case Against the Patriarchy. Open Books. Londres

<sup>5</sup> Ver estudio empírico sobre estas creencias en: Hasanbegovic, Claudia (2009) Violencia Marital en Cuba. Principios revolucionarios versus Viejas Creencias. 2da. Edición. Dunken. Buenos Aires.

<sup>6</sup> Las sociedades sin VCM se caracterizaban por la cooperación, la solidaridad, el compromiso y la igualdad; en las que no existía la división sexual de tareas para hombres y mujeres, donde los conflictos con otros hombres se resolvían en forma pacífica, y la intervención comunitaria para frenar la violencia era inmediata, en: Levinson, David (1989) Family Violence in Cross-Cultural Perspective. Sage. Londres.

<sup>7</sup> Ambos términos, acuñados por Diana Russell y ‘Feminicidio’ por Marcela Lagarde, en: Russell, D. (2006) *Definición de feminicidio y conceptos relacionados*. Y Lagarde, Marcela y de los Ríos (2006) *Introducción*, en: Russell, Diana E. y Harnes, Roberta A. (Editoras) *Feminicidio: una perspectiva global*. UAM. México DF. Aquí utilizamos la definición del Comité de Expertas de la OEA: “... es la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión.” (Declaración sobre Femicidio, documento MESECVI/CEVI/DEC.1/08), 15/08/2008, punto 2, en MESECVI, 2012, op.cit., pp. 29).

<sup>8</sup> ONU (1995) Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer. Plataforma de Acción de Beijing. Ginebra: ONU.

<sup>9</sup> ONU (1995) op. cit.

<sup>10</sup> Para un trabajo en profundidad y que incluye además otros mitos sobre este tema ver: Castañón del Pozo, Belén, *Mitos y Realidades Acerca de la Violencia de Género. Entre el Amor y la Dominación*. Tesis doctoral por la Universidad de León, Depto. De Psicología, Sociología y Filosofía, 2012. [https://buleria.unileon.es/xmlui/bitstream/handle/10612/2210/tesis\\_30acbb.PDF?sequence=1](https://buleria.unileon.es/xmlui/bitstream/handle/10612/2210/tesis_30acbb.PDF?sequence=1) (Consultada el 05/04/2013).

<sup>11</sup> El Lic. Dellacasa, Guillermo buscó y elaboró esta información. El promedio citado corresponde a graduadas en: 64,4% en Argentina, 60,78% en Brasil, 58,5% en Estados Unidos, 57,3% en el Reino Unido, 56,1% en Alemania, 55,2% en Francia y 51,8% en

Cuba. Porcentajes calculados sobre estadísticas de UNESCO. Fuente: <http://stats.uis.unesco.org/unesco/TableViewer/tableView.aspx?ReportId=169>, (Consultado el 07/04/2013).

<sup>12</sup> ONU Mujeres (2011) El Progreso de las Mujeres en el Mundo 2011-2012: En búsqueda de Justicia. ONU. Fuente: <http://progress.unwomen.org/pdfs/SP-Report-Progress.pdf> (Consultado el 20/03/2013).

<sup>13</sup> Facio, Alda (1992) Cuando el género suena cambio trae. IIDH. San José de Costa Rica: Instituto (mimeo).

<sup>14</sup> Hasanbegovic, Claudia (2007a) *Violence Against Women and State Responsibility*. CAWN, No.22, Spring. Fuente: <http://www.cawn.org/publications/documentation/newsletter/CAWNspring07.pdf> (Consultada el 10/04/2013). García Muñoz, Soledad (2004) GARCIA MUÑOZ, SOLEDAD (2004) *El Marco Teórico: la perspectiva de género y la protección internacional de Derechos Humanos*. En: IIDH, Los Derechos Humanos de las Mujeres: Fortaleciendo su Promoción y Protección Internacional. De la formación a la acción. 1ª. Reimpresión. IIDH. San José de Costa Rica.

<sup>15</sup> Según los valores mínimos y máximos para distintos grupos de sociedades elaborado por OMS (2005).

<sup>16</sup> Pinheiro, Sergio P. (2006) Informe Mundial sobre Violencia contra los Niños, p.45-109. ONU. Fuente: [www2.ohchr.org/english/bodies/crc/study.htm](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/study.htm) el 10/05/2011).

<sup>17</sup> Council on Scientific Affairs, American Medical Association (1992), *Violence against women: relevance for medical practitioners*, Journal of the American Medical Association, 267(23).

<sup>18</sup> OMS/OPS (1998) Violencia contra la Mujer. Un tema de salud Prioritario. Fuente: [http://www.who.int/gender/violence/violencia\\_infopack1.pdf](http://www.who.int/gender/violence/violencia_infopack1.pdf) el 26/03/2013); OMS (2005) op. cit.; UNODOC (2011) UN Global Report on Homicide. United Nations Office on Drugs and Crime. Viena.

<sup>19</sup> OMS (2005), op.cit.

<sup>20</sup> Taft (2002) en Women's Aid, 2009, op.cit.

<sup>21</sup> Lewis y Drife (2001); McWilliams y McKiernan (1993) citadas en Women's Aid (2009) op. cit.

<sup>22</sup> OMS (2005) Resumen, op. cit.p.32.

<sup>23</sup> Mezey (1997) y Lewis y Drife (2001) citadas en Women's Aid (2009) op.cit.; y en igual sentido OMS (2005) op.cit.

<sup>24</sup> Stark y Flitcraft, 1996, op.cit.

<sup>25</sup> Dodd et. al. 2004, citado en Women's Aid, 2009, op.cit.

<sup>26</sup> Department of Health (2003); Bowstead, Janet (2000); ReSisters (2002) citados en Women's Aid (2009) (Consultado el 21/03/2013); y Stark y Flitcraft (1996) op.cit.

<sup>27</sup> Stark and Flitcraft (1996) op.cit.; Mullender, A. y Morley, R. (1994) *Children Living With Domestic Violence: Putting Men's Abuse of Women on the Child Care Agenda*. Londres y Concord: Whiting & Birch.

<sup>28</sup> Stark y Flitcraft (1996) op.cit.; Walker (1984) op.cit. Herman (1992) op.cit

<sup>29</sup> Stark y Flitcraft (1996) op.cit.

<sup>30</sup> Ley 26.485 de Protección Integral a la Mujer contra las Violencias.

<sup>31</sup> Ley 13.944 que tipifica el Delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar. Decreto 540/2010 de El Salvador, Ley de Acceso a una Vida Libre de Violencia para las Mujeres.

<sup>32</sup> Para mayor información sobre las formas e impactos de la violencia patrimonial en mujeres, sus hijas(os), ver: Hasanbegovic, Claudia (2013) *Alimentos a cargo del Padre: Violencia Patrimonial contra Mujeres y Niñas(os) y Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de la Argentina*. El Reporte Judicial No. 28, marzo, pp.72 a 85.

<sup>33</sup> Walby, Sylvia (2004) en Women's Aid (2009) op.cit.

<sup>34</sup> Investigación en curso: *De la Cocina al Estado*, investigación en curso que coordino sobre la violencia patrimonial contra mujeres, niñas y niños por el no pago de la cuota alimentaria, dentro de Equifem, Equipo de Investigación Feminista, en Género, Derecho y Justicia Social. ([www.Equifem.blogspot.com](http://www.Equifem.blogspot.com))

<sup>35</sup> Bancroft, Lundy y Silverman, Jay (2002) op.cit.

<sup>36</sup> Bancroft, Lundy y Silverman, Jay (2002) op.cit.; Dutton, Donald G. (con Susan K. Golant) (1995) *The batterer. A psychological profile*. Basic Books: Nueva York.

<sup>37</sup> Ver Fallo en Causa 3562, TOC No. 20, Fallo del 22/06/2012, contra Vásquez Eduardo

Arturo s/Homicidio Calificado por el Vínculo (víctima Wanda Taddei) Fuente :<http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.776326001340399223.pdf> (Consultado el 10/3/13).

<sup>38</sup> ONU Mujeres (2011) op. citada.

<sup>39</sup> Ramírez, Fernando (2003) El tratamiento de la Violencia Doméstica en la Justicia Ordinaria de la Capital Federal. AMJA (Asociación de Mujeres Juezas de la Argentina). Buenos Aires. (mimeo).

<sup>40</sup> Ilustración del control y elección en la agresión es el caso Weber, Javier Claudio s/ Homicidio, “*el agresor, actuó con premeditación, esperó a la víctima en la puerta del colegio, (...) camuflado para evitar ser reconocido: llevaba peluca, una boina, anteojos oscuros, un sobretodo cuyas solapas le cubrían parte del rostro y un bastón, aunque no tendría ninguna dificultad para caminar*”, En: Rodríguez, Carlos, la Violencia de Género es siempre Anunciada, Página 12, 03/08/2012, Fuente: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-150631-2010-08-03.html> (Consultado el 28/03/2013). También: Bancroft, Lundy y Silverman, Jay (2002) op. cit.

<sup>41</sup> Kelly, Liz (1988) *Surviving Sexual Violence*. University of Minneapolis Press. Minneapolis.

<sup>42</sup> Mahoney, Martha (1991) Legal Issues of Battered Women: Redefining the Issue of Separation. En: *Michigan Law Review* 90, No. 1.

<sup>43</sup> Ver desarrollo de este aprendizaje en el cual “*el observar VCM en la infancia es solamente uno de los factores del aprendizaje*” en Bandura, Albert (1973) *Aggression: A Social Learning Analysis*. Nueva Jersey: Englewood Cliffs; en Hasanbegovic, Claudia (2009) op. cit.; Gelles, Richard J. (1997) *Intimate Violence in Families*. Sage: Thousand Oaks. Londres. Nueva Deli.

<sup>44</sup> Stark, Evan y Flitcraft, Anne (1996) *Women at Risk. Domestic Violence and Women's Health*. Sage. Thousand Oaks. Londres. Nueva Deli.

<sup>45</sup> Scottish Executive Central Research Unit, 2002 en Women's Aid Statistics. Fuente: [www.womensaid.org.uk](http://www.womensaid.org.uk). (Consultado el 19/3/2013).

<sup>46</sup> Ver: Encuesta Británica de Delitos, de 2000, 45% de todas las violaciones informadas a la encuesta habían sido perpetrados por parejas actuales de las víctimas, Home Office Research Study 237 (2002) en Women's Aid (2009) op. cit.. También en Sudáfrica, un estudio halló que el 30% de las mujeres víctimas de violación fueron victimizadas en sus hogares, y que en el 46% de los casos el violador era conocido de las mujeres. Fuente: Saturday Star, Johannesburgo, 27/6/1998 citado en Warrior, Josephine (1999) *Preventing Family Violence*. Save the Children. Londres.

<sup>47</sup> Wilson v. Jackson, 728 N.E.2d 832 (Ill. App. Ct. 2000) y en re Marriage of Gordon, 599 N.E.2d 1151 (Ill. App. Ct. 1992) citados por Tarr Nina (2003) *The Cost to Children when Batterers Misuse Order for Protection Status in Child Custody Cases*. University of Illinois College. (mimeo); Bancroft, Lundy y Silverman G. (2002) *The Batterer As Parent: Addressing The Impact Of Domestic Violence On Family Dynamics* 5-6. Sage. Nueva York.

<sup>48</sup> Basado en nuestra experiencia profesional a cargo del equipo Turno Tarde, en la Oficina de casos de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

<sup>49</sup> En Cuba, por ejemplo<sup>50</sup>, se considera que es el agresor quien debe dejar la casa y no sus víctimas. Hasanbegovic, Claudia (2000) Informe de Consultoría a War on Want, sobre la capacitación en derechos humanos y violencia doméstica que brindamos a 250 profesionales cubanas(os), religiosas y miembros de la comunidad en La Habana, entre 1999-2000. Londres (mimeo).

<sup>51</sup> Ver estudio empírico de Hasanbegovic, Claudia (2009) op. cit., pp.137 a 141.

<sup>52</sup> Grigsby, Nancy y Hartman, Brenda R. (1997) *The barriers model: an integrated strategy for intervention with battered women*. *Psychotherapy* 34, (4), p.485-493; Villavicencio Carrillo, Patricia y Sebastián Herranz, J. (2001) *Barreras que impiden la ruptura de una situación de maltrato*. En: Osborne, R. (Coord). *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*. UNED Ediciones. Madrid.

<sup>53</sup> Hasanbegovic, Claudia (2007; 2009) op. cit.; Hasanbegovic, C. (2011b) op.cit.

<sup>54</sup> Walby y Allen (2004) citado por Women's Aid (2009) op.cit, y Warrior, Josephine (1999) op.cit.; OMS (2005) op. cit.; Krueger et. Al. (2002) op.cit. Ver punto 3 más arriba en este artículo.

<sup>55</sup> Hasanbegovic, Claudia (2009) op.cit.

<sup>56</sup> Walby & Allen (2004) citado por Women's Aid, 2009. Fuente:

www.womensaid.org.uk (Consultado el 20/3/13). Según estudios canadienses, para el 39% de las encuestadas la VCM comenzó después de la separación (Hotton, Tania, 2002) op. cit.

<sup>57</sup> Entrevista a Alicia, en Hasanbegovic, Claudia (2007) op.cit. pp.42.

<sup>58</sup> Hester, Marianne; Pearson, Chris y Harwin, Nicola (2000) Making an Impact. Children y Domestic Violence. Jessica Kingsley Publishers Ltd. Londres y Filadelfia.

<sup>59</sup> Ver Bancroft, Lundy y Sivelmarn, Jay G. (2002) op. cit., Duluth Intervention Project, Minnesota (1993).

<sup>60</sup> Citado en Save the Children España en Hasanbegovic, Claudia (2011a) *Infancias Robadas: infancias, género y femicidio*. Ripa, M., Humanas con Derecho. Dunken. Buenos Aires. pp.14. Leer en éste capítulo más información sobre impactos en las(os) hijas(os).

<sup>61</sup> Ver Hasanbegovic, Claudia (2011a) *Infancias Robadas*, op.cit.; Women´s Aid (2009) Statistics, op.cit.; Bancroft, Lundy y Silverman, Jay (2002) op.cit.

<sup>62</sup> Hester et. al. (2000) op. citada, y ver un detalle de impactos en la salud social, emocional, psíquica y física de niños(as) en situaciones de VCM en Hasanbegovic, Claudia (2011a) op. cit.

<sup>63</sup> International Development Bank (1997) Report, citado en Warrior, Josephine (1999) op.cit.

<sup>64</sup> International Development Bank (1997) op.cit.

<sup>65</sup> Asoc. Casa del Encuentro, Informe Femicidios 2011, y 2013. Fuente: www.lacasadelencontro.org.ar (Consultado el 19/3/2013).

<sup>66</sup> Un estudio de 285 homicidios contra niños(as) cometidos en Gran Bretaña entre 1989 y 1991 halló que el 13% de las víctimas había sido asesinada por personas extrañas, en tanto que el 60% fue ultimada por sus padres. Ver: UNICEF (1997) op. cit. En un estudio del Ministerio de Justicia de la Nación sobre homicidios múltiples para el período 1982-1996 en la Argentina, estimamos que el 50% de sus víctimas fueron niños menores de 10 años (33 de 67) y en el 67% de esos casos (21 casos) el homicida había sido su padre. Estudio citado en Carbajal, Mariana, *Cuando la Justicia no es ciega, sino sorda*. En: Página 12, 1º/07/ 2001. Fuente: www.pagina12.com.ar (Consultado el 07/07/2007). En otra investigación en Inglaterra y Gales encontró que 29 niños(as) de 13 familias fueron asesinados(as) por sus padres entre 1994 y 2004 durante las visitas a sus papás. Diez de ellos(as) fueron asesinados(as) desde 2002-2004, y en cinco de esas familias el régimen de visitas fue dispuesto judicialmente. Ver: Saunders, (2004) citado en Women´s Aid (2009) Statistics, en: www.womensaid.org.uk (Consultado el 20/3/2013); en sentido similar ver Duluth Intervention Project, Minnesota (1993); Bancroft, Lundy y Silverman, Jay G. (2002) op. cit; Warrior, Josephine (1999) op. cit.; Hester et. al., (2000) op. cit.

<sup>67</sup> Bancroft, Lundy y Silverman, Jay (2002) op. cit.; Tarr, Nina (2003) op. cit.

<sup>68</sup> Bancroft, Lundy y Silverman, Jay (2002) op.cit.; Tarr, Nina (2003) op.cit.; Hester et. Al, (2000) op.cit.

<sup>69</sup> Hasanbegovic, Claudia (2013) op.cit.

<sup>70</sup> Ver el caso de Natalia Riquelme, filmada cuyo su ex pareja la golpeaba en su casa al ir a buscar a la niña de ambos por el “Día del Niño”, el 12 de agosto de 2012. Fuente: [http://www.clarin.com/sociedad/Filmo-pareja-golpeaba-delante-hija\\_0\\_755324537.html](http://www.clarin.com/sociedad/Filmo-pareja-golpeaba-delante-hija_0_755324537.html) (Consultado el 01/09/2012).

<sup>71</sup> Hay estudios en Inglaterra y Gales que señalan que el 48% de las(os) niñas(os) fueron lesionados por sus padres durante las visitas, en: Women´s Aid (2009) op.cit.

<sup>72</sup> Bancroft, Lundy y Silverman, Jay (2002), op. cit.

<sup>73</sup> Hasanbegovic, Claudia, *Entre lo Público y lo Privado*, sobre el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, Las 12, Página 12, 08/12/2012. Fuente: <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-7697-2012-12-08.html> (Consultada el 10/12/2012).

<sup>74</sup> Deborah Epstein (1999) *Redefining the State's Response to Domestic Violence: Past Victories and Future Challenges*, 1 Geo. J. Gender y L. 130-131, citado en: Tarr, Nina (2003) op. cit. Nosotras proponemos estos cambios en la legislación argentina (Hasanbegovic, Claudia, La Omisión de la Violencia de Género contra la Niñez y las Mujeres en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, audiencia pública del 13/09/2012, Universidad Nacional de La Plata, Comisión Bicameral <http://ccygn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/>

cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/029\_CLAUDIA\_HASANBEGOVIC.pdf (Consultado el 28/03/2013).

<sup>75</sup> El 8/08/2012 el Tribunal Oral Criminal No. 9 de la CABA condenó a Javier Weber por “tentativa de femicidio”. Fuente: [http://www.clarin.com/sociedad/primeratribunal-habla-tentativa-femicidio\\_0\\_767323435.html](http://www.clarin.com/sociedad/primeratribunal-habla-tentativa-femicidio_0_767323435.html) (consultado el 13/03/2013).

<sup>76</sup> Sentencia Tribunal Oral en lo Criminal No. 9, 23/08/2012, Weber, Javier Claudio s/ Homicidio agravado por alevosía, Causa No.3674. Fuente: [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar) (Centro de Información Judicial, Corte Suprema de Justicia de la Nación, consultada el 20/11/2012).

<sup>77</sup> Rodríguez, Carlos, *La violencia de género siempre es anunciada*. Fuente: Página 12, 03/08/2012, <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-150631-2010-08-03.html> (Consultado el 28/03/2013).

<sup>78</sup> Monfort, Flor, *Lo que queda del Fuego*. Fuen <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/las12/13-6199-2010-12-24.html> (Consultado el 28/03/2013).

<sup>79</sup> Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém de Pará.

<sup>80</sup> OEA-CIDH (2007), op.cit., MESECVI (2012) Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Washington: OEA. Según nuestras estimaciones basadas en dicho informe, la impunidad por VCM es de alrededor del 90% en el continente.

<sup>81</sup> *El 50% de los “homicidios conyugales” sucede en los primeros dos meses y un 87% ocurren dentro de los 12 meses siguientes a la separación.*” Hotton, Tania (2002) *Spousal Violence Alter Marital Separation*. Juristat. Canadian Centre for Justice Statistics. Statistics Canada, Catalogue no. 85-002-XIE, Vol 21, No. 7; Kelly, Liz (1998) *The Network Newsletter*, No. 15, The British Council; y OMS (2005). Entre un 75% y un 90% de los femicidios íntimos, según de que estudio se trate, ocurren a partir del momento en que la mujer deja al agresor hasta un año más tarde, en: Lees (2000) citada en Women’s Aid (2009) op.cit.

<sup>82</sup> OEA-CIDH (2007) p.72, op.cit.

<sup>83</sup> Walker, Leonor (1984) *The Battered Woman Syndrome*. Springer Series. Nueva York.

<sup>84</sup> Gandolf, Edward y Fisher, Ellen (1988) *The Survivor Theory. Battered Women as Survivors: An Alternative to Treating Learned Helplessness*. Lexington Books; Dutton, Mary Anne. (1992) *Empowering y healing the battered women: A model of assessment and intervention*. Springer. Nueva York.

<sup>85</sup> Gandolf, Edward y Fisher, Ellen (1988) op.cit; Dutton, M. A. (1992) op. cit.; Herman, Judith L. (1992) *Trauma y Recovery. From Domestic Abuse to Political Terror*. Pyora, Harper. Londres. Copelon, Ronda (1994) *Intimate Terror: Understying Domestic Violence as Torture*, Cook, R. (editora) *Human Rights of Women*. University of Pennsylvania Press. Pensilvania.

<sup>86</sup> Lewis, R., Dobash, R.P., Dobash, R.E., y Cavanagh, K. (2000) *Protection, Prevention, Rehabilitation or Justice? Women’s Experiences of the Justice System to Challenge Domestic Violence*. *International Review of Victimology*, 7, (1/2/3), p.179-205.

<sup>87</sup> Hasanbegovic, Claudia (2003) op. citada.

<sup>88</sup> Ver cuadro con normativa jurídica detallada elaborado por la autora, en: Hasanbegovic, Claudia (2012) *Violencia de Género en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: acercamientos y debates teóricos*. *El Reporte Judicial*, No.27, Año 7, pp.93.

<sup>89</sup> Ley 26.791 de Modificación del art. 80 del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial el 14/12/2012.

<sup>90</sup> Informado por el Estado Argentino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en OEA-CIDH (2007) *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. Anexo C, Estadísticas sobre el Problema de Violencia contra las Mujeres presentadas por los Estados*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68.

<sup>91</sup> Stanko, Elizabeth (2000) en Women’s Aid (2009) op.cit.

<sup>92</sup> UN Backgrounder (1996) *Women and Violence*. UN Departament of Public Information. En: Warrior, Josephine (1999) *Preventing Family Violence*. Save the Children. London.

<sup>93</sup> Dodd et. al. (2004); y Home Office, Julio (2002) citados en Women’s Aid statistics (2009) op.cit. (Consultado el 21/3/2013).

<sup>94</sup> United Nations Office on Drugs and Crime.

<sup>95</sup> UNODOC (2011) op. cit. pp.57.

<sup>96</sup> Krug et. al. (2002) citado en Hasanbegovic, Claudia (2007) *Del Amor y el Estado ¿Violación a los derechos humanos de las mujeres que sufren violencia?* Delgado de Smith y González (comp) Mujeres en el Mundo. Universidad de Carabobo. Valencia.

<sup>97</sup> UNODOC (2011) op.cit. pp.58.

<sup>98</sup> Finkelhor, David y Yllo, Kersti (1987) License for Rape: Sexual Abuse of Wives. Macmillan. Nueva York; Graham, D. L. R.; Rawlings, E., y Rimini, N. (1990) *Survivors of Terror: Battered Women, Hostages y the Stockholm Syndrome*, Yllö, K. y Bograd, M. (eds), Feminist Perspectives on Wife Abuse. Sage. Londres; Herman (1992) op.cit.; Hasanbegovic (1999) *Cruel but not unusual*. Trouble & Strife, No. 39.

<sup>99</sup> Russell, Diane E. (1982) Rape in Marriage. Macmillan. Nueva York; Hasanbegovic, Claudia (1999) op.cit., Hasanbegovic, Claudia (2011b) *El Mismo Horror la Misma Responsabilidad: Perspectivas de Género sobre la Tortura*. El Reporte Judicial No. 24, Año 6, pp. 55 a 65; Copelon, Ronda (1994) op. cit.

<sup>100</sup> Amnistía Internacional (2001) en Hasanbegovic, Claudia (2011b) op.cit.

<sup>101</sup> Ramírez, Fernando (2003) op. cit.

<sup>102</sup> Ptaceck, James (1999) Battered Women in the Courtroom. The Power of Judicial Response. Northeastern University Press. Boston. pp.79.

<sup>103</sup> Hasanbegovic, Claudia (2011b) op. cit.

<sup>104</sup> Yakýn Ertürk, Prólogo de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. En: OMS (2005) Estudio Multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica. OMS. Ginebra.



---

## FEMINICIDIO: DEBATE EN EL CONGRESO NACIONAL.

### AVATARES Y DESAFÍOS EN LA LUCHA POR UN NOMBRE PROPIO DE LOS CRÍMENES DE MUJERES POR RAZONES DE GÉNERO

POR CAROLINA CYMERMAN: ES ABOGADA Y TRABAJA EN EL CENTRO INTEGRAL DE LA MUJER "VILLA LUGANO" (INSTITUCIÓN PERTENECIENTE A GCBA), REPRESENTANDO Y ASESORANDO A MUJERES Y JÓVENES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO INTRAFAMILIAR. TAMBIÉN ES ALUMNA DE LA MAESTRÍA EN ESTUDIOS DE FAMILIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTIN Y PARTICIPA DEL EQUIFEM, EQUIPO DE INVESTIGACIÓN FEMINISTA EN GÉNERO, DERECHO Y JUSTICIA SOCIAL, COORDINADO POR LA DRA. CLAUDIA HASANBEGOVIC.



#### INTRODUCCIÓN

Conmueve a la sociedad y a los medios de comunicación la brutalidad con la que mueren las mujeres a manos de sus parejas, compañeros, maridos, etc. El incremento de este fenómeno, comenzado a denominarse *Femicidio*, y su visibilización a través de los medios de comunicación ha hecho que el mismo sea incluido en la agenda pública y en la de los movimientos de mujeres, traduciéndose en reclamos por reformas legales. La Casa del Encuentro ha publicado que en el primer semestre de éste año, 119 mujeres murieron en el país a causa de la violencia de género dejando como saldo a 161 niños/as huérfanos. Esto no sucede sólo en Argentina. El mundo entero ha tomado conciencia del terrible flagelo que padecen las mujeres por su condición de género y por esa razón varios países han adoptado tratados internacionales de derechos humanos para crear leyes integrales de protección y modificar su legislación interna a fin de concientizar, sancionar, reparar y erradicar la violencia contra las mujeres. Ésta situación, sin dudas, ha convocado a nuestros (as) legisladores (as) quienes, sin pausa *pero sin prisa* se han sido encomendados con la labor de comenzar a dar respuestas legales y justas a semejante problema social. Diana Russell (Russell, 2006, pág. 57) define al feminicidio como “*El Asesinato de mujeres por hombres, por ser mujeres.*” Esta definición incluye tanto al asesinato misógino (por odio o desprecio a la condición de mujer) como al sexista (aquel motivado por el sentido de derecho a hacerlo o por el sentido de superioridad sobre las mujeres o, por el placer o deseos sádicos hacia ellas o por la suposición de propiedad sobre las mujeres). Pero aunque pareciera que las causas de este tipo de asesinatos serían producto de varones enfermos, mórbidos, crueles, sádicos; la definición esbozada no se centra en la patología del agresor, sino en el status social de víctima. Es decir, en la condición de ser mujer. En este sentido, afirma Monserrat Sagot (Sagot, 2007) que al hacer referencia al asesinato misógino o sexista de mujeres y niñas, el concepto de feminicidio permite entender que la muerte de mujeres a manos de sus esposos, amantes, novios, padres, pretendientes, conocidos o desconocidos, así como las muertes de mujeres en abortos ilegales por negligencia, no son el producto de situaciones inexplicables, de conductas patológicas o de la casualidad. Por el contrario, estas muertes de mujeres son el producto de un sistema estructural de opresión (Sagot, 2007). Es por eso que llamar feminicidio a estas muertes permite correr el velo oscurecedor con el que se cubren términos neutrales como asesinato u homicidio como así también desarticular los argumentos de que la violencia basada en la inequidad de género son un asunto personal o privado, mostrando así su carácter profundamente social y político (Sagot, 2007). En éste orden de ideas, el MESECVI (MESECVI,

1er Informe Hemisférico, 2008, pág. 72) ha declarado que en América Latina y el Caribe los *femicidios son la manifestación más grave de discriminación y violencia contra las mujeres. Los altos índices de violencia contra ellas, su limitado o nulo acceso a la justicia, la impunidad que prevalece a los casos de violencia contra las mujeres y la persistencia de patrones socioculturales discriminatorios, entre otras causas, inciden en el aumento del número de muertes*. Se puede decir entonces que la incidencia del feminicidio está íntimamente relacionada con el grado de tolerancia que manifiesten la sociedad y el Estado frente a la violencia de género (Sagot, 2007).

Como sostiene Hasanbegovic, *La violencia doméstica es violencia política, y que el Estado tiene el poder de permitir el fortalecimiento de los ciudadanos (violentos) en contra de las ciudadanas (a quienes transforma en víctimas vulnerables) (...) el Estado re-victimiza y fortalece a los agresores cuando no garantiza los derechos humanos básicos de las mujeres a través de la inacción o de intervenciones inadecuadas al implementar las leyes que condenan la violencia entre la ciudadanía* (Hasanbegovic, 2007, pág. 6). Es así como la omisión, la indiferencia, las políticas y los procedimientos ineficientes y contradictorios de las instituciones estatales, continúan reflejando la estructura de dominación y subordinación que produce y legitima la violencia generalizada contra las mujeres. Ahora bien, no sólo las mujeres son aquéllas pasibles de ser víctimas de feminicidio, sino que también lo son aquéllas personas que se comporten, expresen o asuman como identidad femenina, ya que el asesinato en estos casos, ocurre por elegir una identidad subordinada a la masculina. Es por ello que el feminicidio constituye la última manifestación de la desigualdad en la sociedad patriarcal, la máxima expresión de la masculinidad utilizada como poder, dominio, control y exterminio mujeres (Sagot, 2007). En este trabajo presentaré un análisis desde la perspectiva de género del proyecto de penalización de los asesinatos de mujeres o personas percibidas con identidad de género no hegemónica, aprobado en Cámara de Senadores (as) el 3/10/12. Para tal fin seguí la metodología de género de análisis del fenómeno legal propuesta por Alda Facio Montejo (1992) y cuya primera formulación y desarrollo fue realizada en equipo como Monografía final del Seminario, Justicia, Familia y Derechos Humanos, UNSAM, el 28/6/2012 y como iniciativa de la Dra. Hasanbegovic, directora del Seminario, presentado en la Cámara de Senadores de la Nación el 2/7/2012. Asimismo se expuso en forma individual y en carácter de ponencia en el II Congreso Nacional de Abogadas el 19/10/12.

53 —

## GÉNERO COMO HERRAMIENTA DE ANÁLISIS

Como fuera mencionado con anterioridad, el desarrollo de la metodología se basa en la propuesta analítica y teórica de Alda Facio Montejo (Facio, 1992). Dado que ésta ha sido ampliamente desarrollada con anterioridad en otros espacios a donde me remito y remito su lectura, a modo de síntesis se puede decir que utilizar al género como categoría de análisis del fenómeno legal, necesariamente implica comprender que: -Son probadas las condiciones desventajosas de la mujer con respecto al varón en todas nuestras sociedades, -La instrumentación de *las condiciones desventajosas* se realiza, con la complicidad del Estado a través diferentes medios tales como: 1) legales a través de la constitución de sujetos vulnerados en la institucionalización de la desigualdad y 2) “legítimos” tales como prácticas consuetudinarias -fuente del derecho- que refuerzan la estructura de dominio y opresión, que no fueron recogidas por nuestro ordenamiento jurídico pero se encuentran arraigadas

en la socialización de los sujetos. -El lenguaje es androcéntrico y el sistema jurídico no resulta ajeno a éste<sup>1</sup>.

-Para mitigar, los efectos de los enunciados anteriores y luchar contra la desigualdad, resulta imprescindible valerse de todas las definiciones, recomendaciones y herramientas creadas y desarrolladas en el ámbito internacional a través de Convenciones, Protocolos y Tratados ratificados por el Estado Argentino. Es por ello que entender el fenómeno jurídico implica inevitablemente comprender que **el derecho es mucho más que un conjunto de normas escritas** ya que quienes las redactan, las aplican, las hacen cumplir, lo hacen dentro de ésta cultura. Es por ello que del fenómeno legal pueden distinguirse tres componentes (Facio 1992): 1) el Formal-normativo, 2) el estructural y 3) el Político-cultural. Mientras que el primero responde a la ley formalmente promulgada, el segundo refiere a las instituciones que crean, interpretan, aplican y dan contenido a esa ley formalmente escrita. Estas instituciones interpretan el contenido de la ley y garantizan el acceso al derecho a través de *sus propias leyes* y por medio de estas es como llega a conocimiento de toda la sociedad. Finalmente, el último componente se caracteriza por el conocimiento que la sociedad tiene del Derecho; del Derecho no formal, ya que como vimos, las leyes formalmente promulgadas son *filtradas* por las instituciones que las interpretan y les dan ejecutoriedad. Es así como mientras que en el componente formal-normativo para que las leyes existan y estén reconocidas se requiere que estas estén escritas y formalmente promulgadas, las leyes que se encuentran en el componente estructural, no requieren ser promulgadas por el Congreso. Entonces que *“el que una ley se encuentre en el componente político-cultural y no en el formal-sustantivo no la hace menos ley. Es más, en algunos casos puede ser igualmente eficaz y/o efectiva produciendo contradicciones, o en otros casos, puede ser hasta más efectiva o eficaz que las leyes escritas del componente formal normativo”* (Facio, 1992, Pág. 63). Como se puede entrever, dichos componentes están íntimamente relacionados, influenciados y delimitados y como sostiene Facio, *“esta conceptualización ampliada del fenómeno jurídico es especialmente importante para las mujeres, porque incluye el mundo “privado” de las leyes no formalmente promulgadas por el Estado, que es el mundo al cual hemos sido relegadas las mujeres. El hacer de lo cultural un componente del fenómeno jurídico, nos permite a las mujeres desarticular el discurso jurídico, ver sus mistificaciones y hacer propuestas que nos permitan un día gozar de un verdadero trato humano.”* (Facio, 1992, pág. 75). En síntesis, el objetivo de la implementación del género como categoría de análisis del fenómeno legal permite detectar los sesgos sexistas<sup>2</sup> de la norma desde su enunciado hasta los efectos que puede provocar su sanción, aplicación y ejecución, permitiendo develar si lo propuesto por los legisladores tenderá a combatir la desigualdad o a reforzarla.

## MARCO JURÍDICO-NORMATIVO.

Entendiendo al feminicidio como la máxima expresión de la violencia hacia las mujeres o personas que se identifiquen con identidades de género no hegemónicas, el marco normativo que estructura su sanción se define a partir de los tratados internacionales que definen, sancionan y describen la violencia contra las mujeres. En este sentido, el primer paso lo da La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) adoptada en la Asamblea General de la ONU en el

año 1979. Se trata del *primer documento internacional con carácter vinculante para los Estados partes donde se prohíbe expresamente la discriminación contra las mujeres y los obliga a tomar medidas de acción positiva para el progreso de la igualdad entre mujeres y varones.* (Lubertino, 2007). Argentina la ha ratificado en el año 1994 y le ha otorgado rango constitucional a través del art. 75 inc., 22 desde entonces. En este sentido su Art. 1 define lo que debe entenderse por discriminación contra la mujer. En él postula que: “*A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga POR OBJETO O RESULTADO menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”. Esta definición resulta sumamente importante porque define tres ejes a considerar (Facio, 1992):

1. Establece lo que para el Estado argentino LEGALMENTE debe entenderse como discriminación contra la mujer.

2. Establece que una ley resultará discriminatoria no sólo cuando en su enunciado resulte discriminatoria, sino que también lo será si de su aplicación trae como resultado la discriminación contra la mujer.

3. Establece como ámbito de aplicación TODAS las esferas, incluyendo la denominada íntima o privada.

Si bien la CEDAW no define lo que debe entenderse por violencia contra la mujer, ni siquiera nombra la palabra VIOLENCIA, la Recomendación General Número 19 emitida por el Comité de la CEDAW ha establecido que “*La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre*”. Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -«Convención de Belem do Pará», ratificada por Argentina en el año 1996, define qué es lo que debe entenderse como violencia contra la mujer. Esto es “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*” (Art. 1). Asimismo compromete a los Estados Partes entre otras cosas a: a) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; b) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces c) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres en distintos ámbitos. Además establece un procedimiento de denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien también puede, a pedido de los Estados Partes emitir opiniones consultivas. Asimismo, la Convención ha creado un mecanismo de seguimiento de aplicación de la Convención (MESECVI) que recibe informes por parte de los Estados y de ONG cada dos años respecto de cómo está siendo aplicada la Convención y en base a ello elabora informes. Asimismo, el MESECVI (MESECVI, 1er Informe Hemisférico, 2008, Pág. 71) ha definido al Femicidio (y utilizado dicho término hasta tanto se realice una consulta más amplia del término) como *la muerte violenta de mujeres por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o*

que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión. También ha referido que las víctimas de femicidio son las mujeres en sus diversas etapas, situaciones o condiciones de vida y que numerosos casos de femicidio se producen como resultado de relaciones desiguales de poder en las parejas en las que la mujer ha sufrido violencia de forma grave o prolongada sin haber encontrado alternativas o apoyo para salir de ella (MESECVI, 1er Informe Hemisférico, 2008).

Es por ello que advirtió que *la mayoría de los femicidios quedan impunes debido, entre otras causas, al limitado acceso de las mujeres a la justicia, así como a los prejuicios de género durante los procesos judiciales, policiales y fiscales. Estos casos o son archivados por una supuesta falta de pruebas, o son sancionados como homicidios simples con penas menores, donde en muchas ocasiones se aplican los atenuantes de “emoción violenta” para disminuir la responsabilidad del victimario* (MESECVI, 1er Informe Hemisférico, 2008, pág. 72). Finalmente, podemos afirmar que el marco jurídico internacional presentado puede ser utilizado para 1) presionar a los gobiernos para que impulsen políticas públicas y leyes con perspectiva de género, 2) exigir el cumplimiento de los compromisos allí asumidos a los poderes ejecutivo legislativo y judicial, 3) proveer una base jurídica para nuevas interpretaciones o cambios en las leyes existentes o la sanción de nueva legislación, 4) crear un marco de derechos humanos más extendido para las mujeres que aquel que sus propias culturas o sistemas legales permiten, 5) acceder a los organismos internacionales y sus procedimientos de monitoreo y queja. Es por ello que *todas las convenciones de derechos humanos pueden ser invocadas para la defensa de los derechos de las mujeres. Todos sus textos admiten interpretaciones desde una perspectiva de género, aún en aquellas que por su fecha de redacción no integran esa óptica explícitamente* (Lubertino, 2007, pág. 73).

#### **EL DICTAMEN APROBADO EL 3/10/12 POR LA CÁMARA DE SENADORAS**

Focalizándome en lo atinente al art. 2 del Dictamen citado, el mismo reza:

**“Artículo 80 bis: Se impondrá prisión perpetua al hombre que matare a una mujer o a una persona que se autoperciba con identidad de género femenino y mediante violencia de género”.**

En primer lugar, como surge a simple vista del texto de la ley en ningún momento se nombra la palabra Femicidio. Ésta fue omitida desde el texto del primer proyecto de ley aprobado en Diputados (as) el 18 de abril de 2012 y tergiversada en sus fundamentos ya que el Femicidio en dicho proyecto fue definido como *un tipo agravado del homicidio*. Por su parte, la Senadora Riofrio en la versión taquigráfica del debate parlamentario del proyecto actual ha expresado un mensaje sumamente confuso y contradictorio respecto del tema. Sostuvo que: *“Si bien la reforma que estamos introduciendo al Código Penal no consigna explícitamente la palabra “femicidio” “no hubo acuerdo para ello”, en cuanto al término de nuestro artículo 80 bis, la prensa y la sociedad mañana dirán que la Argentina ha sancionado la ley de femicidio. Este crimen aberrante tendrá su nombre. Tanto es así que hoy todos lo mencionamos como femicidio. Este es un crimen que necesitaba un nombre y hoy se lo estamos dando.”* Esto es sumamente grave ya que como afirma Facio, *el poder de definir es el poder de conformar la cultura, es el poder de establecer lo que es y lo que no es, es el poder de escoger los valores que guiarán a una determinada sociedad* (Facio, 1992, pág. 21). La

segunda cuestión relevante es que la redacción parte desde el androcentrismo y no desde la definición que ha realizado el MESECVI (MESECVI, 1er Informe Hemisférico, 2008) o las expertas académicas ya que no contempla la condición de vulnerabilidad de la víctima, término que resulta indispensable en toda definición de Femicidio. El hombre varón que mata a una mujer o persona que se autoperciba con identidad femenina **por su condición de mujer o de identidad femenina** implícitamente incurre en violencia de género. Como se describió anteriormente, el Femicidio refleja la más extrema representación de la violencia de género (Sagot, 2007, pág. 143.) El texto del proyecto de ley claramente no tipifica al Femicidio pues no se menciona el status social de las víctimas, razón por la cual habilita a que se filtre el patriarcado promoviendo la impunidad de los agresores. En este sentido, basta sólo con probar que no medio violencia de género o que la persona a la que se asesinó no se autopercibía como de identidad de género femenina para que el delito no quede configurado. Esto provocará en su aplicación el traslado del conflicto a la víctima (sus representantes en este caso) teniendo que comprobar la existencia de la violencia de género, el móvil del agresor, etc. Dicha situación constituye un verdadero entrapamiento. Quienes trabajamos en la temática sabemos que más del ochenta por ciento de las causas penales en las que se investigan delitos cometidos por hombres contra sus parejas en contextos de violencia sexista se archivan sobreyendo a los imputados (Hasanbegovic, 2009). Y también sabemos que por más de que el fuero Civil con competencia en asuntos de Familia dicte medidas de protección a las víctimas lo hace sin pronunciarse respecto de la existencia de la violencia de género<sup>3</sup>. Es por ello que tal como dice Rita Segato debemos *“inscribir el término femicidio en el discurso potente de la ley y dotarlo así de eficacia simbólica y performativa...”* (Segato, 2010, Pág.15). Por otro lado, difícilmente se pueda redactar una ley sin un estudio de la situación real, sistemático y respetuoso de las víctimas. Las únicas cifras que poseemos se deben al trabajo realizado por el la ONG “La Casa del encuentro” que posee el **Observatorio** de Femicidios Adriana **Marisel Zambrano** que realiza estadísticas a través de la recopilación de la información que obtiene de medios de comunicación de todo el país. Es decir no hay estadísticas oficiales de Femicidios lo que marca además de un claro desinterés estatal en abordar la problemática seriamente, dejando como consecuencia una cifra negra incuantificable. La Socióloga e Investigadora feminista Julia, Monrreaés (entrevista realizada en el sitio web [www.femicidios.net](http://www.femicidios.net)), alerta acerca de la importancia de contar con bases de datos con el objetivo de *saber, donde la vida de las mujeres corre mayor peligro y poder así tomar medidas preventivas*. Monrreaés también habla acerca de la *“información inteligente”* que surge de la investigación y cómo esa *información inteligente” tiene que ser utilizada por el Estado, porque finalmente éste es el garante de la seguridad de las mujeres....* Esta situación obliga a pensar que la intención de las y los legisladores que presentaron sus proyectos de ley, tienen mas que ver con una necesidad de cumplir con compromisos y estándares internacionales (es decir con lo formal), que con el deseo real y comprometido de erradicar todas las formas de discriminación contra las mujeres. Es por ello que a los efectos de proyectar si la normativa propuesta sería aplicada rigurosamente por los tribunales penales actuales (componente estructural de la norma) podemos tomar como indicador la intervención que los mismos realizan a la hora de sancionar la violencia contra las mujeres, ya que el proyecto establece que habrá Femicidio cuando hubiere mediado violencia de género. Dado que los jueces civiles no se pronuncian respecto de si ocurrió o no el hecho de violencia denunciado y a quien se le atribuye la responsabilidad, los únicos

capaces de determinarlo son los jueces que entienden en materia penal. Es por ello que analizando la forma en la que los/las fiscales/as investigan y los/las jueces/juezas sancionan a los agresores en casos de denuncias por violencia contra la mujer interpretaremos cómo estos/as sancionarían en casos de femicidios. Sin perjuicio de que se tomará como indicador los casos de violencia contra la mujer, se observa que en casos de femicidios los jueces en materia penal tienden a atenuar la sanción del agresor argumentando que el mismo cometió el asesinato por emoción violenta (Cisneros, 2005). La realidad es que el que mata no lo hace porque pierde el control, sino precisamente por que lo tiene. El crimen pasional no deja de ser otra grieta por donde se filtra al patriarcado. En este sentido, tomando los resultados de la investigación desarrollada por la Defensoría General de la Nación en su publicación “Discriminación de Género en las decisiones judiciales” (MPD, 2010) se desprende la continua falta del deber de investigar con la debida diligencia en base a los estándares internacionales de Derechos Humanos. Esto se produce a través de: a) la falta de investigación o investigación aparente, b) el traslado de la investigación a la víctima c) la falta de exhaustividad en la producción y recolección de pruebas, d) la dicotomía entre lo público y lo privado como premisa en la valoración y recolección de pruebas, e) La presencia de estereotipos de género f) la violación de los derechos de las víctimas (re victimización), g) La impunidad del agresor y en consecuencia, la falta de interés del Estado en intervenir para sancionar la violencia de género. Lo expuesto expone una etapa de investigación deficitaria, que conlleva al archivo de las causas debido a *pruebas insuficientes o poco relevantes*. En este sentido afirman (MPD, 2010, pág. 50) que *“en la mayoría de los casos analizados, las resoluciones judiciales decidieron el archivo de las denuncias o el sobreseimiento de los denunciados tras afirmar que no existían elementos probatorios que permitieran esclarecer lo sucedido. Sin embargo, en muchas ocasiones, el análisis de los relatos de las denunciadas permitía identificar posibles medidas de prueba que hubieren contribuido a averiguar la verdad de los hechos. A pesar de ello, los órganos judiciales optaron por clausurar las investigaciones luego de argumentar que no existían medios de prueba que permitieran corroborar o refutar los hechos denunciados”*. Por lo tanto, podemos afirmar que los casos de femicidios se presentan como crónicas de una muerte anunciada, pero invisible a la mirada estatal. Eso sin dudas lo convierte en cómplice necesario para que el delito quede impune.

#### **PRINCIPALES EJES DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA PRESENTADA EN LA COMISIÓN JUSTICIA Y ASUNTOS PENALES DEL SENADO DE LA NACIÓN CON FECHA 2.7.12<sup>4</sup>**

Quienes desde el Seminario Familia, Justicia y Derechos Humanos de la Maestría de Estudios de la Familia de la UNSAM<sup>5</sup> presentamos un proyecto alternativo decidimos utilizar el término Femicidio (aunque en el ámbito académico aún no se haya llegado a un consenso) porque entendimos que para que se produzca éste tipo de crimen se requiere la impunidad del perpetrador. Esta impunidad es fruto de la falta de investigación y sanción del sistema judicial, traducándose en la complicidad del Estado. (Hasanbegovic, 2007). Asimismo pensamos que en un país donde se prohíbe el aborto legal, seguro y gratuito, donde se obstaculiza el acceso al mismo en los casos no punibles aduciendo cuestiones éticas y morales (no como

resultado de la feminización de la pobreza), resulta insostenible no responsabilizar al Estado argentino de la cantidad de muertes de mujeres por abortos mal practicados o realizados en condiciones de insalubridad. Es por ello que Inspiradas en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para Las Mujeres de la República de El Salvador y atendiendo a las recomendaciones y definiciones propuestas por el MESECVI (MESECVI, 1er Informe Hemisférico, 2008), los ejes principales que instrumentaron nuestro proyecto de ley de tipificación del Femicidio fueron:

- Nombrar tipificar al feminicidio como “Quien causare la muerte a una mujer o persona que se comporte, exprese o se asuma como de identidad femenina, mediando motivos de odio o menosprecio por su condición femenina”.

- La incorporación como delito autónomo en el Código Penal y parte integrante de las sanciones a establecerse en el marco de la ley 26.485 de protección integral para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.

- La condición de víctima identificada como mujer o persona que se comporte, exprese o asuma como de identidad femenina.

- El feminicida no reviste necesariamente la calidad de hombre varón.

- Se contempló feminicidio simple, agravado o en grado de tentativa, por conexión, en situación de prostitución o trata, y el suicidio feminicida,

- Se explicitaron las condiciones en las que se entiende que existe odio o menosprecio a la condición femenina para evitar que queden sujetas a criterios de judiciales.

- Se contempló la privación de la patria potestad al que cometiere Femicidio si tuviere hijos en común con la víctima (Hasanbegovic, 2011a, 2011b)

- Se estableció la improcedencia de causales extraordinarias de atenuación.

- Se indicaron lineamientos para la política de persecución penal, en ellas la prohibición de archivo, la difusión, publicidad y registro de sentencias por parte de un organismo estatal.

Como medida de carácter excepcional y temporaria en los términos del artículo 4.1 de la Convención sobre la eliminación de Discriminación contra la Mujer CEDAW y del artículo 7 inc. c y e de la Convención de Belém de Pará, se considerara todo homicidio perpetrado por un hombre/varón cuya víctima resultare ser una mujer o persona que se comporte, exprese o se asuma como de identidad femenina, *feminicidio*, salvo prueba en contrario. El/La juez/a mediante decisión fundada deberá explicar las razones por las cuales no se está en presencia de un caso de feminicidio. En este sentido, cuando el género femenino de la víctima resulte irrelevante para el perpetrador, estamos frente a un asesinato no feminicida (Russell, 2006).

## CONCLUSIÓN

Como he anticipado, el proyecto analizado en ningún momento plantea la condición de vulnerabilidad de la mujer o persona que se identifique como de identidad femenina, como parámetro que habilita al varón a abusar de su condición privilegiada. Tampoco incorpora la idea del feminicidio como concepto teórico político definido por las académicas especializadas en la materia. Por otro lado no cumple con lo recomendado por el MESECVI (MESECVI, 1er Informe Hemisférico, 2008) ya que el texto sugerido no garantiza mayor y mejor acceso de las mujeres a la justicia; como tampoco

perfecciona el sistema de investigación criminal y no prevé protección a las mujeres afectadas por violencia. No ofrece un procedimiento judicial para eliminar la impunidad de los agresores ni proporciona un mecanismo de sanciones a los funcionarios (as) que no empleen debida diligencia en los procedimientos. Parece que funcionarios(as) y legisladores(as) siguen atrapados en la época de la revolución francesa, donde la simple declaración y sacralización de derechos basta como garantía de acceso a la igualdad y a la justicia. Lamentablemente, mucha sangre como la de Olympe de Gouges ha corrido y continua derramándose para demostrar que esta simple proclamación no transforma a las sujetas vulneradas en ciudadanas libres e iguales. Por otro lado, en la actualidad resulta políticamente correcto hablar de género. Hoy nadie se atreve a decir que las mujeres merecen ser maltratadas, ni que deben ocupar cargos de ejecución y no de dirección dada su condición natural débil y vulnerable, carente de pensamiento racional. Es por ello que en el marco de cumplir los compromisos asumidos en el ámbito internacional, se han creado organismos estatales “expertos en género”<sup>6</sup> que se distribuyen en los distintos poderes y promueven “capacitaciones con perspectiva y sensibilización en género” a funcionarios (as) del poder judicial, ejecutivo y legislativo (Morelli Nuñez, 2012). Particularmente, considero que ésta “política sensible” y retrasa un cambio profundo y significativo. No necesitamos ni jueces (as), ni fiscales (as), ni legisladores (as), ni operadores (as) judiciales “sensibilizados en género”, como si la obligación de aplicar tratados internacionales de derechos humanos fuese una cuestión de sensibilidad. Como si se tratara de una cuestión negociable y no un deber de funcionario/a público/a aplicar los instrumentos normativos para proteger, sancionar, investigar y reparar los efectos de la violencia de género. Los derechos no se adquieren ni con jueces (as) sensibles, ni con legisladores (as) perceptivos (as), sino que se conquistan en la lucha política. El derecho representa un arma de doble filo; ya que por un lado, resulta una herramienta de transformación y por el otro, una herramienta para perpetuar el sistema opresivo. Al parecer, la distancia que existe entre el discurso académico y el activismo sigue siendo abismal en relación a un discurso jurídico que no incorpora ni aplica los tratados internacionales de Derechos Humanos de las mujeres (Chejter, 2010). En el marco de esta brecha, se construyen pseudo definiciones de *perspectiva de género*, *Femicidio*, etc, que lejos de traer paz y justicia, benefician con la impunidad a los agresores, reforzando así el sistema patriarcal. Nuestro desafío entonces, radica en crear el nombre jurídico FEMINICIDIO valiéndonos de los instrumentos nacionales e internacionales con los que contamos, llenándolo así de contenido político, para que la ley se transforme en una herramienta más de defensa de los derechos y no en un instrumento que refuerce la violencia contra las mujeres atentando contra la vida de todas nosotras.

## BIBLIOGRAFÍA:

- CISNEROS, Susana; CHEJTER, Silvia; KOHAN Jimena, LABREQUE, Marie France; BARCAGLIONE, Gabriela; Diego (2005) *Femicidios e Impunidad*. CECYM: Buenos Aires. [www.cecym.org.ar/investigacion](http://www.cecym.org.ar/investigacion)
- CHEJTER, Silvia (2010) *Femicidio, diferencial sexual y derecho*, en Discriminación y Género. Las formas de la violencia. Ministerio Público de la Defensa, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires. (p. 239 a p.250).

- FACIO, Alda (1992) *Cuando el género suena, cambio trae. Metodología de género para el análisis del fenómeno legal*. ILANUD, S. José de Costa Rica.
- HASANBEGOVIC, Claudia (2011a) *Infancias Robadas: niñez, violencia de género y feminicidio*, Ripa, M., Humanas con Derechos. Dunken: Bs. As.
- HASANBEGOVIC, Claudia, (2011b) *Privación de Patria Potestad por Feminicidio*. [www.claudiahasanbegovic.com](http://www.claudiahasanbegovic.com)
- HASANBEGOVIC, Claudia (2007) *Violencia Masculina contra la Mujer y la responsabilidad del Estado*. [www.claudiahasanbegovic.com](http://www.claudiahasanbegovic.com)
- HASANBEGOVIC, Claudia, (2009) *Síntesis Jurisprudencial: Ley 26.485 de Protección hacia la mujer*. [www.claudiahasanbegovic.com](http://www.claudiahasanbegovic.com)
- LUBERTINO Maria José, (2007), en GAMBÁ, Susana Beatriz (Coordinadora) (2007) *Diccionario de estudios de género y feminismos*, 2da. Edición, Buenos Aires, Editorial Biblos.
- MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, Defensoría General de la Nación, (2010) *Discriminación de Género en las decisiones judiciales. Justicia Penal y violencia de género*, [www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar). (Consultado el 2/9/11)
- MONRRAES, Julia, en entrevista realizada en [www.feminicidios.net](http://www.feminicidios.net) (consultado el 2/11/12)
- MORELI NUÑEZ, Marina, (2012) “*Pensando en Transformación: entre Perspectiva y Deconstrucción*”. Ponencia presentada ante el II Congreso Nacional de Abogadas, 18 y 19 de Octubre de 2012, CABA. Puede verse en su sitio web <http://marina-morelli.blogspot.com.ar/>
- RUSSELL, Diane (2006) *Definición de feminicidio y conceptos relacionados*. En: RUSSELL, Diane E., y HARMES, Roberta A. (editoras) *Feminicidio: una perspectiva global*. México DF. CEIICH. Universidad Nacional Autónoma de México. (p.57 a 72)
- SAGOT, Monserrat, (2007), en GAMBÁ, Susana Beatriz (Coordinadora) (2007) *Diccionario de estudios de género y feminismos*, 2da. Edición, Buenos Aires, Editorial Biblos.
- SEGATO, Rita Laura (2010) *Femi-geno-cidio como crimen en el fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho* (mimeo).

## LEYES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención Internacional de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-. Ratificada en el año 1994 mediante ley 23197

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar, y Erradicar la Violencia contra Mujer -Convención Belém do Pará-. Ratificada en el año 1996 mediante Ley 24.632. Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres. República de El Salvador. Aprobada el 25 de noviembre de 2010, Promulgada por Dto. Ley N° 520 en 2011.

Ley 26485 Ley de protección integral para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales. Promulgada en el año 2009.

MESECVI. 1er Informe Hemisférico, 2008. En: [http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-Report2008\[SP\].pdf](http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-Report2008[SP].pdf) (consultado el 2/11/12)

Recomendación General 19, adoptada por el Comité de la CEDAW en su 11va. Sesión.

## SITIOS DE INTERNET CONSULTADOS

<http://www.lacasadelencuentro.org/femicidios.html> (consultado el 9/11/12)  
[www.claudiahasanbegovic.com](http://www.claudiahasanbegovic.com) (consultado el 2/11/12)  
[www.feminicidios.net](http://www.feminicidios.net) (consultado el 2/11/12)  
<http://marina-morelli.blogspot.com.ar> (consultado el 9/11/12)  
[www.mpd.gov.ar](http://www.mpd.gov.ar) (consultado el 2/9/12)

### Notas:

---

<sup>1</sup> La mujeres recientemente hemos adquirido derechos civiles y políticos, razón por la cual hemos sido descritas definidas e instituidas en el texto de la ley como “lo otro”, lo débil, lo que requiere de protección especial debido a nuestra función reproductora, distintas al parámetro de “lo humano”.

<sup>2</sup> La autora refiere que sexismo se manifiesta en el discurso jurídico, en los principios y fundamentos del derecho a través del androcentrismo, la sobregeneralización y/o sobrespecificación, insensibilidad al género, el doble parámetro, el deber ser de cada sexo, el dicotomismo sexual y el familismo.

<sup>3</sup> Al respecto se traduce un fragmento de una resolución tipo que otorga medidas de protección en el fuero civil: “AUTOS Y VISTOS: Ante lo solicitado, valorando los hechos denunciados que dan cuenta de la situación de riesgo y agresividad en que se desarrolla la convivencia para los integrantes del grupo familiar dentro del hogar, los antecedentes del caso, y la evaluación de riesgo efectuada por la Oficina de Violencia Doméstica de la C.S.J.N., que califica la situación como de “RIESGO ALTO”, a fin de proteger la integridad psico-física de la denunciante, y lo dispuesto por ley 24.417, como medida cautelar en los términos del art.232 y ccs. del C.P.C.C., y sin que ello implique atribuir responsabilidad por los hechos a una u otra parte, RESUELVO...”

<sup>4</sup> Agradezco a mis compañeras, Ma. Florencia Tagliani, Mónica Ibarra, Alejandra Abila y Gabriela Lescano por permitirme utilizar el producto grupal para compartir en este espacio algunos resultados un gran esfuerzo colectivo.

<sup>5</sup> Esta fue una tarea propuesta por la Dra. Claudia Hasanbegovic, docente a cargo del Seminario.

<sup>6</sup> Muchas veces financiados por agencias internacionales que promueven el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados en tratados y convenciones de derechos humanos de las mujeres.



## ACCESO A LA JUSTICIA

POR VERÓNICA RE: ABOGADA POR LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA “SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES”. ESPECIALISTA EN DERECHO DE FAMILIA POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO. SECRETARIA DEL JUZGADO DE FAMILIA N° 1 DE LA CIUDAD DE COMODORO RIVADAVIA/ CHUBUT. ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS JUDICIALES DEL CHUBUT. HA PARTICIPADO DE DIVERSOS CONGRESOS, JORNADAS Y SEMINARIOS DE SU ESPECIALIDAD. HA EJERCIDO LA DOCENCIA UNIVERSITARIA.

### INTRODUCCION

Primeramente debo advertir al lector que este estudio, si bien constituirá sobre el “*acceso a la justicia*” en general, puntualmente avanzaré en el acceso a la justicia en el fuero de familia y especialmente en los fueros patagónicos, en donde existen situaciones de problemáticas de índole familiar de personas que viven muy alejadas en razón de las bastas distancias territoriales, de los lugares en los cuales tiene sede el Poder Judicial.

Podemos encontrarnos con situaciones, como en la circunscripción judicial del nordeste del Chubut, en las cuales tanto magistrados como funcionarios judiciales se trasladan personalmente a zonas y localidades específicas que se encuentra a considerable distancia de la sede del juzgado. Un caso muy típico de ello se presenta en el fuero de familia, en los cuales se trasladan las autoridades a los fines de tomar las audiencias de vistas de causa, a los fines de que los ciudadanos tenga verdadero acceso a la justicia, y no se vean impedidos de ello ni por las inclemencias del tiempo, ni por cuestiones de índole económica.

Equiparable situación se da en la circunscripción de Comodoro Rivadavia, en tanto que las Asesoras de Familia e Incapaces se trasladan a la ciudad de Camarones, a los fines de tomar audiencias y en especial audiencias de avenimiento.

Cuando hablamos del Acceso a la Justicia, necesariamente debemos introducirnos en la promoción de una acción, a los fines de que la persona pueda defender sus derechos, lo que implica intervenir por ante un órgano imparcial (Juez o Tribunal), que en definitiva resuelva respecto de un interés jurídico, que en algunos casos puede estar controvertido y en otros no. De allí que las sentencias pueden ser tanto constitutivas, como declarativas.

### JUSTICIA

Al introducirnos en el tema de la Justicia, necesariamente se hace pertinente definirla.

Es clásica la definición de la justicia como “*la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo que le corresponde*”.

La voluntad, entendiendo por tal al acto, o sea la determinación de la voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde.

Constante y perpetua: porque no es suficiente que alguno quiera observarla esporádicamente en algún determinado negocio, porque habrá quien quiera obrar en todos injustamente, sino que es menester que el hombre tenga voluntad de conservarla siempre y en todas las cosas.

La palabra constante implica la perseverancia firme en el propósito y la expresión perpetua, la intención de guardarlo siempre.

“*De dar a cada uno*”, o sea, a nuestros prójimos. La justicia requiere siempre alteridad, ya que nadie puede propiamente cometer injusticias contra sí mismo. Siempre se debe a otro, a otra persona.

“*Lo que le corresponde*”, o sea, lo que se debe. No se trata de una limosna o un regalo, sino de lo debido al otro.

Notas características de la justicia

- **Alteridad:** se refiere siempre a otra persona.
- **Derecho estricto:** no es un regalo, sino algo debido estrictamente.
- **Adecuación exacta:** ni más ni menos de lo debido.

Para algunos, la justicia es una virtud. Entendida ésta como un hábito operativo bueno. La Doctrina distingue entre Justicia legal, distributiva y conmutativa.

La justicia legal es aquella virtud que mueve e inclina a los miembros de la sociedad, en cuanto tales, a dar a la sociedad todo aquello que le es debido en orden a procurar el bien común.

Se ha dicho que el objeto propio de la justicia legal es el bien común, que impone a los miembros de la sociedad exigencias jurídicas estrictas. En efecto, la sociedad tiene pleno derecho a imponer a los particulares la obligación de contribuir al bien común de todos, que prevalece y está por encima del propio bien individual.

El acto principal de la justicia distributiva es el juicio, o sea la determinación de lo que es justo, por eso corresponde al Juez, porque la función judicial es una prerrogativa de la soberanía. Juzgar es el acto más importante de la justicia porque es el que determina lo que es justo y debe darse a cada uno.

Por lo tanto y en palabras de Aristóteles que el objeto de la justicia es el derecho, o sea lo justo. Y lo justo implica cierta igualdad con relación a otro. Y lo igual implica el justo medio entre dos extremos.

Y así podemos hablar de justicia distributiva y justicia conmutativa. Por lo que cada órgano jurisdiccional, o sea el Juez con su *imperium*, tiene el deber de administrar justicia conforme un criterio de igualdad.

Para referirme a la justicia conmutativa, citaré a *Santo Tomás de Aquino*, quien luego de recordar que las personas desde el punto de vista de la justicia –virtud referente a la relación con otro-, deben ser consideradas primeramente como partes de la comunidad, que es el todo: “*Toda parte comporta una doble relación. Por de pronto, la de parte a parte, a la cual corresponde en la sociedad la de individuo a individuo. Este orden de relaciones es dirigido por la justicia conmutativa, que tiene por objeto el intercambio o mutuo entre dos personas*”. (**Suma Teológica 2ª, 2ª, q. 61, art. I.**)

Y el fin al que se pretende arribar es que todos los ciudadanos tengan igual acceso a la justicia, sin discriminación ni distinción alguna.

## **PODER JUDICIAL – ACCESO AL PROCESO - GARANTIAS DEL DEBIDO PROCESO**

En nuestro país, quien se encarga de administrar Justicia es el Poder Judicial, contando con *imperium* para ello los Jueces o miembros de Tribunales Colegiados, con competencia en las jurisdicciones que les son propias y respecto de las materias pertinentes.

Sabemos que hay varias instancias a los fines de que el justiciable obtenga

una sentencia ajustada a derecho. De ello se colige que el Poder Judicial está constituido por Jueces de Primera Instancia, o Tribunales de Instancia Unica; por Cámaras de Apelaciones; por Superiores Tribunales Provinciales o Cortes Superiores Provinciales; y finalmente por la Corte Suprema de la Nación, con sede en la ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al tratar el tema de acceso a la justicia, resulta imperativo acudir a *nuestra Carta Magna*, que en su art. 16 reza: "... Todos sus habitantes son iguales ante la ley...", por lo que requiere concordarlo con lo que dispone su art. 18 que en su parte pertinente dice: "...Es inviolable la defensa enjuicio de la persona y de los derechos"...

Por otro lado, el art. 31 de la Constitución Nacional establece el principio de Supremacía de la Constitución, leyes Nacionales y tratados..."; y en su art. 33 habla de los derechos y garantías implícitos.

Todos estos derechos y garantías hacen al acceso a la justicia de todos los habitantes de la Nación sin discriminación alguna.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la Constitución Nacional en su art. 43 trata a la acción de amparo, Hábeas Data y Hábeas Corpus, como un acceso a la justicia a través de una acción expedita y rápida de amparo a sus derechos, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo.

El art. 75 es muy rico en cuanto al abanico de principios respecto del acceso a la justicia que nos presenta partir de su inciso 22 dando cabida inmediata al bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales.

No obstante hay que merituar que en su inciso 17, la Carta Maga recaba los derechos de los indígenas, quienes cuentan como consecuencia en igualdad de condiciones para acceder a la justicia.

Asimismo, el art. 75 inc. 19 en su parte pertinente dice: "... proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social.

Por otro lado en el art. 116 la Constitución Nacional trata sobre las "Atribuciones del Poder Judicial que en su parte pertinente dice: "Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero".

65 —

## EL PACTO DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

El Pato internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 2º, apartado 3 a), b) y c) determina: Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. Los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Los Estados partes envías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán

determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

En el art. 3 determina que los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Por su parte, el art. 16 expresa que todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

El art. 26 indica que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley.

Por todo lo expresado en los pactos, se puede colegir que el acceso a la justicia es una garantía y un derecho reconocido a todos los hombres, para hacer valer y defender sus intereses jurídicos que puedan verse afectados o no reconocidos, ya sea por particulares o por la autoridad política, o por los demás Estados signatarios.

## CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA)

En el *Preámbulo* reza que: “*los Estados americanos signatarios de la presente Convención, reafirmando su propósito ... dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*”.

El art. 1: (Obligación de respetar los derechos). Los Estados partes ... se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona..., sin discriminación.

El art. 8 reza sobre las garantías judiciales que en su parte pertinente dice: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...*”.

En su art. 24 la Convención expresamente dice que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.

El art. 25 directamente nos indica la protección judicial. Y expresa que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.

Por lo expuesto, se puede afirmar que existe un verdadero derecho a la jurisdicción ya garantizada en los Tratados Internacionales.

Los arts. 8.1. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran, para quien ha resultado menoscabado en sus derechos por la comisión de un delito, el derecho a una tutela judicial efectiva que “... *comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna ... , el de incoar el proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión ...*”.

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, VIEDMA, RIO NEGRO. Sala PENAL - G.F.Y s/ Homicidio y Homicidio en gdo. de tentativa s/ alevosía en c.r. en carácter de partícipe necesario s/ Casación. 22 de junio de 2007.**

A ésta altura del desarrollo de la presente, estoy en condiciones de afirmar que el acceso a la justicia, implica y se encuentra íntimamente vinculado a las garantías del debido proceso y el derecho a la jurisdicción.

En nuestra Constitución existe un verdadero derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a provocar una decisión de los órganos estatales acerca de una pretensión jurídica. **(CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA, TRELEW, CHUBUT, Sala B, (Aldo Luis De Cunto, Sergio Rubén, Lucero Marcelo J. López Mesa) S. E. s/ Acción de Amparo), 3 de Septiembre de 2008.**

En el fallo de referencia el Juez preopinante, Dr. Aldo Luis de Cunto, concluye que en el caso, “...no se da ante lo consumado del proceso iniciado contra el actor, la existencia de una razón de urgencia que haga necesario, objetivamente, conferir una tutela judicial inmediata y de excepción, como lo es el proceso de amparo para evitar un perjuicio inminente o daño cierto.”

Asimismo, expresa que administrar justicia “es dar a cada uno su derecho”. Ese juicio, se encuentra reglamentado por expresas normas de procedimiento, que prevén un acusador y una acusación, un acusado y su defensa, el ofrecimiento y producción de pruebas, la formulación de alegatos, etc.

Cabe destacar entonces que nada impide, conforme las normas de derecho internacional, como de nuestra Carta Magna y Constitución Provincial del Chubut, y siguiendo las normas adjetivas, que el proceso, como acceso a la justicia, es un conjunto de actos para el fin común de la actuación de la ley, es decir, se trata de una sucesión de actuaciones que tienen por finalidad poner al juez en aptitud de pronunciarse sobre las pretensiones deducidas. Todas estas actividades deben estar sujetas a determinadas reglas concernientes a su modo de expresión, su contenido, tiempo y lugar, que se siguen según un orden preestablecido, y cuya observancia debe ser cierta e indubitable so riesgo de afectar la defensa en juicio.

En ello se encuentra afectado el debido proceso, enunciación ésta que no teniendo registro normativo tiene reconocimiento y origen básicamente como un connatural instituto de seguridad y razonabilidad del trámite procesal a seguir en cada supuesto en aras de realización del derecho de defensa en juicio.

Siguiendo a *Eduardo Couture*, y reconociendo respecto la necesidad de tutela de la persona humana mediante la justicia, que ésta solamente se asegura mediante el debido proceso. Añadiendo por mí parte que ello sólo es posible cuando cada ciudadano tiene a su alcance elementos que hacen a un acceso inmediato, sin trabas, rápido y seguro, al órgano jurisdiccional a los fines de petitionar por sus intereses jurídicos.

En otras palabras, es dable decir que supone la responsabilidad de indagar sobre el significado compatible con el debido proceso de nociones tales como, “un proceso”, “plena igualdad”, “ser oído”, “un recurso”, etc.

Entonces, la tutela constitucional del proceso debe fijar los fundamentos y las soluciones que permitan establecer, frente a cada caso particular, pero a través de un criterio de validez general, si un proceso regulado por la ley, es o no idóneo y apto para cumplir con los fines de justicia, seguridad y orden que instituye la Constitución.

A los fines del acceso a la justicia debe preferirse el “*in dubio pro actione*”. El debido proceso legal, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Entre aquellas garantías que deben respetarse y cumplirse para asegurar una adecuada defensa, están

las que imponen la intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial para determinar la legalidad del reclamo.

Implica necesariamente, que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial.

*Germán J. Bidart Campos* afirma que en nuestra Constitución existe un verdadero derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a provocar una decisión de los órganos estatales acerca de una pretensión jurídica.

## CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

Nuestra Constitución Provincial también contiene principios, garantías y derechos que hacen a que todo ser humano tenga un debido acceso a la justicia.

En el Preámbulo de la Constitución está ya garantizado a todos los habitantes el pleno goce de sus derechos; como así también consolidar la justicia.

El art. 18 inc. 9 expresamente reza: “Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías... a acceder a la jurisdicción y a la defensa de sus derechos”.

En el art. 22 la nuestra Constitución Provincial expresamente dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales...”.

La defensa en juicio está garantizada y reconocida en el art. 45, y el debido proceso en el art. 44.

El amparo, habeas corpus y habeas data, están garantizados en los arts. 54, 55 y 56 respectivamente.

En consonancia con la Constitución Provincial, nuestra provincia ha legislado específicamente el instituto del amparo como acción de acceso a la justicia, en **la Ley V Nro. 84 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut – Antes Ley 4572.**

## COMPATIBILIDAD DE ACCESO A LA JUSTICIA Y EL DERECHO DE RECHAZO “*IN LIMINE*” DE LA ACCION

Rechazo “*in limine*” de la demanda: dice *Rolan Arazí*, que el art. 337 del Código Procesal (Ley XIII Nro. 5 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut - Código Procesal Civil y Comercial del Chubut) dispone que: “*Rechazo in limine. Los jueces podrán rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan*”.

Hay supuesto en que, en forma manifiesta, se advierte desde un principio que la pretensión carece de tutela jurídica, ya sea porque lo que se pide es inmoral o se encuentra prohibido por las leyes o porque la causa invocada como fundamento de la petición es ilícita o inmoral. En estos casos no puede pretender un proceso quien desde el comienzo pone de manifiesto que pide amparo jurisdiccional para algo que la ley desautoriza.

El rechazo “*in limine*” es una institución aplicable en casos extremos y cuando no media duda acerca de que es inútil continuar con el juicio adelante. Si el rechazo de la pretensión en el umbral del proceso o durante el trámite

de éste pero sin haberlo completado, debe realizarse en forma excepcional en todos los casos, mucho más tiene que serlo cuando están en juego garantías y derechos constitucionales. Y a los efectos de no vulnerar el acceso a la justicia, antes de rechazar la demanda el juez procurará que se subsanen los defectos legales que ella contenga, en caso de que sea posible (art. 34, inc. 5ª, apartado b del Código Procesal).

Se habla de la interpretación restrictiva del art. 337, párrafo primero del Código Procesal, toda vez que esta restricción encuentra fundamento en la circunstancia de configurar un rechazo indebido o impropiamente aplicado de oficio un cercenamiento al derecho de acción, vinculado al derecho constitucional de petición y del derecho a la jurisdicción con la trascendencia constitucional del decisorio, cuando cierra el camino al “*debido proceso legal*”.

Esta figura debe actuar como principio general en forma excepcional y mucho más tiene que serlo cuando están en juego garantías y derechos constitucionales. La extralimitación de las finalidades de la norma prevista en el art. 337 podría hacer incurrir al juez en una violación a esta garantía, debiendo primar ante todo la prudencia y la moderación en la utilización de este instituto, a los fines de lograr que todas las personas tengan el debido acceso a la justicia, por medio del cual el órgano jurisdiccional otorgue a cada uno lo suyo administrando justicia.

Si la solución relativa al rechazo “*in limine*” de la demanda fuere dudosa, debe preferirse aquella que permita obtener una respuesta jurídica a través del acto de la sentencia final, por ser ésta la que mejor armoniza con el ejercicio del derecho de defensa en juicio garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 23/8/05, LL, 2006-A-844).

Nuestro Superior Tribunal de Justicia del Chubut ha dicho que: el art. 337 del Cód. Procesal faculta a los jueces a rechazar *in limine* las demandas que no se ajusten a los presupuestos procesales, inclusive las improponibles, en tanto es contrario a un elemental principio de economía procesal, admitir el inicio de un largo juicio cuando, desde el comienzo, se advierte que la pretensión será irremediablemente rechazada por la ausencia de aquéllos, vedando cualquier decisión sobre el mérito. (STChubut, 1/6/94, LexDoctor/LD Textos versión 6.0).

A modo de conclusión, si bien el rechazo “*in limine*” de la demanda se debe fundar en la falta de requisitos formales que hacen a la misma y no en la falta de fundamento sustancial, el juez debe actuar con suma prudencia a los fines de no vulnerar el derecho de defensa en juicio y con ello el acceso a la justicia de todo ciudadano.

- Toda vez que ejerzo mi profesión en un Juzgado de Familia, enfocaré también la temática del acceso a la justicia en el fuero, para lo cual concentraré el estudio en las normativas que reglamentan la materia en derecho de familia. Especialmente enfocaré mi estudio al derecho de los niños, niñas y adolescentes que requieren amparo judicial cuando sus intereses jurídicos se encuentran amenazados, vulnerados, menoscabados. Por ello, es preciso estudiar la **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**.

Dicha Convención internacional, la cual goza de raigambre constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22, en el art. 2 dispone que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto de su jurisdicción, sin distinción alguna...

Y agrega en el art. 12 el derecho del todo niño a ser escuchado en todo

procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente, o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

En su art. 19 expresamente dice que los Estados adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger al niño contra toda forma de abuso físico, o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación.... Y, según corresponda la intervención judicial.

También, en éste orden de dar cabida a los niños a que tengan acceso a la justicia, en el art. 40 se dispone sobre el derecho de todo niño en caso de que se lo acuse de haber infringido leyes penales ... de que se garantice la presunción de inocencia, contando el niño con asistencia gratuita a los fines de su defensa.

Asimismo, **nuestra Ley III Nro. 21 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut (Antes Ley Nro. 4347)** dispone: en sus arts. 7 y 13, que a todo niño –entendiéndolos como personas en desarrollo y como sujetos de derechos humanos - el Estado asegurará el derecho a la justicia.

En su art. 22 la ley del Chubut sobre *Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia*, impone el deber de denunciar por ante las autoridades competentes, a toda persona que tome conocimiento de situaciones que atenten contra la integridad física, psíquica y social de niños o adolescentes. Con ello la ley pretende garantizar el acceso a la justicia de todo menor de edad.

Más específicamente, en los arts. 56 a 61 de la ley, se disponen medidas de protección aplicables cuando los derechos de los niños se encuentran amenazados o violados, teniendo inmediato acceso a la jurisdicción.

Asimismo, en el art. 70 se impone a la Oficina de Derechos y Garantías de la Niñez, la Adolescencia y la Familia la obligación de interponer acción de amparo contra todo acto que vulnere o restrinja los derechos de los niños, en los términos del artículo 54 de la Constitución Provincial, como así también habeas corpus y habeas data.

La ley crea el fuero de familia con su competencia determinada en el art. 87 de la misma, a los fines del acceso a la justicia en cuestiones de problemáticas familiares.

Pongo énfasis en que los niños, por ser personas en desarrollo, debe tener asegurado el acceso a la justicia sin discriminación alguna.

Por lo tanto, nuestro sistema jurídico está sentado sobre la base de que es el Poder Judicial es el encargado de administrar justicia, en palabras de *Aristóteles (Ética a Nicómaco)*: en dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, según un criterio de igualdad. Por ello, es menester un proceso basado en normas justas y equitativas a los fines de contemplar los principios consagrados en nuestra Carta Magna y tratados internacionales, como así también en las leyes Nacionales y provinciales, dando cuenta del debido proceso legal.

Pero de todo ello nada sería efectivo para que una sociedad logre que cada miembro tenga lo que por derecho le corresponde, sino pudieran los seres humanos tener un digno acceso a la justicia a fin de lograr hacer valer sus derechos.

Y de lo que venimos expresando se deviene el **“acceso a la justicia”** respecto de todos los hombres y niños, sin discriminación alguna; requiriendo un libre acceso sin impedimento ni dificultades, y acceso inmediato, que por cierto amerita una organización del órgano judicial a los fines de brindar respuestas a los justiciables de manera justa, eficiente y rápido.

## TASA DE JUSTICIA

Entiendo que no es inconstitucional su aplicación, siempre y cuando no tenga por objeto impedir o dificultar el acceso a la justicia.

Para asegurar el efectivo cumplimiento de la garantía constitucional a la defensa en juicio, se debe contemplar necesariamente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 16 y 18 de nuestra Carta Magna. Entonces la privación de justicia se hace evidente si la ley omitiese la protección de quienes se ven impedidos de solicitar ante la justicia el reconocimiento de sus derechos; el Estado debe asegurar la prestación de justicia tanto a pobres como a ricos sin distinción.

Ergo, el derecho a la Justicia comprende el poder defenderse sin estar constreñido por el costo del Servicio ni ver malogrado el éxito de una petición en sí justa por avatares de insuficiencia económica.

La tasa de justicia, en cuanto imposición legal emergente del poder tributario del Estado, constituye una relación obligatoria para la parte, quien no puede rehusarse a su satisfacción una vez organizado el servicio respectivo. La ley ha establecido que la oportunidad de su percepción de éste tributo sea al iniciarse la demanda y ello no puede interpretarse como una negación del derecho a acceder al servicio de justicia ya que, por otro lado, la normativa procesal prevé medios idóneos que posibilitan la utilización del servicio de justicia en forma totalmente gratuita, con procedimientos sencillos, tal como el beneficio de litiga sin gastos (art. 78 del CPCC). (**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, NEUQUEN – Maniero, Hector Daniel c/ Estado Provincial de Neuquén s/ Acción procesal administrativa – 9 de marzo de 2009**).

En el fallo de referencia, la parte actora sostiene que la garantía constitucional del acceso a la justicia determina que todo ciudadano tenga derecho a la tramitación completa de la causa y que los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional, han dejado en claro que el servicio de justicia no puede denegarse, y menos detenerse, porque el justiciable no abona las tasas pertinentes. El constituyente reconoce como garantía fundamental al acceso a la justicia, bajo la fórmula “*tutela judicial efectiva*”.

No obstante lo manifestado, la accesibilidad de la justicia no debe confundirse con su gratuidad o con la inexigibilidad del pago de las tasas y contribuciones en la oportunidad debida; la obligación de abonar la tasa de justicia y la contribución del Colegio de Abogados en oportunidad de iniciar la demanda, no constituye por sí sola una denegación al acceso a los tribunales jurisdiccionales.

Se hace imperativo destacar que la directiva constitucional que asegura la gratuidad de los trámites judiciales no ha sido dada en general, sino para quienes carezcan de recursos. Y ello para hacer efectivos los postulados de igualdad ante la ley y defensa en juicio de los derechos. Es por ello que se ha de tener en cuenta el instituto del beneficio de litigar sin gastos consagrado en los distintos Códigos de Procedimientos.

Define Giuliani Fonrouge “*La tasa es una prestación pecuniaria exigida compulsivamente por el Estado, en virtud de ley, por la realización de una actividad que afecta especialmente al obligado, siendo de notar al respecto que la última parte del concepto no significa que la actividad estatal deba traducirse necesariamente en una “ventaja” o “beneficio” individual, sino tan sólo, que debe guardar cierta relación con el sujeto de la obligación, por cualquier*

*circunstancia que lo vincule jurídicamente con el servicio público instituido”.-*

*“Privar el derecho a reclamar judicialmente por imposibilidad de afrontar los gastos de justicia, significaría consagrar una flagrante desigualdad jurídica formal de las partes, sino que exige una igualdad en concreto cuya premisa, ante la justicia, está constituida en el libre acceso a la jurisdicción” (Cám. Civ. y Com. Morón, Sala II, 26/3/96, JA, 1999-IV, síntesis).*

Así también, *“el beneficio de litigar sin gastos tiene por finalidad asegurar la garantía constitucional de defensa en juicio y mantener la igualdad entre los litigantes”.* (CNCom., Sala B, 30/6/98, JA, 2000-III, síntesis).

En el ordenamiento jurídico podemos observar que se busca y logra llegar al beneficio de la defensa (tanto en asistencia y representación), trazando una semejanza con la situación que en la actualidad se configura para el trabajador en el proceso laboral, naciendo así los consultorios gratuitos a cargo de letrados públicos (Defensores de Pobres y Ausentes), en los que se asiste judicial y extrajudicialmente a las clases sociales menos pudientes, como la más perfecta concreción del principio de igualdad y libre acceso a los tribunales. Es un verdadero derecho social a la asistencia jurídica, cuya procedencia debe realizarse en función del caso concreto tomando como base dos elementos, la prudencia y la equidad.

Es por ello que el instituto del beneficio de litigar sin gastos, la defensa que brinda el Ministerio de la Defensa Pública, y los consultorios gratuitos de que brindan los Colegios Públicos de Abogados, tienen como fin no privar el acceso a los Tribunales a aquellos consumidores del Servicio de Justicia que, teniendo genuina necesidad de acudir a él, verdaderamente carecen de medios económicos suficientes para ello.

En nuestro sistema procesal, el beneficio de litigar sin gastos encuentra fundamento en dos preceptos de raigambre constitucional, la garantía de defensa en juicio y la igualdad ante la ley. Ello es así, teniendo en cuenta que por su intermedio se asegura la prestación de los servicios de justicia, no ya en términos formales, sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes. (CNCiv., Sala H, 3/2/03, Lexis, nº 1/5509940).

## ACCESO A LA JUSTICIA EN LA PATAGONIA

Personalmente, entiendo que especialmente en la provincia del Chubut la situación es meritoria en cuanto a la celeridad con la cual trabaja el órgano judicial, en todos sus fueros, a los fines de administrar justicia.

Debo admitir que la informatización de todo el sistema judicial ha contribuido a una mayor celeridad y comodidad no solo para la judicatura, sino también para los demás operadores del derecho, como así también para los justiciables, implicando ello un instrumento más a la accesibilidad de llevar el derecho a los ciudadanos requirentes de él.

Nuestro sistema informático permite, una vez firmada una providencia o realizado un acto de carácter judicial, ingresar por ese medio al conocimiento de las actuaciones en trámite.

Especialmente en el fuero de familia, como bien sabemos impera el principio de reserva a los fines de respetar y preservar la intimidad de las partes, no ventilando la problemática familiar traída al Juzgado, ni quienes se encuentran lamentablemente involucrados en ello. Para lo cual, la informática jurídica del Tribunal Superior de Justicia, ha creado especialmente códigos

de seguridad que solamente permiten el ingreso a las actuaciones, por esa vía, a las partes y a sus letrados patrocinantes o apoderados, y al Ministerio Pupilar en caso de intervención en las mismas, impidiendo la vista del expediente por personas que no tengan que ver con el litigio o cuestión familiar que se ventila, haciendo valer de éste modo lo dispuesto por la *ley V Nro. 108 (Ex ley 5442) art. 5 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos*. Así permite que la excepción que implica para el resto de la población, de acceso libre a un expediente, no lo sea para las partes intervinientes, no vulnerando de ese modo ni el derecho de defensa, ni la igualdad ante la ley, y con ello el debido acceso a la justicia.

Así se accede al expediente que se encuentra en trámite de una manera expedita y sin necesidad de que se tenga que movilizar la persona hasta el Juzgado, posibilitando optimizar el tiempo tanto del propio Juzgado como de las partes y sus letrados.

A modo de conclusión, y siguiendo a **San Agustín**, quien dice, en *“La Ciudad de Dios”*, que la *“paz es la tranquilidad en el orden”*, y que la paz es el fin de nuestros bienes, y para alcanzar dicha paz necesariamente cada cosa debe estar en su lugar, o sea en orden, y ese orden social se logra respetando las leyes, para lo cual es necesario, cuando algún miembro de la sociedad vulnera o quebranta la norma, *acudir y tener acceso a la justicia a los fines de que los órganos jurisdiccionales puedan resolver conforme un criterio de igualdad, restituyendo así esa tranquilidad en el orden, devolviendo la paz a todos los miembros del grupo social*. Y así dice San Agustín *“la paz de los hombres entre sí, es su ordenada concordia. La paz de la casa es la ordenada concordia entre los que mandan y los que obedecen en ella, y la paz de la ciudad es la ordenada concordia entre los ciudadanos que gobiernan y los gobernados”*.

## BIBLIOGRAFIA

- CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.  
Comentado, Anotado y concordado con los códigos provinciales, de Fenochietto (ed. 2001, Tomo II).
- COMPENDIO DE HISTORIA DE LA FILOSOFIA, Traducción de la Quinta Edición Francesa por R. García Blanco, de F.-J. Thonnard, Asuncionista, Profesor de Filosofía, Edición Sociedad de S. Juan Evangelista, Desclée y Cía, Editores Pontificios, París, Tournai, Roma, 1949.
- CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA, Introducción y comentario de Néstor Pedro Sagués, 10ª Edición Actualizada y Ampliada, Editorial Astrea.
- CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA, Comentada y Concordada, de María Angélica Gelli, Tercera Edición Ampliada y Actualizada, Editorial La Ley.
- CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT.
- ETICA A NICOMACO, Libro V de la Justicia, Aristóteles.
- ETICA, Aristóteles, Editorial Andrómeda.
- GARANTIAS CONSTITUCIONALES, ACTIVIDAD PREVENCIONAL Y DERECHOS HUMANOS, de Luis María Desimoni, Editorial Policial. Vol. 308.
- LEY III Nro. 21 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut.
- LEY V Nro. 90 (Ex ley 4920) del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Ley Orgánica Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces.

LEY V Nro. 108 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut. Carta de los Derechos de los ciudadanos.

LA APLICACIÓN DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS EN EL AMBITO LOCAL, LA EXPERIENCIA DE UNA DECADA, de Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (compiladores), Editores del Puerto S.R.L.

LA CIUDAD DE DIOS, de SAN AGUSTIN, Libro XIX, capítulos 11 a 17, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.

LA JUSTICIA Y EL DERECHO, de Tomás D. Casares, Tercera Edición Actualizada, reimpresión, Editorial Abeledo-Perrot.

DERECHO PROCESAL DE FAMILIA, de Jorge L. Kielmanovich, Editorial LexisNexis Abeledo Perrot.

LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. DERECHO CONSTITUCIONAL DE FAMILIA, Comentada, Anotada y concordada, de Andrés Gil Dominguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Editorial Ediar.

MANUAL DE DERECHO PROCESAL, de Areal – Fenochietto, ed. 1970, tomo 2.

MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL, de Lino Enrique Palacio, Decimooctava Edición Actualizada, Editorial LexisNexis – Abeledo Perrot.

RECHAZO IN LIMINE DE LA DEMANDA. Arazi, Roland, Publicado en LA LEY 1994-B, 1152.

SUMA TEOLOGICA 2ª, 2ª, q. 61, art. I.

TEOLOGIA MORAL PARA SEGLARES, TOMO I, MORAL FUNDAMENTAL Y ESPECIAL, de Antonio Royo Marin, Biblioteca de Autores Cristianos.



## LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA APERTURA NO POSITIVISTA DE SU ART. 33<sup>1</sup>

POR JUAN MATÍAS GONZÁLEZ MAZZIOTTI: ABOGADO POR LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA, SAN JUAN BOSCO. MAESTRANDO (MAESTRÍA EN MAGISTRATURA Y DERECHO JUDICIAL/FACULTAD DE DERECHO/UNIVERSIDAD AUSTRAL). PROSECRETARIO ADMINISTRATIVO EN LA SECRETARÍA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL DEL JUZGADO FEDERAL DE RAWSON/PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN.

### I. INTRODUCCIÓN

Las líneas que a continuación verteré tienen por objeto advertir, a los estudiosos y a los operadores jurídicos, que a través del artículo 33 de la Carta Magna el constituyente argentino pensó al Derecho como un sistema jurídico “débil” o “abierto”, cuyo contenido real excede las disposiciones positivas de la propia Constitución Nacional, de los tratados internacionales y de las demás normas infraconstitucionales. Esta concepción tiene, a mi juicio, notables implicancias no sólo en el plano teórico sino también en el plano de las decisiones judiciales, y enmarca al sistema argentino en el modelo del Estado de Derecho Constitucional. En este contexto, los jueces desempeñan un papel preponderante en la definición del derecho.

### II. LOS “DERECHOS IMPLÍCITOS”: EL ART. 33 DE LA C.N. COMO ESCOTILLA JURÍGENA

El art. 33 de la C.N. consagra los denominados “**derechos implícitos**” o “**derechos no enumerados**” en estos términos: “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”.

La norma transcrita fue incorporada al texto constitucional a través de la reforma operada en el año 1860 y la doctrina reconoce como su antecedente más asequible la enmienda IX de la Constitución Norteamericana, que vino a suplir la omisión del constituyente estadounidense de incluir un catálogo de derechos en la letra de la Ley Suprema: “*Cuando se sancionó la Constitución norteamericana en 1787, no se incluyó en su texto ninguna declaración de derechos. La decisión tenía por objeto evitar que una enunciación, necesariamente limitada, dejara en el olvido algún derecho propio de las personas que luego el gobierno no reconociese. Pero en 1789 se propusieron las diez primeras enmiendas conocidas como Ley de Derechos de la Constitución. Entre ellas, la IX dispuso que “la enunciación de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada como la denegación o el menoscabo de otros retenidos por el pueblo”. En la norma se plasmó la concepción iusnaturalista que predica la existencia de derechos anteriores a cualquier organización estatal, ligada al principio de soberanía del pueblo*”.<sup>2</sup>

En la norma constitucional argentina, así como en su antecedente norteamericano, se puede apreciar el espíritu del constitucionalismo liberal surgido en la postrimería del Siglo XVIII, caracterizado por el realce del

hombre como sujeto de derechos frente al Estado, siempre obligado al respeto y satisfacción de tales prerrogativas.

La fórmula “*que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*” escogida por el constituyente de 1860 alude, a mi entender, a la noción del hombre como preexistente a toda organización estatal y que, como tal, es titular de derechos anteriores a la conformación del Estado como autoridad creadora de derecho.

En esta dirección María Angélica Gelli, citando un pasaje del Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución de 1853, destacó: “*los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derechos de los pueblos que conservando su independencia se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política, y del fin que cada individuo tiene derecho a alcanzar*”<sup>3</sup>.

Ahora bien, dentro de la estructura del ordenamiento normativo, la cláusula bajo estudio provoca un efecto notable: la apertura de la puerta cimera del sistema jurídico hacia fuentes del derecho apriorísticamente inconmensurables. En efecto, si se entiende a los llamados “derechos implícitos” como aquellos inherentes a la naturaleza y libertades del hombre, anteriores al Estado y que existen independientemente de su reconocimiento normativo “explícito”, entonces se amplía sensiblemente el contenido del sistema jurídico a tal punto que resulta imposible establecer su dimensión real con la taxatividad y exhaustividad tan preciadas para el positivismo decimonónico y kelseniano.

Es que admitir la existencia de derechos individuales, valores o principios, fundados en la esencia humana e indiferentes a su declaración normativa por parte de la autoridad estatal con potestades constituyentes, implica el reconocimiento de un sistema de derecho cuyo contenido no se agota en la enumeración de derechos y garantías de la Ley Suprema (y demás normas inferiores que la reglamentan), sino que trasciende los márgenes literales de la constitución, dinamizándose y actualizándose de acuerdo a las necesidades de los hombres y a la evolución de los tiempos y de las valoraciones de la sociedad.

“*Parece claro que los principios y derechos humanos tal cual han sido caracterizados, no es posible enumerarlos exhaustivamente; más aún, los mismos Tratados indican que la noímina de aquellos es sin perjuicio de cualquier otro que pudiera derivarse de la dignidad humana, la democracia, el bien común, etc. La experiencia jurídica confirma esa capacidad que tienen unos principios o derechos humanos en generar otros más específicos. Por eso un jurista del EDC (Estado de Derecho Constitucional) debe asumir esa posibilidad como para ir derivando o descubriendo nuevas respuestas jurídicas que remitan a nuevos principios o derechos*”.<sup>4</sup>

A la luz de lo expuesto en los párrafos que anteceden, hay que admitir que la idea de un sistema jurídico de contenido, en abstracto, incierto, sin lugar a dudas resulta un “disparate” para el iuspositivismo que se empecina con la muletilla de la “seguridad jurídica”. Sin embargo, el contenido del derecho resulta determinable en concreto, es decir, se define y adquiere certeza en el caso específico y siempre de acuerdo a las particularidades y necesidades de éste. Y en este esclarecimiento jurídico, como más adelante insistiré, los jueces asumen un rol estelar.

En otro orden de ideas cabe detenerse, aunque más no sea un instante,

en la utilidad que la cláusula constitucional del art. 33 tuvo y tiene en la práctica.

Antes de la reforma a la Carta Magna argentina de 1994, y previo a la “explosión” de los tratados internacionales de derechos humanos, el artículo bajo estudio era la llave maestra para invocar la existencia de determinados derechos que, aunque en muchos casos nadie discutía su relevancia y existencia en el mundo jurídico, no estaban reconocidos en la literalidad del texto constitucional e infraconstitucional (v.g. derecho a la vida, a formar una familia, etc.). Así, por ejemplo, en el año 1986 la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho a casarse de las personas divorciadas, declarando la inconstitucionalidad de la Ley de Matrimonio Civil que vedaba tal alternativa<sup>5</sup>, en un precedente destacable en atención a la fuerza que por entonces tenían las concepciones iuspositivistas.

Con el advenimiento del auge del derecho internacional de los derechos humanos, se produjo un profundo y detallado reconocimiento de catálogos de derechos y principios en los textos de los tratados internacionales y regionales. A este fenómeno no estuvo ajena la República Argentina que asistió, a partir de la reforma de 1994, al reconocimiento explícito en el texto constitucional de los denominados derechos “colectivos” o de “tercera generación” (v.g. a la paz, a un medio ambiente sano, de los usuarios y consumidores, etc.)<sup>6</sup>, y a la incorporación, al denominado Bloque de Constitucionalidad Federal, de los tratados de derechos humanos.<sup>7</sup>

Frente a este panorama, pareciera ser que el dispositivo del art. 33 quedó privado de toda utilidad práctica, pues con el reconocimiento explícito y pormenorizado de derechos humanos y principios, operado en las instancias más altas del ordenamiento normativo, podría razonablemente suponerse que no ha quedado lugar para la existencia de algún otro derecho no enumerado. Sin embargo, cabe desechar tal conclusión. Es cierto que el avance del denominado derecho internacional de los derechos humanos, traducido en el alumbramiento de instrumentos universales y regionales que consagran el reconocimiento de amplias enumeraciones de derechos, y en la inclusión de derechos humanos en los textos constitucionales, ha develado mucho del, hasta hace poco, indefinido contenido jurídico de los derechos implícitos del art. 33, pero ello para nada ha suprimido su virtualidad y provecho pues, sostengo, el contenido del derecho no se agota en la letra de la constitución ni en la de los tratados.

En esta inteligencia, el Címero Tribunal Nacional echó mano a la mencionada cláusula incluso después de la última reforma constitucional: *“Existe cuestión federal suficiente si la defensa pone en discusión el alcance de la garantía de juez imparcial reconocida dentro de los derechos implícitos del art. 33 constitucional, y que se deriva de las garantías de debido proceso y de la defensa en juicio establecidas en el art. 18 de la Constitución Nacional y consagrada expresamente en los artículos: 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos -que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional”*.<sup>8</sup>

Como anticipé en la introducción, considero que el artículo constitucional analizado consagró, anticipándose a la evolución que posteriormente experimentarían las concepciones iusfilosóficas sobre el derecho y el Estado, la adecuación del sistema jurídico argentino al modelo de Estado de Derecho Constitucional, por cuanto deja atrás el normativismo característico del Estado

de Derecho Legal, de corte positivista, y le abre las compuertas a los principios que, de la mano del jurista, ingresan al sistema jurídico para nutrirlo y darle sentido en cada caso concreto. Estos principios son inagotables, pues de ellos emanarán nuevos principios que responderán a las singularidades de las situaciones particulares que se presenten.

“Los principios son derecho en potencia o respuestas implícitas que requieren del aporte del jurista para que se incorporen al derecho vigente”.<sup>9</sup>

En definitiva, considero que la concertación de los tratados internacionales de derechos humanos, y la incorporación al texto constitucional argentino de los llamados “nuevos derechos y garantías”, coadyuvan en la determinación y definición del contenido de los derechos implícitos contemplados en el art. 33 de la C.N., pero no lo agotan. Siempre, por vía de este dispositivo constitucional, existirá la posibilidad de que, frente a casos concretos y originales, el jurista descubra nuevos derechos, valores o principios preexistentes, relativos a la naturaleza del ser humano e indiferentes al reconocimiento de la autoridad estatal.

### **III. LA APERTURA SISTÉMICA DEL DERECHO: EL ART. 33 COMO EMBATE CONTRA EL “SISTEMA FUERTE” KELSENIANO**

Como sin mayores esfuerzos se colige de lo expuesto precedentemente, ya en 1860 el dispositivo constitucional del art. 33 les abrió las puertas del ordenamiento jurídico a principios, valores o derechos humanos de imposible enunciación taxativa. Este modelo escogido por el constituyente permite reflexionar, desde el plano lógico jurídico de la filosofía del derecho, y con el anacronismo como recurso comparativo, sobre su franca discordancia con el sistema jurídico que varias décadas después postuló el maestro vienés Hans Kelsen.

Kelsen se propuso alumbrar una teoría pura, objetiva y precisa de la ciencia jurídica<sup>10</sup>, y en ese marco ensayó su propuesta de un sistema jurídico FUERTE.

En apretada síntesis podría decirse que el esquema lógico que el profesor austríaco propugnó y formuló, con una estructura piramidal, se sostiene en cuatro pilares argumentales: a) Contenido: adentro del sistema jurídico sólo hay normas reducidas a meras estructuras lógicas (juicios hipotéticos) cuya juridicidad está dada por la “coerción” como consecuencia; b) Jerarquización: adentro de la pirámide normativa, las normas que la componen poseen distinta jerarquía en función de su “generalidad” (las normas más generales cuentan con mayor jerarquía que las menos generales); c) Completitud: el sistema no tiene lagunas gracias a la “norma de clausura” (todo lo que no está prohibido, está permitido); y d) Unidad: permite la identificación de la pertenencia de una determinada norma al sistema jurídico, mediante la indagación acerca de su “cadena de validez” (en definitiva, el manantial del que brotan todas las normas de un sistema es la primera constitución). También se menciona la “coherencia” como quinta característica del sistema kelseniano. Si bien no es posible su atribución incuestionable al jurista vienés, lo cierto es que aparece como una derivación razonable del esquema lógico FUERTE propuesto por aquél. En definitiva, y más allá de las suposiciones sobre su autoría, la “coherencia” es la herramienta con la que el positivismo pretende superar las contradicciones normativas (antinomias) dentro del sistema, y opera a través de los criterios de “jerarquía”, “temporalidad” y “especialidad”.

Pues bien, el escenario jurídico que plantea la consagración constitucional

de un dispositivo como el del art. 33 de la C.N., presenta rasgos diametralmente opuestos a los del sistema kelseniano.

En primer lugar, la remisión que la norma hace a los derechos que dimanar del “*principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”, implica el reconocimiento de ciertos valores, principios o derechos humanos anteriores a la conformación del Estado, y cuya génesis se halla en la naturaleza del hombre y en su dignidad como persona sujeto de derechos por su sola condición de tal. Esto en concreto supone la apertura del sistema jurídico hacia nuevas dimensiones jurígenas, permitiendo la incorporación de fuentes que no dependen del constituyente, a quien trascienden. Estos principios que se reconocen por vía del art. 33, adquirirán determinación y virtualidad a partir de la labor que el jurista despliegue en aras de satisfacer las respuestas exigidas por el caso concreto.

Con relación a la “jerarquización” que caracteriza al sistema kelseniano, la esencia de la cláusula constitucional bajo estudio exige relativizar la aludida noción positivista. Es que los principios o derechos humanos que se filtran por la escotilla que abre el art. 33 son insusceptibles de gradación *en abstracto*, por cuanto las conductas humanas son tan dinámicas en su evolución y las relaciones intersubjetivas son tan diversas, que resulta inútil e irrazonable jerarquizar *a priori* los bienes que son valiosos para la sociedad. En cambio, los principios requieren una ponderación *en concreto*, ello dado que son lo que Robert Alexy llama “mandatos de optimización”:

*“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no sólo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no sólo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios”.*<sup>11</sup>

Con respecto a la “completitud” del sistema jurídico (que Kelsen cree lograr a través de la “norma de clausura”), el art. 33 de la C.N. habilita la posibilidad de que, ante la ausencia de reconocimiento constitucional expreso, el jurista complete el sistema acudiendo a los derechos o principios implícitos inherentes al hombre. Es decir, la cláusula 33 de la Carta Magna propicia la ausencia de lagunas en el ordenamiento jurídico, pues le brinda al jurista el acceso a la constelación de principios que, en definitiva, le darán la respuesta exigida por el caso particular. En definitiva, cualquier eventual laguna del derecho positivo argentino puede, y debe, ser superada por vía jurisprudencial gracias a los principios que, desde la reforma constitucional de 1860, se incorporan al sistema jurídico argentino bajo la denominación de derechos implícitos o no enumerados.

En cuanto a la “unidad”, cabe poner de resalto que el sistema jurídico que queda estructurado a partir de la acogida de los principios que se introducen por la ventana del ático que deja abierta el art. 33 bajo análisis, es incompatible con la indagación acerca de la cadena de validez de aquellos “mandatos de optimización”. Ello es así pues, como se apuntó *ut supra*, no dependen del constituyente, sino que lo trascienden. Los principios provienen de un derecho preconstitucional y, por ende, su génesis debe buscarse más allá del constituyente.

En suma, la pertenencia o no de un determinado principio al sistema

jurídico dependerá de las particularidades del caso cuya solución en concreto debe procurar el jurista.

Finalmente, y en lo que a la “coherencia” se refiere, las cosas tampoco son como en la estructura sistémica propuesta por Kelsen. Frente a una situación concreta, las discordias entre principios no se sortean mediante el empleo de criterios apriorísticos, sino a través de la ponderación racional del jurista. Además, existe otra diferencia notable con las alternativas que ofrece el sistema positivista: en el esquema jurídico que se plantea a partir del dispositivo 33 de la C.N., la preeminencia, en el caso, de un principio respecto de otro, no suprime a éste del ordenamiento. Sólo lo desplaza provisionalmente.

En este sentido Rodolfo Vigo, aludiendo a la teoría principialista de Dworkin, dijo: *“Uno de los criterios que emplea el actual profesor de Oxford para distinguir entre principios y normas es que cuando éstas se contradicen, hay que optar por una de ellas lo que a su vez implica que la otra queda expulsada del ordenamiento jurídico. En cambio cuando las tensiones se dan entre principios, la preferencia de uno no trae aparejada la muerte jurídica del otro, sino simplemente su desplazamiento circunstancial por lo que nada impide que en un nuevo caso futuro la preferencia sea distinta”*.<sup>12</sup>

En conclusión, el sistema jurídico argentino que, desde la incorporación del art. 33 en el año 1860, emerge de la inteligencia de nuestro texto constitucional es un sistema “abierto” o “débil”, en el que no sólo existen normas positivas sino que también se integra con principios, valores o derechos humanos implícitos que, no estando enunciados normativamente, emergen de la naturaleza, dignidad y libertades del hombre. Un sistema jurídico tal es inconmensurable en abstracto. Lo precisa y define el jurista en cada caso.

#### **IV. LOS JUECES COMO ACTORES PROTAGÓNICOS EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO**

Como lógica derivación de las ideas sucintamente expuestas en los pasajes que anteceden, la figura del juez adquiere preponderancia en la determinación del contenido de los derechos no enumerados, en principio, y del sistema jurídico, en definitiva.

Es el jurista quien, frente al caso concreto, debe desatarse de pautas apriorísticas y, auscultando la constelación de principios accesible por vía del art. 33 de la C.N., abocarse a la búsqueda de la mejor solución posible de acuerdo a las particularísimas características y exigencias de la situación que tiene en sus manos.

En su cometido, el jurista no debe acotar su exploración a la literalidad de las normas positivas, sino que debe efectuar un abordaje superador y racional, indagando en la naturaleza del hombre, en su dignidad y libertades, en el bien común, en las valoraciones sociales, en las tradiciones, ello con la “discrecionalidad” que permite el caso. Pero esa “discrecionalidad” no debe ser entendida como “arbitrariedad”, sino como una facultad para decidir libremente pero con prudencia, dando razones sensatas y atendibles, ajustándose estrictamente a las características de la situación concreta a solucionar, con consideración de todas aquellas circunstancias que la rodean, siempre dentro de indispensables márgenes morales. Los principios, valores o derechos humanos tienen un incuestionable contenido moral que jamás debe soslayarse.

*“El jurista del EDC, si pretende conocer y operar el derecho, no puede prescindir de otras dimensiones de la realidad, especialmente*

*de la moral. Es que —al decir de Alexy— sobre el derecho opera un límite moral (“la injusticia extrema no es derecho”), pero también circula la moral en su interior dado que los principios son “contenido moral y forma jurídica” (o en Dworkin “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”). (...) Si bien el operador debe respetar la lógica formal, su trabajo más significativo en el EDC está en el terreno de la “ponderación” de los principios o en la tarea de la justificación “externa” del discurso jurídico, en donde además de derecho hay otros saberes. En definitiva, la dimensión teleológica que supone la Constitución y el EDC en general impone al jurista contar con una razón idónea para valorar las respuestas jurídicas disponibles y esforzarse por encontrar la mejor y argumentar en su respaldo”.<sup>13</sup>*

## V. CONCLUSIÓN

La reforma constitucional operada en 1860 fue realmente innovadora y adelantada para su época pues, superando los prejuicios positivistas por entonces reinantes, alumbró una cláusula constitucional tan superadora como la del art. 33.

El reconocimiento de los “derechos implícitos” o “no enumerados”, preexistentes a la organización estatal y con génesis en la naturaleza del ser humano, deriva en la feliz apertura del sistema jurídico hacia principios, valores o derechos humanos que nutren su contenido con justicia, equidad; en definitiva, con moralidad.

A mi criterio, la trascendencia del art. 33 de la C.N. es mayor que la de la incorporación de “nuevos derechos y garantías” y de tratados internacionales de derechos humanos al Bloque de Constitucionalidad Federal, dispuesta por la reforma de 1994. Es cierto que esto último aporta criterios valiosísimos para la ulterior especificación del contenido de los derechos implícitos, pero para nada lo agotan. Éste trasciende los límites literales de la Constitución Nacional y de los instrumentos internacionales.

La cláusula 33 de la Carta Magna hace más humano al derecho, porque resalta la preeminencia del hombre en tanto hombre, del hombre como sujeto preexistente al Estado y titular de derechos anteriores a éste, de los que goza con prescindencia de cualquier acto de reconocimiento estatal. Y en esa humanización del derecho, en ese esclarecimiento del contenido del sistema jurídico, en ese enaltecimiento del hombre frente al Estado, en esa convocatoria y ponderación de principios inherentes a la esencia y dignidad humanas, cumple un rol trascendente el juez.

El juez, en cada caso concreto, esclarece el contenido del derecho *a priori* inacabado. Para afrontar esa labor trascendente, debe obrar con una sabia discrecionalidad y prudencia, ajustándose a límites morales infranqueables y dando argumentos racionales que cimienten sus decisiones y, a la vez, que lo legitimen frente a la sociedad.

A la luz de todo lo expuesto, el Derecho Judicial aparece como el perfeccionamiento del derecho mismo, y el juez como el garante último de la vigencia de los derechos humanos y de la justicia, en un Estado de Derecho Constitucional.

## Notas:

---

<sup>1</sup> Trabajo presentado en junio de 2012 en el marco de la Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

<sup>2</sup> GELLI, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina*. La Ley. Buenos Aires. 2008. Tomo I. Pág. 484.

<sup>3</sup> GELLI, María Angélica. *Idem*. Pág. 485.

<sup>4</sup> VIGO, Rodolfo Luis. “*Fuentes del derecho. En el estado de derecho y el neoconstitucionalismo*”. Diario La Ley del 24/02/2012.

<sup>5</sup> C.S.J.N.. “*Sejean c. Zack de Sejean*”. Fallos 308:2268 (1986).

<sup>6</sup> Arts. 36 a 43 de la C.N..

<sup>7</sup> Art. 75 inc. 22 de la C.N..

<sup>8</sup> C.S.J.N.. “*Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones*”. Fallos 328:1491 (2005).

<sup>9</sup> VIGO, Rodolfo Luis. “*Fuentes...*”.

<sup>10</sup> Cfr. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 2009. Pág. 13.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa Editorial. Buenos Aires. 2008. Pág. 162.

<sup>12</sup> VIGO, Rodolfo Luis. “*Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994)*”. ED, 180-1408.

<sup>13</sup> VIGO, Rodolfo Luis. “*Fuentes...*”.



## LA VÍCTIMA EN EL PROCESO DE PERSECUCIÓN PENAL ACUSATORIO

POR DANIEL SCHULMAN: PSICÓLOGO. ESPECIALISTA EN CRIMINOLOGÍA. MAESTRANDO EN CRIMINOLOGÍA. INTEGRANTE DEL DEPTO. DE PSICOLOGÍA JURÍDICA/FORENSE DEL ETM DE LA PROCURACIÓN GENERAL DE CHUBUT. CANDIDATO AL DOCTORADO EN PSICOLOGÍA POR LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA (ESPAÑA).

### INTRODUCCIÓN

El lugar que la víctima como figura jurídica y social ha tenido en las sociedades a lo largo de la historia, ha ido cambiando conforme han variado las prácticas sociales, los intereses de la ciencia, los movimientos políticos, las legislaciones, y las estructuras de las diversas sociedades.

La importancia del lugar asignado a la víctima desde la antigüedad hasta el medioevo es sin duda una clara muestra de que no siempre ésta ha tenido de parte de la sociedad y el Estado signos de indiferencia y desconsideración. Más bien su lugar ha sido notoriamente tenido en cuenta en las prácticas de las comunidades y más tarde en la escritura de sus códigos normativos y regulatorios.

En relación a esto Elías Neuman (Neuman, 1984) describe el lugar basal otorgado a la venganza como reacción propia y consecuente supuesta a la víctima de un daño como uno de los actos restitutivos de su bienestar. Así, el autor realiza un recorrido por la evolución de la venganza como elemento compensatorio ubicando el pasaje de ésta del ámbito privado al público con su consecuente efecto de vaciamiento de goce y su plus de regulación. El pasaje de la venganza privada (a manos de la víctima) a la esfera de la retribución comunitaria está suficientemente ilustrado por la lectura que el autor realiza del código de Hammurabi donde se institucionaliza la Ley del Talión –ampliamente difundida la proporción establecida por su normativización: “ojo por ojo, diente por diente”-. Dicha regulación social de la venganza y del castigo tiene la particularidad de introducir un código, esto es, un sistema de relaciones, una tipificación de las proporciones correspondientes, de la relación y las razones -en el sentido matemático del término- entre el daño inflingido a la víctima y la compensación para la misma.

Por otra parte, y siendo esto tal vez la peculiaridad mayor, el código desliga a la víctima el manejo de la acción del castigo y se la delega a una terceridad: introduce la figura de un juez imparcial, quien tendrá a su cargo la aplicación de la regulación explicitada. De esta manera, la restitución a la víctima y el castigo al ofensor pasa de la esfera privada a la pública con su concomitante efecto de ordenamiento social.

Ahora bien, este pasaje de lo privado a lo público que se hubo logrado como un alcance de la evolución del pensamiento y de las prácticas sociales asiste hoy día a una profunda conmoción que torna toda regulación como más inconsistente y lábil. De la conquista del ámbito público la figura de la víctima pasa al olvido y la desatención sepulcral. Con el advenimiento de la criminología y su repercusión en el foro legislativo, el interés de la comunidad y el Estado comienza a recaer en la figura del delincuente o criminal que captura con el despliegue de su accionar las elucubraciones del pensamiento

científico y político. El discurso contemporáneo focaliza sobre él su atención y entonces la ciencia y el Estado mancomunan esfuerzos para responder a un interrogante crucial: “¿qué hacer con él?”.

En medio de este desolador panorama institucional, cuando la violencia ha estallado las categorías tradicionales del crimen, la víctima vuelve a hacer su aparición.

Tal vez sea hora entonces de volverla a tomar en consideración y darle un lugar en el centro del debate, y su lugar dentro del proceso penal, más específicamente la persecución penal.

A partir de este somero recorrido realizado por lo que podría nombrarse como los avatares y las vicisitudes del lugar de la víctima en la historia, proponemos promover la dignificación de su lugar y la reivindicación de su reclamo en pos de plantear una necesaria consideración de los efectos que en ella dejan los actos lesivos y delictuales como así también el desentendimiento estatal y comunitario.

Intentaremos entonces abrir alguna vía de interrogación posible respecto del abordaje victimológico dentro de la persecución penal, no sólo desde el punto de vista psicoterapéutico, sino también el papel, (necesario a veces; excesivo otras), dentro de la investigación judicial propiamente dicha.

## **IMPORTANCIA DEL TEMA**

La víctima ha sido de alguna manera corrida de la escena de la persecución penal en determinadas épocas, siendo la principal damnificada en el delito que se ha cometido y que precipita tal persecución. Demás está decir, que la víctima de homicidio no tiene cabida, porque precisamente ha dejado de existir; pero la contraparte familiar de la misma, tiene todo el derecho de conocer cómo evoluciona la investigación de la muerte del occiso.

Por lo tanto, en los albores de un nuevo paradigma en lo que hace a la persecución penal, es interesante analizar qué lugar se le otorga a la víctima dentro de este nuevo paradigma, conocido como “sistema acusatorio”. Paradigma encarnado funcionalmente en la figura y estructura del Ministerio Público Fiscal.

Si bien han existido experiencias muy interesantes dentro del paradigma anterior de persecución penal, lo cierto es que el paradigma actual que progresivamente se viene instalando le da un lugar preponderante a la víctima, tanto a nivel jurídico como psicoterapéutico – asistencial.

El objetivo es precisamente ese: analizar el lugar que tiene la víctima dentro del nuevo paradigma, como así también compararlo con el lugar asignado en el paradigma anterior.

## **FUNDAMENTOS - ANTECEDENTES**

Dijimos más arriba que el lugar asignado a la víctima por parte del Estado ha variado a largo de la historia. En efecto, la cuestión penal se ha visto modificada con el transcurrir de los años, y en función de eso, la figura de la víctima ha sido entendida de diversas maneras. Es decir, que de acuerdo a las prácticas penales de cada sociedad y en cada momento histórico, se corresponde una concepción de la víctima de manera diferente.

Son interesantes los aportes de Michel Foucault (Foucault, 2004) que van en esta vía. Tenemos antecedentes donde la cuestión penal era un asunto entre privados y el Estado sólo participaba (cuando lo hacía) como un árbitro entre las partes en litigio.

En efecto, en la antigüedad, no se conocía la categoría de “delito”, ni mucho menos de “infracción”, como una conducta prohibida y penada cuando era cometida; no sólo a nivel jurídico, sino también social. Es decir, que el hecho de cometer determinadas que hoy son calificadas como delitos, no generaban reacción en la sociedad (en algunos casos) como así tampoco en el Estado.

Tal es así, que en la antigüedad, en este ámbito, podemos hablar de “daño”, como una conducta que afecta a otro en una relación de iguales; relación que supone una contrapartida por parte del damnificado o familiares del mismo. La víctima, en este caso, era la dueña del conflicto: ella podía decidir qué hacer y cómo reaccionar frente al agresor, ya que el Estado medieval intervenía como un intermediario o árbitro en la reacción de la víctima hacia su agresor.

El conflicto, en este caso, era un *conflicto entre privados*. El Estado y la sociedad en general no se sentían agredidos ni injuriados frente a la comisión de una conducta pasible (en la actualidad) de ser considerada delito.

Tal es así, que en muchos casos se recurría al resarcimiento económico frente al daño producido a la víctima. Es decir, que el intercambio económico venía de alguna manera a reparar el daño producido, en determinados casos.

No obstante este movimiento de dinero entre particulares, es el Estado soberano de la época medieval el que se percibe que el conflicto genera un movimiento “natural” en la economía, y por lo tanto, el conflicto pasa de la faz privada a la faz pública, siendo el Estado el que opta por monopolizar la reacción frente al conflicto. En función de esto, comienza a instrumentarse una burocracia estatal cuya función es lograr un entramado funcional que apunte a representar al Estado en la reacción frente al conflicto, y su posterior resolución. Tal es así que incipientemente se instala la figura de lo que luego se conocerá como “Fiscal” y los consiguientes Tribunales de Justicia.

Pero continuemos con este punto anterior, siguiendo al mencionado autor. En efecto, en la acción de daño hacia la víctima, no hay acción pública. La acción penal está caracterizada por un enfrentamiento o duelo entre dos o varios privados, en donde uno fue ofendido por otro, y el ofendido reclamaba una reparación hacia el otro; reparación, que como dijimos antes, podía materializarse a través de un resarcimiento económico.

Por lo tanto, en la antigüedad, la víctima era la dueña de su conflicto, del daño que le confirió otro, y por ende, la dueña de ejecutar la acción que le resultara más conveniente para sentirse retribuida por la ofensa sufrida.

Según Foucault (Foucault, 2004), desde una óptica genealógica, esta fue la razón principal por la cual el Estado se apropió del conflicto: el movimiento de dinero y su consiguiente acumulación hacia el Estado mismo. O sea, que a partir de que la estatización del conflicto, es el Estado quien comienza una acumulación de capital que proviene de este ámbito hacia sus arcas. Es el Estado Feudal, medieval, el que se hará cargo de la acción penal como una “estatización del conflicto”, ubicando a la víctima en un lugar desdibujado, nebuloso, donde su único rol será el de fuente de información para el esclarecimiento del hecho.

Como nos dice Foucault al respecto, que la justicia ahora no será más un “pleito entre individuos”. Las partes (víctima y victimario; agresor y ofendido; etc.) deberán someterse desde este momento a un poder exterior (el Estado Soberano Feudal) que se impone como Poder Judicial.

En el derecho romano, la figura preponderante y nueva, la “vedette” de la nueva escena jurídica es el *procurador*, cuya función es representar al soberano donde se cometa la *infracción* que desencadene el proceso judicial. En efecto, quien se siente injuriado es el Soberano, y el procurador es el

que reacciona en su nombre frente a determinados hechos, ahora sí, tipificados como tales.

Como vemos, es la víctima ahora la que queda por fuera de este entramado judicial, siendo que no tiene voz ni voto en dicho proceso. En efecto, anteriormente, como se desarrolló más arriba, era la víctima quien podía o no solicitar una reparación. Ahora, es el Estado Soberano quien la solicita. Y el modo en que un agresor puede reparar al mismo es a través de las diversas penas que se estipulan para las diversas conductas consideradas infracciones.

Ahora victimario y pena serán los elementos que más se tendrán en cuenta en el incipiente sistema de persecución penal que se estará instalando.

Con una evolución que no es objeto de presente desarrollar, este sistema de persecución penal hasta el iluminismo y en la modernidad, alcanzará exponentes interesantes, cada vez más humanitarios, cada vez más científicos, aunque habrá un denominador común: la víctima no es dueña del conflicto y el esfuerzo estatal quedará encauzado únicamente hacia el esclarecimiento del hecho (ahora delito) y la condena del agresor.

Pues bien, no hace falta profundizar acerca de todos los esfuerzos científicos que ha hecho la Criminología en todas sus ramas desde mediados de 1800 para responder a la pregunta de “¿por qué un sujeto delinque?”. Con mayores aciertos, con mayores errores, cada escuela científica ha intentado responder tal interrogante, dejando de lado la cuestión victimológica, hasta que la misma es vuelta a poner sobre el tapete de la discusión científica, primero; y estatal – social, después.

Por lo tanto, varios han sido los autores que han producido en este ámbito, desde ópticas diferentes, y con intereses diversos, arribando a resultados de los más disímiles. Igualmente, lo interesante de esto, es que el delincuente ya no pasa a ser el único personaje del proceso penal o del ámbito de la criminalidad, sino que la víctima también empieza a ser tenida en cuenta.

Antes se pasar al apartado anterior, es importante señalar que todo este recorrido histórico de prácticas penales, ha arribado a un punto en muchos países del mundo, donde los sistemas de justicia comenzaron cambios sustanciales profundos. Tal es el caso de la justicia restaurativa, o bien, el caso que nos interesa en el presente, el sistema penal acusatorio, con su vertiente doble del Ministerio Público Fiscal: reaccionar, como representante del Estado frente a la comisión de un delito, y proporcionar asistencia psico – asistencial y jurídica a las víctimas de estos delitos que precipitan su reacción.

## **DESARROLLO DEL TEMA**

Hemos visto someramente cómo evolucionó el lugar conferido a la víctima en el proceso penal. Hemos visto cómo ha pasado de ser la dueña de la reacción frente al daño, a ser la damnificada, agredida, injuriada, etc., sin tener cabida en el proceso penal.

Ahora bien, con el sistema de persecución penal acusatorio, es la víctima un elemento importante en dicho proceso.

En la actualidad, la Victimología tiene una tradición de producción de conocimiento científico importante. Se han instituido equipos técnicos de profesionales que buscan contener a las víctimas de delitos en todo el país (Argentina), con el respaldo del accionar estatal en todos sus poderes. Lo

que aquí nos interesa igualmente, es el Poder Judicial; más específicamente el Ministerio Público Fiscal.

No obstante lo anterior, es una marcada tendencia ir desglosando los equipos técnicos en especializaciones cada vez más complejas y determinadas, siendo que en Argentina hoy contamos con equipos técnicos de auxiliares de la Justicia Penal en todos los momentos que conlleva la reacción penal. Es decir, persecución penal; elevación a juicio; ejecución penal.

El sistema de persecución penal acusatorio ha introducido una figura novedosa en el proceso penal, conocida como “querellante”. Es el querellante un letrado que designa la víctima (o familiar de la víctima) para seguir de cerca la investigación judicial, e incluso, con facultades similares en algún punto a las de los fiscales, con el fin de aportar pruebas e informar a su patrocinado acerca de la evolución de dicha investigación.

Es decir, que ahora la víctima (o familiar de la misma) a través del letrado patrocinante que se constituye como querellante, tiene un rol activo en la persecución penal, pudiendo aportar datos, pruebas, peritos, etc., siempre hacia el logro del objetivo de la verdad jurídica y la resolución del caso que se investiga.

En efecto, el Ministerio Público Fiscal, si bien tiene en este sistema el monopolio de la reacción estatal y no puede ser suplido, también debe convivir (cuando así sucede) con los aportes que la víctima pueda hacer al proceso de persecución penal.

Por otro lado, encontramos (y acá nos metemos de lleno con el caso del Ministerio Público Fiscal de la provincia del Chubut) que el Ministerio Público Fiscal también es garante de la atención psicoterapéutica y jurídica a la víctima.

A tales fines, se han instituido (desde hace varios años) los “Servicios de asistencia a la víctima del delito” en el marco del Ministerio Público Fiscal cuya función es brindar asistencia integral a las Víctimas del Delito y a los Testigos, facilitando su participación activa en el proceso penal.

El mismo tiene oficinas en todas las Oficinas del Ministerio Público de la Provincia del Chubut (es decir, en todas las Fiscalías), las cuales están conformadas por profesionales psicólogos, abogados, y trabajadores sociales, que en forma interdisciplinaria ofrecen a las víctimas:

- *Asesoramiento Jurídico.*
- *Asistencia y Gestión Social.*
- *Asistencia Psicológica.*
- *Acciones de carácter Preventivo, desarrolladas desde el “Área Procomunidad”, tales como: capacitación, concientización, difusión y sensibilización de la problemática victimológica. Esta función, si bien no se interviene directamente sobre la víctima, sí aporta al tratamiento de la misma por parte de la sociedad.*

### **Derechos de las Víctimas, en sistema penal acusatorio de Chubut**

El Código Procesal Penal de la Provincia de Chubut<sup>1</sup>, en su Art. 99 establece los siguientes derechos para las víctimas del delito:

- *A recibir un trato digno y respetuoso y que se han mínimas las molestias derivadas del procedimiento.*
- *A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación.*
- *A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes y a ser asistida en forma integral y*

*especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social.*<sup>2</sup>

- A intervenir en el procedimiento penal y en el juicio, según lo que estipula el Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut.
- A ser informada de los resultados del procedimiento, aún cuando no haya intervenido en él.
- A examinar documentos y actuaciones, a ser informada verbalmente del estado del proceso y la situación del imputado.
- A aportar información durante la investigación.
- A recusar por los motivos, forma y procedimientos previstos en este Código.
- A ser escuchada siempre antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal.
- A requerir la revisión de la desestimación o archivo dispuesto por el fiscal, aún cuando no haya intervenido en el procedimiento como querellante.
- A impugnar el sobreseimiento, siempre que haya solicitado ejercer este derecho.
- A ser notificada de las resoluciones que puede impugnar por requerir su revisión.
- A solicitar y obtener por parte del Juez Penal las medidas urgentes tendientes a resguardarla, por encontrarse en situación de vulnerabilidad o peligro, ello sin perjuicio de la urgente remisión que corresponde efectuar con posterioridad al Juzgado de Familia que debiera entender en definitiva en el caso en razón de la materia.

### **De otros tipos de intervención para con la víctima**

Por otro lado, no sólo el esfuerzo estatal está encaminado para garantizar estos derechos y lograr la asistencia debida a la víctima del delito, sino que también desde este Ministerio Público Fiscal se pretende lograr otorgar una compensación económica para las víctimas, a través de la Ley I N°: 284 de “Ayuda Pública a Víctimas de Delitos Dolosos, Violentos y contra la Integridad Sexual”, donde se establece un sistema de ayuda pública en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos “cometidos en la Provincia del Chubut, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves o gravísimas, o de daños graves o gravísimos en la salud física o mental en los casos de los delitos contemplados por los artículos 79°, 80°, 91°, 165°, y 166°, apartado 1 del Código Penal”.<sup>3</sup>

Las ayudas que se otorgan pueden consisten en un aporte de económico; en la prestación de servicios de tratamiento psicológico y psiquiátrico y en la concesión de becas para estudio. En los casos de violencia familiar o de los que resulte la muerte o incapacidad absoluta de la víctima, se le puede facilitar el acceso a los planes de vivienda sociales (del ámbito de la provincia o bien que sean de otra procedencia administrativa pero que se ejecuten en el territorio de la misma).

De no contar con esta estructura por parte del Ministerio Público Fiscal (ahora en sentido genérico), el proceso de persecución penal puede generar múltiples consecuencias en las diferentes víctimas. No obstante esto, este Ministerio Público en particular, conciente de tales cuestiones gracias a la divulgación de las investigaciones científicas en materia victimológica, pudo instituir los dispositivos desarrollados más arriba, para lograr que la víctima, dentro del proceso de persecución penal, sea atendida y contenida eficaz y eficientemente.

Tales consecuencias negativas, que de no atenderse como se debe a la víctima, son, siguiendo a Marchiori (Marchiori, 1990):

- Conocimiento público de una situación – situación personal.
- Humillación social, a través de la prensa, defensores de los autores de delitos, etc.
- Estigmatización, marginación familiar, y marginación social.
- Acusación a la víctima del comportamiento delictivo, haciéndola responsable de la agresión.
- Consecuencias en la víctima y en su familia de estados depresivos, aislamiento, marginación, temores a nuevos delitos.

Si bien esta enumeración de consecuencias para la víctima durante el proceso de persecución penal no es exhaustivo, sí nos da una idea de qué podemos esperar en una víctima que no es debidamente atendida y que es expuesta a este proceso.

## ANÁLISIS

En el punto anterior hemos descripto el caso de la provincia del Chubut en lo que hace al Ministerio Público Fiscal como garante de la asistencia psico – jurídica a la víctima del delito, en el marco de un sistema de procedimiento penal acusatorio.

En efecto, esta experiencia en particular ha demostrado que se pueden encauzar recursos en esta vía, tal vez en cuestiones que no hacen principalmente a la persecución penal, pero que de no ser debidamente tenidas en cuenta, pueden generar más y peores consecuencias hacia la institución y hacia la víctima.

Por otro lado, esta estructura jurídica le otorga un valor y un lugar primordial a la víctima del delito. Se logra que la misma pueda tener una participación activa en todo lo referente a la reacción estatal, pero con elementos y actores nuevos, que pueden involucrarla de una manera más eficiente y menos invasiva, intentando que no ocurran las consecuencias negativas más arriba mencionadas.

Y no sólo la estructura jurídica operativa va en esta vía, sino que es función del Ministerio Público Fiscal también hacer un acercamiento a la sociedad de la problemática victimológica, para que su desenvolvimiento dentro de la misma sea lo más sano posible. Es decir, que el trabajo de este Ministerio no sólo está enfocado en la víctima, sino también en la sociedad de la que ésta es parte.

En otro orden de cosas, el sistema penal acusatorio ha posibilitado también introducir “reclamos” de la víctima hacia el victimario (obviamente en determinados tipos de delitos, como los que atentan contra el patrimonio) durante el proceso penal, donde el fiscal puede solicitar, además de las sanciones penales clásicas por el delito cometido, resarcimientos de tipo económico de parte del victimario hacia la víctima. Es decir, que la acción penal, en este caso, también conlleva una acción de tipo civil, sin la necesidad de pasar por la Administración de Justicia de dicho fuero.

En relación a los *derechos de la víctima*, es también el Ministerio Público Fiscal quien debe velar por su cumplimiento. Esta postura de garante, lo ubica no sólo como el representante de la sociedad frente a la conducta delictiva de un agresor, sino también como el garante de todo lo relacionado con la víctima, a un nivel donde se considera a la misma como un emergente de la sociedad, que ha sido injuriada, sin perder su individualidad.

Esto equivale a decir que la víctima, según este sistema de persecución penal, es una persona de derechos, emergente de una problemática mayor que es el fenómeno de la criminalidad, pero que su individualidad no es desdibujada durante tal proceso. Ya es sabido que el proceso de persecución penal inquisitivo asignaba valores especiales a determinados elementos de prueba. En este sistema en particular, el acusatorio, la persecución penal es un universo en sí mismo, y el caso que se investiga debe ser tomado como algo totalmente individual, para que no pierda su idiosincrasia, logrando una recolección de elementos probatorios lo más ajustada posible al caso en cuestión. Es decir, que en esta caso, la víctima ha dejado de ser el sujeto pasivo, o bien una fuente de información para el esclarecimiento del hecho. Ahora la víctima, como dijimos más arriba, tiene el rol activo de la aportación de pruebas para la resolución del delito por el cual ha sido víctima.

## CONCLUSIONES

Hemos visto un caso particular de persecución penal que es emergente de un nuevo paradigma en esta vía. Hemos visto que la víctima vuelve a ser, hoy en día, al menos en parte, dueña de los conflictos en los que termina siendo víctima.

En efecto, gran parte de los abolicionistas penales más radicales, pregonaban (y pregonan con excelentes argumentos jurídicos y sociales) por un derecho penal mínimo, donde algunos de los tipos penales pasen al ámbito civil, de contienda o conflicto entre privados, para que la intervención estatal sea precisamente esa: mínima; y de este modo, la resolución de dicho conflicto (penal) quede enteramente en manos de quien ha sido víctima, y, eventualmente, su victimario.

Si bien no es materia del presente, pero es el Estado, aún hoy, quien debe mantener el monopolio de la acción penal, pudiendo ser democratizado como viene siendo en este sistema acusatorio, por parte de la víctima.

La víctima debe tener un rol activo en la persecución penal, pero regulado y hasta menor que el rol que tiene el Estado, para que la Justicia no se transforme en *venganza*, y que la misma sea idéntica para todos los habitantes de un territorio.

Por otro lado, es el Estado también quien debe incitar a quienes han sido víctimas a participar activamente en el proceso penal, siempre bajo la tutela de un especialista letrado, sujeto a las sanciones que puedan llegar a caberle por el desempeño que tenga en los determinados casos investigados. Es decir, que el Estado debe cambiar la cultura social que hay en relación a la cuestión victimológica, no sólo por la víctima en sí, sino también por la sociedad de la cual emerge.

En otro orden de cosas, la asistencia psicoterapéutica, importantísima, no debe ser visto como un paliativo, sino como un derecho de quien ha sido víctima de un delito, o bien, como un resarcimiento porque tal víctima ha visto su derecho a la seguridad humana vulnerado. Es el Estado también en este caso quien debe dar garantías de seguridad a sus habitantes, y en los casos en que falla, proporcionar la debida asistencia terapéutica.

Sabemos, por otro lado, que existe una marcada tendencia, propia del Neoliberalismo, donde el Estado se ha comenzado a desentender de determinadas necesidades de los habitantes, como por ejemplo, la salud, la educación, y también la seguridad. Emergente de esta última carencia que sufren varios habitantes, ha sido, la Estrategia de Prevención Situacional – Ambiental del Delito, la cual da pie a un gran mercado de empresas “especialistas” en el ámbito de la seguridad, que, bajo la dinámica del Mercado,

ofrecen sus servicios y tecnologías a los habitantes que puedan costearlas, ya que, el Estado se desentiende, en parte, de garantizar el cubrimiento de tal necesidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Christie, Nils: *Los límites del dolor*. Fondo de Cultura Económica. Bs.As., 2001.
- Christie, Nils: *Una sensata cantidad de delito*, Editores del Puerto, Bs As, 2003.
- Durkheim, Emile: *Las reglas del método sociológico*, Shapire, Buenos Aires, 1971.
- Foucault, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Buenos Aires, 2004.
- Marchiori, Hilda: *La víctima del delito*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Ciudad de Córdoba, 1990.
- Neuman, Elías: *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.
- Schulman, Daniel: Dossier “Estrategias de Prevención del delito más allá de la pena”, en Revista Cuadernos de Criminología, N° 17, 2012, Sociedad Española de Criminología y Ciencias Forenses, Depósito legal: VA-843-2007, ISSN: 1888-0665.
- Tucci, Ma. del Carmen: “El abordaje asistencial de la Oficina de asistencia integral a la víctima del delito de la Procuración General de la Nación” en Rev. de APFRA, N° 16, Año 15, ed. APFRA.
- Ley I N°: 284 de “Ayuda Pública a Víctimas de Delitos Dolosos, Violentos y contra la Integridad Sexual de la Provincia del Chubut”.

91 —

## Notas:

---

<sup>1</sup> Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut.

<sup>2</sup> Art. 35 del Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut.

<sup>3</sup> Ley I N°: 284 de “Ayuda Pública a Víctimas de Delitos Dolosos, Violentos y contra la Integridad Sexual de la Provincia del Chubut.”



---

# NUEVAS TENDENCIAS EN LAS POTESTADES Y COMPETENCIAS DE LOS ENTES REGULADORES

POR JUAN MANUEL IRUSTA: ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO.



## 1.- ENTES REGULADORES. CONSECUENCIA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA U OPTIMIZACIÓN DE GESTIÓN:

El Servicio Público, como nos enseña Cassagne, como construcción dogmática, no es un producto de las ciencias exactas, sino de la realidad; como tal, adolece de la imprecisión que, en mayor medida, acompaña a todas las instituciones jurídicas, y resalta que por ser una institución que se apoya en la realidad antes que en la ideología, ha podido subsistir y evolucionar<sup>1</sup>. Esta realidad y evolución se ha refractado no solo en la gestión y regulación de los servicios sino en su control.

La función esencial de la regulación de los servicios es armonizar los intereses públicos, a los que sirven, con los derechos de la propiedad privada, en los que se apoya la gestión de aquéllos. Esta tensión entre interés público y garantía privada exige de la Administración decisiones “racionales” que mantengan siempre el equilibrio entre posiciones extremas. Al decir ello, Gaspar Ariño, destaca para que ello sea posible, resulta necesario que los problemas y las situaciones se planteen siempre con claridad, con transparencia y sin engaños. Que los objetivos en la institucionalización de la decisiones en materia de regulación y dirección de los servicios públicos deben estar inspirados en la reforma del aparato de regulación de todos los grandes servicios públicos, en los siguientes: potenciación de la dirección y control del sector por la Administración; tarifas según costes reales, calculados de acuerdo con fórmulas racionales y objetivas, sin interferencias políticas, transparencia y claridad en las cuentas y resultados; y finalmente, participación de todos los sectores interesados en los procesos de toma de decisión<sup>2</sup>.

La inspiración de los Entes Reguladores se sustenta precisamente en el control y regulación de la prestación de los servicios públicos concedidos o licenciados<sup>3</sup>.

Ahora bien para proponer el análisis de los Entes Reguladores debemos enmarcar que sus procesos transformadores van en sintonía con el planteo que luego del proceso privatista de los años 90, se enfocó en la calidad de estas instituciones, aceptando a los mismos como actores del sistema<sup>4</sup>, surge una mirada superadora orientada a tener un estado que en su función básica o inherente debe estar como mínimo su rol regulador, independientemente del modelo omnipotente ya superado, como así del extremo modelo neoliberal<sup>5</sup>.

Esta nueva realidad permite hoy exigir que los diseños de los nuevos Entes Reguladores, sean no solo eficaces en su control, y que se involucren en diversas funciones y a la vez abarquen la regulación y control de diversos servicios públicos en un mismo Ente, o en determinadas regiones, poniendo

énfasis en la calidad de su prestación y en la protección de los usuarios de los mismos.

Asimismo se propugna un nuevo modelo de Entes descentralizados con autonomía funcional, desplazando los poderes de dirección general del Poder Ejecutivo, profundizando así la ansiada independencia de estos Entes.<sup>6</sup>

Como mencionamos anteriormente, la prestación de servicios públicos debe ir acompañada inexorablemente, de la regulación, es decir, de la configuración de un marco regulatorio de dicha actividad<sup>7</sup>. Este es quien en definitiva modela al Ente Regulador, y quien determina sus potestades y competencias.

En el proceso privatizador, que en su oportunidad, se inició en la nación, y se fue extendiendo a la mayoría de las provincias en forma paulatina pero inexorable, abarcó gradualmente los distintos servicios públicos. Las experiencias han ido desde procesos de privatización sin el dictado de normas reguladoras y de control<sup>8</sup>; pasando por las privatizaciones de servicios públicos en forma individual, con el dictado del pertinente marco regulatorio de la actividad y creación del respectivo Ente regulador de dicha actividad; hasta la regulación y creación de Entes únicos reguladores de todos los servicios públicos de jurisdicción de una ciudad o de una provincia.

## 2. NUEVOS ESQUEMAS DE LOS ENTES REGULADORES

Los Entes Reguladores sufrieron cambios, como consecuencia que su escenario de actuación se vio alterado, ante las modificaciones macroeconómicas asociadas a la devaluación de la moneda en 2002 que implicaron una reversión parcial del proceso de privatizaciones. Por ejemplo, en el sector de distribución eléctrica el capital extranjero fue, en mayor medida, reemplazado por fracciones locales. Por el contrario, en el sector de agua y saneamiento, la salida de las empresas transnacionales derivó mayoritariamente en la reestatización de los servicios.

Se considera que estas transformaciones, particularmente en el retorno a la prestación pública, no conllevaron una reformulación sustancial del esquema regulatorio vigente. Conclusión que no compartimos y consideramos que se han producido cambios, generando un alto impacto en la estructuras de los Entes Reguladores y claramente en las potestades y competencias, quizás no a la altura de la exigencias de control pretendidas, quizás carentes de normativa explícita, pero sí con claras tendencias, que modelan nuevos horizontes de los Entes Reguladores, profundizando la esperada independencia, y autonomía, la especialización de sus cuadros, la ampliación de ámbitos de decisión y resolución de cuestiones inherentes a la prestación del servicio público.

En su momento, se vislumbro que el diseño institucional nacido al amparo de los procesos de reforma de los años noventa, en la post-convertibilidad, ya no está exclusivamente orientado a regular empresas de prestación privada de servicios públicos, sino que incluye dentro de su campo de acción a la prestación pública. Sin embargo, pese a este cambio radical, algunos consideran ampliamente que los Entes mantienen prácticamente las mismas funciones, sin la necesaria adaptación al nuevo contexto de operación pública de los servicios<sup>9</sup>.

Ello no debería ser así, pues medió un reforma constitucional que en su artículo 42 que finalmente orientó “los servicios públicos” al entramado general de los derechos de consumidores y usuarios, como señala Uslenghi “...los usuarios de servicios públicos, así, son destinatarios de regulaciones

compartidas con el resto de participantes de la “relación de consumo”, por una parte; y por la otra resultan beneficiarios de derechos específicos”.<sup>10</sup>

Esta consagración constitucional, en el artículo 42, se vio complementada con lo regulado en el nuevo art.43 de la Constitución Nacional, asegurando las garantías de los usuarios de servicios públicos, y determinando la obligatoriedad que los marcos regulatorios de los servicios públicos deban ser aprobados por leyes del Congreso Nacional, que se establezcan procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, que se estipule la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los “organismos de control”.

Esta manda provoca y sigue generando efectos expansivos en las potestades y competencias de los Entes Reguladores, que no se circunscribe a los de jurisdicción nacional, sino a los ámbitos provinciales y municipales, en cuanto no tuvieran una norma constitucional propia.

En este sentido se ha afirmado que el Estado, y las instituciones que el mismo porta o soporta, no son sino proyecciones de una forma de vida humano-social, “vida en forma y forma que nace de la vida”. (Heller: 1998:69).<sup>11</sup> Por lo tanto, pretender una comprensión del sentido que deben cumplir los Entes Reguladores y de Control sin consultar y entender el escenario social e institucional dentro del cual se encuentran insertos resultaría paradójica y, precisamente, sin sentido.

Tras estos movimientos macroeconómicos, tras el encuadre constitucional del “servicio público” en el ámbito nacional, como ámbitos provinciales y municipales, los organismos de control debieron, y algunos deben aún, adaptarse a este nuevo contexto, y los creados posteriormente tuvieron que tener presentes estos y otros sucesos.

Así es el caso de los Entes Reguladores Únicos de los Servicios Públicos, existentes en nuestro País, por ejemplo el Ente Regulador de los Servicios Públicos de Jurisdicción Provincial de la Provincia de Salta, creado por Decreto N°. 55, y ratificado por Ley N°. 6835 de esa Provincia; el de la Provincia de Jujuy, en la que funciona la Sindicatura Única de Servicios Públicos, el creado por la Ley N°. 210, por la que se constituyó el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, creación prevista por el Art. 138 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, norma en la que se lo describía como una entidad autárquica, con personería jurídica, independencia funcional y legitimación procesal. La Provincia de Córdoba también creó un Ente Regulador de estas características, mediante la Ley N°. 8835. Se trata del Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSEP), que tiene facultades de regulación y control sobre los servicios públicos de energía eléctrica, agua potable, transporte interurbano y red de autopistas concesionadas. La novedad de este sistema cordobés es que en el caso de la energía eléctrica, el ERSEP debe regular y controlar la actividad de la Empresa Provincial de Energía – EPEC – empresa íntegramente estatal, estableciendo de esta manera que la regulación no es sólo sobre las empresas que tienen concesiones de servicios públicos sino que también abarca a las empresas públicas provinciales prestadoras de servicios públicos.<sup>12</sup>

En nuestra Provincia del Chubut, tenemos en función de lo que establece el inc. 1° del art. 233 de la Constitución Provincial que es competencia de las municipalidades y comisiones de fomento entender en los servicios públicos urbanos; creándose así Entes Reguladores Municipales como el Órgano Municipal Regulador de los Servicios Públicos (OMRESP) de la Ciudad de Trelew, o como sucede en Comodoro Rivadavia, con la novel creación del Ente Regulador de Servicios Públicos, aún no implementado, proyectos que ya se debaten en ciudades como Esquel y Puerto Madryn.

### **3.- JURISDICCIÓN - CARACTERES COMUNES DE POTESTADES Y COMPETENCIAS:**

Los Entes Reguladores han adoptado la forma jurídica de entidad autárquica. Entes descentralizados administrativamente, con patrimonio de afectación establecido por el Estado, que cumple funciones públicas, de acuerdo a competencias y potestades que emergen de las normas que emergen de su creación o de la sanción de un marco regulatorio.

Su común denominador son las potestades de control y la regulación, de determinados servicios públicos y en distintos ámbitos de su jurisdicción.

Tenemos que advertir que, en materia de servicios públicos, la jurisdicción federal deviene de la norma del Art.75 inc. 13 de la Constitución Nacional que establece como facultad del Congreso Nacional reglar el comercio con las naciones extranjeras y “de las provincias entre si...”. Luego la jurisdicción federal nace con el tráfico “interprovincial”.

En suma, el régimen de distribución de competencia de la Constitución establece como principio la jurisdicción local, y la jurisdicción federal aparece como excepción cuando explícitamente una facultad es delegada al poder federal por la Constitución. La única delegación, en éste caso, es la del comercio interprovincial.

Sin embargo las fronteras entre la jurisdicción local y la federal no son netas ni estáticas, son el producto de una historia y dependen fuertemente de las definiciones técnicas y avances tecnológicos de los distintos servicios a lo largo del tiempo.

A continuación se citan tres casos que ejemplifican la diversidad de situaciones que presente el área:

a) La CSJN ha sostenido el criterio de la jurisdicción nacional en materia de telecomunicaciones basado en la “inescindibilidad” del servicio. El marco regulatorio de los servicios de comunicaciones no está fijado legalmente y está actualmente dentro de las posibilidades técnicas la prestación del servicio interurbano independientemente del local, al estilo de los servicios telefónicos en los EEUU. Si éste fuera el caso, en el futuro el servicio telefónico local quedaría bajo jurisdicción local.

b) Por otra parte, téngase en cuenta que el marco regulatorio de la electricidad se reconoce que es de jurisdicción provincial la facultad de regular tarifas a usuarios finales, otorgar concesiones de distribución y de uso de agua para generación y fiscalizar el servicio en su territorio, mientras que están dentro de la jurisdicción nacional los aspectos relacionados con el Mercado Eléctrico Mayorista, lo atinente al comercio interjurisdiccional que comprende a los grandes usuarios que compran al sistema y a proveedores radicados en más de una provincia, y el transporte.

c) El marco regulatorio del servicio de gas ha mantenido la jurisdicción nacional para toda la integración del servicio.

Las definiciones actuales sobre la jurisdicción no son, entonces, definitivas ni estáticas. Frente a ésta realidad, el diseño del sistema para los servicios públicos en los Municipios debe tomar en cuenta éstas cambiantes condiciones y ser plantado con suficiente flexibilidad como para ir atendiendo las nuevas áreas que se incorporen a su ámbito, tanto mediante acuerdos con los Entes reguladores nacionales, como para ir desarrollando en toda su capacidad las funciones concurrentes, al mismo tiempo que ir generando las condiciones para adquirir funciones delegadas, por ejemplo de fiscalización y control, seguimiento y resguardo de la calidad y seguridad en la presentación de los servicios.

## Potestades y competencias:

Clara era la finalidad de creación de los Entes, no obstante el alcance de las potestades y competencias, ha sido una cuestión controvertida y de permanente análisis.

Vemos que las normas que fijan las competencias de los Entes parecen adherir, en general, al criterio de especialidad, en tanto atribuyen a los Entes y a sus directorios la facultad de realizar todas las medidas o actos necesarios para cumplir los objetivos legales y sus funciones como entes.<sup>13</sup>

Los Entes reguladores, como cualquier otro sujeto administrativo, no poseen aptitud para actuar fuera del marco de especialidad que les reconocen las normas atributivas de competencia<sup>14</sup>.

Este principio comprende tanto aquellas facultades atribuidas en forma expresa o implícita (v.gr. Derivación o extensión de disposiciones expresas), como la competencia inherentes que surgen en forma directa de los fines objetivos prescriptos en el acto normativo de creación del Ente, con la salvedad de lo concerniente a la competencia para dictar actos de gravamen o aquellos comprendidos en la zona de reserva legal (creación de tasas tributos o sanciones) donde se requiere ley del Congreso.

Los marcos normativos de los Entes Reguladores, han provisto a los mismos de competencia para regular, legislar, es decir emitir normas de carácter general y obligatorio.<sup>15</sup> Esta competencia, en este caso competencia delegada - debate de por medio - se suma a que estos Entes ejercen funciones de contralor, y funciones jurisdiccionales y disciplinarias. Al decir de Fanelli Evans, en pequeño estos Entes reúnen todas las funciones esenciales del Estado.

Es claro que los Entes Reguladores con que actualmente se cuenta han nacido inorgánicamente, detrás de cada privatización, y luego como modelos adoptados por la provincias y municipios.

Hoy los nuevos marcos regulatorios exigen de estos Entes, además de la potestad de dictar reglamentaciones, tener facultades de aprobar tarifas y controlar beneficios, fijar condiciones técnicas, control de costos, control de bienes afectados, adecuación y eficiencia de los equipos, normalización de contabilidad, aprobación de presupuestos y planes de inversión, aprobación de transferencias de capital, control de la identidad y titularidad de la empresa encargada del servicio, inspecciones y revisiones periódicas, control en su caso de la competencia.<sup>16</sup>

## 4.- LOS ENTES REGULADORES, NUEVAS TENDENCIAS EN POTESTADES Y COMPETENCIAS.

En la actualidad, existe un acuerdo generalizado en que la misión principal del regulador consiste en actuar en defensa del usuario, a propender a la libre competencia, cuando ella fuere posible, e inclusive con posterioridad se le atribuyó la regulación y control del régimen del llamado “Compre Trabajo Argentino”, en el ámbito de la ley 25.551 respecto de los prestadores del servicio respectivo. Sin embargo, no solamente los intereses del usuario en el corto plazo deben ser adecuadamente protegidos: precios, calidad del servicio, abastecimiento seguro, previsibilidad, etc, sino que también debe asegurarse que estas condiciones se den en el futuro (mediano y largo plazo).

Vimos que el diseño de las competencias de los Entes Reguladores, no puede contrariar el principio de la especialidad, pues la actuación del órgano administrativo está acotada por la norma, más precisamente por el fin en ella comprendido y no puede ser extendido por la sola voluntad del agente

público, más allá de la atribución expresa o implícita de la finalidad establecida en la norma.<sup>17</sup>

Por ello que la tendencia, transcurre en los nuevos Entes Reguladores emergentes, o por medio de modificaciones o propuestas legislativas, que buscan de los Entes, independencia funcional, tanto del Estado como de los controlados. En este propósito se busca aún que los Entes adquieran independencia, a través de otorgar herramientas como, la estabilidad de sus directivos, adecuada remuneración de los mismos, acceso por concurso público de antecedentes y oposición, expertise o idoneidad técnica de los que integran dichos Entes.

Asimismo se busca independencia a través de otorgar recursos directos ante sus resoluciones, para su revisión judicial, restringiendo así el control de tutela, en tal sentido La Procuración del Tesoro ha propiciado la reforma del art.97 del decreto 1759 (t.o. 1991) para excluir el recurso de alzada, en cuestiones de naturaleza técnica encomendadas a los Entes Reguladores, Dictámenes, 227:119 y 228:114. También, menciona Reiriz, proyectos de ley, destinado a establecer un régimen general para los Entes reguladores y para las audiencias públicas. Asimismo el proyecto de Ley de Concesiones, Licencias y Permisos de Servicios Públicos Nacionales, promovido por el Ministerio de Justicia de la Nación, propone el control judicial exclusivo, descartando el control del recurso de alzada, como el previsto en el art.99 del Decreto Reglamentario de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, ni otro control administrativo previsto en normas actuales o futuras.<sup>18</sup> Es decir que, al establecer la jurisdicción previa y obligatoria, y que el Ente resolverá en única instancia administrativa, se excluye la posibilidad de la interposición del recurso de alzada.<sup>19</sup> Esta tesitura encuentra respaldo en el fallo de la S.C.J. de Mendoza citado precedentemente.<sup>20</sup> Al excluir la posibilidad del recurso de alzada, la norma deja al Ente fuera del control administrativo del P.E., otorgándole una verdadera autarquía e independencia para la toma de decisiones en los aspectos que se le han delegado. El control administrativo del cual se ha excluido al Ente, es definido por la doctrina administrativista.<sup>21</sup>

Se ha considerado si los Entes son competentes para resolver reclamos de daños y perjuicios planteados por los usuarios contra los prestadores de servicios públicos. Ello claro esta depende de la norma que les confiera la potestad de resolver controversias en el sentido judicial del término, tienen facultades para resolver conflictos entre los sujetos contemplados en el marco regulatorio, incluidos con daños y perjuicios provocados con motivo de la prestación del servicio. Como bien considera Sarmiento García estos serán analizados por el Ente con la misma amplitud y extensión que lo haría un Tribunal judicial, lo que luego podrá ser revisado judicialmente<sup>22</sup>. No obstante recordemos lo dicho por la corte en el caso “Ángel Estrada y Cía”, ha considerado que esa competencia es de los jueces ordinarios.<sup>23</sup>

Las facultades jurisdiccionales, en cabeza de los Entes Reguladores, han sido delineadas desde antiguo en el caso Fernández Arias Elena y otros c. Poggio José, del 19 de septiembre de 1960, ello conforme a los marcos regulatorios, al respecto podemos ver lo resuelto por la CSJN en diversos fallos.<sup>24</sup>

Estas sencillas reflexiones se proponen demostrar que los cambios nacen de las necesidades y realidades que interactúan en los servicios, y que el legislador, el doctrinario, el técnico y el juzgador marcan y contornean el alcance de las facultades de estos Entes, según el marco regulatorio, en primer término, y luego conforme a los principio propios de la función que se trate.

La reforma constitucional, mas específicamente la inclusión del art. 42,

los requerimientos de la sociedad, en control y regulación de los servicios y el sometimiento a los Entes y Tribunales Judiciales, exigen y apremian no solo cambios legislativos, sino institucionales respecto de los actores que se conjugan en el ámbito de la prestación y gestión de los servicios públicos.

Conforme lo expresara el Profesor Marcel Waline serán funcionales las competencias y las atribuciones de los Entes, como lo es propio concepto de servicio público.<sup>25</sup>

## Notas:

<sup>1</sup> Cassagne Juan Carlos, en Fragmentos de Derecho Administrativo, “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma Ied.Bs.As. 2003, pág.252, 253

<sup>2</sup> Gaspar Ariño, en referencia a la institucionalización de la decisiones en materia de regulación y dirección de los servicios públicos, hace énfasis en el sistema de fijación de tarifas, concluyendo que “por mucho que se “regule” el sistema de tarifas y los criterios de formación de éstas, si no se modifica

<sup>3</sup> Cassagne Juan Los nuevos entes regulatorios, ED, 139-972.

<sup>4</sup> Oszlak, Oscar y Felder, Ruth La capacidad de regulación estatal en la Argentina. ¿Quis custodiet custodes? [versión electrónica]. En Alberto ISUANI, & Daniel FILMUS (Comp.), La Argentina que viene, pág. 18.

<sup>5</sup> Asimismo existe un amplio consenso en señalar que la transformación del Estado de productor en regulador es uno de los rasgos más sobresalientes de la redefinición de su rol. Para Ariño Ortiz, la regulación tiene como objetivo central “promover la competencia” en la medida en que ésta sea posible, y se limita a proteger los intereses de los usuarios - seguridad, calidad y precio del servicio - allí donde el sistema mantenga sus características de monopolio natural. “La regulación económica, pág. 99).

<sup>6</sup> Reiriz María Graciela, Autoridades Administrativas Independientes para la Regulación y el Control de los Servicios Públicos, en Servicio Público y Policía, Juan Carlos Csassagne Director, Ed. El Derecho Bs.As.2006.

<sup>7</sup> Julio R.Comadira, “Derecho Administrativo”, Ed. Lexix Nexis Abeledo-Perrot, Bs As. 2004, 2da. Ed. Actualizada y Ampliada, págs. 640/641.

<sup>8</sup> Señala Juan Bautista Cincunegui que en los primeros procesos de privatización, por ejemplo televisión y radiodifusión, transporte aerocomercial y corredores viales, no se dictaron normas reguladoras y de control, motivo por el cual los concesionarios y licenciatarios quedaron sujetos a las cláusulas de la concesión otorgada. (Cincunegui, Juan B., “Entes Reguladores de Servicios Públicos”, RAP, nro. 188, p. 12).

<sup>9</sup> Nicolás Bonofiglio y Carolina Nahón “La experiencia subnacional de servicios públicos en Argentina. Los casos de distribución de energía eléctrica y agua y saneamiento “Documento Libre” XII Congreso del CLAD, Santo Domingo, República Dominicana 30 de octubre - 2 de noviembre de 2007 PROYECTO PICT 2003 Nro. 14.074 FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES Sede Académica Argentina Área de Economía y Tecnología.

<sup>10</sup> Uslenghi Alejandro “El Servicio Público como categoría constitucional”, obra Servicio Público y Policía, Juan Carlos Cassagne Director, Ed. El Derecho 2006, pag.28.

<sup>11</sup> Jorge Edmundo Barbará, en Ruptura de contratos sociales y la cuestión de Entes Reguladores independientes. Segundo Congreso Argentino de Administración Pública. Sociedad, Estado y Administración.

<sup>12</sup> Javier Sosa Liprandi, “Proyecto de Ente Regulador Único”, publicado en “Servicios Públicos – Regulación – Primer Congreso Nacional”, Ed. Dike – Foro de Cuyo, Bs. As., 2004, pág. 493.

<sup>13</sup> Comadira, Julio R., Reflexiones sobre la regulación de los Servicios Públicos privatizados y los Entes Reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT Y ETOSS) ED 15-5-95.

<sup>14</sup> Señala Cassagne Juan C., esta regla es conocida como el principio de especialidad de la competencia, configura una de las garantías fundamentales del Derecho Administrativo contemporáneo (Cassagne Juan Carlos Derecho Administrativo, Lexis Nexis Abeledo Perrot 8va Ed. Actualizada, T.I pág, 352).

<sup>15</sup> Fanelli Evans, Guillermo E. La reforma de la Constitución Nacional y los Entes Reguladores, La Ley T.995-A Sec. Doctrina.

<sup>16</sup> Sarmiento García Jorge H. en Estudios de Derecho Administrativo -IV - Instituto de Estudios de Derecho Administrativo ( I.E.D.A) Ediciones Dike - Foro de Cuyo, Mendoza. Argentina, pág.175.

<sup>17</sup> Cassagne, Juan Carlos, Los nuevos entes regulatorios..., ob.cit. pág.490.

<sup>18</sup> Reiriz Maria Graciela, Autoridades Administrativas Independientes...ob cit. pág.77. Concluye que parece afirmarse una tendencia a la consagración legislativa de algunas de las notas esenciales que describe en su trabajo como características del status de la Autoridades Administrativas Independientes de los entes de regulación y control de servicios públicos, que el reformador entrevió con su mención del art.42 de la Constitución Nacional.

<sup>19</sup> Arts. 183/185 de la Ley 3909 de Procedimiento Administrativo de Mendoza.

<sup>20</sup> S.C.J. Mza., Sala II, 10/05/01 – Expte. N°. 66.677 – “Obras Sanitarias Mendoza S.A. c/Provincia de Mendoza s/Acción de Inconstitucionalidad”.

<sup>21</sup> Jorge H. Sarmiento García – Guillermo M. Petra Recabarren, “Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza N° 3909”, Ed. Augustus, Mza., 1973, págs. 47/48.

<sup>22</sup> cit. Fallos CSJN Fernández Arias c. Poggio.

<sup>23</sup> CSJN Ángel Estrada y Cia S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos - 5/04/05 - La Ley, 2005-D, 439.

<sup>24</sup> “Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A. del 18/12/2007”, Empresa Distribuidora San Luis S.A. c. Ente Regulador de la Electricidad del 24/10/06, Zalazar, Hilda I. y otros c. Aguas Provinciales de Santa Fe del 7/09/05, Transportadora de Gas del Norte S.A. en: Vivas Cruz, Dionisio c. Conta S.R.L. y otros s/interdicto de obra nueva del 30/10/01, Complejo Agroindustrial San Juan S.A. c. Distribuidora de Gas del Norte S.A. del 23/04/96.

<sup>25</sup> Marcel Waline, La Noción de Servicio Público, “...la noción de servicio público ...es una noción funcional”, considerando por funcional que uno se sirve para arribar a algún resultado, pero que quizá no corresponde a un concepto bien definido.



---

# TEORÍA DE LA ACCIÓN COMUNICATIVA\*

## RACIONALIDAD DE LA ACCIÓN Y RACIONALIZACIÓN SOCIAL DE JÜRGEN HABERMAS

POR ENRIQUE ANÍBAL MAGLIONE: ABOGADO. MEDIADOR. ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL. MAGISTER EN CIENCIAS PENALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA, "SAN JUAN BOSCO" (CHUBUT).



### I.- INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo tiene por finalidad hacer un análisis de la primera parte de la *teoría de acción comunicativa*, donde el autor - Jürgen Habermas - desarrolla una concepción moderada de la razón y de la racionalidad realizando a través de la misma una defensa a ultranza de la *Modernidad*.

La teoría de la *acción comunicativa*, para el Prof. Jürgen Habermas, no es una metateoría sino el principio de una teoría de la sociedad.

El autor a través de la *teoría de acción comunicativa* realiza un análisis en profundidad de la teoría de la acción y su fundamento racional, exponiendo tres temáticas complejas que se interrelacionan entre sí: 1) concepto de *Racionalidad Comunicativa*, que la desarrolla con el suficiente escepticismo, pero que es capaz de hacer frente a las reducciones cognitivo - instrumental que se hacen de la razón; 2) concepto de *Sociedad* articulado en dos niveles, que asocien los paradigmas del mundo de la vida y sistema, no sólo en forma retórica; 3) teoría de la *Modernidad* que explica el tipo de patologías sociales que se tornan cada vez más visibles, mediante la hipótesis de que los ámbitos de la acción comunicativamente estructurados quedan sometidos a los imperativos de sistemas de acción organizados formalmente que se han vuelto autónomos. En suma, a la luz de esta teoría se puede justificar una categorización del plexo de la vida social.

En primer término, justifica la tesis de que la problemática de la racionalidad no le viene impuesta a la sociología desde afuera, sino todo lo contrario, es inmanente a ella, vinculada e interrelacionada en forma sistemática. Así argumenta que, a toda sociología que pretenda ser una teoría de la sociedad se le plantea a tres niveles distintos el concepto de "*racionalidad*" que naturalmente está cargado de contenido normativo. En tal sentido no puede evitar ni la cuestión metateórica de las implicaciones que tiene en cuanto a la racionalidad los conceptos de acción, ni la cuestión metodológica de las implicancias que tiene en lo concerniente a la racionalidad el acceso, en términos de comprensión, a su ámbito objetual, ni la cuestión teórica - empírica en qué sentido la modernización de las sociedades puede ser descrita como "*racionalización*".

Por otra parte, se vale asimismo y basa su fundamento filosófico en la aplicación sistemática de la historia de la teoría de la sociología encontrando un nivel de integración entre el pensamiento filosófico de Kant a Marx, tomando como clásicos de la teoría de la sociedad a Weber, Durkheim, Mead y Parsons, a los que les dedica una parte importante de la obra cobrando una influencia relevante en su contenido.

En las consideraciones finales, Habermas trata por una parte, de resaltar la interpretación que propone de la *Modernidad* analizando las tendencias a la juridización, y por otra parte, intenta destacar y determinar las tareas que se plantean en una teoría crítica de la sociedad.

Haciendo una referencia histórica, podemos decir que desde fines de los años sesenta, las sociedades occidentales se aproximan a un estado en que la herencia del racionalismo occidental ya no resulta incuestionable, sino todo lo contrario y cada vez demuestra flancos más débiles y vulnerables. La estabilización de la situación interna, conseguida sobre la base del compromiso que el Estado social representa, ha traído como consecuencia grandes costos culturales y psicosociales; también se ha tomado mayor conciencia de la labilidad de la relación entre las superpotencias. Lo que está aquí en juego para Habermas es la sustancia de las tradiciones e ideas occidentales.

Por su parte, expresa que los neoconservadores quieren atender a cualquier precio al modelo de la modernización económica y social capitalista, siguen concediendo prioridad al crecimiento económico, protegido por el compromiso del Estado social. Asimismo buscan refugio en las tradiciones retóricamente expresadas pero sin fundamentos concretos y tangibles, lo que produce como consecuencia la desintegración social de este crecimiento.

Ante esta apologética neoconservadora se le enfrenta una crítica al crecimiento, extremada en términos antimodernistas, que elige como blanco de sus invectivas la supercomplejidad de los sistemas de acción económico - administrativa y la autonomía adquirida por la carrera de armamentos.

Las experiencias derivadas de la colonización del mundo de la vida, que la otra parte pretende absorber y amortiguar en términos tradicionalistas, conducen en ésta a una oposición radical. Pero cuando esa oposición llega a transformarse en la exigencia de una desdiferenciación a cualquier precio, de nuevo se está perdiendo de vista una distinción importante.

La limitación del crecimiento de la complejidad monetario- administrativa no puede significar el abandono de las formas modernas de vida. La diferenciación estructural de los mundos de la vida encarna un potencial de racionalidad que de ninguna manera puede ser reducido a la categoría de incremento de la complejidad sistemática.

101 —

## II.- LA PROBLEMÁTICA DE LA RACIONALIDAD

La problemática de la racionalidad de las opiniones y de las acciones es un tema que tradicionalmente ha venido estudiando la filosofía, así podemos decir que el entendimiento filosófico nace de la reflexión, de la razón encarnada en el conocimiento, en el habla y en las acciones, en suma el tema fundamental de la filosofía ha sido y es la razón.

La filosofía ha venido tratando de explicar el mundo en su conjunto a través de la razón y a través de la comunicación, tanto así es que el pensamiento griego basó su fundamento en lo ontológico y no procuró buscar jamás ni en la teología, ni en una cosmología, ética en el sentido de las grandes religiones universales.

La filosofía ya no puede referirse al conjunto del mundo de la naturaleza, de la historia y de la sociedad en el camino de un saber totalizante, sino que actualmente debe valerse de la argumentación coherente con relación a las temáticas a abordar con más solidez, ya sea en la Lógica o en la teoría de la Ciencia, en la teoría del Lenguaje, la Ética, la Estética, en la teoría de la Acción, basándose en las condiciones formales de la racionalidad del conocimiento, en el entendimiento lingüístico y en la acción.

La teoría de la *argumentación* ocupa aquí un rol preponderante, puesto que es ella a quien compete la tarea de reconstruir las presuposiciones y condiciones pragmático - formales del comportamiento explícitamente racional.

En otro orden de cosas, dentro de las ciencias sociales la disciplina que mejor aborda y contempla la problemática de la racionalidad es la *Sociología*, que se hace cargo de los problemas de las *Ciencias Políticas* y de la *Economía*, que iban dejando de lado a medida que se convertían en ciencias especializadas.

La *Sociología* se ocupa de las transformaciones de la sociedad por el surgimiento del sistema de los estados modernos y por la diferenciación de un sistema económico regulado por el mercado, que marcaron un cambio fundamental en las sociedades viejo - europeas. Esta disciplina se convierte de esta manera en una ciencia que se ocupa de la crisis que atraviesan las sociedades frente al cambio radical de la disolución de los sistemas tradicionales sociales y de la formación de los estados modernos, siendo la única ciencia que se ha ocupado de los problemas de la sociedad global.

El autor, Jürgen Habermas, entiende que en el plano metateórico la *Sociología* elige categorías tendientes a aprehender el incremento de racionalidad de los mundos de la vida modernos. En el plano metodológico aborda el problema en términos de comprensión al ámbito objetual que representan los objetos simbólicos; la comprensión de las orientaciones racionales de acción se convierten en punto de referencia para todas las orientaciones de acción. En tal sentido existe una conexión entre: a) la cuestión metateórica de un marco de teoría de la acción concebido con vistas a los aspectos de la acción que son susceptibles de racionalización; b) La cuestión metodológica de una teoría de la comprensión de las relaciones internas entre significado y validez; y c) La cuestión empírica en el sentido que la modernización de la sociedad puede ser descripta bajo el punto de vista de una racionalización cultural y social.

En suma, la tesis del autor, está basada en que el nexo que existe entre estas tres temáticas de la racionalidad está impuesto por razones sistemáticas. Esto es que a toda *sociología* se le plantea el problema de la *racionalidad* simultáneamente en el plano metateórico, metodológico y empírico.

Su propósito es mostrar que necesitamos una teoría de la *acción comunicativa* si queremos abordar en forma adecuada la problemática de la *Racionalización Social*.

### III.- RACIONALIDAD. CONCEPTO

La expresión racional supone una estrecha relación entre racionalidad y saber. El saber tiene una estructura proposicional, las opiniones pueden exponerse en forma de enunciados. En las manifestaciones lingüísticas se expresa explícitamente un saber, en las acciones teleológicas se expresa una capacidad, un saber implícito. Podemos llamar irracionales a los hombres, a las mujeres, a los adultos, los cobradores, pero no a los peces, a los autos, a las montañas. Podemos llamar irracionales a las disculpas, a los retrasos, a las intervenciones quirúrgicas, pero no al tiempo, a un accidente, a una enfermedad.

El saber puede ser criticado por no fiable. La íntima relación existente entre saber y racionalidad permite sospechar que la racionalidad de una manifestación depende de la fiabilidad del saber que posee. Una afirmación con que A manifiesta con intención comunicativa una determinada opinión y una intervención teleológica en el mundo con la que B trata de lograr un

determinado fin, ambas encarnan un saber fiable, ambas son intentos que pueden resultar fallidos. La *acción comunicativa*, al igual que la teleológica, es susceptible de crítica.

La verdad se refiere a la existencia de Estado de cosas en el mundo, la eficacia se refiere a intervenciones en el mundo con ayuda de las cuales pueden producirse los estados de cosas deseados. Ambos plantean con sus manifestaciones simbólicas que pueden ser criticadas o defendidas, que en definitiva pueden fundamentarse a través de argumentos. La racionalidad de sus manifestaciones se mide con las reacciones internas que entre sí guardan el contenido semántico las condiciones de validez de estas manifestaciones, a favor de la verdad del enunciado o de la eficacia de la regla de acción.

En suma, una manifestación cumple con los requisitos de la racionalidad en tanto y en cuanto se refiera un saber falible, guardando una relación con el mundo objetivo, vale decir entre los hechos y el resultado accesible a un enjuiciamiento objetivo.

Estas consideraciones que hace el autor, tiene por objeto reducir la racionalidad de una manifestación o emisión a su susceptibilidad de crítica y fundamentación, empero, adolece de dos debilidades. Por un lado, la caracterización es demasiado abstracta evitando explicitar aspectos importantes, y por otra parte, es demasiado estricta, la racionalidad en la práctica comunicativa abarca un sentido más amplio.

La versión cognitiva del concepto de la racionalidad está definida exclusivamente por referencia a la utilización de un saber descriptivo. Este concepto puede desarrollarse en dos direcciones distintas.

Por una parte, partiendo de la utilización no comunicativa de un saber proposicional en acciones teleológicas, adoptamos un concepto de racionalidad cognitivo - instrumental que a través del empirismo ha dejado una impronta de la autocomprensión de la *Modernidad*, haciendo una autoafirmación con éxito del mundo por la gran cantidad de información que puede manipular y como puede adaptarse al entorno.

Por el contrario, si partimos de la utilización comunicativa del saber proposicional en actos de habla, estamos en presencia de un concepto de racionalidad más amplio. Este concepto de racionalidad comunicativa tiene la característica de basarse en la experiencia central de la capacidad de generar el consenso que tiene el habla argumentativa de los participantes que superan la subjetividad inicial de sus respectivos puntos de vistas, y merced a las convicciones racionalmente motivadas, se aseguran la unidad en el mundo objetivo.

En este último caso, el autor propone el siguiente ejemplo: la opinión *p* representa un contenido idéntico de saber del de A y B. Ahora bien A toma parte de una comunicación con otros interlocutores y hace la afirmación *p*, mientras que B en forma solitaria elige los medios que en virtud de la opinión *p* considera adecuados en una situación dada para conseguir un efecto deseado. En este sentido, A y B utilizan el mismo saber.

En el primer caso, la referencia a los hechos y la fundamentación permiten a los participantes a enterarse, susceptible de entendimientos, sobre algo que tiene lugar en el mundo. En el segundo caso, la referencia a los hechos y la fundamentación de la regla de acción hacen posible una intervención eficaz en el mundo.

Así distingue la posición realista (posición A) que parte de un supuesto *ontológico* del mundo para explicar sobre esa base las condiciones del comportamiento racional y la posición *fenomenológica* (posición B) que se pregunta reflexivamente por la circunstancia de aquellos que se comportan racionalmente tengan que presuponer un mundo objetivo.

La posición realista tiene que limitarse a analizar las condiciones que tiene que cumplir un sujeto agente para poder proponerse fines y luego realizarlos en coherencia de un hilo conductor racional.

Por su parte, la posición fenomenológica analiza y se pregunta por aquellas condiciones bajo las cuales se constituye la unidad de un mundo objetivo. El mundo cobra objetividad por el hecho de ser reconocido y considerarlo como uno y el mismo mundo por una comunidad de sujetos capaces de lenguaje y de acción. Para poder aclarar el concepto de racionalidad, el fenomenólogo tiene que estudiar las condiciones que tienen que cumplirse para que pueda alcanzarse comunicativamente un consenso.

En otro sentido, establece que las afirmaciones fundadas y las acciones eficientes son un signo de racionalidad y a los sujetos capaces de lenguaje y de acción los llama “racionales”, siempre y cuando no se equivoquen, en la medida de lo posible, sobre los hechos ni sobre las relaciones fin/medio. En los contextos de comunicación no sólo se llama racional a quien hace una afirmación y es capaz de defenderla frente a un crítico, sino también aquel que sigue una norma vigente y es capaz de justificar su acción frente a un crítico a la luz de expectativas legítimas de comportamiento. A su vez también, es susceptible de ser llamado racional, a aquel que expresa verazmente un deseo, un sentimiento, un estado de ánimo, etc. y que después convence a un crítico de la autenticidad de esa vivencia.

Las emisiones o manifestaciones que presentan pretensiones de rectitud normativa o de veracidad subjetiva, de igual forma a como otros actos llevan asociada una pretensión de verdad proposicional o de eficiencia, son racionales, vale decir susceptibles de fundamentación y de crítica, incluyéndose asimismo a aquellas manifestaciones evaluativa, por ejemplo “deseo de irse de vacaciones”.

En conclusión, podemos afirmar que las acciones reguladas por normas, las autopresentaciones expresiva y las manifestaciones o emisiones evaluativas, completan los actos de habla constataivos para configurar una práctica comunicativa que sobre el trasfondo de un mundo de la vida tiene a la consecución, mantenimiento y renovación de un consenso de pretensiones de validez susceptibles de crítica.

El concepto de racionalidad comunicativa, a criterio del autor, tiene que ser desarrollada y explicada a través de la teoría de la argumentación.

La argumentación es el tipo de habla en que los participantes exponen o tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de defenderlas o recurrirlas a través de argumentos. La argumentación contiene razones que están conectadas sistemáticamente con la pretensión de validez de la manifestación o emisión en problemas. La fuerza de la manifestación se mide, dentro de un contexto, por la pertinencia de las razones. Sobre esta base podemos juzgar también la racionalidad del sujeto que emite tales razones capaces de lenguaje y de acción como participante en una argumentación.

Asimismo la fundamentación de las emisiones o manifestaciones son susceptibles de crítica, y en virtud de tales son susceptibles a su vez de corrección. Podemos efectuar tal corrección si logramos identificar los errores cometidos, es por ello que la fundamentación está íntimamente ligada al concepto de aprendizaje.

En resumen, racionalidad puede definirse como una disposición de sujetos capaces de lenguaje y acción. Se manifiesta a través de comportamientos, con buenas razones, vale decir que todas las manifestaciones o emisiones son accesibles a un enjuiciamiento objetivo.

#### IV. RACIONALIDAD DE LA ACCIÓN EN CUATRO CONCEPTOS SOCIOLOGICOS

El concepto de *acción comunicativa* debe seguir el hilo conductor del entendimiento lingüístico. El concepto de *entendimiento* es un acuerdo racionalmente alcanzado por los participantes que se mide por pretensiones de validez susceptibles de crítica. Las pretensiones de validez se traducen en manifestaciones o emisiones de los participantes. Estas manifestaciones o emisiones pueden ser analizadas por un lado, bajo el aspecto de cómo pueden fundamentarse y por el otro, de cómo los actores hacen referencia con ellas a algo del mundo. Así entonces el concepto de racionalidad se remite, en el primer caso, a las diversas formas del desempeño discursivo de las pretensiones de validez, y en segundo término, a las relaciones que entablan con el mundo los participantes a través de la *acción comunicativa* al reclamar validez para sus manifestaciones o emisiones.

Al afirmar el autor en su tesis que a toda *Sociología* se plantea el problema de la *racionalidad* en el plano metateórico, desarrolla los presupuestos ontológicos de los cuatro conceptos sociológicos de la acción que son fundamentales para la teoría *sociológica*.

Para profundizar estos conceptos del mundo objetivo, mundo social y mundo subjetivo, lo analiza desde la óptica de la teoría popperiana, luego analiza los conceptos de acción teleológica, acción regulada por normas y acción dramaturgica, en términos de relaciones actor/mundo y finalmente introduce en forma provisional el concepto de *acción comunicativa*.

En primer término, desde el punto de vista de la teoría popperiana, Karl Popper distingue tres tipos de mundos o universos, el mundo de los objetos físicos o de los estados físicos, el mundo de los estados de conciencia o de los estados mentales y el mundo de los contenidos objetivos del pensamiento, en especial del pensamiento científico y del pensamiento poético y de las obras de arte. Popper habla en general del “*mundo de los productos de la mente humana*”, entiende su teoría del espíritu objetivo, como una ampliación de la concepción empirista y concibe el espíritu objetivo y subjetivo como mundos, como conjuntos especiales de entidades.

El mundo es considerado como la totalidad de aquello que es el caso, y éste puede constatarse en forma de enunciados verdaderos, en tal sentido diferencia los conceptos del primero, segundo y tercer mundo por la forma en que los estados de cosas existen, se trata de objetos o sucesos físicos; de estados mentales o de episodios internos; o de contenidos semánticos de los productos simbólicos. Así Popper distingue también entre los contenidos semánticos explícitos y contenidos semánticos implícitos.

La multitud de conceptos de acción que se emplean en la teoría sociológica pueden reducirse a cuatro conceptos básicos.-

El concepto de *acción teleológica* ocupa el centro de la teoría filosófica de la acción. El actor realiza un fin y hace que se produzca el estado de cosas deseado eligiendo los medios más congruentes y aplicándolos de manera adecuada. El concepto central es el de una decisión entre alternativas existentes de acción, dirigida a la realización de un fin determinado dirigida por máximas y sustentada en una interpretación de la situación.

La *acción teleológica* se amplía y convierte en acción estratégica cuando en el cálculo que la gente hace de su éxito interviene la expectativa de decisiones de otro agente que también actúa con el mismo propósito. Este modelo de acción es el que se realiza en términos de teoría de la decisión en economía, sociología y psicología social.-

El concepto de acción regulado por normas se refiere a los miembros de un grupo social que orientan su acción por valores comunes. Las normas expresan un acuerdo existente en un grupo social, los miembros de este

grupo tienen derecho a esperar unos de otros que en determinadas situaciones se ejecuten u omitan las acciones obligatorias o prohibidas. Este modelo normativo de acción es el que subyace a la teoría del rol social.

El concepto de *acción dramática* hace referencia a los participantes en una interacción que constituyen los unos para los otros un público ante el cual se ponen a sí mismo en escena. El actor pone en su público una determinada imagen de sí mismo al develar más o menos su propia subjetividad. Este modelo dramático de acción sirve principalmente a las descripciones de orientación fenomenológica de la acción.

Por último, el concepto de *acción comunicativa* se refiere a la interacción de, al menos, dos sujetos capaces de lenguaje y de acción que entablan una relación interpersonal. Los actores buscan entenderse sobre una situación de acción para poder coordinar de común acuerdo sus planes de acción. El concepto central es el de interpretación que se refiere principalmente a la negociación de definiciones susceptibles de consenso.

## V. TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

Esta teoría pese a tener una tradición filosófica que se remonta a Aristóteles, todavía está en sus comienzos. La lógica de la argumentación se refiere a las relaciones internas, también de tipo no deductivo, entre las unidades pragmáticas de que se componen los argumentos, también denominada "*Lógica informal*".

En el habla argumentativa pueden distinguirse tres aspectos. Considerada como proceso, se trata de una forma de comunicación infrecuente y rara por ser una forma de comunicación con condiciones ideales. En este sentido Habermas entiende como las determinaciones de una situación ideal del habla. Los participantes en la argumentación tienen que presuponer que la estructura de su comunicación excluye toda coacción, sea que provenga del mismo proceso de argumentación o fuera del mismo. En este aspecto, la argumentación puede entenderse como una continuación con otros medios de la acción orientada al entendimiento.

Por otra parte, la argumentación tiene por objeto producir argumentos pertinentes. Estos son los medios con cuya ayuda puede obtenerse un reconocimiento intersubjetivo para la pretensión de validez que el proponente plantea en forma hipotética, y con los que una opinión puede transformarse en saber.

Según el filósofo británico Stephen Toulmin, un argumento se compone de una emisión problemática (*conclusion*) lo cual conlleva una pretensión de validez, y de la razón o fundamento (*ground*) con la que ha de decidirse acerca de esa pretensión. La descripción de las oraciones empleadas semánticamente en los argumentos es una condición necesaria pero no suficiente.

Siguiendo las conocidas disciplinas aristotélicas podemos decir que, la Retórica se ocupa de la argumentación como proceso, la Dialéctica de los procedimientos pragmáticos de la argumentación y la Lógica de los productos de la argumentación.

Descubrimos dentro de la argumentación distintas estructuras: las estructuras de una situación ideal de habla; las estructuras de una competición por los mejores argumentos y finalmente las estructuras que definen la forma de los argumentos y las relaciones que guardan entre sí.

Bajo el aspecto de proceso, se podría caracterizar la intuición fundamental vinculada a las argumentaciones necesarias para convencer a un auditorio universal y alcanzar para la manifestación o emisión que se trate

un asentimiento general, bajo este aspecto se puede llegar a un acuerdo racionalmente motivado.

En el plano de la argumentación como proceso, Wolfgang Klein realiza un enfoque instructivo, elige la perspectiva externa de un observador que trata de describir y explica los procesos de argumentación, pretende prescindir de toda valoración objetiva de los argumentos empleados e investiga éstos desde un punto de vista descriptivo. Este estudio de adoptar una perspectiva externa le permite distinguir la argumentación efectiva de la argumentación válida, lo que le permite concluir que “lo válido y lo cuestionable son relativos a las personas y a los momentos históricos”.

Por otra parte, subsume las argumentaciones bajo una descripción que elimina de los intentos de convencer una dimensión decisiva. En virtud de esta descripción las razones son las motivan a los participantes a la comunicación a aceptar una determinada convicción, pero estas razones son concebidas como causas opacas de los cambios de actitud.

En tal sentido advierte oportunamente Klein el riesgo para una lógica de la argumentación la sustitución del concepto de validez por aceptación, ya que de seguir las categorías propuestas por este autor, un argumento es igual a cualquier otro, en consecuencia nos llevaría a la aceptación inmediata de una fundamentación.

La lógica de la argumentación requiere un marco conceptual que permita dar razón del fenómeno de la coacción sin coacciones que caracteriza al mejor argumento.

No todas las pretensiones de validez pueden debatirse en una argumentación, muchas argumentaciones no versan sobre enunciados cuya validez pueda decidir de acuerdo con las categorías de verdadero o probable sino acerca de cuestiones tales como qué es bueno o hermoso o qué es lo que se debe hacer. El concepto de verdad proposicional es demasiado estrecho para cubrir todo aquello para lo que los participantes en una argumentación puedan pretender validez en sentido lógico, es por ello que la teoría de la argumentación tiene que disponer de un concepto más amplio que no restrinja a verdad.

Por otra parte, Toulmin investiga la estructura y conexión de argumentaciones sueltas en el plano de abstracción de la lógica de la argumentación. Así distingue en el plano procedimental un modelo de organización orientado al conflicto y otro orientado al consenso y en el plano de proceso entre los contextos de acción funcionalmente especificados en lo que está inserta el habla argumentativa como resolución de problemas. Señala cinco campos de argumentación representativos, el derecho, la moral, la ciencia, la dirección de empresas y la crítica del arte, que pueden entenderse como diferenciaciones institucionales de un marco conceptual general válido para todas las argumentaciones en general. El concepto de racionalidad solo puede ser accesible a través de un análisis empírico de orientación histórica del cambio de las empresas racionales.

El objetivo perseguido por Toulmin es una crítica a la razón colectiva que evite las definiciones abstractas de la ciencia, el derecho o el arte.

Así por ejemplo, la argumentación ante un tribunal, al igual que otras discusiones del derecho, se distingue de los discursos prácticos generales por su vinculación al derecho vigente, como así también a otras restricciones formales que están dados por el orden procesal, las cuales esperan una decisión dotada de autoridad para la resolución del conflicto. Asimismo posee elementos que pueden ser aprehendidos según el modelo de argumentación moral, y en general, de la discusión sobre rectitud de los enunciados normativos.

En resumen, el citado autor británico no distingue entre las pretensiones

convencionales dependientes de los contextos de acción y pretensiones universales de validez.

Las oraciones representan emisiones con que un proponente puede plantear una pretensión de validez frente a un oponente. El tipo de pretensión es algo que en la mayoría de los casos sólo puede entenderse dentro de un contexto. Las oraciones sólo pueden pronunciarse vinculadas a pretensiones de validez discursivamente decidibles, es el contexto el que especifica y decide el tipo de pretensión de validez.

## VI. LA TEORÍA DE LA RACIONALIZACIÓN DE MAX WEBER

Max Weber fue el único que rompió con las premisas de la filosofía de la historia y con los supuestos fundamentales del evolucionismo, entendiendo la *modernización* de la sociedad como resultado de un proceso histórico universal de *racionalización*. Sometió estos procesos de *racionalización* a estudios empíricos evitando que se eliminasen en los procesos de aprendizaje social los aspectos de *racionalidad*.

En la obra de Weber en conjunto, se vale de un concepto complejo de *racionalidad*. En su análisis de *racionalización social*, que se despliega en el mundo moderno, se deja guiar por la idea de *racionalidad* con arreglo a fines. Este concepto de *racionalidad* es compartido con Karl Marx por un lado, y con Max Horkheimer y Theodor L.W. Adorno por otro lado.

Habermas aclara la perspectiva desde su propio planteamiento comparando estas tres posiciones.

Según Marx la *racionalización social* se establece directamente con el despliegue de las fuerzas productivas, es decir con la ampliación del saber empírico, con las mejoras de las técnicas de producción, cualificación y organización eficaces de la fuerza del trabajo socialmente disponible.

Por el contrario, las relaciones de producción solo experimentan revoluciones merced a la presión racionalizadora de las fuerzas productivas.

Por su parte Max Weber, juzga el marco institucional de la economía capitalista y del estado moderno de otra manera, como aquellos subsistemas de acción racional con arreglo a los fines del *racionalismo occidental*.

Horkheimer y Adorno interpretan a Marx desde esta perspectiva weberiana, bajo el signo de una razón instrumental autonomizada, la *racionalidad* de la dominación de la naturaleza se une con la irracionalidad de la dominación de unas clases sobre otras.

Las tres posiciones presentan, a criterio de Habermas, debilidades teóricas que las tres comparten. Por un lado, identifican *racionalización social* con aumento de la *racionalidad instrumental y estratégica* de los contextos de acción, por otro, las tres vislumbran un concepto de *racionalidad* más amplio sobre el que utilizan en los procesos de *racionalización* que empíricamente describen.

Posteriormente, desarrolla los fenómenos del *racionalismo occidental* y los conceptos de *racionalidad* de Weber para finalizar con un contenido universalista del *racionalismo*, donde considera que el *racionalismo* es parte de la cultura occidental, que pertenece a Occidente porque fue allí donde se dieron las particularidades históricas para que surgiera.

## VII. CONCLUSIONES

En las consideraciones finales de esta primera parte de la teoría de la *acción comunicativa*, Habermas considera que la *acción comunicativa* constituye una alternativa a la filosofía de la historia y que a su vez conforma

un marco dentro del cual pueden retomarse los proyectos de estudio interdisciplinarios sobre el tipo selectivo de racionalización que representa la *modernidad* capitalista.

En la teoría de la sociedad, con el concepto de razón comunicativa de una razón ligada al uso del lenguaje cuyo objetivo final es el entendimiento, vuelve a considerar a la filosofía capaz de cumplir tareas sistemáticas y a exigirle ese cumplimiento. A su vez las ciencias sociales pueden cumplir con la tarea de cooperación con la filosofía que asume el trabajo preliminar de elaborar una teoría de *racionalidad*.

La *racionalidad* como se expuso anteriormente puede definirse como una disposición de sujetos capaces de lenguaje y de acción, que se expresa a través de comportamientos traducidos en manifestaciones o emisiones susceptibles de un enjuiciamiento objetivo.

Asimismo, la *racionalidad* presupone la *acción comunicativa*, si se dan las condiciones para llegar al entendimiento o comprensión con otra persona, mediante la composición de dos instancias, la acción y la comunicación.

En otro orden de cosas, el citado autor alemán por una parte, pondera la *Modernidad*, analizando su juridización y por otra, como lo expresara precedentemente, destaca las tareas que se le plantean a una teoría de la sociedad crítica, a través de la *Sociología*.

A su vez la *Sociología*, como única disciplina que mejor se ha ocupado de las transformaciones de la sociedad, se ve en la necesidad de abordar la problemática de la racionalidad desde un plano metateórico, uno metodológico y uno empírico, mostrando de esta forma una teoría de la *acción comunicativa* que analice la racionalización social.

Finalmente Habermas propone una comunidad ideal de hablantes en un plano ideal, factor fundamental e indispensable de la comunicación para lograr un consenso motivado y racional, a través de la interacción de los participantes entre sí haciendo uso de la racionalidad en sus argumentos y del entendimiento lingüístico.

A través de esta comunidad que propone el autor y con la teoría crítica que formula de la sociedad, hace aparecer la *racionalización social* como único medio idóneo que sostendrá los pilares básicos de una sociedad mejor, ponderando el lenguaje, el conocimiento, el entendimiento entre los participantes mediante la *acción comunicativa*.

## BIBLIOGRAFIA

- HABERMAS, Jürgen, Teoría de la Acción Comunicativa, Tomo Iº, Ed. Taurus Humanidades, Madrid, 1999;
- HABERMAS, Jürgen, “The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society (Studies in Contemporary German Social Thought);
- “Habermas, Kant, Aristóteles y Moralidades tradicionales”, Artículo en [www. Internet](http://www.Internet);
- JARDIM, Antonio de Ponte, “Comentarios sobre a Teoría da Acção em Habermas”, Revista Pró – Ciência, Vol 1, 1º Río de Janeiro, janeiro/marco de 1997, Brasil;
- SOUZA de DUARTE, Daniela y COSTAS PINTOS NEVES DA, Marcelo, “A Localizaçao do direito na Teoría de Jürgen Habermas”, Universidad Federal de Pernambuco, Brasil;
- TOULMIN, Stephen Edelston, La Comprensión Humana, Ed. Alianza, Madrid, 1979;
- TOULMIN, Stephen E. en “Toulmin, Riecke, Janik (1979).

**Nota:**

---

\*Trabajo presentado para la Maestría en Ciencias Penales, Universidad Nacional de la Patagonia, San Juan Bosco, Chubut, Argentina, 1999.



## MEDIATIZACIÓN DEL CONCEPTO LICENCIA SOCIAL\*

EL CONFLICTO MINERO EN CHUBUT Y SU REPRESENTACIÓN  
EN LA PRENSA GRÁFICA LOCAL.

POR VICTORIA GERBER: LICENCIADA EN CIENCIA POLÍTICA Y RRII EGRESADA DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA DE LA PLATA. MAESTRANDA EN PERIODISMO Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA UNLP. ACTUALMENTE SE DESEMPEÑA COMO ASESORA AD HONOREM EN EL SENADO DE LA NACIÓN. CINTIA MARIANA CABRAL: DOCENTE EN CIENCIAS DE LA COMUNICACIÓN/UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y EN EL CICLO BÁSICO COMÚN DE LA MISMA UNIVERSIDAD. RESPONSABLE DEL AULA VIRTUAL/MATERIA "PRINCIPALES CORRIENTES DEL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO" (CIENCIAS DE LA COMUNICACIÓN/UBA). ES INVESTIGADORA EN LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y AUTORA DE ARTÍCULOS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS EN RELACIÓN A LA COMUNICACIÓN Y LA CULTURA.



### UNA DÉCADA DE DEBATE.

Un conflicto político divide a la opinión pública de la provincia de Chubut, desde hace poco más de diez años. Por un lado el gobierno local, alineado en un plan nacional minero, intenta modificar la legislación vigente para permitir la explotación minera a gran escala, a través de la concesión de permisos a distintas empresas multinacionales y sus subsidiarias en Argentina. Por otro lado, vecinos organizados en asambleas municipales, preocupados por las experiencias vividas en otros distritos que permitieron la extracción a cielo abierto, y que impulsan permanentemente movilizaciones, marchas y protestas para proteger el territorio de lo que consideran una actividad nociva, poco productiva y altamente contaminante.

En 2002, los ciudadanos de Esquel, luego de intensos debates acerca de la instalación de la minera Meridian Gold Inc, de capitales canadienses, y de su subsidiaria Minera El Desquite S.A., fueron convocados a un plebiscito por el gobierno provincial, para determinar el grado de aceptación o rechazo social generado por esta situación. El resultado fue contundente, el 81% de los votantes se pronunció en contra de la minería a cielo abierto. Como consecuencia de esto, la Legislatura provincial promulgó, el 9 de abril de 2003, la ley 5001, que prohíbe la minería en la modalidad a cielo abierto y el uso de cianuro.

Los vecinos de Esquel siguieron articulados en asambleas de auto convocados y generando actividades colectivas, convencidos de que las empresas mineras y el gobierno iban a insistir en la modificación de la ley. En otras ciudades y en otras provincias sometidas a esta problemática, estas acciones se replicaron y se conformó una red de asambleas ciudadanas.

Por su parte, la empresa Meridian Gold contrató una consultora internacional llamada Business for Social Responsibility (BSR) para que determinara los motivos del fracaso del proyecto de Esquel. En el extenso informe que redacta BSR, se concluye que: *En el siglo 21, los proyectos de minería deberán tener en cuenta el modo en que a largo plazo contribuirán con el desarrollo sostenible de las comunidades afectadas por su explotación. Y al momento de definir y tomar decisiones relacionadas con la visión de desarrollo sostenible a largo plazo, las comunidades locales deberán participar en forma integral como un socio esencial desde el principio, y durante toda la vida de la mina. De no lograrse, se perderá la licencia social para operar, y surgirá la consiguiente diferencia entre un proyecto en desarrollo y un proyecto interrumpido, como en el caso de Esquel.* 1

Así es como el concepto de *licencia social* entra en juego en el escenario chubutense. Para BSR, el término implica *el cumplimiento de las expectativas sociales y la empresa interesada en un proyecto de extracción debe necesariamente responder a los reclamos de las comunidades locales involucradas. La licencia es otorgada por la propia comunidad, de acuerdo con el grado de valoración que tenga la población sobre el proyecto, y con las percepciones que tengan sobre los beneficios y perjuicios de la actividad extractiva en su territorio. También es intangible, a menos que se haga el esfuerzo de medir esas mismas creencias, opiniones y percepciones. Finalmente, es dinámica y no-permanente, porque creencias, opiniones y percepciones están sujetas a cambiar a medida que se adquiere nueva información. Por lo tanto, la Licencia Social debe ser ganada y luego mantenida.* 2

A partir de la aplicación de este concepto y de este nuevo modelo estratégico, las empresas están sujetas a llevar a cabo políticas de acercamiento a las comunidades locales, y a poner empeño en instalar una imagen de transparencia institucional y de responsabilidad social, donde además la información juega un papel determinante en el otorgamiento o no de la *licencia social*. Se ven obligadas a mostrarse responsables desde una perspectiva ética, al margen del cumplimiento efectivo de la ley vigente en el territorio.

En Chubut, a pesar del firme rechazo de la comunidad andina, las empresas mineras decidieron adoptar distintas estrategias comunicacionales adaptando este nuevo concepto, buscando la aceptación y confianza de la ciudadanía en la industria minera.

Aunque luego de 2002 la ley provincial prohíbe expresamente la minería a cielo abierto, y a pesar de que la comunidad andina se expresó concretamente en contra de esta actividad por medio de un instrumento de consulta popular legítimo, las actividades de prospección y de exploración en el territorio provincial continuaron, y se multiplicaron en los últimos años. El foco de interés se trasladó desde la comarca andina hacia la meseta central, y en la actualidad afecta a comunas rurales donde la representación política es designada por decreto del Ejecutivo provincial.

De todas formas, para continuar con la fase de extracción, las empresas mineras deben lograr que se modifique la ley provincial vigente. Por eso, en 2012, el poder Ejecutivo envió a la legislatura el proyecto de un marco regulatorio que abría la puerta a la minería a cielo abierto e incluía en sus fundamentos y en su articulado referencias a la participación de la comunidad en la aceptación, regulación y monitoreo de las actividades mineras, y obligaciones de las empresas en cuanto a las acciones comunitarias a desarrollar en cada etapa del proyecto minero. El gobierno provincial garantizaba en el marco regulatorio *la participación de los diferentes actores sociales al diálogo amplio y abierto sobre las distintas temáticas que abarca la actividad minera para el logro de los entendimientos fundados en la información y el conocimiento.*3

La reacción de asambleas de auto convocados por el no a la mina no se hizo esperar. Durante todo el año se movilizaron y debatieron, enfrentando el discurso oficial y el lobby de las mineras. Cada vez que el marco regulatorio se debatía en el Congreso, las asambleas se reunían para manifestarse en la capital de la provincia.

El 27 de noviembre de 2012, los miembros de las asambleas no pudieron ingresar en la legislatura para presenciar el debate, como habitualmente lo hacían. Un grupo de personas identificadas con el gremio de la construcción, la UOCRA (Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina)

bloqueó la entrada al edificio y agredió físicamente a los vecinos. Corridas, sangre, gritos de pánico fueron el corolario de un conflicto que hasta el momento venía desarrollándose de manera tensa, pero pacífica.

Actualmente el conflicto permanece latente en la región. Los vecinos se siguen movilizandando de manera periódica, se mantienen en estado de alerta a pesar de que el polémico proyecto de marco regulatorio fue retirado de la legislatura por orden del Ejecutivo provincial. En la nota que envió a la Legislatura solicitando el retiro del proyecto, el gobernador Buzzi sugirió *que no se avance en el tratamiento hasta que este Poder Ejecutivo pueda hacer llegar a esa Legislatura, lo producido en todo este tiempo de trabajo con los sectores institucionales y comunitarios. A partir de allí podremos integrar todas las propuestas para que sean analizadas por los legisladores y lograr una herramienta indispensable, que regule el futuro crecimiento de la provincia, con seguridad ambiental y con los consensos mínimos sobre las reglas de juego claras y precisas normen las actividades básicas de explotación de nuestro subsuelo.*<sup>4</sup>

Tanto el plebiscito del año 2002, como el fuerte rechazo de las asambleas al marco regulatorio de la Ley 5001, fueron indicios de que la opinión pública es determinante para lograr la aceptación social de las comunidades locales. La presión institucional, tanto de las empresas privadas como del Ejecutivo provincial, para incluir las actividades mineras en el modelo productivo de la provincia se ha incrementado, pero también ha crecido la preocupación de estos actores políticos por lograr credibilidad y confianza por parte de la población local.

Por eso resulta pertinente hacer un análisis de la manera en que el concepto de *licencia social* se inscribe, además de en el discurso de las empresas privadas y del Estado, en el discurso mediático de la provincia.

Elegimos hacer un seguimiento del diario Jornada, de Trelew, Chubut, ya que es uno de los diarios de mayor tirada en la provincia, y porque su área de influencia, el Valle Inferior del Río Chubut, es donde se encuentra la ciudad capital de la provincia, Rawson, y donde se concentran los órganos decisorios del distrito. Esa área de influencia también incluye localidades y comunas que se ven afectadas de manera directa por proyectos de prospección minera. La elección de un medio gráfico tiene que ver también con la permanencia discursiva que aporta este formato mediático.

113 —

## LA LICENCIA SOCIAL EN EL DIARIO JORNADA

En el complejo escenario del conflicto minero, marcado por disputas de poder, el diario *Jornada* de Trelew utiliza el concepto de *licencia social* en el mismo sentido en que lo emplean las empresas mineras, cargado de valoraciones positivas. Sin embargo, el diario no define de manera precisa y clara qué es para el propio medio la *licencia social*. Así el concepto se vuelve a-histórico y pierde su significado real.

El diario *Jornada* propone un *contrato de lectura*<sup>5</sup> (Eliseo Verón: 52) en el cual predomina un *Enunciador Objetivo*<sup>6</sup> que dice la verdad. El *contrato de lectura* es la *relación entre un soporte y su lectura*.<sup>7</sup> Dicha relación implica: *el discurso del soporte por una parte, y sus lectores, por la otra. En ambas "partes" se establece, como en todo contrato, un nexo; el de la lectura. En el caso de las comunicaciones de masa, es el medio el que propone el contrato. Y la lectura, es una "actividad significativa, en tanto que proceso socio- cultural de "captura" del sentido de un texto, de un discurso (o más en general, de un media)*<sup>8</sup>.

Asimismo, este *contrato* es el espacio desde el cual se produce la

*articulación correcta de las expectativas, motivaciones, intereses y contenidos del imaginario de lo decible de las dos partes*<sup>9</sup>; también permite mantener el nexo entre ambos y modificar el tipo de contrato si la situación contextual así lo exige.

En el *contrato de lectura* resulta fundamental la *enunciación*, ya que: *por el funcionamiento de la enunciación, un discurso construye una cierta imagen de aquél que habla (el enunciador), una cierta imagen de aquel a quien se habla (el destinatario) y en consecuencia, un nexo entre estos “lugares”*.<sup>10</sup>

De este modo, el *contrato de lectura* se vuelve un plano crucial porque es el lugar donde se constituye la relación de cada soporte con sus lectores, y permite entender cómo se produce la relación entre quien emite el mensaje y quien lo recibe (*posiciones* de sujetos), en el marco de un proceso complejo de producción infinita de sentido, y por esto mismo en este caso, permite avanzar en el conocimiento acerca de cómo el Diario *Jornada* construye la idea de *licencia social*.

El diario *Jornada* construye, desde el contrato con el destinatario, una idea de *licencia social* que aparece en la superficie discursiva, en los siguientes términos: “*La comunidad es la llave para abrir el proyecto en Esquel*”<sup>11</sup>; “*...la sociedad de Esquel, que es la que deberá dar el aval para que las autoridades nos avalen a nosotros*”<sup>12</sup>; “*Esquel: cada vez más vecinos se suman a charlas sobre la minería*.”<sup>13</sup> En estos enunciados se reconoce un enunciador impersonal y objetivo que le propone a la sociedad de Esquel ser participante activa en el proceso de toma de decisiones sobre la cuestión de la minería.

Por otra parte, se ha verificado en el análisis que existe una fuerte tendencia de la prensa tradicional a priorizar la voz oficial, la cual se materializa en los testimonios de funcionarios y de empresarios vinculados a las mineras directa o indirectamente. Por ejemplo, en la noticia sobre el discurso de apertura de las sesiones legislativas, *Jornada* destaca la mención del gobernador Buzzi sobre la cuestión minera: *En ese marco, defendió la necesidad de discutir sobre el polo minero en la provincia, señalando que “el debate que tenemos que dar es el de las condiciones en que puede llevarse adelante, dejando de lado las posiciones de corte fundamentalista de uno y de otro lado”*.<sup>14</sup> En este enunciado queda planteada cierta posibilidad de diálogo, siempre y cuando se realice en los términos y condiciones propuestos unilateralmente por el poder central.

En el mismo sentido, el diario *Jornada* expone la voz de los empresarios. De hecho difunde las reuniones que organizan las propias mineras para  *cubrir la necesidad que tienen vastos sectores de la comunidad de Esquel y alrededores de acceder a información y conocer en detalle las propuestas que Minas Argentinas tiene para su proyecto en Cordón de Esquel*.<sup>15</sup> El diario hace énfasis en que dichas reuniones son a “sala repleta” y que los vecinos agradecen esos espacios porque en las escuelas, en los supermercados *solo pueden escuchar la voz de los que se oponen*.<sup>16</sup>

En este mismo sentido, el diario *Jornada* tituló *Un debate necesario que demoró más de una década*<sup>17</sup> una de sus notas editoriales, haciendo referencia al plebiscito del año 2003. En esa columna se afirmó que son crecientes las voces que indican que las posiciones fundamentalistas en contra de la actividad, mucho tienen que ver con la falta de información. Por esto *es destacable que las firmas han decidido exponer ante la gente el alcance de sus proyectos*.<sup>18</sup>

El diario, mediante su contrato de lectura, construye un gobierno conciliador, abierto al debate y al diálogo con todos los sectores de la

comunidad. De hecho, como hemos expuesto más arriba, a lo largo del año 2012, el periódico divulgó testimonios de distintos funcionarios del gobierno, desde el gobernador de la provincia de Chubut, Martín Buzzi, hasta los jefes de las comunas rurales, que manifestaban de manera unánime la necesidad de solucionar el conflicto a través del diálogo. Esto queda de relieve en titulares como *Aguirre dijo que la minería llegará a Esquel si se apela al “diálogo respetuoso”*<sup>19</sup>; *Minería: Williams quiere que el debate en Esquel sea con respeto*<sup>20</sup>; *Esquel: a sala llena, Minas Argentinas dio una nueva charla abierta a la comunidad*<sup>21</sup>; *Esquel: cada vez más vecinos se suman a charlas sobre la minería*.<sup>22</sup>

En los artículos periodísticos recolectados durante el año se observa la presencia de un mismo eje que organiza los temas y las voces presentadas en el periódico. Según este medio el gobierno, las empresas, y algunos sectores organizados de la sociedad se muestran receptivos al diálogo y adoptan una actitud democrática y conciliadora, se preocupan por la reactivación de la capacidad productiva de la zona sin dejar de lado la cuestión medioambiental. Se revela así la necesidad de sostener, por parte de estos actores, una imagen dialoguista y flexible, sin renunciar a la fuerte determinación a favor de la minería a cielo abierto.

Por otra parte, la presencia en el medio de los actores sociales que se manifiestan explícitamente en contra de la megaminería, las asambleas de auto convocados y los foros sociales y ambientales, es significativamente menor que el lugar que tienen los actores mencionados anteriormente, y en las oportunidades en que son nombrados, éstos aparecen siempre vinculados a acciones violentas, y por lo tanto estigmatizantes y descalificadoras: *Buzzi: La pelea la iniciaron los antiminereros*.<sup>23</sup>; *Piñas, después pintadas ¿qué sigue?”*<sup>24</sup>; *Escalada de violencia*.<sup>25</sup> Esta representación es indicadora de la construcción de sentido que realiza y propone el medio, que difunde un mensaje y en ese mismo movimiento construye una imagen con una clara intención política.

El diálogo entre los diversos actores sociales está estancado, y la principal responsabilidad recae sobre la clase política, garante de canalizar todas las reivindicaciones sociales, y sobre los medios, actores que cuentan con una preponderancia incuestionable en el proceso de toma de decisiones. Hoy la relevancia de los medios masivos de comunicación en la constitución de la *agenda de gobierno* es innegable, de hecho “*la prensa escrita tiene un rol fundamental en la promoción de los asuntos públicos*”.<sup>26</sup>

Existen tres tipos de agendas que entran en juego en escenarios donde se disputa el poder como el que se describe en este trabajo: la *agenda sistémica*, la *agenda de gobierno* (o institucional o formal) y la *agenda de los medios masivos de comunicación*<sup>27</sup>. La *agenda sistémica* incluye aquellas cuestiones que los miembros de una comunidad política perciben como merecedoras de la atención pública y como asuntos que caen dentro de la jurisdicción legítima de la autoridad gubernamental existente. Esta agenda está integrada por cuestiones generales que gran parte de la población comparte precisamente por su formulación genérica, como por ejemplo la contaminación. Tales cuestiones, por su condición de “generales” tienden a ser más indicadoras que definitivas de áreas de problemas a atender.

La *agenda de gobierno*, institucional o formal, es un conjunto de asuntos explícitamente aceptados para consideración activa por parte de los encargados de tomar las decisiones. Es más específica, concreta y acotada que la agenda sistémica ya que define problemas específicos. La manera en que un gobierno incorpora un problema a su agenda tiene que ver con la definición de dichos problemas. En términos políticos, esta agenda expresa la vitalidad de la vida pública en un sistema político dado. Asimismo, la

formación de esta agenda revela cuál es la estructura de poder que efectivamente domina. Esta se configura a través de un proceso mediante el cual las demandas de varios grupos de la población se transforman en asuntos socialmente problematizados.

Por su parte, la *agenda de los medios* está conformada por las noticias que difunden los medios informativos cotidianamente y a las que confieren mayor relevancia. Influye tanto en la agenda de la sociedad (sistémica) como en la de gobierno. De hecho, lo que el medio publica es lo que la sociedad puede conocer y sobre lo cual puede tener una opinión (opinión pública). *Al mismo tiempo, la agenda de temas de los medios está vinculada fuertemente a la agenda oficial, es decir, lo que el Presidente, sus ministros importantes o gente vinculada al Parlamento, deciden que es importante. La agenda periodística históricamente siguió esto. Si habla el Presidente o Presidenta, esa información llega hasta el último diario opositor, eso continúa siendo así.*<sup>28</sup>

Frente a esta situación de conflicto y de disputa de poder, el hecho de que un medio de comunicación local replique un concepto esgrimido por uno de los actores a favor de sus intereses privados, promoviéndolo como un instrumento de interés público, nos hace interrogarnos acerca de las implicancias sobre la opinión pública local.

El lunes 2 de febrero de 2012 el diario Jornada publicó una nota, firmada por Carlos Baúlde, titulada *Los pros y los contras de la minería y el debate que no habría que evitar*. En ella el autor se expresa sobre la importancia de escuchar las dos voces: *“Plantear un escenario de confrontación permanente y, en algunos casos, con peligrosos toques de intolerancia (como algunas organizaciones antimineras que proponen “molestar” a periodistas para que no hablen de minería, o armar listas negras de promineros, etc.) es un gravísimo error. Solo comparable con el que se viene comprometiendo desde el otro extremo del espinel, al pretender impulsar la actividad sin discusiones profundas, desde el impacto ambiental hasta los beneficios económicos.”*<sup>29</sup>

Quedaron así configurados los dos polos de conflicto, por un lado los anti mineros y por otro los pro mineros. El columnista, la voz del diario, superando la confrontación, exigiendo un debate. El diario se ubicó a sí mismo al margen de la puja, proponiendo un diálogo superador.

Dos semanas más tarde, el 16 de febrero de 2012, el titular principal de la tapa fue: *Las provincias crean organización para impulsar la minería*. De esta forma se anunciaba la creación de la OFEMI (Organización Federal de Estados Mineros) en la que Chubut iba a ser parte integrante. La editorial de esa edición es encabezada por un testimonio del gobernador Buzzi: *No hay ningún desarrollo posible sin la denominada “licencia social”, es decir, la aceptación de las comunidades. La OFEMI trabajará poniendo fuertes condiciones para que la actividad brinde garantías, tanto en lo ambiental como en la generación de empleos.*<sup>30</sup> Es la primera referencia que hace el diario a la *licencia social*, en palabras de un funcionario, nada menos que del gobernador. La información fue publicada en la editorial del periódico, donde se fija la posición política del medio. Por otro lado, se pone de manifiesto la determinación de los límites del debate por parte de las autoridades. Se pueden discutir las condiciones en las que la actividad minera se va a desarrollar en adelante, pero queda al margen la discusión sobre la efectiva realización de la actividad.

Una semana más tarde, el 21 de febrero, el periódico volvió a referirse a la *licencia social* a través de la voz del gobernador Buzzi: *De todos modos Buzzi remarcó que en Chubut cualquier proyecto minero debe*

*tener la licencia social para que se concrete, un impacto ambiental positivo y un impacto económico como corresponda...* 31

Al día siguiente, el diario publicó en nota de tapa el testimonio de la ministra de economía de la provincia, Gabriela Dufour: *Hay que reflexionar sobre una minería sustentable.*<sup>32</sup> Nuevamente el eje del debate se sitúa en el modo en que la minería debe ser aplicada, silenciando la postura de quienes defienden la prohibición de la actividad minera en la provincia.

El 24 de febrero el periódico difundió la postura del intendente de Trelew, Máximo Pérez Catán, con respecto a la minería. En la nota el funcionario asegura que: *Trelew quiere seguir siendo proveedor minero. Lo es y lo quiere seguir siendo. Tiene una oportunidad.*<sup>33</sup>

El lunes 23 de abril figura en la sección política del diario una nota de página entera referida a una charla organizada por la empresa Minas Argentinas, subsidiaria de Yamana Gold. Titulado *Avanza en Esquel la búsqueda de consenso para los proyectos mineros*, el artículo difunde las declaraciones de Mario Hernández, vicepresidente de Minas Argentinas: *También aludió a la mina Gualcamayo, en San Juan. Subrayó que allí “hemos logrado una producción minera con un equilibrio social importante” e informó que en esa zona abrió un fondo fiduciario para infraestructura, estando para inaugurarse en breve obras ejecutadas con esos recursos, como un hospital, red de agua potable, estación transformadora, estando en construcción una planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos y la segunda etapa de un polideportivo con un presupuesto de 11,5 millones de pesos... El objetivo es darle mayor sustentabilidad a la actividad minera con participación de la gente para la licencia social.*<sup>34</sup> Nuevamente el concepto aparece ligado al discurso pro minero, anteriormente de los funcionarios del gobierno provincial y ahora del propio vicepresidente de la empresa.

El 19 de junio la nota central fue la presentación por parte del poder Ejecutivo, del marco regulatorio. El diario *Jornada* tituló su editorial *La minería, la discusión que comienza*, olvidando los diez años anteriores de conflicto. Sostuvo que: *La minería y su marco regulatorio deben propiciar una discusión amplísima, abierta, dándole participación a todos. Lo contrario son los aprietes, sean éstos de la dirigencia política, de las empresas, o de las manifestaciones a veces dirigidas con intencionalidades insondables y de virulencia poco entendible.*<sup>35</sup> Desde este enunciado se vuelve a invitar al debate, a la participación ciudadana, a respetar los valores democráticos; sin embargo se descalifica a los actores sociales que, queriendo participar del diálogo, se manifiestan en contra de la minería y defienden la legislación vigente.

La editorial del día siguiente, el 20 de junio, titulada *Un marco regulatorio con pautas concretas*, reproduce una frase del gobernador de Chubut que grafica el grado de impacto económico que generaría en la vida de cada vecino chubutense, la aprobación de la actividad minera a gran escala: *Cuando culmine el tercer año, cada uno de los habitantes de la provincia de Chubut va a recibir un cheque en su casa que le va a decir ésta es la rentabilidad que generan los recursos naturales no renovables.*<sup>36</sup> En este enunciado se pone de manifiesto, explícitamente, el interés del gobierno de la provincia de Chubut por lograr el apoyo de la población, en términos de *licencia social* entendida como un modo de participación ciudadana legítima.

El 22 de junio un artículo de tapa entera fue titulado: *En Esquel y Trelew se inició el debate sobre la minería y sus beneficios para cada ciudad.*<sup>37</sup> En este enunciado, una vez más, se elude la información acerca de todos los impactos que la minería a cielo abierto puede tener sobre la sociedad y el

medioambiente. El diario solo enfatiza en la cuestión de los beneficios económicos.

El 26 de junio el diario publicó una invitación de Argentina Mining y Minera Santa Cruz, para participar en un concurso destinado a estudiantes de carreras afines a la minería, llamado “Qué es la minería para mí”. En el artículo se sostiene que el objetivo de la actividad propuesta es: *Contribuir a la generación de conciencia en los futuros profesionales mineros acerca de la necesidad de contar con la licencia social para operar y de la atención que el sector debe prestar a las opiniones de la sociedad en cuanto a la minería y sus diversas etapas y procesos.*<sup>38</sup> En este enunciado, una vez más, el diario *Jornada* adopta y difunde un concepto creado estratégicamente para lograr fines económicos privados.

En un artículo que anunciaba la aprobación de una ordenanza en Trelew para ofrecer beneficios impositivos a las empresas de servicios mineros, el secretario de Producción y Turismo, Julio Tartaglione, sostuvo: *Yo estoy de acuerdo con que hay altos riesgos de contaminación. Pero también debe haber otros métodos en el mundo que hacen a la no contaminación, y eso es lo que tenemos que adoptar nosotros. Consultado por la realización de un plebiscito, el funcionario reflexionó: “Los plebiscitos tienen un cierto valor, pero antes de hacerlo es necesario informar a la comunidad. Hay que informarse porque hacer un plebiscito en la ignorancia carece de valor.”*<sup>39</sup> En este caso, el diario pone de manifiesto nuevamente que la única opinión legítima es aquella formada, utilizando “opinión formada” como sinónimo de contar con información. Ahora bien, ya se puede observar en los ejemplos enunciados, que dicha información está recortada alrededor de un eje organizador del tema de la minería que tiene que ver con las ventajas económicas que esta práctica extractiva podría llegar a tener en la comunidad.

El 20 de julio se publica un anuncio del Partido Socialista Auténtico, integrante del Frente para la Victoria, en el que el diputado Anselmo Montes solicita al gobernador el retiro del marco regulatorio. El legislador manifestó que: *Tal como expresara el señor gobernador de la provincia y miembros de su gabinete al afirmar que en Chubut “habrá minería siempre y cuando haya licencia social”, lo cual no se puede afirmar con certeza, y si bien es legal en la expresión de los diputados en la Legislatura, la legitimidad se expresa en el artículo 262 de la Constitución Provincial mediante la consulta popular.*<sup>40</sup> Es la primera crítica de un funcionario publicada en el periódico a lo largo del año y un indicio de que el gobierno no podía lograr un consenso en el seno de su propio partido. El 31 de octubre esta situación se hace evidente cuando Buzzi retira sorpresivamente el marco regulatorio propuesto. *Jornada* tituló esta noticia: *Marcha atrás del Gobierno: Buzzi retiró de la Legislatura el marco regulador minero y petrolero.*<sup>41</sup> Al mismo tiempo, el diario calificó esta situación como un “retroceso político”, separándose por primera vez de la voz oficial en relación a la problemática minera.

El retiro del marco regulatorio no significó el fin del debate. El 13 de octubre el diario publicó declaraciones de Eduardo Maza, Ministro de Ambiente de la provincia, quien expresó: *“El marco regulatorio no es un debate sobre una postura por sí o el no a la minería, si no que es una norma de carácter general que tiene por finalidad dar respuestas a tres licencias: ambiental, social y económica”. Esta apertura legal servirá para que los pueblos se pronuncien en cuanto a la licencia social para los emprendimientos analizados uno por uno, y es entonces que el marco regulatorio cubre a las posiciones positivas y a las negativas, privilegiando la decisión de cada comunidad.*<sup>42</sup> En este

enunciado se explicita la idea de que para el ministro es necesario primero habilitar la actividad minera con uso de cianuro en la provincia, para luego sí poder debatir acerca de los beneficios y perjuicios de su instalación.

En conclusión, hemos hecho un recorrido a través del análisis de recortes periodísticos del diario Jornada a lo largo del año 2012, definiendo los ejes de la discusión pública acerca del conflicto sobre el uso de los recursos mineros en la provincia de Chubut. El hilo conductor de nuestra búsqueda fue definido por el concepto de *licencia social* y el uso o definición del mismo que le dieron los actores sociales involucrados: sociedad civil, empresas privadas, Estado provincial, y finalmente el periódico. Por último, determinamos la responsabilidad de éste último como canalizador de información y formador de la denominada opinión pública y su rol preponderante en la construcción de poder, no solo como observador sino como actor dentro del proceso de toma de decisiones.

Dominique Wolton afirma que *los medios tienden, en una situación tensa, a hacer de mediadores para “desbloquear” la crisis y “hacer progresar el diálogo”, argumentando que las cosas irían más rápido si los protagonistas estuviesen mejor informados. De esta manera reducen la crisis a un problema de “información” aunque la mayor parte del tiempo el problema no está allí, sino en la gestión de una relación de fuerzas políticas donde la información no es más que un elemento.*<sup>43</sup>

Sin embargo, en el caso del conflicto minero en Chubut, este “rol mediador” en la prensa local se ve desdibujado por una fuerte tendencia de la prensa tradicional a priorizar la voz oficial, el testimonio de funcionarios y de empresarios vinculados de manera directa o indirecta a la actividad minera; silenciando al mismo tiempo a amplios sectores de la sociedad civil, organizada en asambleas, con propuestas concretas que fueron expresadas a través de herramientas legales garantizadas por la Constitución provincial.

119 —

## BIBLIOGRAFÍA:

- Aguilar Villanueva, Luis (2007, octubre). La dimensión administrativa de la nueva gobernanza: sus prácticas y aporte. Trabajo presentado en el XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Santo Domingo. Recuperado de <http://www.clad.org/congresos/congresos-antecedentes/xii-santo-domingo-2007>
- BOUTILIER, Robert y THOMPSON, Ian. *La Licencia Social para Operar*. [En línea] 2011SME Manual de Ingeniería Minera. Sociedad de Minería, Metalurgia y Exploración, Littleton, Colorado, EEUU. Disponible en Web: [http://www.academia.edu/1003674/Social\\_license\\_to\\_operate](http://www.academia.edu/1003674/Social_license_to_operate)
- BUSINESS FOR SOCIAL RESPONSABILITY. *Informe de Minería El Desquite, Esquel, Argentina*. (San Francisco, EEUU) Disponible en Web: <http://lavaca.org/archivos/nota1484.pdf>
- República Argentina, Provincia de Chubut (2003) Ley N° 5001. Rawson, 9 de abril.
- VERÓN, Eliseo. El análisis del “Contrato de Lectura”, un nuevo método para los estudios de posicionamiento de los soportes de los media, en “Les Medias: Experiences, recherches actuelles, applications”, IREP, París, 1985.
- WAISBORD, Sivio. “Los medios tradicionales también marcan la agenda en las redes sociales” [En línea] *Página 12 digital*. 6 de agosto de

2012. Disponible en web:<http://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-200401-2012-08-06.html>

WOLTON, Dominique (2007). *Pensar la comunicación*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

## Notas:

---

“Ponencia preparada para el “XI Congreso Nacional de Ciencia Política”, organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de Entre Ríos, Paraná, 17 al 20 de julio de 2013”.

1 (2003) *Informe de Minería El Desquite, Esquel, Argentina*. Business for Social Responsibility (San Francisco, EEUU) Disponible en Web: <http://lavaca.org/archivos/nota1484.pdf>

2 Boutilier Robert y Thompson, Ian. *La Licencia Social para Operar*. [En línea] 2011 SME Manual de Ingeniería Minera, capítulo 17.2, págs.1779-1796, Sociedad de Minería, Metalurgia y Exploración, Littleton, Colorado, EEUU. Disponible en Web: [http://www.academia.edu/1003674/Social\\_license\\_to\\_operate](http://www.academia.edu/1003674/Social_license_to_operate)

3 Marco regulatorio de las actividades minera e hidrocarburífera en la Provincia de Chubut, 2012.

4 Nota interna N° 35/2012.

5 Se trata de uno de los tipos de enunciador que menciona Eliseo Verón. Los otros son: enunciador cómplice y enunciador pedagógico. El Enunciador Objetivo es impersonal y habla la verdad, está cargado de aserciones modalizadas, preguntas en tercera persona; cuantificaciones de consejos en un discurso ni el enunciador ni el destinatario están explícitamente marcados.

6 Se trata de uno de los tipos de enunciador que menciona Eliseo Verón. Los otros son: enunciador cómplice y enunciador pedagógico. El Enunciador Objetivo es impersonal y habla la verdad, está cargado de aserciones modalizadas, preguntas en tercera persona; cuantificaciones de consejos en un discurso ni el enunciador ni el destinatario están explícitamente marcados.

7 Eliseo Verón, El análisis del “Contrato de Lectura”, un nuevo método para los estudios de posicionamiento de los soportes de los media, en “Les Medias: Experiences, recherches actuelles, applications”, IREP, París, 1985.

8 Eliseo Verón, El análisis del “Contrato de Lectura”, un nuevo método para los estudios de posicionamiento de los soportes de los media, en “Les Medias: Experiences, recherches actuelles, applications”, IREP, París, 1985.

9 Eliseo Verón, El análisis del “Contrato de Lectura”, un nuevo método para los estudios de posicionamiento de los soportes de los media, en “Les Medias: Experiences, recherches actuelles, applications”, IREP, París, 1985

10 Eliseo Verón, El análisis del “Contrato de Lectura”, un nuevo método para los estudios de posicionamiento de los soportes de los media, en “Les Medias: Experiences, recherches actuelles, applications”, IREP, París, 1985

11 “La comunidad es la llave para abrir el proyecto en Esquel” (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 9 de octubre.

12 Ídem

13 “Esquel: cada vez más vecinos se suman a charlas sobre la minería”. (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 7 de abril.

14 “Un discurso con guiños políticos y muchas propuestas” (2012) *Diario Jornada*. Trelew 3 de marzo.

15 “Esquel: Cada vez más vecinos se suman a charlas sobre la megaminería” (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 7 de abril.

16 “Esquel: Cada vez más vecinos se suman a charlas sobre la megaminería” (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 7 de abril.

17 “Un debate necesario que demoró más de una década” (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 23 de abril.

18 Ídem.

19 “Aguirre dijo que la minería llegará a Esquel si se apela al “diálogo respetuoso””. (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 26 de octubre.

- 20 “Minería: Williams quiere que el debate sea con respeto”. (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 24 de octubre.
- 21 “Esquel: a sala llena, Minas Argentinas dio una nueva charla abierta a la comunidad”. (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 25 de octubre.
- 22 “Esquel: cada vez más vecinos se suman a charlas sobre la minería” (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 7 de abril.
- 23 “Buzzi: La pelea la iniciaron los antiminereros.”(2012) *Diario Jornada*. Trelew 29 de noviembre.
- 24 “Piñas, después pintadas ¿qué sigue?” (2012) *Diario Jornada*. Trelew, 29 de noviembre.
- 25 Ídem
- 26 Aguilar Villanueva, Luis (2007, octubre). La dimensión administrativa de la nueva gobernanza: sus prácticas y aporte. Trabajo presentado en el XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Santo Domingo. Recuperado de <http://www.clad.org/congresos/congresos-antteriores/xii-santo-domingo-2007>
- 27 Aguilar Villanueva, Luis (2007, octubre). La dimensión administrativa de la nueva gobernanza: sus prácticas y aporte. Trabajo presentado en el XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, Santo Domingo. Recuperado de <http://www.clad.org/congresos/congresos-antteriores/xii-santo-domingo-2007>



---

## SERVUCCION:

### UNA HERRAMIENTA PARA LA GESTIÓN EN EL CONOCIMIENTO DE LOS PROCESOS PRODUCTIVOS PARA GENERAR CAMBIOS OPERATIVOS Y ESTRATEGICOS

POR MARIANO JOSÉ PARDINI: CONTADOR PÚBLICO NACIONAL (UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA/ ARGENTINA). MAGISTER EN DIRECCIÓN DE EMPRESAS/M.B.A. (UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA/ARGENTINA). SUBDIRECTOR DE RECURSOS FINANCIEROS (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA/ CHUBUT). INTEGRANTE DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS U.N.P.S.J.B. EN EL PROYECTO DENOMINADO “DISEÑO DE UNA METODOLOGÍA DE COSTOS PARA EL SISTEMA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LAS OFICINAS JUDICIALES DEL FUERO PENAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT”.



Existe una vieja dicotomía en la que se sostiene que las empresas económicas y las organizaciones de la administración pública, representada en este ámbito por la Justicia, se encuentran en polos opuestos. Menciona Scwartzman<sup>1</sup> ya en la década de los '90 que mientras las empresas persiguen solo ganancias monetarias, con una visión en el corto plazo sin importar los productos que venda, siempre y cuando obtengan beneficios por ello, la Justicia con una visión de siglos, se ve interesada en la búsqueda de la misma, sin importar los costos en los que incurre, siempre y cuando su producto sea de calidad en términos judiciales.

Pero evidentemente en los últimos años esas fronteras se han ido acercando, dado que, aparecen algunos factores que van aproximando cada vez más esos supuestos polos opuestos referidos en el párrafo anterior, por la escasez de recursos.

Uno de estos factores y el más evidente de esta suerte de transformación en la gestión de justicia, es la limitación presupuestaria que los gobiernos disponen, ante la demanda creciente de costos de los sistemas de administración de justicia.

Otro factor de “aproximación” de las unidades judiciales a modelos de empresas, es la necesidad casi imperiosa de gerenciamiento interno en los procesos. Ya las administraciones de dichos organismos no se limitan solamente al armado de presupuestos por programas, mecanismos de admisión de trámites, regímenes operativos, etc., sumado a su gobierno complejo, aumentando los intereses a satisfacer, sino que se encuentran en pleno proceso de transformación aplicando herramientas derivadas de Planificación Estratégica en pos del manejo eficiente de los recursos presupuestarios del Poder Judicial.

Las exigencias de la sociedad por mejorar la gestión de las organizaciones públicas, en nuestro caso los organismos de la Justicia, apuntan centralmente a la generación de un modelo de organización que brinde más y mejores servicios en términos de calidad, accesibilidad, celeridad, transparencia, confiabilidad y que posibilite la rendición de cuentas sobre cada uno de estos atributos, haciéndolos eficaces y si es posible eficientes.

La modernización de la administración de este Poder ha seguido ese horizonte de distintas formas y con una multiplicidad de herramientas e instrumentos para alcanzar esos objetivos.

Pensar en diseñar y gestionar procesos en organizaciones prestadoras de servicios públicos parece una idea descabellada.

Para que un servicio sea tomado o utilizado por un “cliente” satisfecho, el servicio debe tener como característica principal la mejor de las cualidades que es ser un servicio de CALIDAD la cual es fijada previo a la fabricación

del servicio, definiendo la calidad como el cumplimiento de las necesidades y requerimientos del “cliente”.

¿Es fabricado un servicio de la misma manera que un producto? Muchas veces esta pregunta parece exagerada, porque cuando se piensa en fabricación se lo asocia a bienes o productos tangibles, además la expresión “fabricación de servicio” que aparentemente suena diferente, ¿tiene un solo significado?

Semánticamente un proceso de producción desemboca en un producto tangible. Si bien producción y servucción parecen distantes, las dos palabras tienen una misma raíz, y en realidad existe y da cuenta del proceso de fabricación de un servicio. Es por esta razón, que se utiliza el término “servucción” que los profesores Pierre Eiglier y Eric Langeard<sup>2</sup> han aplicado desde el enfoque del marketing estratégico.

Para dichos autores “servucción” es “la organización sistemática y coherente de todos los elementos físicos y humanos de la relación cliente-empresa necesaria para la realización de una prestación de servicio cuyas características comerciales y niveles de calidad han sido determinadas”.

La servucción es un instrumento basado en la Teoría de Sistemas. Según L. von Bertalanfy<sup>3</sup> las propiedades del sistema recaen en:

- El sistema está constituido por elementos identificables.
- Todos los elementos están unidos entre sí
- El sistema funciona como un objetivo, una finalidad
- El sistema, cerrado o abierto, comporta una frontera identificable
- El sistema funciona tendiendo a un sistema de equilibrio.
- Todo cambio en un elemento del sistema, genera un cambio en el resto.

123 —

La prestación de servicios debe ser concebida como una “servucción”, y ser vista como una fábrica con todas las consecuencias que van ligadas a ella. Si asimilamos la actividad económica de justicia a un servicio, entonces estamos frente a una servucción.

La servucción<sup>4</sup> es el proceso de elaboración de un servicio; e implica la organización de los elementos físicos y humanos en la relación ciudadano-justicia (cliente-empresa), necesaria para la realización de la prestación de un servicio y cuyas características han sido determinadas desde la idea concebida, hasta la obtención del resultado como tal (el servicio).

Existen fuertes analogías entre fabricar productos y servicios. La organización al momento de diseñar su servucción debe inspirarse en aquella como solución conceptual económica.

Puede decirse que la fabricación de un producto es producción, mientras que la fabricación de un servicio es servucción.

Ahora identifiquemos los elementos que intervienen en la servucción y las relaciones funcionales que se generan en este proceso:

**1. El ciudadano:** consumidor del servicio, está implicado en la fabricación del mismo siendo un elemento primordial y su presencia es indispensable.

**2. El soporte físico:** se trata de los recursos materiales necesarios para la producción del servicio. Contempla diferentes categorías: los instrumentos necesarios para la prestación del servicio (muebles, libros, equipamiento tecnológico de apoyo), el entorno material en el que se desarrolla (edificio, decorado, etc.) y los recursos materiales consumibles como papel, energía eléctrica, gas, entre otros.

**3. El personal de contacto:** son las personas empleadas por el organismo que están en contacto directo con los ciudadanos y la comunidad en la que se desenvuelve.

**4. El servicio:** como resultado de la interacción de los tres elementos de base que son el ciudadano, el soporte físico y el personal de contacto. Este resultado constituye un beneficio que debe satisfacer la necesidad del ciudadano

El ciudadano es productor y consumidor a la vez, es importante entonces entender la secuencia de los actos de participación en la servucción que el mismo lleva a cabo para poder analizar así las relaciones funcionales que generan sacrificios económicos, de modo que se optimicen los recursos y se brinde un servicio judicial que satisfaga a todos los agentes que intervienen.

El sector público se ha caracterizado por correr, la mayoría de las veces, detrás de los requerimientos y necesidades de la sociedad. En lugar de ser una fuerza de acción coherente y coordinada que responde a objetivos previamente determinados, nos hemos acostumbrado a una reacción casi siempre tardía frente a lo urgente e inmediato.

Esta forma de trabajar, transforma todos los componentes que participan en los procesos:

- El programa se convierte en una pieza aislada de un rompecabezas nunca diseñando, ni compartido por el conjunto de actores.
- El servicio se convierte en un “favor”.
- El servidor, en genio o en personaje arbitrario.
- El administrado, ciudadano que da sentido a la acción del organismo del estado, en un ser distante y, en lo posible, a ser evitado.
- El interés general, en una ilusión frustrada.

La planificación estratégica tiene por objetivo ordenar estos factores, procurando que cada uno de ellos recupere su significado y su rol en el complejo mundo de la administración de justicia, y en el marco de una visión común y de objetivos claros y precisos.

Pero aceptando que la servucción es un sistema, y que debe entonces pensarse globalmente en su conjunto, y fundamentalmente atender a las necesidades del cliente (ciudadano), analizando sus expectativas, y evaluando sus percepciones. Esta reingeniería de proceso aplicada a la prestación de servicios apunta a mejorar la utilización de recursos e involucra tanto recursos utilizados inadecuadamente como recursos utilizados innecesariamente:

¿Cuánto tiempo emplea diariamente en rehacer lo que no fue “hecho bien desde la primera vez? ¿Cuánto cuesta su tiempo en la organización? ¿Es el servicio que espera el ciudadano, o es el servicio diseñado por la organización para cumplir sus objetivos?

¿Se ha llegado a pensar que el ciudadano es consumidor y producción a la vez en la prestación del servicio?

Estas y muchas otras preguntas se debe hacer la organización a la hora de analizar su desempeño.

Un buen diseño del sistema de servucción de la organización contribuye a:

- Generar confianza
- Cumplir con las necesidades y expectativas del cliente
- Establecer estándares de calidad
- Reducir costos

- Alcanzar los objetivos propuestos

Analizar y comprender el por qué de las actividades fundamentales, con los elementos tangibles, el personal afectado, los costos, la estructura y la estrategia de una organización, se traduce en el mejoramiento del diseño y efectividad de la misma, y especialmente, en el cálculo de los costos de los servicios, elementos que posibilitarán el éxito de cualquier estrategia.

La utilización de *herramientas de gestión* permite a la organización predeterminar y gestionar los procesos que conforman la oferta total del servicio prestado, atendiendo a las necesidades del cliente en busca del logro de los objetivos de toda organización: CREAR VALOR.

La *Planificación Estratégica Consensuada*: es una de las herramientas de la nueva administración que se ha ido incorporando desde principios de la década de los ochenta a instituciones de carácter público, en especial a ciudades y regiones, coincidiendo con el inicio de profundos procesos democráticos, de modernización en la gestión y administración. Es un instrumento cuyo objetivo es imaginar las tendencias futuras con consecuencias presentes. Es un proceso de análisis y formulación de acciones concretas sobre situaciones deseables, proponiendo siempre una alta participación institucional y ciudadana que permita aproximarse a ideas de prosperidad colectiva.

Un plan estratégico consensuado es un emprendimiento concertado entre los principales actores institucionales con intereses comunes sobre una materia o campo de análisis determinado. Este proyecto implica definir y construir un Diagnóstico, Visión, Líneas Estratégicas, Objetivos, Recomendaciones y/o Proyectos y Programas que permitan alcanzar los acuerdos básicos del proceso de planificación.

Por último el diseño de un sistema de indicadores de carácter cuantitativo y cualitativo, contribuirá al análisis de la evolución del plan y a corregir los efectos no deseados durante su desarrollo.

A diferencia de los planes de laboratorio, propios del campo de la ingeniería, este tipo de planificación basa su éxito en la participación de quienes luego deberán poner en marcha el Plan por lo que se constituye en un espacio con alto grado de legitimación, actuando al mismo tiempo como un ámbito natural donde circula la información para el desarrollo de futuros proyectos y acciones que se emprendan.

La *Gestión Estratégica de Costos Judiciales*: consiste en la utilización que la gestión judicial hace de la información de costos, para tomar decisiones que incrementen el valor.

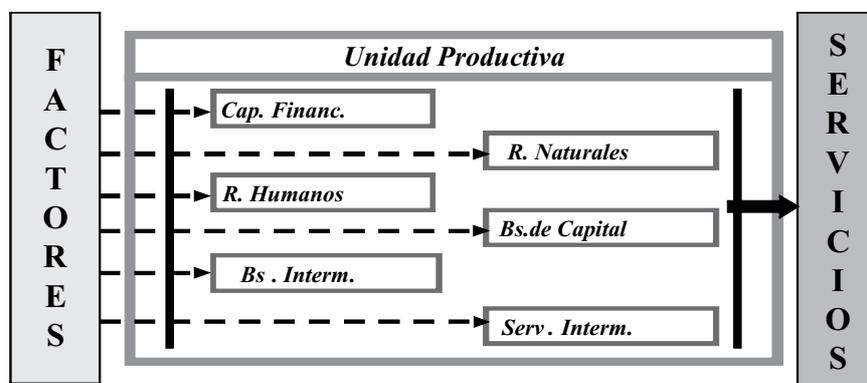
Tratándose de una institución pública, la pregunta sería: ¿se puede hablar de enfoque estratégico de costos donde se combinan tres temas fundamentales: análisis de la cadena de valores, análisis de posicionamiento estratégico y análisis de causales de costos?<sup>5</sup>

## 1. ANÁLISIS DE LA CADENA DE VALORES

¿Por qué es importante analizar la cadena de valores integrada en organismos judiciales? Porque estos desarrollan su actividad en un contexto diferente al de tiempo atrás, donde no era importante el análisis de gestión, ni era una actividad prioritaria en la agenda judicial.

En el esquema de la Gerencia Estratégica de Costos, una administración eficiente de costos requiere de un enfoque global externo a la organización, que Michel Porter (1985) denominó enfoque de cadena de valores.<sup>6</sup>

La cadena de valores representa el conjunto interrelacionado de actividades creadoras de valor en toda la servucción partiendo de los establecimientos judiciales de donde provienen los casos, hasta que las sentencias se insertan en la sociedad que los demanda, enfoque en que la justicia es solo un eslabón de la cadena (enfoque externo de valor). Este enfoque permite aprovechar lazos entre los eslabones, que provoquen ventajas para la organización.



Un claro ejemplo del efecto lo generan los cambios legales que se producen en el Estado y su impacto en el nivel judicial, incrementando los costos por el acrecentamiento de las actividades que ello provoca. Conocer más profundamente estos cambios implica reducir gradualmente las anomalías (tendiendo a eliminarlas), pero no solo trabajando sobre la servucción judicial, sino estableciendo lazos con la servucción de los procesos previos, de manera que se logre un proceso judicial mejor preparado, que permita un mejor rendimiento en pos de finalizar eficientemente en un “lapso normalizado”.

También resulta necesario analizar los lazos posteriores a la sentencia, o sea su impacto en la comunidad que los demanda. Atendiendo las necesidades y perfiles que los individuos solicitan de la justicia, debe mejorar, actualizar, reemplazar el contenido o bien el cambio parcial o total del plan (cambios tácticos o estratégicos), de manera que el sacrificio de recursos sea el “necesario” para la formación de un resultado con valor agregado en la servucción (2) y que el mismo sea percibido por la sociedad, que constituyen la demanda social.

Este último análisis implica reducción de costos para los demandantes de los servicios, dado que deben sacrificar menos recursos en capacitación, una vez lograda; y una oportunidad para la justicia que pueda brindar mayor formación en los ejecutores del servicio y de reducir necesidades insatisfechas.

## 2. POSICIONAMIENTO ESTRATÉGICO

Según Porter el análisis del posicionamiento estratégico consiste, en el momento en que una organización compite con otras, en elegir la forma en la que se asignarán los recursos escasos, diseñando el sistema de gestión de costos orientado fuertemente a privilegiar estas posibles estrategias de liderazgo:

- a) costos más bajos (**liderazgo de costos**, aprovechando economías de escala o asumiendo alianzas estratégicas de comprar o fabricar),
- b) ofreciendo productos superiores en calidad tanto tangibles como

intangibles, que los usuarios están dispuestos a valorar más por ellos (liderazgo tecnológico o de diferenciación de servicios)

c) una tercera instancia asumiendo ambas **estrategias combinadas** que aproveche lo mejor de ambas posiciones (liderazgo en costos con diferenciación).

Las últimas décadas se han caracterizado por la velocidad con que se producen los cambios contextuales. Dicho dinamismo abarca distintos aspectos: científico- tecnológico, social, y económico. El sistema judicial no es ajeno a estos cambios, y por lo tanto se ve afectado con intensidad por las nuevas situaciones que se plantean y que derivan en nuevas demandas por parte de los actores fundamentales del sistema: víctimas, familiares de las mismas, Estado. Estas demandas son cada vez más exigentes y concretas.<sup>7</sup>

El servicio de justicia, al igual que los restantes niveles de este Poder, se ha visto convulsionado con el surgimiento de nuevas demandas con alto valor agregado; así como por el nacimiento de nuevos delitos que se han extendido hacia el interior del país con características muy fuertes.

En este marco, con un entorno cada vez más complejo, la justicia debe orientarse a la satisfacción de las necesidades del ciudadano y esto principalmente puede lograrse atendiendo al concepto de cadena de valores integrada, con la ciudadanía que es la futura demandante de la calidad y agilidad del servicio.

Cabe mencionar también que, desde hace tiempo, el sistema judicial viene manteniendo un fuerte debate en torno a su inserción y validación social que incluye entre sus tópicos de análisis la evaluación institucional como herramienta para el mejoramiento de la calidad. Se entiende que la evaluación puede servir como insumo y verificación para la planificación y la definición de estrategias institucionales y para asegurar la transparencia en las acciones<sup>8</sup>.

La puesta en vigencia de normas legales y reglamentarias permite catalizar e intensificar dicho aspecto del debate y multiplicar los procesos evaluativos, ya que contempla la Evaluación de la Calidad de la justicia, a través de dos formas, una autoevaluación y una evaluación externa, y por lo tanto ha transformado a la variable calidad en una cuestión estratégica a la que las instituciones deben prestar atención si acentúan y califican el sistema.

Por otra parte el esquema presupuestario vigente y la situación macroeconómica del país impiden la mejora basada en mayores recursos financieros, por lo que si el objetivo es ser más competitivos, se debe trabajar en la mejora de la calidad del servicio y en la productividad de los recursos utilizados, lo que implica gerenciar estratégicamente los costos.

Esto implica contar con la información adecuada y necesaria para poder “medir” la mejora del servicio con la consecuente reducción de costos. La aplicación de la información a la evaluación institucional, aplicando estándares consensuados entre otros servicios de justicia, sirve también como medida de benchmarking con los diferentes eslabones de la cadena de valor.

Para poder establecer una estrategia adecuada, es necesario elaborar un análisis de variables externas e internas.

### 3. CAUSALES DEL COSTO DE LA SERVUCIÓN

Bajo el enfoque de Gestión Estratégica el costo es causado o impulsado por muchos factores estructurales y operativos que se encuentran interrelacionados en forma compleja, ya que cada actividad que agrega valor posee un conjunto específico de conductores o impulsores de costos, que funciona en forma determinada y para su análisis es crítico comprender previamente el funcionamiento de la organización:

#### **1º Paso: definir la estrategia:**

En base al análisis de la cadena de valores integrada, y el diagnóstico (estrategia operativa) que permite identificar las fuerzas competitivas, el primer paso es consensuar la estrategia a ser implementada.

De acuerdo a los perfiles de necesidades potenciales (segmentos de mercado), la competencia, los servicios sustitutos, las necesidades de los demandantes del servicio, se debe implementar la estrategia.

En el armado del plan estratégico, es importante haber analizado la cadena de valor interna, ya que permite asignar los recursos a las actividades que logran, al menos, eficientizar respecto a los indicadores.

¿Cuántos años deberá abarcar la proyección? Teóricamente (en condiciones óptimas) debería pensarse en cinco años como mínimo. Sin embargo el tiempo promedio de adaptación y marcha normal es de no menos de ocho años. La idea es que la planificación debe ser “normalizada” ya que como todo plan debe ser evaluado, y se agrega a esta evaluación los estándares para la acreditación de procedimientos<sup>9</sup>. Es importante la definición del tiempo que abarca el plan, dado que debe prever los recursos necesarios para llevar a cabo la servucción planificada.

#### **2º Paso: identificar las relaciones funcionales de la servucción:**

Poder “diseñar el proceso” que interprete y explique la servucción de la Justicia, permite definir las relaciones funcionales entre los recursos visibles (soporte físico y recursos humanos) y no visibles (sistema de organización interna), y la oferta global del servicio (resultado del proceso), que permita vincularlos razonablemente.

Desde el enfoque de la gerencia estratégica de costos la servucción es un sistema más complejo que la producción<sup>10</sup>, no solo porque el consumidor es parte del proceso, por las características naturales del servicio (intangibilidad, no almacenable), sino porque la visión estratégica, agrega el análisis de la cadena de valor, la relación funcional entre los proveedores o instituciones y personas que demandan y condicionan el proceso.

Estamos en presencia de un proceso estratégico de “servucción conjunto”, ya que se sacrifican recursos comunes para obtener varias Ofertas Totales o Servicios Intermedios<sup>11</sup>, que dependen de los procesos, tienen su punto de separación en diferentes etapas del proceso de formación del trámite, y a partir del cual se aplican recursos adicionales para lograr el resultado final

También se obtienen ofertas que se pueden considerar “servicios derivados”, sobre los que pueden identificarse los recursos propios a sacrificar pero que a diferencia de las ofertas del párrafo anterior poseen ingresos, lo que permite realizar además un análisis de rentabilidad.

Sin embargo a lo largo del proceso de servucción, un porcentaje de participantes abandonan el mismo, dependiendo del grado de avance en la

causa e insumen más o menos recursos escasos, y generan en el momento de la deserción del sistema improductividad operativa.

### **3º Paso: Identificar los impulsores de costo:**

Recordemos que al analizar solo la Oferta de Servicio estamos en presencia de servicios con mínimos aranceles o sin ellos, lo que implica administrar recursos que se reciben del Estado y de terceros (ciudadanos) de manera eficiente y eficaz. Que como se expresa en el punto anterior, existen imponderables en diferentes etapas de la servucción, lo que genera ociosidad no programada. Estas situaciones “obligan” a gestionar estratégicamente los costos. Por lo tanto implica conocer el comportamiento de los mismos, de modo que, se puedan eliminar las ineficiencias e ir alcanzando a los estándares fijados para la acreditación del servicio.

Identificar los impulsores de costos permite no solo conocer los sacrificios de recursos, sino la necesidad de los mismos, y poder medir así la eficiencia de los diferentes procesos “necesarios” para obtener un resultado diferenciado o con ventaja competitiva.

Desde el enfoque estratégico y siguiendo el análisis de Shank, J. y Govindarajan V.(1995), considerar las causales de costos es identificar impulsores estructurales y operativos. Al estar analizando una servucción, tendremos:

a) ***Impulsores Estructurales o del soporte físico*** (miden los recursos que sacrifica la estructura en base a la capacidad instalada y su respectiva eficiencia).

b) ***Impulsores operativos (Personal de contacto, Organización interna)***: miden la habilidad para consumir recursos necesarios para ejecutar la estrategia que conduzca con éxito al posicionamiento de costos deseado.

129 —

Con el objetivo de lograr ventajas competitivas en cuanto al control de costos y por ende reducción de los mismos y la diferenciación de las ofertas resultado de la servucción, es imprescindible llegar a cuantificar cada una de las causales de costos.

Como puede observarse, a diferencia de la producción de un bien tangible, donde existe una transformación de recursos, en los servicios la salida es el mismo cliente (en términos generales) que se lleva el servicio consumido, el cliente es pues productor y consumidor.

### **Definir la capacidad de servucción: una decisión estratégica**

Una de las primeras decisiones estratégicas que la empresa de servicios debe tomar es definir la capacidad de la servucción. Ella va a determinar el nivel de la inversión y de ahí el de la rentabilidad por su adaptación o no al mercado en el que actúa.

Cada proceso a llevarse a cabo en la organización constituye una servucción, por lo tanto su diseño cobra vital importancia a la hora de gestionar. La gestión de procesos es una forma de organización diferente, donde prima la visión del cliente sobre las actividades de la organización. Los procesos así definidos, son gestionados de modo prefijado y sobre su mejora se basa la de la propia organización. Será el diseño de la servucción el que permite mejorar y rediseñar el flujo de trabajo para hacerlo más eficiente y adaptarlo a las necesidades de los clientes.

La gestión de procesos supone un cambio radical de la organización, y

su implementación puede resultar compleja, dado que las prestaciones de servicios están sometidas frecuentemente a una gran variabilidad y regidas por personas con formaciones y criterios dispares, que condicionan el transcurrir de cada proceso de sus decisiones.

La evaluación continuada posibilita la mejora continua de la organización. Los procesos deben ser controlados teniendo en cuenta que las personas enfocan sus actividades hacia los clientes-ciudadanos, debiendo detectar áreas de oportunidades y aplicar acciones en consonancia con la misión de la organización.

Para llevar a cabo las revisiones del funcionamiento de los procesos es necesario aplicar una metodología que apunte a reducir/eliminar defectos y reducir los tiempos de ejecución (tiempo del ciclo).

**La servucción servirá como herramienta para el armado del diseño de procesos. Para ello debería tenerse en cuenta:**

1. Las exigencias del cliente:
2. Diagnóstico interno de la organización:
3. Diseño de la servucción actual:
4. Reingeniería de la servucción:

## CONCLUSIONES

Por todo lo antes expuesto, se puede concluir que, el análisis de las servucciones que conforma la oferta total, permitirá identificar el soporte físico, personal de contacto y organización interna necesarios para satisfacer las expectativas de los ciudadanos, comprimiendo la burocracia, eliminando la duplicidad, analizando el valor añadido para al cliente, reduciendo tiempo de ciclo de procesos, promoviendo la eficiencia en el uso de los recursos.

El análisis de servucciones a través del ABM (Activity Based Management) u otro sistema reconocido de costos, facilitará la información sobre el valor y el costo de cada actividad implicada. Permitiendo la identificación de aquellas actividades significativas para la organización estableciendo de forma clara, concisa y descriptiva las tareas que se llevan a cabo en la misma, y los costos afectados, evaluando las formas en que éstas se ejecutan.

Así podrán elaborarse propuestas de cambios en las actividades que conduzcan a la mejora continua de la oferta de servicios satisfaciendo al cliente interno y externo, algunas de las cuales habrán de surgir del trabajo que se encuentra desarrollando actualmente el equipo de investigación compuesto por reconocidos profesionales de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, representantes de la Dirección de Administración del Superior Tribunal de Justicia e integrantes de las Oficinas Judiciales con el aval del Superior Tribunal de Justicia y la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, apuntando al logro del objetivo de toda organización: CREAR VALOR.

## BIBLIOGRAFIA:

AMARO YARDIN. Una revisión a la Teoría General del Costo. XXIII Congreso Argentino de Profesores Universitarios de Costos. Setiembre 2000. Rosario.

GIMENEZ CARLOS M. Y COLABORADORES. Gestión y Costos. Editorial Macchi. Bs.As. 2001.  
L. VON BERTALANFY, General System Theory. New York. C. Braziller. 1968  
MICHEL HAMMER. Reingeniería de la Empresa. Parramon. 1993 (Pag 42-44)  
PIERRE EIGLIER Y ERIC LANGEARD. Servucción, el Marketing de servicios. Mc.Graw Gill/Interamericana de España SA. 1999  
SHANK JOHN Y GOVINDARAJAN VIGIA. Gerencia Estratégica de Costos. Editorial Norma. 1995. Bogotá Colombia

Notas:

<sup>1</sup> XXVII CONGRESO ARGENTINO DE PROFESORES UNIVERSITARIOS DE COSTOS - LA SERVUCCION: Una herramienta para la gestión Autor: Cra. Gladys Lilian Ferraro - Tandil, Pcia. de Buenos Aires, noviembre 2004

<sup>2</sup> “Servucción, el marketing de servicios” McGraw-Hill/Interamericana de España SA.

<sup>3</sup> General System theory. New York. G. Braziller 1968

<sup>4</sup> EIGLIER, Pierre y Langeard Eric (1988): *Servucción, el marketing de los servicios. McGraw Hill. España.*

<sup>5</sup> Shank John Y Govindarajan Vijay (1995). *Gerencia Estratégica de Costos. Colombia: Norma, p. 15.*

<sup>6</sup> Shank John Y Govindarajan Vijay (1995). *Gerencia Estratégica de Costos. Colombia*

<sup>7</sup> Chrestia, Juan Pedro; *Macroproceso de Gestión Docente: una propuesta. MBA, FCE. UNICEN 1996*

<sup>8</sup> Argentina, CONEAU; *Informe Final Evaluación Externa de la UNCPBA; 2000*

<sup>9</sup> *Proceso de Acreditación de Carreras. Reglamentado por Art N° 43 Ley de Educación Superior y Art. N° 3 de la Resolución del Ministerio de Educación, Ciencia y Técnica N° 254/2003*

<sup>10</sup> *Servucción: Fabricar servicios, Producción: fabricar productos*

<sup>11</sup> *Esto sería asimilable a la producción conjunta: obtención de coproductos.*



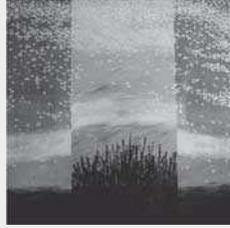


Imagen de tapa  
Obra de Daniel Cimadevilla  
Título: Argento  
Técnica: Mixta  
Año: 2001



ESCUELA DE  
CAPACITACIÓN  
JUDICIAL  
DE LA PROVINCIA  
DEL CHUBUT



Rivadavia y Jones  
Tel./Fax: (0280) 4484723  
E-mail: [escuela@juschubut.gov.ar](mailto:escuela@juschubut.gov.ar)  
9103 - Rawson - Chubut - Argentina  
<http://www.juschubut.gov.ar/escuela.htm>

El contenido de los artículos  
publicados en esta edición  
es responsabilidad exclusiva  
de sus autores.



ESCUELA DE  
CAPACITACION  
JUDICIAL

**Director:**  
*Dr. Fernando S.L. Royer*

**Secretaria Académica:**  
*Nadine Isabel Laporte*

**Coordinadora de Gestión Pedagógica:**  
*Laura Lezzano*

**Representantes de la Asociación Magistrados  
y Funcionarios de la Provincia:**  
*Daniel Pintos*

**Representante de la Defensoría General:**  
*Patricia Funes*

**Representante de la Procuración General:**  
*Marcos Fink  
Griselda García Alonso*

**Integrantes del Consejo Consultivo**  
*(elegidos por el voto de sus pares,  
mandato 2012 - 2014)*

**Representantes de la Circunscripción  
Puerto Madryn:**  
*Lucio Brondes  
María Inés de Villafaña*

**Representantes de la Circunscripción  
Trelew:**  
*Guillermo Cosentino  
Gladis Cuniolo*

**Representantes de la Circunscripción  
Esquel:**  
*Nelly García  
Enrique Günther Flass*

**Representantes de la Circunscripción  
Comodoro Rivadavia:**  
*Iris Moreira  
María Marta Nieto*

**Representantes de la Circunscripción  
Sarmiento:**  
*Gustavo Antoun  
Miguel Ángel Moyano*

**Personal Administrativo:**  
*Lidia Sánchez  
Miriam Roberts*

EL REPORTE

**Director**  
*Alejandro Panizzi*

**Editor**  
*Sergio Pravaz*

*Ejemplar Ley 11.723  
Registro de la Propiedad  
Intelectual N° 241116*

*Esta publicación es propiedad de la  
Escuela de Capacitación Judicial  
Chubut - Argentina.*



# ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT

